

ALMAN DOKTRİNİNDE YENİ BİR SUÇ NAZARİYESİ [*]

(Gayeli hareket nazariyesi)

Prof. Filippo Grispigni

Pozitivist mektebin doktrini, bütün medenî memleketlerin mevzuatında, onların muhtevasını değiştirecek derecede her gün artan bir kabule mazhar olmaktadır. Bu teşriî değişiklikler neticesi olarak suçun sistematik bir şekilde tetkiki de değişmekte ve pozitivist mektep taraftarlarının hayli zamandanberi, modern ceza hukukunun rasyonel bir şekilde mütalâasına en uygun olduğunu ileri sürdükleri ve tatbik ettikleri bazı kıstaslar da kabul edilmektedir. Son zamanlarda Alman ceza hukuku doktrininin arzettiği manzara bu keyfiyeti kâfi bir belâgatle teyid etmektedir. Pozitivist mektebin bütün fikirlerinin kabulü bahis mevzuu olmadığı aşikârdır. Zaten Alman doktrininin hareket merkezini teşkil eden ideolojik esaslar buna imkân vermemektedir. Bahis mevzuu olan kısmî bir kabul ve intibaktır. Mamafih bu kadarının da mânası büyüktür. Zira bir kere kabul keyfiyeti başlı başına mânalıdır. Diğer taraftan kabulün kısmî oluşunun tevlid ettiği güçlükler bakımından da mânalıdır. Kabul kısmî olmasaydı bu güçlükler olmayacaktı. Nitekim modern cezaî bir mefhumdan hareket eden İtalyan doktrinde bu çeşid güçlükler mevcut değildir ve sistem ahenkli ve mantıkî bir bütün manzarası arz etmektedir. Filhakika Rocco kanunu bakımından modern, mantıkî bir sistem kurmanın mümkün olduğu muhakkaktır. Bunun sebebi, bu kanunun cezaya tedafüî bir vazife yüklemiş olmasıdır. Alman mevzuatında vaziyet böyle değildir. Alman mevzuatı, giderilmesi mümkün olmayan bir tenakuz içinde çırpınmaktadır. Bu tenakuz, nasyonal sosyalizmin getirdiği yeniliklerden doğmuştur. Filhakika ceza eskiden olduğu gibi ahlâkçı ve kefaretçi bir gözle görülmekte idi. Fakat suç sebepleri hakkında en aşırı biyolojik ve determinist nazariyeler de kabul olunuyor ve müeyyide altına konuluyordu¹.

[*] Roma Üniversitesi Ceza Hukuku Ordinaryüsü Prof. Grispigni'nin İstanbul Hukuk Fakültesinde 26 Nisan 1952 tarihinde verdiği ikinci konferanstır. Müellifin aynı mevzudaki makalesinin (Scuola positiva, 1950) dip notlarının ilâvesi de faydalı telâkki edilmiştir.

1) Alman mevzuatının iç tenakuzları münakasası için bakınız: Grispigni ve Mezger, La riforma penale nazionalsocialista, Milano, 1942.

Nasyonal sosyalizm mevzuatının uğradığı tasfiyeye rağmen sözü geçen cezaî hükümlerden çoğu yürürlükte kalmıştır. Bugünkü Alman ceza doktrininin, tenakuzlardan âri yeni bir suç nazariyesi kurmağa çalışmasının ve âkim kalan teşebbüsler içinde bocalamasının sebebini burada aramak lâzımdır.



Birinci Dünya Harbini takip eden senelerde Alman müelliflerinin hemen hepsi suçun üç unsuru olduğu kanaatinde idi. Bu unsurlar da tipe uygunluk (tipiklik), hukuka aykırılık ve kusurluluktan ibaretti.

İlk iki unsur objektif unsura, üçüncüsü de sübjektif unsura taallük ediyordu. Hukuka aykırılık diye tesmiye edilen husus, türkçede beraet sebepleri de denilen hukuka uygunluk sebeplerinin bulunmasından ibaretti. Kusurluluk unsuru ise, kasid ve taksirden başka ceza ehliyetini de ihtiva ediyordu. Ceza ehliyeti bazılarına göre kusurluluğun ön şartı idi. Bazılarına göre de kusurluluğun kurucu unsurunu teşkil ediyordu.

Suç bahsinin böylece üçe bölünerek sistematikleştirilmesi, hemen umumiyetle kabul edilmiş olmasına rağmen tatmin edici değildi. Bilhassa hukuka aykırılık unsuru tereddüdlere ve vuzuhsuzluklara yol açıyordu. Meselâ bir taraftan tipe uygunluğun hukuka aykırılığın sadece alâmeti mi olduğu yoksa hikmeti vücudunu mu teşkil ettiği, bir başka söyleyişle, bir fiilin kanunî tipe uygun olduğu için mi yoksa başka sebeplerle mi hukuka aykırı olduğu münakaşa ediliyordu. Diğer taraftan da kanunî suç tipinde çok defa sübjektif unsurların da bulunduğu mucip sebeble, hukuka aykırılığı meydana getirmek için objektif unsurun kâfi olmadığı, bu sübjektif unsurlar nazara alınmadığı takdirde fiilin mânası kalmıyacağı, yani ancak bu sübjektif unsurlar mevcut olduğu zaman fiilin hukuka aykırı olarak kabule imkân olduğu ileri sürülüyordu.

