

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU)
ANABİLİM DALI

TÜRK CEZA HUKUKUNDA ZORUNLULUK HALİ

DOKTORA TEZİ

Çağrı KAN

ANKARA-2016

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU)
ANABİLİM DALI

TÜRK CEZA HUKUKUNDA ZORUNLULUK HALİ

DOKTORA TEZİ

Çağrı KAN

ANKARA-2016

T.C. .
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (CEZA VE CEZA MUHALEMESİ HUKUKU)
ANABİLİM DALI

TÜRK CEZA HUKUKUNDA ZORUNLULUK HALİ

DOKTORA TEZİ

Çağrı Kan

Tez Danışmanı : Doç. Dr. Devrim GÜNGÖR

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI

..... H. Hafızogullari

Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU

.....

Doç. Dr. Devrim GÜNGÖR

..... Devrim Gungor

Prof. Dr. Doğan Soyaslan

..... Dogan Soyaslan

Doç. Dr. Güneş Okuyucu Ergün

..... Guner Ergun

Yrd. Doç. Dr. Elvan Keselioglu

..... Elvan Keselioglu

Tez Sınavı Tarihi:

..... 17.10.2016

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim. (22/12/2016)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin

Adı ve Soyadı

..... Çağrı Kan

İmzası

..... Çağrı Kan

KISALTMALAR

ABD. :	Ankara Barosu Dergisi
ACK. :	Alman Ceza Kanunu
ACMK.:	Alman Ceza Muhakemesi Kanunu
Age. :	Adı Geçen Eser
Agm. :	Adı Geçen Makale
Art. :	Articolo
AÜHFD. :	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBE. :	Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
AY. :	Anayasa
BK.:	Borçlar Kanunu
Bknz.:	Bakınız
b. :	Bent
C.:	Cilt
Cass. Pen. :	Cassazione Penale
CD. :	Ceza Dairesi
CGTİK. :	Ceza Güvenlik Tedbirleri İnfaz Kanunu
CHD. :	Ceza Hukuku Dergisi
CMK:	Ceza Muhakemesi Kanunu
CPI. :	Codice Penale Italiano (İtalyan Ceza Kanunu)
CI. :	Costituzione Italiano (İtalyan Anayasası)
CPT. :	Codice Penale Tedesco (Alman Ceza Kanunu)
CGK. :	Ceza Genel Kurulu
DEÜHFD. :	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DPP. :	Diritto Processuale Penale
DPEP. :	Diritto Penale e Processo
EÜHFD. :	Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
EYUCM. :	Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi
f. :	Fıkra
GÜHFD. :	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Haz. :	Hazırlayan

İCK:	İtalyan Ceza Kanunu
İÜHFM. : Mecmuası	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
LLP. :	La Legislazione Penale
m.: Madde	
MÜHFD. :	Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
RIDDEPP. :	Rivista Italiana Di Diritto e Procedure Penale
s. :	Sayfa
S. :	Sayı
SBFD. :	Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
TBB. :	Türkiye Barolar Birliği
TBBD. :	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBBY. :	Türkiye Barolar Birliği Yayını
TBMM. :	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK :	Türk Ceza Kanunu
TAAD. :	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TMK. :	Türk Medeni Kanunu
Vb.:	Ve benzeri
Vd. :	Ve devamı
Yay. :	Yayın
YKD. :	Yargıtay Kararları Dergisi
Yy. :	Yüzyıl

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	I
-------------------	---

GİRİŞ	1
-------------	---

BİRİNCİ BÖLÜM

ZORUNLULUK HALİNE İLİŞKİN KAVRAMSAL ÖZELLİKLER VE ZORUNLULUK HALİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

I. ZORUNLULUK HALİNE İLİŞKİN KAVRAMSAL ÖZELLİKLER	7
---	---

A. GENEL OLARAK.....	7
----------------------	---

B. KONU İLE İLGİLİ KAVRAMLAR	11
------------------------------------	----

C. TERİM SORUNU	23
-----------------------	----

II. ZORUNLULUK HALİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ	26
--	----

A. ZORUNLULUK HALİNİN MEŞRUIYETİNİN KAYNAĞINI AÇIKLAYAN TEORİLER.....	26
--	----

1. Genel Olarak.....	26
----------------------	----

2. Özne Teoriler	30
------------------------	----

a. Kendini Koruma İçgüdü Teorisi.....	30
---------------------------------------	----

b. Manevi Cebir Teorisi.....	37
------------------------------	----

c. İstenemezlik Teorisi	43
-------------------------------	----

d. Tabii Hukuk Teorisi	52
------------------------------	----

3. Nesnel Teoriler.....	53
-------------------------	----

a. Çatışma Teorisi	53
--------------------------	----

aa. Hegelci Görüşe Göre Hakların Çatışması Teorisi	60
--	----

bb. Hukuki Varlıkların (Menfaatlerin) Çatışması Teorisi	66
---	----

b. Sosyal Faydanın Yokluğu Teorisi.....	69
---	----

c. Pozitivist Teori (Saiklerin Sosyalliği Teorisi)	72
--	----

4. Zorunluluk Halini Hukuk Dışı Bir Durum Olarak Kabul Eden Teori....	75
---	----

5. Zorunluluk Halinin Meşruiyetinin Kaynağını Açıklayan Teorilerin Değerlendirilmesi	77
---	----

B. ZORUNLULUK HALİNİN HUKUKİ NİTELİĞİNİ SUÇ GENEL TEORİSİNE GÖRE SINIFLANDIRAN TEORİLER.....	83
---	----

1. Genel Olarak.....	83
----------------------	----

2. Zorunluluk Halini Hukuka Uygunluk Nedenleri İçinde Sistemize Etmeye Çalışan Görüşler	85
a. Genel Olarak Hukuka Aykırılık	85
b. Zorunluluk Halinin Fiilin Menfi Şartı Olması Nedeniyle Hukuka Uygun Olduğu Görüşü	88
c. Zorunluluk Halinin Hukuka Aykırılık Unsuruna Etki Ettiğini İleri Süren Görüş	91
d. Değerlendirme	94
3. Zorunluluk Halini Kusurluluk İçinde Sistemize Etmeye Çalışan Görüşler	101
a. Genel Olarak Kusurluluk	101
b. Zorunluluk Halinin Manevi Cebir Nedeni ile İsnadiyete Etki Ederek Kusurluluğu Kaldırdığı Görüşü	106
c. Zorunluluk Halinin Kusurluluğun Normatif Anlayışı Uyarınca Suçun Kusurluluk Ögesini Ortadan Kaldırdığı Görüşü	113
d. Zorunluluk Halinde İşlenen Fiilin Sosyal Bakımdan Cezalandırılmaz Olması Sebebi İle Kusurluluğu Kaldırdığı Görüşü (Normatif Temelli Sosyal Cezalandırılmazlık Teorisi)	118
e. Değerlendirme	122
4. Karma Görüşler	128
a. Zorunluluk Halinin Cezalandırılabilmeye Etki Ettiğini İleri Süren Görüşler (Cezalandırılabilme Şartı)	128
b. Zorunluluk Halinin Bazı Hallerde Kusurluluğu Bazı Hallerde Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldırdığını İleri Süren Görüş	133
c. Zorunluluk Halinin Bir Mazeret Nedeni Olduğunu İleri Süren Görüş	138
d. Zorunluluk Halinin Bu Durum İçinde Bulunan Bakımından Şahsi Bir Cezasızlık Sebebi Olduğunu İleri Süren Görüş	143
5. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Özel Hükümlerinde Düzenlenen Zorunluluk Hali Benzeri Yapılanma	144
6. CMK m. 223 Hükmü ile TCK m. 25 f. 2 nin Değerlendirilmesi	155
7. Genel Değerlendirme	166

İKİNCİ BÖLÜM

ZORUNLULUK HALİNİN ŞARTLARI

I. TEHLİKEYE İLİŞKİN ŞARTLAR	181
A. BİR TEHLİKENİN BULUNMASI	181
1. Tehlike Kavramı	181
2. Mevcut ve Muhtemel Tehlike	191
B. TEHLİKENİN NİTELİĞİ	200
1. Tehlikenin Ağırlığı	200
2. Tehlikenin Kaçınılmazlığı	208
C. TEHLİKEYE SEBEP OLMAMIŞ OLMAK	211
1. Tehlikeye Kasten Sebep Olunması	214
2. Tehlikeye Taksirle Sebep Olunması	216
D. TEHLİKENİN HUKUKEN KORUNAN HERHANGİ BİR HAKKA YÖNELİK OLMASI	218
E. TEHLİKEYİ GİDERME YÜKÜMÜ OLMAMAK	231
II. KORUNMA FİİLİNE İLİŞKİN ŞARTLAR	240
A. KORUNMA FİİLİ OLMALI	240
B. KORUNMA FİİLİNİN ÖLÇÜLÜ OLMASI	244
C. KORUNMA FİİLİNİN SINIRI	253
D. KORUNMA FİİLİNİN ÜÇÜNCÜ KİŞİ LEHİNE OLABİLMESİ	259

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ZORUNLULUK HALİNDE SINIRIN AŞILMASI VE HATA

I. ZORUNLULUK HALİNDE SINIRIN AŞILMASI	288
A. GENEL OLARAK	288
B. TCK MADDE 27’NİN UYGULANMA ŞARTLARI	294
C. FAİLİN SINIRI KASTEN AŞMASI	299
D. FAİLİN SINIRI TAKSİRLE VEYA MÜCBİR SEBEPLE AŞMASI	307
E. SINIRIN AŞILMASINDA ÖLÇÜ SORUNU	313
II. ZORUNLULUK HALİNDE HATA	319
A. GENEL OLARAK	319
B. ZORUNLULUK HALİNİN VARLIĞINDA HATA	322
C. ZORUNLULUK HALİNİN UNSURLARINDA HATA	331

D. ZORUNLULUK HALİNİN SINIRLARINDA HATA.....	338
SONUÇ.....	342
ÖZET.....	362
ABSTRACT.....	3624
KAYNAKÇA	368



GİRİŞ

Ceza hukuku yalnızca kanunda yer alan normlar bütünü değil, aynı zamanda bir felsefi disiplin ve bir insan hakları manifestosudur. Dolayısı ile maddi ceza hukuku anlamında sağlıklı bir değerlendirmede bulunabilmek adına bütünü kavramak ve bu bağlamda tespit yapmaya çalışmak anlamlı bir faaliyet olacaktır. Ceza hukukunun en temel meselesi hukuka aykırılık ve onun kardeşi niteliğindeki kusurluluk kurumlarıdır.

Bir fiilin norma aykırı olarak kabul edilerek bir ihlal haline gelmesi için onun öncelikle hukuka aykırı olarak ortaya çıkması gerekir. Hukuk düzeni ve iradi bir emrin tezahürü olan ceza hukuku¹ salt emir normlarından oluşmaz ve içinde birçok yapıyı barındırır. Bunun sebebi toplumun farklı ihtiyaçlarına cevap verebilmektir. Bu bağlamda hukuk düzeni de içinde çelişki arz etmeyip, ihtiyaca cevap veren bu normlardan oluşmaktadır. Böylelikle *“hukuk düzeni bir yandan bir fiilin yapılmasını emrederken, öte yandan yapılmasını ya da yapılmamasını emrettiği bu davranışın bazı koşullarda yapılmasına ya da yapılmamasına izin vermektedir. Bu izin faaliyetini de kuralda istisnayı ifade eden negatif normlar (tecviz edici normlar) vasıtası ile yerine getirir. Bu normlar vasıtasıyla emredici ve yasaklayıcı normların etkileri ortadan kaldırılmakta, böylelikle kural olarak yasaklanan ve suç sayılan bir davranışa bu normlarla izin verilmektedir.”*² İzin veren bu normlardan biri de zorunluluk halidir.

¹ HAFIZOĞULLARI, Zeki: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 5.

² HAFIZOĞULLARI, Zeki: Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, Ankara 1996, s. 296-302.

Hukuka aykırılığın maddi görünümü normun koruduğu menfaatin ihlali iken, bu ihlal karşısındaki normun içeriğindeki emre aykırılığın yaptırımı ise müeyyide ile karşılanmaktadır. Fiil, bu emri ihlal ettiğinde artık bu müeyyide unsurunun doğumu sorunu değil, hukuk alemi bakımından bir müeyyide unsurunun *ortadan kalkması sorunu* mevcuttur. Bu da ancak ihlale izin veren bir başka norm ile sağlanabilir. Bu durumun hukuka uygun olacağını gösteren norm, bir başka deyişle hukuka uygunluk nedeni olarak düzenleme yapan norm bu şekilde bir normdur. Bu düşünce etrafında *zorunluluk hali, bir hukuka uygunluk sebebi olarak hukuka aykırı olan fiile izin veren bir normdur.*³ Hukuka uygunluk sebeplerini düzenleyen tecviz edici-izin verici norm da böyle bir normdur. *Buna göre; zorunluluk hali bir hukuka uygunluk nedeni olarak suçun bir unsuru olan hukuka aykırılığı kaldırmaktadır.* Bu düşünce kapsamında zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk nedeni olarak onun salt varlığından önce gerçekleşen fiil hukuka aykırıdır. *Bundan dolayı bir hukuka uygunluk sebebinin bulunması, normun hukuka aykırı olarak doğmamasını sağlamaktadır. Dolayısı ile zorunluluk halinde işlenen fiil en başından itibaren hukuka uygun olarak doğmaktadır. Böylelikle zorunluluk halinde suçun hukuka aykırılık unsuru olmadığı için, fiil baştan itibaren hukuka uygundur. Bu etkinin nasıl ortaya çıktığı konusunda ise farklı tartışmalar bulunmaktadır.*⁴

Normatif ceza hukuku bilimi konusunu beşeri davranışlarda⁵ bulunduğu göre zorunluluk halini beşerin gösterebileceği en doğal tepki halinden de soyutlayabilmek mümkün değildir. Çalışmamızın konusunu ceza hukukunun köklü ancak üzerinde

³ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.e., Ankara 2008, s. 217; HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.e., Ankara 1996, s. 296.