Bu münakaşaların hemen münhasıran nazari ve sistematik bir mahiyet arzeden nisbî bir ehemmiyeti vardı. Pratik hiç bir kıymeti mevcut değildi. Münakaşalar böylece devam ederken nasyonal sosyalizm reformları devresinde mevzuat sahasında meydana gelen ve büyük ehemmiyeti olan bir hâdise, bilhassa tatbikat bakımından suç umumî nazariyesini esaslı bir şekilde yeniden gözden geçirmeğe nazariyatı ve tatbikatı mecbur etti. Bu hâdise şu idi: Bir taraftan, küçükler ve akıl hastaları gibi ceza ehliyeti olmayan kimselere tatbik edilecek hükümler mevzuata giriyordu. Diğer taraftan da hükümlerin tatbiki, bu kimselerin işleyecekleri «ceza tehdidi altına alınmış bir fiil» in mevcudiyetine bağlı tutuluyordu (Alman Ceza Kanununun 42 nci maddesinin b bendi, 15 Şubat 1923 tarihli Çocuk Mahkemeleri Kanununun üçüncü maddesi). Alman Ceza Kanunu-

nun 330 uncu maddesinin a bendi de şöyle sevk edilmişti: «Kasden veya taksirli olarak alkollü bir madde yahut sarhoş edici sair bir vasıta ile ceza ehliyetini kaldıracak derecede kendisini sarhoş eden kimse, bu durumda iken ceza tehdidi altına alınmış bir harekette bulunduğu takdirde, iki seneye kadar hapis cezasile cezalandırılır».

Bütün bunlar yetmiyormuş gibi, aynı suça birden fazla kimsenin iştirakini tanzim eden 50 nci madde 1943 yılında tadil edildi ve cezayı hafifleten, ağırlatan veya kaldıran şahsî vasıf veya münasebetlerin ancak taallük ettiği şahıslar bakımından hüküm ifade etmesi kabul olundu. Bunun mânası şuydu: Asli fail, cezaî ehliyeti bulunmayan bir kimse olsa dahi, onun ehliyetsizliğini ister bilsinler, ister bilmesinler, şerikler mes'ul tutulacaklardır.

Bu hükümler ceza tehdidi altına alınmış fiillerin yani suçların ceza ehliyeti olmayan kimseler tarafından da işlenebileceğini, kanunun bunu açıkça istediğini göstermekte idi. Bundan da, o zamana kadar hilâfının kabul ve tedris edilmiş olmasına rağmen, ceza ehliyetinin kusurluluğun ne ön şartını, ne de kurucu unsurunu teşkil ettiği neticesini çıkarmak lâzım geliyordu.

Doktrini mevzuatla hem ahenk kılabilecek yeni bir suç sistematiği lüzumu böylece ortaya çıktı.

Bazıları mevzuatı olduğu gibi kabul etmişler ve meseleyi derinleştirmemişlerdir. Meselâ Kohlrausch (Strafgesetzbuch, § 51 not-) ceza ehliyeti olmayanın kasd ile hareket edebileceğini buna rağmen kusurlu sayılmayacağını söylemekle iktifa etmiş ve kasid kelimesini tabii mânada, yani neticenin istenilmesi mânasında kullanmıştır. Fakat bazıları bunu kâfi görmemişler ve hukuka aykırılık, kusurluluk mefhumlarının yeni baştan gözden geçirilmesini zarurî bulmuşlardır.

Bilhassa bu ihtiyacı karşılamağa çalışan bir fikir cereyanı bundan takriben 15 sene önce belirmişti. Harp fırtınası geçtikten sonra tekrar canlanan ve kuvvetlenen bu fikir cereyanı, suç unsuru olan hareketi gayesi ile birlikte tetkik ettiği, ona gayeci bir mahiyet izafe eylediği için «gayeli hareket nazariyesi» veya «gayeci nazariye» diye anılmaktadır.

Bilindiği gibi, hareketin ceza hukuku bakımından tabii mânada ele alınmasına ilk itiraz eden Radbruch olmuştur. Sonra von Weber, Grundriss des Tschechoslowakischen Strafrechts adlı eserinde, kanunların cezalandırılan fiil ve hareketleri ifade etmek üzere kullandıkları mefhumların iki şekli olduğunu belirtmiştir. Bu şekillerin birincisinde hareket, sebep olduğu netice bakımından ele alınmıştır. İkincisinde failin iradesinin istikametine bakılmaktadır. Birincisi hareketin illi mefhumunu, ikincisi gai mefhumunu meydana getirmektedir.

Hareketin gayeci telâkkisini en fazla belirten ve onu hareket mebdעי yapan ve böylece yeni bir ceza sistematığı meydana getiren Hans Welzel² olmuştur. Halen Göttingen'de profesör olan bu zat ile birlikte Münihte profesör olan Reinhart Maurach³'ı ve Bonn'da profesör olan Richard Busch⁴'u da zikretmek icap eder. Bazı bakımlardan hattâ Dohna⁵ bile bu nazariyeye⁶ yaklaşmaktadır.

Bu nazariyenin esası şundan ibarettir: Hareketin gayesi ile kasid aynı şeydir. Kasid ahlâkı muhtevadan tecrid edilmeli, kusurluluk unsurundan çıkarılmalı, hem fiil hem de hukuka aykırılık unsurlarının sübjektif unsurunu teşkil etmelidir. Böylece hukuka aykırılık sadece objektif bakımdan, yani takbih edilen netice bakımından değil, fakat aynı zamanda sübjektif bakımdan da yani takbih edilen irade bakımından da tayin edilmelidir.

Keza, objektif kanunî tipin tahakkuku şuur ve iradesinden ibaret olan kasdin içinde hukuka aykırılık bilgisinin dahil bulunmadığı da söylenmektedir. Fiilin unsurlarında yanılma kasdi ortadan kaldırdığı halde hukuka aykırılıktaki hata kasde tesir etmemekte sadece kusurluluğu alâkadar etmektedir.

Bu esastan mühim bir netice çıkmaktadır ve o da şudur: Cezai ehliyeti olmayan kimselerin de kasid ehliyeti vardır. O halde suç faili de olabileceklerdir.

Kusurlulukta kasdin dahil bulunmadığı kabul edildiğine göre acaba geriye ne kalmaktadır? Bu noktada fikirler ayrılmaktadır. Sübjektif

2) Welzel: Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, 1935; Der Allgemeine Teil des deut. Strafr. in seinen Grundzügen, 1944; Das deutsche Strafr. in seinen Grundzügen, Berlin 1947; Um die Finalhandlungslehre, Tübingen, 1949.

Bu son eserde English ve Bockelmann'ın tenkidlerine cevaplar mevcuttur.