⁴ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.e., Ankara 2008, s. 217; HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.e., Ankara 1996, s. 296.

⁵ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.e., Ankara 1996, s. 329.

halen oldukça tartışma bulunan bir disiplini olan zorunluluk hali oluşturmaktadır.⁶ Eski tarihli ceza kanunlarında zorunluluk hali kurumunun genel bir hükme bağlanmadığı ve hatta zorunluluk halinin ceza kanunlarına girişi oldukça yeni sayılabilse de günümüzde modern ceza kanunlarının tamamına yakını bu kurumu düzenlemiştir.⁷ Zorunluluk halinin doğası ve temellerinin şekillenmesi konusundaki fikir ayrılıkları ise bugün halen güncelliğini korumaktadır.⁸ Bu fikir ayrılıkları kurumun hukuki niteliği konusunda farklı düzenleme şekillerinin; hukuka uygunluk sebebi ya da kusurluluğu kaldıran hal ya da her iki niteliğin de normatif düzenlemeye dahil edilmesiyle ceza kanunlarında vücut bulmuştur. “Hatta çağımızda zorunluluk halinin bir kriz geçirmekte olduğu ve ceza hukukunun ahlakileştirilmesine ve insanileştirilmesine çalışıldığı bir dönemde onun daha sınırlı bir şekilde düzenlenmesi gerektiği dahi savunulmaktadır.”⁹ Ancak bir taraftan zorunluluk halinin hukuka uygunluğunu insanlara yüklediği ödev bilincinin sağladığı da düşünülmektedir. İşte bu nedenle de açlık durumundaki gıda maddesi hırsızlıkları gibi hırsızlıklar örneğin; hamile birinin açlık durumunda yaptığı hırsızlık cezalandırılmamıştır.¹⁰

⁶ ARTUK- GÖKÇEN- YENİDÜNYA: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2009, s. 521.

⁷ ALACAKAPTAN, Uğur: **Suçun Unsurları**, Ankara 1970, s. 98; ORMERED, David: **Criminal Law Smith & Hogan**, New York 2005, s. 323.

⁸ ARTUK- GÖKÇEN- YENİDÜNYA: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2009, s. 521.

⁹ HAFIZOĞULLARI, Zeki: III.K.K., s. 129, 130; ALACAKAPTAN, Uğur: A.g.e., s. 98.

¹⁰ ERDOĞDU, Ahmet: “Zorunluluk Hali ve Hukuki Neticeleri”, **Adalet Dergisi**, Yıl: 41, Mayıs: 1950, Sayı: 5, s. 787, 788: Ortaçağda açlık yüzünden yapılan hırsızlık fiilleri zorunlu hırsızlık sayılmış ve bu fiiller cezalandırılmamış Şarlken’in Karolinası da aynı sorumsuzluğu kabul etmiştir; TANER, Tahir: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2009, s. 278: Yine açlık yüzünden yapılan çeşitli yamyamlık fiilleri de cezalandırılmamıştır. Bunlar arasında verebileceğimiz en bilinen örnek Meduse’nin Salıdır. 1816’da kayalıklara çarpıp parçalanan Fransız gemisinden kurtularak bir sala binenlerin bazıları açlık yüzünden birbirlerini öldürerek yemişler sonrasında failler 6 ay hapis cezasına mahkum edilmişlerse de akabinde cezaları para cezasına çevrilmiştir; DEMİRBAŞ, Timur: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2009, s.278: XIX. YY’da gerçekleşen bazı olaylar zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesine sebep olmuştur. “19. 4. 1881 gecesi İngiltere’den ABD’ye doğru seyreden William Brown isimli geminin fırtına nedeni ile batma tehlikesi geçirmesi üzerine 16 kişi filikadan denize atılır ve boğularak ölürlər, yine benzeri bir olay 5.7. 1884’te batan Mignonette Gemisi’nden kurtulan ve bir sandalda 19 gün aç ve susuz kalan gemi adamlarının bir miçoıyü öldürüp etini yiyip kanını içmeleri sonucu failler ölüme mahkum edilmiş

Zorunluluk hali ile gerek hipotezleri gerekse tarihi süreç açısından benzerlik taşıyan kardeş kurum meşru savunmadır. Her ne kadar bu hipotezler terimsel anlamda benzeşse de her iki kurum arasında farklılıklar da bulunmaktadır. Örneğin zorunluluk halinde saldırgana ilişkin bir hukuk ihlal edilmemekte, *ihlal kişinin neden olmadığı bir tehlikeden kaynaklanmakta ve tehlikeye yabancı birine karşı yapılmaktadır*. Meşru savunmadan farklı olarak artık burada haksız bir saldırı ve ona karşı kendini savunma söz konusu değildir. Yine zorunluluk halinde değerlendirilen ve sonuçları saptanmaya çalışılan husus “tehlikedir.” Bu tehlike karşısında *ikisi de hukuken geçerli menfaatler* bulunmaktadır. Ancak hukuk düzeni bu menfaatleri *koruyamadığı durumları* göz önünde tutarak söz konusu menfaatlerden birinin diğerinin lehine feda edilmesini kabul etmek zorunda kalmıştır.¹¹

“Türk Ceza Hukuku’nda Zorunluluk Hali” başlıklı bu çalışma 5237 Sayılı TCK ve 5271 Sayılı CMK’ya dayanmaktadır. 1889 Tarihli İtalyan Zanardelli Kanunu’na dayanılarak hazırlanan Mülga TCK yerine benimsenen yürürlükteki TCK Alman Ceza Kanunu sisteminden yola çıkılarak hazırlanmış olsa da bu konuda sistematik bir bütünlük arz etmemektedir. Bu bakımdan her ne kadar eski sistem terk edilmiş gibi görünse de bir hukuki kurumu açıklamakta temel dayanağa inmek ve bu bağlamda İtalyan Ceza Kanunu ve doktrinindeki bakış açısından faydalanılması bizim açımızdan bir gerekliliktir. Bu nedenle TCK’daki düzenleme incelenirken kurumun karşılaştırmalı hukuktaki görünümüne de yer yer değinilmiştir. Ancak bu durum çalışmanın kapsamını aşmadan yapılmaya çalışılan bu bağlamda mevcut doktrin, Yüksek Yargı kararları ve özellik arz eden örnekler açısından yapılan sınırlı

ancak cezaları daha sonra paraya çevrilmiştir. Yine Fransa’da 1898 yılında Chateau- Thierry kentinde aç çocuğuna fırından ekmek çalan anne yargılanır. Yerel mahkeme de kast olmadığı için beraat kararı verir. Ancak zorunluluk hali bilinmediği için kast olduğu halde bu şekilde ceza verilmememe yolu seçilmiştir.”

¹¹ **ERSOY, Yüksel: Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 1994, s. 70.

bir değinmedir. Zorunluluk halinin bir hukuki yapı olarak düzenlendiği ceza kanunlarında farklı görünümleri bulunmakta olduğundan, daha açık bir ifadeyle farklı hukuki yapılar içinde ele alındığından çalışmamızın konusunu zorunluluk halinin Türk Ceza Hukuku'ndaki görünümü oluşturmaktadır. Aynı zamanda bu oldukça geniş bir konu olan genel anlamda zorunluluk haline bir sınır çizme zorunluluğundan da kaynaklanmaktadır. Zorunluluk hali yalnızca ceza hukuku açısından değil, aynı zamanda bütün bir hukuk sistemi için de anlam taşıdığı için zorunluluk haline hukukun genel teorisinin konusu olarak bakılması bir gerekliliktir. Ancak çalışmamızda zorunluluk halinin uluslararası hukuktaki görünümü ve özel hukuk bakımından görünümü üzerinde konu ile ilgili noktalar dışında durulmayacaktır. Bu noktalar çalışmamızın kapsamı dışında kalmaktadır.

Mülga TCK hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluğu kaldıran sebepler arasında ayırım yapmış 5237 Sayılı TCK'da ise bu durum ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler şeklinde tek bir başlık altında düzenlenmiştir. 5237 Sayılı TCK'nın hazırlık çalışmaları içinde yer alan ve daha sonra Hükümet Tasarısı durumuna gelen Dönmezer Taslak ve Tasarıları'nın Dördüncüsü'nde ise hukuka uygunluk nedenlerine ayrıca yer verilmişti. Bu yaklaşım biçimi 5237 Sayılı TCK'nın hazırlanmasına katkıda bulunan akademisyenler tarafından kabul görmemiş ve yeniden eski sisteme dönmüştür.¹² Ancak mevcut sistemin birçok yönden karışıklık arz etmesi dolayısı ile klasikleşmiş olan hukuka uygunluk sebepleri ve kusurluluğu kaldıran sebepler arasında ayırımı tanıyan düşünce çalışmayı incelerken gözetilmiştir. Bu bağlamda suçun unsurları açısından birçok ayırımı bulunmakla birlikte bu

¹² **TOROSLU, Nevzat-ERSOY, Yüksel:** “Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı”, Makaleler, Görüşler, Raporlar, **Türkiye Barolar Birliği İkinci Kitap**, Ankara 2004, s. 11.

anlayışların değerlendirilmesine girilmeksizin hukuka aykırılığı suçun unsuru sayan anlayış kabul edilerek çalışma oluşturulmuştur.

Üç bölümden oluşacak çalışmamızın birinci bölümünde, zorunluluk haline ilişkin kavramsal durumlar hakkında bilgi verildikten sonra zorunluluk halinin meşruiyetinin nereden kaynaklandığı sorusuna ayrıntılı olarak cevap aranmaya çalışılacaktır. Bu bağlamda zorunluluk halinin kaynağını açıklayan teoriler çerçevesinde zorunluluk halinin hukuki niteliğini suç genel teorisine göre sınıflandıran teorilere dayanak aranacak ve kurumun hukuki niteliği yapılandırılmaya çalışılacaktır. Daha sonra TCK'daki genel hüküm düzenlemesinden farklı olarak özel hükümlerdeki “zorunluluk hali” görünüşleri incelenecek ve CMK m. 223 hükmü değerlendirilecektir. İkinci Bölüm zorunluluk halinin şartlarının ayrıntılı olarak incelendiği ve bu şartların Türk ve İtalyan uygulaması açısından ele alınmaya çalışıldığı bir bölümdür. Üçüncü ve Son Bölümde ise zorunluluk halinin bazı ceza hukuku kurumları ile olan ilişkisi ele alınacaktır. Bu noktada oldukça bilindik bazı hukuki kurumların zorunluluk hali ile karşılaştırılmasına doktora çalışması kapsamında özgünlük taşımayacağı düşüncesiyle yer vermeye gerek görülmemiştir. Meşru savunma ile yapılan karşılaştırmaların yer yer metin içinde fiilin ölçülülüğü değerlendirilirken verilmesi tercih edilmiştir. Bununla birlikte TCK m. 28 düzenlemesi karşısında manevi cebir zorunluluk halinden açıkça ayrıştığı için bu nokta da ele alınmamış teoriler bahsinde ana temalarına değinmekle yetinilmiştir. Çalışmamız tüm çalışma sonunda vardığımız sonuçları içeren bir değerlendirme ve Türkçe ve İngilizce özet kısmıyla sona erecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ZORUNLULUK HALİNE İLİŞKİN KAVRAMSAL ÖZELLİKLER VE ZORUNLULUK HALİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

I. ZORUNLULUK HALİNE İLİŞKİN KAVRAMSAL ÖZELLİKLER

A. GENEL OLARAK

“Hukuk, ceza hukuku belirli bir toplumsal gerçeklik üzerine oluşan bir değerler sistemi bütünü olarak bu toplumsal gerçeklik içerisinde hareket eden varlıkların eylemlerini değerlendirmektedir.”¹³ Zorunluluk hali de bu toplumsal gerçekliğin normda vücut bulmuş halidir. O halde “suç geniş anlamda ceza kanunu tarafından öngörülen bir hakkın ihlali¹⁴ olduğuna göre; “hak” hukuk tarafından korunan bir değer olarak alındığında dahi hiç kimse kendi hakkını korumak için bir başkasının hukuken korunan hakkına müdahale etme olanağına sahip değildir. İşte “zorunluluk durumu” bu anlamda öyle bir görünüm göstermektedir ki kişi bu durumda bir başkasının hakkını ihlal ederek kendi hakkını korumak durumuna düşer. Aslında bu bir başkasının hakkını feda ederek kendi hakkını korumanın ötesinde hem fizik dünyaya ait hem de toplumsal alana ait olan bir gerçekliktir. “Zorunluluk hali” ise fizik dünyaya ve toplumsal alana ait olan bu gerçekliğin “olgusal dünyaya ait bir hukuki kurum olarak” ortaya çıkmasıdır. Bununla birlikte zorunluluk halinin ortaya çıkışındaki çatışma durumundan da kaynaklı olarak onun “hem doğası hem de temellerinin şekillenmesi konusundaki tartışmalar halen varlığını korumaktadır.”¹⁵ Zorunluluk halinin tarihsel döngüsünden itibaren başlayan bu meşruiyet tartışması

¹³ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.e, Ankara 1996, s. 12.

¹⁴ TOROSLU, Nevzat: Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970, s. 88, 89.