3) Maurach: Grundriss des Strafrechts, Allgemeiner T., 1948; L'evoluzione della dottrina del reato nel più recente dir. pen. germanico. (Rivista italiana di diritto penale, 1949).

4) Busch: Moderne Wandlungen der Verbrechenlehre, Tübingen, 1949.

5) Dohna: Aufbau der Verbrechenlehre, 1936 (ilk bası), 1947 (son bası).

6) Gayeli hareket nazariyesi bilhassa English ve Bockelmann tarafından esaslı surette tenkid edilmistir.

English: Der finale Handlungsbegriff (Festschrift f. Kohlrausch, 1944); Bockelmann Ueber das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, Göttingen, 1949. Keza bakınız. Germann: Das Verbrechen im neuen Strafrecht, s. 22, 63; Saner: Allgemeine Strafrechtslehre, 1949, s. 145 v.d.; Hoffer, (Revue pénale suisse, 1948, s. 522).

unsuru hukuka aykırılık unsuruna ithal etmiş olmasına rağmen Dohna kusurluluk mefhumunu, «vazifeye aykırı iradenin tayini» şeklinde kabulde ısrar eylemektedir. Buna mukabil von Weber hukuka aykırılık ile kusurluluğu birbirinden ayırmak için vazife ve iktidar tefrikine başvurmaktadır. Von Weber'e göre ancak istemek serbestisine yani iyi ile kötü arasında bir seçim yapabilme hürriyetine malik olarak hareket eden bir kimse kusurluluğundan dolayı takbih edilebilir. Welzel de aynı neticelere varmaktadır. Bu müellife göre kusurluluk mefhumunda üç şey dahil bulunmaktadır. Bunların birincisi cezaî ehliyettir. İkincisi, fiilin hukuka aykırılığı mevzuunda mazur görülemeyecek bir hatanın mevcut olmamasıdır. Üçüncüsü de irade üzerinde bir cebir ve tazyikin bulunmaması keyfiyetidir.

Taksir mefhumu, gayeci nazariye taraftarları arasında daha ihtilâf-lıdır. Graf zu Dohna ve von Weber'e göre kasidli suç tiplerine uygun olanlar, gayeli hareketlerdir. Bir gayesi olan hareketlerdir. Taksirli tiplere uygun olan hareketler ise, sebebiyet bakımından nazara alınanlardır. Sebebiyet veren hareketlerdir. Bu iki çeşit hareket, menşelerinden itibaren birbirinden tamamen farklıdır. Buna mukabil Welzel kasidli ve taksirli hareketlerin aynı menşeden geldikleri fikrindedir. Her ikisi de bidayette gayeli harekettir. Bu hareketler sonradan birbirinden ayrılmaktadır. Kasidli hareketler, gayeye müteveccih hareketlerdir. Taksirli hareketler ise gayeye müteveccih önlenebilen sebebiyet veremelerdir⁷. Böylece gaye, kasidli ve taksirli suç tiplerindeki fiillerin aynı mefhum altında mütalâasını mümkün kılmaktadır. Ancak taksirli fiillerdeki gaye sadece bir alâka vazifesi görmektedir.

Taksirin hukuka aykırılık veya kusurluluk mefhumlarına sokuluşunu izah sadedinde de vazife ve iktidar arasındaki tefrike başvurulmaktadır. Fakat Graf Zu Dohna'ya göre dikkat ve ihtimam vazifesi, taksirin bir unsuru olduğu halde Welzel'e göre taksirli suçlarda hukuka aykırılığı kusurluluktan ayırmağa imkân yoktur. Zira taksir, failin kusur ehliyetine bağlıdır. Ve zira neticeye sebebiyet vermenin illî bakımdan önlenebilir olması ancak failin bu ehliyeti sayesinde mümkündür.

Hareketin gayeci telâkkisi taraftarları, bu nazariyenin ihtilâflı başka hususları da⁸ halle yaradığını iddia etmektedirler. Mamafih bu noktada da fikirler birleşmiş değildir. Meselâ Weber ve Welzel iştiraki

7) Hafter (Revue pénale suisse, 1948, s. 523) taksir tanımı olarak gayeye müteveccih önlenebilen sebebiyet verme denilmesini gayet müphem bulmaktadır.

8) Bu hususların ayrıca tetkiki için Busch'un evvelce sözü geçen *Moderne Wandlungen* adlı eserine bakılmalıdır.

hukuka aykırılıkta mütalâa ettikleri halde birincisi onu hukuka aykırılığın sübjektif unsuruna dahil etmekte, ikincisi de hukuka aykırı fiilin faili nazariyesine sokmaktadır.

Teşebbüs bakımından da fikirlerde ayrılık vardır. Welzel teşebbüsten, suçun tahakkuku dereceleri sırasında bahsetmektedir. Dohna'ya göre teşebbüs suçun tahakkuku şekillerindendir. Weber ise teşebbüsü, taksirli ve kasidli tamamlanmış suçların yanında suçun müstakil bir tipi olarak mütalâa eylemektedir.

Müelliflerin, gayeci nazariyeden pratik bakımdan çıkardıkları neticeler daha ehemmiyetlidir. Meselâ ceza ehliyeti olmayan kimsenin fiiline birden ziyade kimsenin iştiraki bahsinde, üçüncü şahısların azmettiren veya fer'i şerik olarak cezalandırılabilceği, asli maddi failin ehliyeti mevzuundaki hatanın diğer şeriklerin cezalandırılmasına mâni olmayacağı kabul edilmektedir. Zira akıl hastalarının ve küçüklerin bir gaye güderek yani kasidle hareket edebilecekleri noktasından hareket edilmektedir.

Aynı husus, yataklık ve cürüm eşyasını almak suçlarında da caridir. Bu suçların işlenmesi için vücudu zarurî olan evvelki suçun ehliyetsiz bir kimse tarafından işlenmesi halinde de yataklık suçunun veya cürüm eşyasını almak suçunun faili cezalandırılabilir. Zira hareketin gayeci telâkkisine göre kusurluluk aranmamakta, sadece hukuka aykırılığın objektif ve sübjektif unsurlarıyla iktifa olunmaktadır.