¹⁵ ARTUK, Mehmet Emin-GÖKCEN, Ahmet- YENİDÜNYA, Caner: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009, s. 521. (Açık yazılacak)

günümüze kadar gelmiş ve ülkesel sınırları aşmış bir tartışmadır. Hatta bu tartışmada zorunluluk hali için halen belirsiz alanların bulunmasını Kanada Yüksek Mahkemesi tarafından dile getirilen “zorunluluk hali için sık sık bir standart oluşturmaya çalışılmakla birlikte ya buna ya da kendi standardımıza ulaşamıyoruz.” tümcesi özetlemektedir.¹⁶

Zorunluluk halinin temellerine Antik Hukuk ve Ortaçağ öncesinde rastlanmakla birlikte onun hukuki bir gerekçe olarak ahlak felsefesinin doğumundan çok önce ileri sürüldüğü ve bir dayanak olarak kabul edildiği belirtilmektedir. Roma Hukuku kaynaklarına dayandırılan bazı vakalar ile kavramsal anlamda bugüne ulaşan zorunluluk halinin ortaya çıkışını ise daha geriye götürerek Homeros’un Odysseia’sının arka yüzündeki el yazmasında dahi bulmak mümkündür.¹⁷ Burada kullanılan zorunluluk kavramının baskı ya da zorlama altında bulunan durumları ifade etmek için kullanılan bir kavram olması, zorunluluk halinin normatif olarak doğumundan önce fiili olarak bir zorunluluk durumunun bulunduğu yönündeki tespitimizi de desteklemektedir.¹⁸ Roma Hukuku’nda bir kısım doktrin tarafından tespit edilen ve kurumun dogmatik kategorisinin getirdiği sınırlara ilişkin olarak görülen ve tanımlanan problemlere rağmen zorunluluk hali ne Cumhuriyet, ne de Jüstinyen Dönemi’nde ceza kanunlarına girmemişti. Aradan geçen onca zamana rağmen mevcut problemler bugün de halen devam etmektedir.¹⁹ Kurum Modern

¹⁶ ROACH, Kent: *Essential Of Criminal Law (Essentials Of Canadian Law)*, 2009 Canada, s. 312.

¹⁷ FANTINATO, Luisa: *Necessita, Emergenza e Pubblici Poteri*: Profili Penalistici, Tesi Di Dottorato Università Degli Studi Di Padova 2011. s. 7; PULITANO, Domenico: *Diritto Penale*, Torino 2005, s. 310.

¹⁸ CONTIERI, Enrico: *Lo Stato Di Necessita*, Milano 1939, s. 6,7,8-12; TOROSLU, Nevzat, *Ceza Hukukunda Zaruret Hali*, Ankara 1968, s. 7, 8.

¹⁹ *Enciclopedia Del Diritto*: XXVII, Varese 1958, s. 822, 823, 835-837; Zorunluluk hali modern ceza hukukunun halen tartışılacak kurumlarından biridir. Zorunluluk halinin ilk belirmeye başladığı dönem Roma Hukuku dönemidir. Roma Hukuku uygulamasında kurum hukuka aykırılığın dışında ya da bu kabul edilmediğinde kusurluluğun dışında tutulmakta veya kusurluluğu kaldıran sebeplerden

Roma (Pandekt) Hukukçuları ve Tabii Hukukçular tarafından rafine bir hale getirilerek bugünkü hukuki görünümüne Kıta Avrupası'nda ve özellikle de 18. Yüzyıl Germanik Doktrini'nde kavuşmaya başlamıştır. Kurum Kıta Avrupası'nda bugünkü hukuki görünümüne kavuşmadan önce bir medeni sorumluluk olarak belirmiş ancak tartışmaların cezai boyuta taşınması 1551 yılındaki temel prensiplerin ifadelendirilmesi ile birlikte olmuştur. Örneğin insan öldürme suçları açısından zorunluluk hali kesin olarak reddedilmiştir.²⁰ İzleyen dönemlerde yine tartışma özellikle 18. yy. Fransa'sında sıklıkla görülen “ekmek çalma vakaları”nın dönemin hukuk uygulayıcılarınca “*ekonomik zorunlulukların suç oluşturmadığı*” şeklinde yorumlanması ile de literatüre girmiştir.²¹ Aslında edebi anlamda da Gotik yazar Edgar Elan Poe'nun Büyük Arthur Gordon Pym'in Gramphus adlı balina gemisinde mürettebatın birbirini yemesi ile ilgili olan olaylar²² bir süre sonra şaşırtıcı bir şekilde William Brown Mignonotte isimli gemide de gerçekleşmiştir. Bu geminin batması ile birlikte insanların hayatta kalmak için birbirlerini yeme vakalarında tartışılan fiili durumun “zorunluluk hali” olarak yorumlanması ile hukuk sisteminde hatırı sayılır miktarda tartışmaya sebep olmuştur. Kurumun gerçek anlamda kökleri Geleneksel Ortaçağ Düşüncesi'nde ve Kanonistik Doktrin'de “zaruretin kanunu yoktur” “necessitas legem non habet”, “zorunluluklar yasal olmayanı yasal yapar” “non est

cezalandırılmaya tesir eden bir sebep olarak yapılandırılmaktaydı. Lex Rhodia adlı kanunda zorunluluk haline ilişkin birtakım düzenlemeler yer almakta idi. Zorunluluk halinde fiilin hukuka uygunluğunu kendi malını koruyabilmesinin ancak başkalarının malını feda etmek zorunda kalması durumunda kabul etmekte ve bunda da bir değer ölçüsü koyarak en azından bunun denk değerde olmasını aramakta idi. Aynı şekilde baskın görüş olarak Romalılar için kusurluluğu kaldıran sebeplerden suçun sübjektif unsuruna veya objektif unsuruna tesir etmekte idi. Ancak bu durum suç teorisi bakımından kusurluluğu kaldıran-azaltan sebepler ve hukuka aykırılık sebepleri arasında dogmatik bir tartışmayı da beraberinde getiriyordu.

²⁰ **HOWKINS H., Thomas: “Necessity as a Statutory Defense in Texas: A Comparison With Other States”, American Journal Of Criminal, Volume: 3, Number: 3, Winter 1975, s. 237, 239:** Bu anlayış halen Amerikan Ceza Hukuku'nda geçerlidir. Amerikan yargı kurumları zorunluluk halini adam öldürme suçu açısından tanımlamamaktadır.

²¹ **HOWKINS H., Thomas: a.g.m., s. 244.**

²² **POE Edgar Elan: “Nantucketli Arthur Gordon Pym'in Öyküsü”:** http://dipnotkitap.net/ROMAN/Gordon_Pym.htm, Erişim Tarihi, 24.04.2015.

licitum in lege” ve “zorunluluk yasa doğurur” “necessitas facit licitum” cümleleri etrafında şekillenmiştir.²³ Bu cümleler aslında zorunluluk halinin ortaya çıkışını ve hukuki metinlerde yer alma serüvenini de adeta özetlemektedir. Kavrama bütünsel bakış açısı ise Tabii Hukukçular tarafından getirilmiştir.²⁴ Zorunluluk halinin olgusal dünyaya, hukuk dünyasına ait bir kavram olarak temelleri baskın doktrin tarafından 18. yy.’da cezai sorumluluğun gelişimi ve buna ilişkin ilavelerle birlikte şekillendirilmiştir.²⁵ “Öte yandan maddi hukuka aykırılık anlayışının kanunlarda yer almayan hukuka uygunluk nedenlerinin belirlenmesi ve uygulanması anlamında Alman Ceza Hukuku’nda zorunluluk hali başlangıçta bir örf ve adet kaynağı olarak kabul edilen ve uygulanan kanun ötesi zorunluluk hali olarak adlandırılan bir kurumdur. Bu çerçevede maddi hukuka aykırılık anlayışı ile uygulanagelen kurum 1975 yılından itibaren Alman Ceza Kanunu’na girmiştir.”²⁶ Günümüzde de zorunluluk halinin halen bir kriz geçirmekte olduğu ve ceza hukukunun insanileştirilmesine çalışıldığı bir dönemde bu konuda daha sınırlı bir düzenleme yapılması gerektiği ileri sürülmektedir.²⁷ Özetle denilmektedir ki zorunluluk hali içinde bulunan kişi üçüncü kişiye zarar vereceğine zarara kendi katlanmalıdır. Ancak unutulmamalıdır ki özellikle tabii kuvvetlerin karşısında girilen zorunluluk hali başta olmak üzere kusursuz bir tepki verilebilecek hiçbir hukuki durum yoktur.²⁸ Yine bununla birlikte zorunluluk hali bir hukuki kurum olarak kamusal alan dışındaki alanlarda da görünmekte olduğu için tek bir görünümü değil, farklı kaynaklara bağlı

²³ **Enciclopedia Del Diritto**: XXVII, Varese 1958, s. 822.

²⁴ **FANTINATO, Luisa**: A.g.e., s. 8.

²⁵ **FANTINATO, Luisa**: <http://paduaresearch.cab.unipd.it/3850/1/Fantinato.pdf>, s.10, Erişim Tarihi, 25.04.2014.

²⁶ **KATOĞLU, Tuğrul**: **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, Ankara 2003, s. 72.

²⁷ **ALACAKAPTAN, Uğur**: **Suçun Unsurları**, Ankara 1970, s. 98.

²⁸ **HOWKINS H., Thomas**: A.g.m., s. 244.

farklı görünümüleri bulunmaktadır.²⁹ Tarihin arkaik dönemlerinden itibaren görülen zorunluluk haline ise mutlak bir çözüm üretmeye çalışmak gerçekçi görünmemektedir.

B. KONU İLE İLGİLİ KAVRAMLAR

Zorunluluk denildiğinde, bununla yaşamın hemen hemen her alanında ve herkesin karşılaşabileceği bir durum ifade edilir. Bu doğal olaylardan, insan psikolojisi ve biyolojisinin gereksinimlerinden, hayvan hareketlerinden veya insan hareketlerinden kaynaklanabilir.³⁰ Zorunluluk içinde davranmak ise, şartlar ile konumlandırılan bir davranış şeklidir. Bu aslında her insanda bulunan tabii bir durum olan kendini koruma veya bir başkasını kurtarma içgüdüsünün dış dünyaya yansımasıdır. Fail içinde bulunduğu bu durumun etkisiyle çevresine zarar vermek zorunda kalır. Bu bazen tehlikenin kaynağına, bazen de olayla hiç ilgisi olmayan üçüncü bir kişiye veya onun malvarlığına yönelebilir. Fail böylelikle bir “hak”kı korumaktadır.³¹ Failin içinde bulunduğu zorunluluk dolayısı ile birtakım davranışlarda bulunması hukuk sistemlerinin ilgisini çekmiştir. Çünkü; bu durumda bir kişiye kendi hukuksal değerlerini korumak için, bir başkasına ait hukuksal değerleri ihlal olanağı verilmektedir.³² “Zorunluluk”, kavramsal, terimsel ve kapsayıcı olmak üzere birkaç şekilde kullanılmaktadır. İlki, günlük dilde ve daha çok kavramsal olarak kullanılan zorunluluk; diğeri bir hukuki terim olan zorunluluk

²⁹ CONTIERI, Enrico: *Lo Stato Di Necessita*, Milano 1939, s. 1-2.

³⁰ HAKERİ, Hakan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2014, s. 391.

³¹ Bir görüşe göre “hukuka aykırı olan hareket” toplum yaşamına karşı iradi harekettir. Bununla birlikte haksızlık nesnel değil özne bir haksızlık olarak değerlendirildiği ve hukuka aykırılığın toplumsal yaşama karşıtlıkla karıştırıldığı yönünde eleştirilmiştir: **Grammatica, Filippo: Toplumsal Savunma İlkeleri**, Ankara 2005, s. 185.

³² Ancak burada zorunluluk adı altında geçen benzer durumlara tıpkı meşru savunmada olduğu gibi bir cevap bulabilme gereğidir. Zorunluluk halinde karakterize edilen durum ya da aşına olunan problem masum bir üçüncü şahsın pahasına bir kurtarma eylemi ya da cezai uygunluk içinde korunan bir saldırganın (*aggressore*) menfaatleridir: **PULITANO, Domenico: Diritto Penale**, Torino 2005, s. 310.

halinin yapı taşı olarak kullanılan zorunluluktur. Bir diğer kullanım ise hukuki ifadelerin içinde tercih edilen nispeten kapsayıcı bir kullanım şeklidir. Doktrinde, bu kapsayıcı mahiyette kullanım; meşru savunma, manevi cebir³³ ve iki kötülükten daha az kötü olanının seçimi bağlamında kullanılmaktadır.³⁴ Buna göre; genel olarak zaruret ya da zorunluluk; bir şey karşısında çaresiz kalınarak gösterilen belli bir şekilde davranma durumunu ifade eder. Zorunluluk kelimesinin kavramsal kullanımı; *tabii bir durum olarak insanın içinde bulunduğu durumu ifade etmek için* kullanılmaktadır. Terimsel kullanımdan anlaşılan ise bir hukuki kurum olarak zorunluluk halidir. Fail bir başkasının hukukça korunan bir hakkını ihlal ettiği andan itibaren tabii bir durum olan zorunluluk durumu, “zorunluluk hali” olarak nitelendirilerek kurumun kanun tarafından belirlenen şartları içerisinde tartışılmaya çalışılır.³⁵ Zorunluluk hali dolayısı ile girilen fiilin adil ve olması gereken ceza hukuku anlayışı adına hukuksal değer ekseninde sağlam bir şekilde yerleştirilme ihtiyacı olduğu açıktır. Ancak belirtilmelidir ki Fransız Aydınlanma Çağı’ndan itibaren bilim adamları mantığa dayalı bir ceza hukuku oluşturmanın mücadelesini vermektedirler.³⁶

Bir hukuki terim olarak zorunluluk halini net olarak ortaya koyabilmek açısından onun dayandığı kavram ya da kavramları açıklığa kavuşturmak gerekmektedir. *Bu kavramlar zorunluluk kavramı, zorunlu kılınmış fiil kavramı, zorunluluk durumu ve bir hukuki terim olarak normda vücut bulmuş şekliyle*

³³ SMITH, Sir John: *Criminal Law*, London, Edinburg, Dublin 1996, s. 251.