Mecburiyet halinde veya ifası zarurî gayri kanunî emirlerin yerine getirilmesi münasebetile işlenen fiillere gelince, gayeli hareket nazariyesi bunların hukuka aykırılığını kabul etmekte fakat kusurlu olmadığını söylemektedir. Bir diğer söyleyişle bu meseleler hukuka aykırılığa değil, kusurluluk unsuruna taallûk etmekte ve onu ortadan kaldırmaktadır.

Gayeci nazariyenin esasını kısaca görmüş bulunuyoruz. Şimdi sıra, bu nazariyenin sihhati ve kıymeti hakkında düşündüklerimizi söylemeğe gelmiştir.

Her şeyden önce bu nazariyenin ne gibi bir hususiyet arzettiğini anlayamadığımızı itiraf etmeliyiz. Filhakika hukukta fiil veya hareket denildiği zaman daima iradî bir fiil veya hareket kasdolunur. Bütün psikoloji kitapları da, iradî hareketlerin, bir gaye veya hedefe tevcih etmiş olmasile temayüz eden vücut hareketleri olduğunu bize öğretmektedir. Böylece mübtezal bir neticeye varmak için mi, hareketi tabii veya psikolojik mânada kabul eden görüşler cerh edilmekte ve bunun için çırpılmaktadır? Hemen bütün lise talebelerinin bildiği, «her akıl başında insanın hareketinde bir gaye vardır» kaidesi tekrar edilmekle iktifa edilecek olduktan sonra, Welzel'in yaptığı gibi, 19 uncu asrın

makineci zihniyetini ileri sürmeğe ne lüzum vardır? Nihayet hangi determinist, insanın kendisine hedefler tayin ettiğini, bunlara varmak için bu gayeleri tahakkuk ettirmeğe müteveccih vücut hareketleri yaptığını inkâr etmiştir?

İlli ve daha doğru bir tâbirle ilmi zihniyet, gayenin maddî dünya dışında tutulmasını gerektirmektedir. Fakat beşeri hareketlerde gayeyi inkâr da kimsenin aklından geçmemiştir. Psikanaliz son senelerde gayri meş'ur faaliyetlerin de bir gayesi olduğunu göstermiştir. İnsanın iradî her hareketi, iradî olması sebebiyle, daima bir gayeye müteveccihtir. Fakat bu demek değildir ki neticede iradî olsun. Zira iradî hareketin husule gelenden başka bir neticeye tevcih etmiş olması pekâlâ mümkündür. Bunun içindir ki neticenin de iradî olduğunu iddia eden müphem ve hatalı görüş kabul edilmelidir. Netice için sadece kasdîdir denilmelidir. İradilik ancak hareket bakımından bahis mevzuu olabilir.

Her halde Welzel'e göre gayecilik ontolojik mefhumunun neden ibaret olduğunu öğrenmekte de kimsenin ihtilâfa düşmiyeceğini görmek bakımından fayda vardır: «İnsan, dünya üzerinde netice tevliid eden hareketin muhtemel neticelerini önceden fikrinden geçirebilir ve faaliyeti ona göre tanzim edebilir. İşte gâilîğin muhtevası bundan ibarettir». Sanki, aksini iddia eden varmış gibi.

Bu sözlerin ne kadar esash olduğunu göstermek için Ferri'nin yaptığını hatırlatmak kâfidir. Pozitivist mektebin üç kurucusundan biri olan Ferri bir hareketin suç sayılmak için daima gayri içtimai bir gayeye teveccüh etmesi lâzım geldiğini söyleyecek kadar gayeye fevkalâde bir ehemmiyet vermişti. Bundan çıkan netice şu oluyordu ki, gaye içtimai veya altruist ise ortada suç olmamak icap edecektir.

Diğer taraftan, gayeci nazariyenin, suç sistematığıne ait ihtilâflı bütûn meseleleri halledebilecek sihirli bir kudrete niçin malik olduğunu da anlayamadığımızı itiraf etmeliyiz. Kaldı ki, bir küçüğün, bir akıl hastasının, alkol veya uyuşturucu madde dolayısıyla tam sarhoşluk halinde bulunan bir kimsenin iradî olarak, yani bir gayeye müteveccih olarak hareket etmek iktidarına malik olduğunu kabuletmek mecburiyeti de vardır. Bize öyle geliyor ki, gayeci nazariye kabul edilecek olursa, ceza ehliyeti olmayan kimselerin hareketlerinin de bir gayesi olduğu neticesine varmak hususundaki müşkülât azalmıyacaktır. Hele, Welzel'in gayeli hareketin özü olarak ileri sürdüğü «neticeleri derpiş etmek ve faaliyetini idare etmek ehliyeti» üzerinde durulursa bu müşkülâtın artması icap edecektir.

Gayeci nazariyenin vahim bir mahzuru daha vardır. O da, kusurluluğun bir bütûn olarak telâkkisini imkânsız hale getirmesidir. Filhakika

bu nazariyenin bütün taraftarları, taksirli suçlarda hareketin hedefinin ehemmiyeti olmadığını kabul etmek zorunda kalmışlardır. Bu nazariye taraftarları, bilâkis, taksirli suçlardaki hedefin, iradî hareketin sebebiyet verdiği neticeyi meydana getirmekten başka bir hedef olması icap ettiğini söylemişlerdir.

Biz daha ileri gideceğiz ve bu nazariyenin, kasdin de bir bütün olarak telâkkisini imkânsızlaştırdığını söyleyeceğiz. Filhakika muayyen bir neticeyi meydana getirmek gayesi, ancak muayyen kasid ile hareket edildiği zaman mevcuttur. Ne muhtemel kasid vaziyetinde ve ne de failin neticeyi muhakkak olarak görmesine rağmen ona sebebiyet vermek kasdile hareketsiz kalması vaziyetinde böyle bir gayeye rastlanmamaktadır. Bu mülâhaza o kadar variddir ki, Welzel kasdin bütüncü telâkkisini müdafaa için, hareketin gayeci telâkkisinin mahiyetini tamamen tahrif etmek zorunda kalmıştır. Filhakika Welzel kasdin bütüncü telâkkisini müdafaa maksadile hareketin, mümkün olarak derpiş edilen fakat onun hedefini teşkil etmeyen tâli neticelerini de gaye olarak kabul etmek mecburiyetini duymuştur.