³⁴ BEKAR, Elif: *Türk ve Amerikan Hukukunda Zorunluluk Hali*, Ankara 2013, s. 28.

³⁵ GÜRİZ, Adnan: *Hukuk Felsefesi*, Ankara 2009, s. 68-69: Bu durumun adalet idesi açısından tartışılması bizi sağlıklı bir noktaya götürmeyecektir. Zira her hukuk uyumsuzluğuna mevcut hukuk düzeni içinde bir çözüm bulunması ve çözümün adaletle uygun olması isteği karşımıza bir “inanç sorunu” olarak çıkar. Adalet ilkelerinin sübjektif eğilimleri yansıtmaması bu konudaki tartışmaların da sübjektif yaklaşımları ortaya çıkarması sonucunu doğurmaktadır. Yine bir kişinin kendi hakkını korumak için başka birinin hakkını ihlal etmesi adalet sezgisi kavramıyla da açıklanamaz.

³⁶ ÜNVER, Yener: *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara 2003, s. 37, 38.

zorunluluk hali kavramlarıdır. Zorunluluk hali pek tabi aynı zamanda hukuki bir kurumu temsil etmekte ve bu bağlamda genel olarak da kullanılmaktadır. Zorunluluk halinin hukuki niteliğinde olduğu gibi, dilsel kullanımı açısından da farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Öncelikle “zorunluluk” yaşamın hemen hemen her alanında ve herkesin karşılaşılabileceği bir durumdur. Bu, doğal olaylardan, insan psikolojisi ve biyolojisinin gereksinimlerinden, hayvan hareketlerinden veya insan hareketlerinden kaynaklanabilir.³⁷ Zorunluluk içinde davranmak ise şartlar ile konumlandırılan bir davranış şeklidir. Bu aslında her insanda bulunan tabii bir durum olan kendini koruma veya bir başkasını kurtarma içgüdüsünün dış dünyaya yansımasıdır. Fail içinde bulunduğu bu durumun etkisiyle çevresine zarar vermek zorunda kalır. Bu bazen tehlikenin kaynağına, bazen de olayla hiç ilgisi olmayan üçüncü bir kişiye veya onun malvarlığına yönelebilir. Fail böylelikle bir “hak”kı korumaktadır.³⁸ Failin içinde bulunduğu zorunluluk dolayısı ile birtakım davranışlarda bulunması, kendi hukuksal değerlerini korumak için, bir başkasına ait hukuksal değerleri ihlal olanağı verildiği için hukuk sistemlerinin ilgisini çekmiştir.³⁹ Bu da beraberinde hukuksal değer ekseninde zorunluluk hali dolayısı ile girilen fiilin adil ve olması gereken ceza hukuku anlayışı adına sağlam bir şekilde yerleştirilme ihtiyacının olduğu gerçeğini de beraberinde getirmektedir.⁴⁰

³⁷ **HAKERİ, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2014, s. 391.

³⁸ Bir görüşe göre; “hukuka aykırı olan hareket” toplum yaşamına karşı iradi harekettir. Bununla birlikte haksızlık nesnel değil öznel bir haksızlık olarak değerlendirildiği ve hukuka aykırılığın toplumsal yaşama karşıtlıkla karıştırıldığı yönünde eleştirilmiştir: **GRAMMATICA, Filippo**, Toplumsal Savunma İlkeleri, Ankara 2005, s. 185.

³⁹ Ancak burada zorunluluk adı altında geçen benzer durumlara tıpkı meşru savunmada olduğu gibi bir cevap bulabilme gereğidir. Zorunluluk halinde karakterize edilen durum ya da aşına olunan problem masum bir üçüncü şahsın pahasına bir kurtarma eylemi ya da cezai uygunluk içinde korunan bir saldırganın (*aggressore*) menfaatleridir: **PULITANO, Domenico: Diritto Penale**, Torino 2005, s. 310.

⁴⁰ **ÜNER, Yener**, a.g.e., Ankara 2003, s. 37, 38.

“Zorunluluk” kelimesi kavramsal, terimsel ve kapsayıcı olmak üzere birkaç şekilde kullanılmaktadır. Bunlardan ilki, günlük dilde ve daha çok kavramsal olarak kullanılan zorunluluktur. Diğer kullanım ise bir hukuki terim olan zorunluluk halinin yapı taşı olarak kullanılan zorunluluk iken, bir diğeri hukuki ifadelerin içinde tercih edilen nispeten kapsayıcı olan kullanım şeklidir. Doktrinde bu kapsayıcı mahiyette kullanım meşru savunma, manevi cebir⁴¹ ve iki kötülükten daha az kötü olanının seçimi bağlamında kullanılmaktadır.⁴² Buna göre; genel olarak zaruret ya da zorunluluk; bir şey karşısında çaresiz kalınarak gösterilen belli bir şekilde davranma durumunu ifade eder. Zorunluluk kelimesinin kavramsal kullanımı; *tabii bir durum olarak insanın içinde bulunduğu durumu ifade etmek için* tercih edilmektedir. Terimsel kullanımdan anlaşılması gerekense bir hukuki kurum olarak zorunluluk halidir. Fail bir başkasının hukukça korunan bir hakkını ihlal ettiği andan itibaren tabii bir durum olan zorunluluk durumu, “zorunluluk hali” olarak nitelendirilerek kurumun kanun tarafından belirlenen şartları içerisinde tartışılmaya çalışılır.⁴³ Benzer bir kullanım İtalyan Ceza Kanunu’nda yer almaktadır. 54. Madde’de zorunluluk hali için kullanılan “lo stato di necessita” terimindeki “stato” kelimesi İtalyanca’da durum, hal, vaziyet gibi anlamları karşılarken⁴⁴ necessita kelimesi ise gereklilik ve gerektirmeyi ifade etmektedir.⁴⁵ Kavramın zorda kalış şeklinde kullanımı ise Alman Ceza Hukuku ve Japon Ceza Hukuku’nda görülmektedir.⁴⁶

⁴¹ SMITH, Sir John: *Criminal Law*, London, Edinburg, Dublin 1996, s. 251.

⁴² BEKAR, Elif: A.g.e., Ankara 2013, s. 28.