Fakat bu mahzur da birazdan belirteceğimiz diğer bir mahzur yanında âdeta ehemmiyetsiz kalacaktır.

Sözü geçen fikir hareketinin ileri sürdüğü suç nazariye ve sistematığını tetkik ederken, bizim en az 40 sene evvel belirttiğimiz bazı hakikatleri Alman doktrininin nihayet görebildiğini müşahade etmekten duyduğumuz memnuniyeti saklayamayacağız. Filhakika daha 1911 senesinde Franz von Liszt'in seminerinde talebe olduğumuz sıralarda «ceza ehliyeti olmayan kimselerin suçu» mevzuunda bir etüd⁹ neşrettiğimiz zaman, daha sonra ceza hukuku tatbikat mektebindeki açış nutkumuzda¹⁰

9) Grispigni: Il delitto del non imputabile nel concorso di più persone nello stesso reato. Scuola positiva, 1911.

10) Bu nutuk Scuola positiva'da (1920) nesredilmiştir. «Il nuovo diritto criminale negli avamprogetti della Svizzera, Germania ed Austria» adlı yazımızda da (Scuola Positiva, 1911) şu esas ileri sürmüştük: Yeni bir ceza hukuku kurmak için, bütün suçluların, normal olsun, anormal olsun, küçük olsun, büyük olsun, hepsinin ceza hukuku normlarına tâbi olması icap ettiği kabul edilmelidir. Ehliyet, sadece suçluların tasnifi ve en uygun müeyyidenin tatbiki için bir vasita olarak ele alınmalıdır.

Münhasıran hukuki bir sahada ve hukuki metodlarla yaptığımız bu faaliyete o zaman ehemmiyet verilmedi. Fakat bugün, İtalyanın son zamanlarda yaptığı irtical mahiyetteki tasarının gerekçesinde dahi ceza ehliyeti olmayan kimselerin kasid ve tefsir ehliyetine malik oldukları istemeye istemeye de olsa kabul edilmiş bulunmaktadır.

ceza ehliyeti olmadığı söylenen kimselerin mes'uliyetinden bahsettiğimiz vakit, fikirlerimiz ya alay mevzuu olmuş yahut istihfafla karşılanmıştı. Bugün kefarete taraftarı olanların dahi akıl hastalarının işlediği suçlardan bahsetmeğe¹¹, ufak çocukların ve akıl hastalarının da kasid ile hareket edebileceklerini kabul eylemeğe¹² mecbur olduklarını müşahade eylemek bizi memnun eylemektedir.

Bu neticelerin ehemmiyetini azaltma yolunda hareketlere başvurulduğu da bir hakikattir. Meselâ bahis mevzuu olan kasidin «tabii» olduğu söylenmekte ve bu tâbir «hukukan hüküm ifade eden kasid» mukabilli kullanılmaktadır. Sanki «tabii kasid» mefhumunun hukukan değeri yokmuş gibi. Halbuki tabii kasid denilen kasde de emniyet tedbirlerinin tatbiki gibi hukuki neticeler terettüp etmektedir.

Kefarete taraftarlarının, ehliyet ön şartını aramadan bir fiili mes'uliyetten bahsettiklerini¹³ görmekten de keza memnun olmaktayız. Aynı

11) Maurach: s. g. e., s. 64.

12) Maurach: s. g. e., s. 652.

13) Maurach (s. 655), 1921 Ferri projesindeki kanuni mes'uliyet ile sözü geçen fiili mes'uliyetin birbirine karıştırılmaması lüzumuna işaret etmektedir. Fakat tefrik için ileri sürdüğü sebepler tatmin edici değildir. Filhakika bu müellife göre «fiili mes'uliyet, 1921 projesinden farklı olarak, reaksiyonun yakın temelini değil, ceza ve emniyet tedbiri şeklinde iki çeşit müeyyide kabul eden sistemde bu müeyyidelerin ayrılış noktasını teşkil etmektedir. Fiili mes'uliyet ne kusurluluğun, ne de tehlikeliliğin esasıdır. Cezayı haklı göstermek için kusurluluk yine aranmalıdır, failin ceza ehliyeti olmaması halinde, emniyet tedbirlerinin tatbiki için tehlikelilik mevcut olmalıdır».

Bunların Ferri projesindeki hükümlerden çok farklı olduğunu sanıyorsa, sayın müellifin yanlışlığını söylemek isteriz. Ferri projesine göre objektif ve sübjektif unsurlarile birlikte failin mevcudiyeti, cürmi müeyyide tâbir edilen tedbirlerin tatbiki şartlarından birini teşkil etmekte idi. Bu şart kâfi değildi. Müeyyidelerden birini tercih için failin akıl hastası olup olmadığını araştırmak icap ediyordu. Hapis veya para cezası için akıl hastası olmamak lâzımdı. Akıl hastahanesine koymak tedbirini tatbik edebilmek için failin akıl hastası olması gerekiyordu. Bütün bunlar gösteriyor ki ehliyet, Ferri projesinde suçluları ve müeyyideleri birbirinden ayırmak için kullanılan bir kıstas mahiyetinde idi. Bugün kefaretçilerin ileri sürdükleri de bundan ibarettir.

Pozitivist mektebe göre ceza ehliyeti olanın da olmayanın da hukuken mes'uliyeti vardır. Fakat bunların mes'uliyetleri farklıdır. Ehliyetli olanların mes'uliyeti bir cezaya çarptırılmağı istilzam eder. Ehemmiyetli olmayanların mes'uliyeti ise hak-

suretle kasid ve taksirin mevcudiyetini tayin için bir vasat adamın ele alınmasından ve aynı dış şartlar dahilinde vasat adamın hareket tarzından daha fena bir şekilde hareket eden kimsenin mes'ul tutulabileceğinin söylenmesinden de memnuniyet duymaktayız.

Tamamen pozitivist olan bu fiili mes'uliyet nazariyesi, yalnız kasdi ortadan kaldıran sebepler münasebetile kabul edilmemiştir. Bu nazariye taksirin kurucu kıstası olarak da ileri sürülmüştür. Filhakika, hattâ taksirli suçlarda dahi mes'uliyet için vasatî adam kıstasına başvurmağa ihtiyaç olduğu kabul edilmiş ve bunun için de failin riayet etmekle mükellef olduğu kaideyi ihlâl eyleyip eylemediğini, aynı durumda olan diğerlerinden başka türlü yani daha fena hareket edip etmediğini araştırmak icap edeceği söylenmiştir. Bu noktai nazarı teyid ve takviye eden bir başka husus vardır. O da eğer başka bir kıstas kabul olunursa ceza ehliyeti olmayan kimselerin taksiri meselesi gibi, pratik bakımdan çok mühim olan bir mesele karşısında tamamen silâhsızlandırılmış bir vaziyete düşüleceğinin belirtilmiş olmasıdır¹⁴.

Yeni doktrinin, aynı suça birden fazla kimsenin iştiraki meselesine tatbiki halinde de bizim çoktandır elde ettiğimiz neticelere¹⁵ kefaretçilerin şimdi vardıkları görülmektedir. Filhakika hukuka aykırılığın suçun bir unsuru olmadığını, zira cezaî hukuka aykırılığın bütün suç demek olduğunu, suçun özünü teşkil ettiğini, buna mukabil hukuka aykırılığın, fiilin bir unsuru da olmadığını, zira fiilin sadece bir vasfından ibaret bulunduğunu ve bu vasfın fail tarafından değil hâkimler ve üçüncü şahıslar tarafından verildiğini, nihayet Alman cezacılarının da öğrendiğini görmekten ancak memnun olmaktayız¹⁶.

Bu mülâhazaları bir kenara bırakıp asıl mevzuumuza, yani gayelî hareket nazariyesinin teklif ettiği yeni suç sistematığının tetkikine geçelim.

kında bir emniyet tedbirinin tatbikini gerektirir.

Ceza nazariyelerinin inkişafında bu fikirler bir yenilik teşkil etmemektedir. Romagnosi de aşağı yukarı aynı fikirleri müdafaa etmişti. Filhakika bu müellif de normal ve büyük suçluların ehliyetini, anormallerin ve çocukların ehliyetinden farklı olarak mütalâa eylemekte idi.

14) Maurach: s. g. e., s. 656.

15) Il dilitto del non imputabile nel concorso di più persone nello stesso reato adlı yazımıza bakınız (Scuola positiva, 1911).

16) Keza, suç unsurlarının tahlilî bir şekilde tetkikine karşı açılan mücadelenin hiç bir esasa dayanmadığının kabulü de (Maurach, s. 637) bizi memnun etmektedir. Bilindiği gibi bugün tamamen terk edilmiş olan bu mücadeleyi acanlar, onun yerine suçun bir bütün olarak tetkikini ileri sürmüşlerdi.

Hareketin gayeci telâkkisi taraftarları arasında en mühim noktalarda dahi fikir ayrılıkları bulunduğunu ihmal etsek dahi, yeni mevzuata uymağa çalışan bu nazariyenin rasyonel olmadığını, tenakuzlarla dolu bulunduğunu ve nihayet maksadına da erişemediğini söyleyebiliriz.

Filhakika bu nazariyeye göre kusurluluk, ceza ehliyetinden, iradeyi icbar eden sebeplerin ve mazur görülebilen hatanın yokluğundan ibaret kalmaktadır. Madamki kusurluluk tâbiri, bir failin tekdir ve takbihe lâayık faaliyetleri mânasına gelmektedir. O halde kusurluluk hükmünün mevzuu da, suçun bir unsuru olan dahili ve harici faaliyetlerden başka bir şey olamaz. Ceza ehliyeti kusurluluk hükmünün mevzuu olamaz. Çünkü ruhi bir faaliyet değil, ruhi bir durumdur ve fazla olarak failin iradesine bağlı değildir. Bu sebepledir ki bugüne kadar hâkim olan kefaretçi nazariyeler ceza ehliyetini, kendi zaviyelerinden haklı olarak, kusurluluğun ön şartı olarak telâkki edegelmişlerdir.

Filhakika Welzel kusurluluğun bir münasebet mefhumu olduğunu ve kasdın değer hükmü ile onun mevzuu nasıl farklı ise öylece kusurluluktan ayrı ve farklı bulunduğunu ileri sürmektedir (s. 28). Fakat müellif bir noktayı unutmaktadır ki o da şudur: Kasid, hukuka aykırılık hükmünün mevzuu ise aynı zamanda kusurluluk hükmünün de mevzuu olamaz. Zira hem aynı şey iki defa ele alınamaz. Hem de bu hal, kusurluluk hükmünün müstakil bir mevzuu olmadığını kabul demek olur. Bir fiilin cezalandırılabilmesi için hukuka aykırılık ve kusurluluk unsurlarının mevcudiyeti lâzımdır denildiği zaman, hukuka aykırılığın mevzuunu teşkil eden şeyden fazla olarak faile tahmil edilecek bir başka şeyin de mevcudiyetinin zarurî olduğu ifade edilmektedir. Bu şey faile hukuka aykırılık dolayısıyla tahmil edilen şey olamaz. Bu zaruretin Welzel tarafından da zımnen kabul edildiğini belirtmek lâzımdır. Filhakika Welzel'e göre kusurluluk hükmünün mevzuu ehliyettir, mazur görülebilen bir hatanın mevcut olmamasıdır. Fakat bu görüşün de kabul edilemeyeceğini belirtmiş bulunuyoruz.

Diğer taraftan maddî veya manevî cebirin bulunmayışının, kusurluluğa dahil sayılması da doğru değildir. Çünkü mecburiyet halinde işlenen fiil, sadece objektif bakımdan hukuka aykırıdır. Sübjektif bakımdan hukuka aykırı değildir, çünkü harici bir cebir altında işlenen fiildeki iradenin, suçun sübjektif unsurunu tahakkuk ettirmek için kâfi olduğunu hiç kimse ciddi surette iddia edemez. Keza gayeci nazariye taraftarlarının yaptıklarının hilâfına olarak, bu hallerde cezaî hukuka aykırılığın objektif ve sübjektif unsurlarının mevcut olduğunu, sadece kusurluluğun bulunmadığını söylemeğe de imkân yoktur.

Nihayet taksir bakımından ileri sürülmüş fikirler de bu nazariyenin hem tenakuzlara düştüğünü göstermekte hem de tatmin edici bir suç nazariyesi ve sistematığı kurmak bakımından mutlak elverişsizliğini meydana çıkarmaktadır.

Diğer taraftan, Welzel'in yaptığı gibi (s. 34) taksir bakımından, hukuka aykırılık ile kusurluluk unsurlarının tefrikine imkân olmadığını söylemek de varılmak istenilen yeni suç nazariyesi ve sistematığı sahasında gayeci nazariyenin iflâs ettiğini ilân etmekten farksızdır.

Bu nazariyenin, ceza ehliyeti olmayan kimselerin taksirli hareketlerini suç olarak sayma imkânı muvacehesinde de iflâs ettiği ilâve olunmaktadır. Alman cezacıları bu nokta üzerinde uzun boylu düşünmüş değillerdir. İtalyan mevzuatında ve bilhassa ceza ehliyeti olmayan kimseler bakımından taksirli ve kasidli suçlar arasında bir tefrik yapılmaktadır (m. 222, 224). Bu sebeple ceza ehliyeti olmayan kimsenin taksirli suçunun mahiyetini araştırmak icap etmektedir. Eğer Welzel gibi, taksirli suçlarda hukuka aykırılık ile kusurluluk arasında fark gözetmeğe imkân olmadığını kabul edersek, bu hallerde hangisi eksiktir diyeceğiz? Hukuka aykırılık mı? Kusurluluk mu? Yo ksa her ikisi mi?

İlâve edebiliriz ki Alman cezacıları ceza ehliyeti olmayan kimsenin fiilinde hukuka aykırılık ve hattâ suç görmek imkânını kabul etmişlerdir. Fakat bu yeni mefhumlarla hukukî normların emperatif mahiyeti ve suç umumî nazariyesinin diğer meseleleri arasında bir ahenk tesisine çalışmamışlardır. Buna mukabil İtalyan cezacıları bu mevzuları derinleştirmişlerdir¹⁷. Alman cezacıları ceza ehliyeti olmayan kimselere tatbik edilen emniyet tedbirlerine niçin hukukî müeyyide vasfı tanımadıklarını araştırmamışlardır. Halbuki onların fiilini hukuka aykırı bir fiil olarak kabul etmişlerdir, hattâ sadece objektif bakımdan değil sübjektif bakımdan da suç addetmişlerdir.

Hakikat şu merkezdedir ki Alman cezacıları, İtalyan doktrinde hayli zamandanberi ele alınmış olan meselelerle henüz meşgul olmamışlardır. Meselâ ceza ehliyeti olmayan bir kimsenin işlediği suçta vaki hata meselesi Almanyada aslâ bahis mevzuu edilmemiştir. Paranoya hastalığına müptelâ bir kimse hücumu uğradığını farzederek, iradî olarak kendisini müdafaa etse ve mefruz mütearrızını öldürse, suç kasden mi işlenmiştir, taksirle mi işlenmiştir? Bu nokta üzerinde duracak değiliz. Sadece Alimena¹⁸, Vaccaro¹⁹, Jannitti - Piromallo²⁰, Ondeï²¹, Piacenza²²,

17) Bilhassa, ceza ehliyeti olmadığı söylenen kimselerin hukukî mes'uliyeti, adli yazımıza bakınız.

18) ALIMENA: La colpa nella teoria generale del reato 1946 (Bu eser hakkın-

Galli²³ 'nin eserlerine atıf yapmakla, bu mevzuun daha önce de Antolisei²⁴ ve Ranieri²⁵ tarafından ele alınmış olduğunu söylemekle iktifa edeceğiz.

Çok mühim ve her şeyden önce ileri sürülmesi gereken bir itiraz bahis mevzuu iken böyle müteferrik meseleler üzerinde durmanın sırası değildir. Bu mühim itiraz da şudur: Gayeci nazariye, Alman ve İtalyan mevzuatının son zamanlarda kabul ettiği yep yeni, modern hükümlere uygun bir suç nazariyesi kurmağa asla imkân vermemektedir. Zira bu nazariyenin temelleri, bugün âdeta köhnelenmiş denecek kadar eskimiş olan bir esasa, cezanın intikam ve kefarete maksadile verilmesi esasına dayanmaktadır. Cezada intikam veya kefarete gayesi görenlerin yani klâsiklerin noktaî nazarlarını, mantıkî ahengini ve bütünlüğünü muhafaza ettiği müddetçe, her fikir gibi, hürmetle telâkki ederiz. Fakat bu esaslar üzerine onlarla tamamen tenakuz halinde olan müesseseler kurulmak istenirse, bir kaç sene önce yapılan İtalyan Ceza Kanunu tasarısında olduğu gibi muvaffakiyetsizliğe uğramak zaruridir²⁶. Alman mevzuatındaki ahlâk ve kefarete esasına dayanan hükümlerle cezaî ehliyeti olmayanların mes'uliyetini kabul eden ultramodern hükümleri, gayeci nazariye ile telif etmeğe çalışan Alman cezacılarının başına da aynı şey gelmiştir. Filhakika klâsik mektebin an'anevî prensiplerine aykırı olarak bir akıl hastasının da hukuka aykırı fiiller işleyebildiği, kasidle hareket edebildiği, suç faili olabildiği kabul olununca, gayeci nazariye taraftarlarının yaptığı gibi kusurlulukla hukuka aykırılık arasındaki tefriki haklı göstermek için librarbitre veya vazife ve iktidar tefrikine başvurmağa imkân yoktur. Zira bir librarbitr taraftarı için, bir akıl hastasında olduğu gibi, hukuka aykırı fiili işlemekten içtinap etmek iktidarı mevcut

daki yazımıza da bakınız: *Scuola positiva* 1947, s. 566).

19) VACCARO: *Il reato del non imputabile*. *Scuola positiva*, 1947, s. 1.

20) JANNITTI - PIROMALLO: *Imputabilità e autori di fatti preveduti dalla legge come reati*. *Scuola positiva*, 1947, s. 353 (Keza notumuza da bakınız).

21) ONDEI: *Chi è il soggetto attivo del reato*. *Scuola positiva*, 1948, s. 429.

22) PIACENZA: *L'errore nel reato del non imputabile*. *Scuola positiva*, 1948, s. 429.

23) GALLI: *L'errore del non imputabile e quello degli ubriachi e stupefatti*. *Scuola positiva*, 1949, s. 34.

24) ANTOLISEI: *Manuale di diritto penale*, 1944, birinci bası, 1949 ikinci bası.

25) RANIERI: *Diritto penale*. Milano, 1945.

26) GRISPIGNI: *Regresso di un secolo nella legislazione penale*. *Scuola positiva*, 1949, s. 329.

değilse, hukukî bakımdan da olsa, vazifeden bahsetmek mümkün değildir.

Nihayet, bütün bu hallerde iktidar denince sadece zihni ve akli bakımdan sağlık akla gelmektedir. Bu iktidarın, teessürî hayat sahasındaki sıhhsizlikler, bozukluklar dolayısıyla, hattâ çok mühim nisbetlerde azaldığı nazara alınmamaktadır. Sevki tabiiilerden, hislerden, heyecanlardan ve ihtiraslardan tereküp eden teessürî hayatımızdaki sıhhsizliklerin iradî kararlar üzerindeki kat'i tesirleri bugün umumiyetle kabul edilmektedir. Şu halde ya bu hallerde de kusurluluk kabul edilecektir, bu takdirde iktidar kıstasına başvurılmaktan vazgeçilecektir, yahut kusurluluk inkâr edilecektir, bu takdirde de ceza hukuku da hemen hemen inkâr edilmiş olacaktır, zira tatbik sahası pek daraltılmış bulunacaktır.

Tenakuzlara düşmeden bir hal çaresi bulabilecek, ilmin ve tatbikatin ihtiyaçlarına uygun bir suç nazariyesi kurabilecek olan bir tek mektep vardır. O da manevî sahada (yani irade serbestisi sahasında) bir araştırmayı, mümkün olduğunu inkâr etmemekle beraber ihmal eden pozitivist telâkki ve onun bugünkü tekemmül etmiş şekli olan teknik siyantifik mekteptir.

Ceza hukukunun umumî kısmına ait olmak üzere teknik ve siyantifik mektebin kabul ettiği sistematik, şu hususları arz etmektedir:

Evvelâ suç ve ceza taksimi yerine suç, suçlu ve ceza (emniyet tedbiri) üçlü taksimi kaim olmuştur.

Ceza ehliyeti ve ehliyetsizliği, suç bahsinden çıkarılmış, suçlu bahsine ithal edilmiştir. Bunlar ceza veya emniyet tedbirinin tatbiki için bir önşart olarak kabul olunmuştur. Failin ruhi vasıfları hangisinin daha uygun olduğunu gösterirse o tatbik edilecektir.

Suç bahsinin tetkikinde teknik ve siyantifik mektep de üçlü bir taksim kabul etmektedir. Fakat kabul olunan üç kısım, bir insan fiilinin suç teşkil etmesi için arz etmesi gereken şartlara göre tayin edilmiştir. Bunlar da şunlardır :

- 1) Suçun cezaî normda tayin ve tesbit edilen bir tipe uyması (tipiklik),
- 2) Hukuka uygunluk sebeplerinin veya diğer bir tâbirle beraet sebeplerinin yokluğu,
- 3) Kusurluluk.

Tipiklik bahsinde şu kadar söyleyelim ki, cezaî hukuka aykırılığı sübjektif unsursuz kabul etmediğimiz için, kanunî tipin sübjektif unsurları

üye anılan bir mesele bizim için varit bulunmamaktadır²⁷. Biz cezai hukuka aykırılığın objektif veçhesinden bahsetmekle iktifa ediyoruz ve sübjektif kanunî bir tipin mevcudiyetini de kabul ediyoruz²⁸.

Hukuka uygunluk sebeplerinin yokluğu şartına gelince, bunun hikmeti vücudunu, failin hareketi ile diğer harici vakıalar arasındaki münasebette aramalıdır. Bu münasebet failin hareketine bambaşka bir vasıf vermektedir. Eğer bu harici vakıalar mevcut olmasaydılar, yahut failin hareketi ile münasebet halinde bulunmasaydılar, failin hareketi başka bir vasıf arzederkti.

Nihayet kusurluluk, harici vakıanın ruhi sebebi olarak kabul edilmektedir. Daha sarıh olmak için diyebiliriz ki kusurluluk, bir failin suç sayılması için kanunun aradığı ruhi durum ve faaliyetlerin heyeti umumiyesidir. Cezai ehliyet, kusurluluğun ön şartı olarak kabul edilmediği için, librarbitr mevzuundaki araştırmalara lüzum kalmamaktadır. Maddî veya manevî cebir hallerinde olduğu gibi, seçmek ve karar vermek psikolojik hürriyetini kaldıran harici sebeplerin araştırılmasına devam edileceği şüphesizdir.

Tercüme eden :

Nurullah Kunter

Prof. Grispiigni

27) GRISPIGNI: Diritto penale. vol. II, s. 131.

28) GRISPIGNI: Diritto penale. vol. III (basılmaktadır).