⁴³ GÜRİZ, Adnan: *Hukuk Felsefesi*, Ankara 2009, s. 68-69: Bu durumun adalet idesi açısından tartışılması bizi sağlıklı bir noktaya götürmeyecektir. Zira her hukuk uyumsuzluğuna mevcut hukuk düzeni içinde bir çözüm bulunması ve çözümün adalete uygun olması isteği karşımıza bir “inanç sorunu” olarak çıkar. Adalet ilkelerinin subjektif eğilimleri yansıtmaması bu konudaki tartışmaların da subjektif yaklaşımları ortaya çıkarması sonucunu doğurmaktadır. Yine bir kişinin kendi hakkını korumak için başka birinin hakkını ihlal etmesi adalet sezgisi kavramıyla da açıklanamaz.

⁴⁴ DEMİRYAN, Raffi: *Dizionario Italiano-Turco*, İstanbul 1993, s. 630.

⁴⁵ TANIŞ, Asım: *Küçük İtalyanca Sözlük*, İstanbul 2001, s. 250.

⁴⁶ HASHIDA, Hisashi: a.g.m., s. 330 vd.

Zorunluluk hali kavramı genellikle bir başka şekilde davranma imkansızlığı, içinde bulunulan durumda ortaya konulması mecbur olunan veya ortaya konulduğundan farklı biçimde ifade edilebilmesi imkansız bir davranışa yönelme zorunluluğu olarak tanımlanmaktadır. *Zorunluluk kavramı*, semantik anlamda en basit olarak “yapma gerekliliği” olarak ifade edilebilir. Bu gereklilik doğal olarak kaçınılması olanaksız olan ve kendi isteğinin dışında gerçekleşen bir durumu karşılamaktadır. Ancak zorunluluk kavramı aynı zamanda haklı görülebileni de ifade ettiğinden⁴⁷ kavramın içkin tanımında ölçülülük-oranlılık⁴⁸ olmazsa olmaz bir şekilde bulunmaktadır. Zorunluluk konusunda farklı bir bakış açısı İngiliz Yargıç Lord Goff tarafından; kamusal zorunluluk, kişisel zorunluluk ve genellikle tıbbi vakalarda kullanılan zorunluluk halinde bir diğer kişiye yardım durumu gibi durumlar kategorize edilerek dile getirilmiştir. Tıbbi vakalar için ise bu belirleme hastanın lehine olan şey- rıza ilişkisinde tanımlanan zorunluluklar çerçevesinde şekillenmektedir.⁴⁹ Zorunluluk kavramı için aynı zamanda ne için zorunluluk sorusu sorulduğunda alınacak cevap da hukukun meşru sınırları içinde kalan bir zorunluluk olacaktır.⁵⁰ Kavrama toplumbilim açısından bakıldığında; insanın, doğanın ve toplumun nesnel yasalarına bağımlı olarak olayların iç ve özlerindeki düzeni, yasaya bağlılığı ve yasa gereği belli koşullar altında ortaya çıkması kaçınılmaz olan şeyi

⁴⁷ ASHWORTH, Andrew: *Principles Of Criminal Law*, New York 2009, s. 119.

⁴⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin bire karşı dokuz oyla verdiği üç IRA Teröristi’nin yaşam hakkının ihlali konusundaki kararda başvurunun yaşamsal haklarını mümkün olduğunca en aza indirmenin önemi vurgulanmıştır. Burada Mahkeme zorunluluk karşısında şüpheliye gösterilmesi gereken bir ölçü olduğunu göstermektedir: ASHWORTH, Andrew: a.g.e., s. 124.

⁴⁹ ASHWORTH, Andrew: A.g.e., s. 132.

⁵⁰ ASHWORTH, Andrew: A.g.e., s. 119; GIULIANI, Ubaldo: *Dovere Di Soccorso E Stato Di Necessita’ Nel Diritto Penale*, Milano 1970, s. 61: Buradan hareketle doktrinde oldukça taraftar toplamış bir görüş olarak failin zorunluluk halinin etkisiyle işlediği fiile ceza vermenin cezanın objektif değerlendirmesi açısından bir anlam taşımadığı ya da burada eksik bir zararlılık (sosyal zarar) olduğu savunulmaktadır.

veya şeyleri ifade ettiği görülmektedir.⁵¹ Bu kavram aslında bir bakıma fiilin ceza kanununu ihlal niteliğinde olmadığını da belirtir. Tabii, beşeri anlamda bir “zorunluluk” vardır; ancak, ceza kanununun anladığı anlamda yani hukuki anlamda bir “zorunluluk hali” yoktur.⁵² Zorunluluk halinde olan kişinin önünde ya tehlike karşısında bir hakkını kaybederek ağır bir zarara katlanması ya da bu hakkını başkasının hakkına zarar vererek koruması gibi iki seçenek bulunmaktadır.⁵³ Ancak burada somutlaştırılan bu ifade şekli dahi zorunluluk halinin doğasını açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Zira buradan kişinin ağır bir zarara niçin kendisinin katlanmadığı yönünde bir anlam da çıkartılabilecektir ki bu da zorunluluk halinin doğasına aykırıdır. Çünkü failin ağır, içsel bir psikolojik baskıya sahip olma durumu ‘insanın ruh ve bedeninin bir birleşimi olduğu’ tespitine adeta gönderme yapar. Ruh ve beden insan olma açısından zorlanırsa bu fiziksel zorlanma ve ruhi zorlanma olarak iki görünüm ortaya çıkarır. Zorunluluk halinde söylenmeye çalışılan ise failin özgür olmayan bir şekilde fiilinin icrasıdır.”⁵⁴

Öncelikle zorunluluk halinin etkisiyle işlenmiş fiil ile zaruret durumu arasındaki bağlantının esasını ifade eden zarureti, zorunlu fiilin kaçınılmazlığı için ifade edilen “kaçınılmazlık şartı”ndaki zorunlulukla eş tutmamak ve ayrı bir değerlendirmeye tabi tutmak gerekmektedir.⁵⁵ Yani tabii durumdaki zorunluluk ile teknik anlamdaki zorunluluk birbirleriyle eşdeğer değildirler. Çünkü suç açısından zarar ve tehlike kavramları arasında fark vardır.⁵⁶ Algılama yetisi olan insan (L’*intelletto umano*) “zarar olasılığını” öngörebilir. Aslında kişiden beklenen de bu

⁵¹ **Türkçe Sözlük:** Dil Derneği, Ankara 2005, s. 2151.

⁵² **HAFIZOĞULLARI, Zeki,** “Türk Ceza Hukuku Sisteminde Zorunluluk Hali ve III. Kişiyi Kurtarma” AÜHFD. Yıl 1971 Cilt 28 Sayı:1-4, s. 124.

⁵³ **ARTUK- GÖKÇEN- YENİDÜNYA:** A.g.e, s. 521.

⁵⁴ **GIULIANI, Ubaldo:** A.g.e., s. 58.

⁵⁵ **MANZINI, Vincenzo: Trattato Di Diritto Penale Italiano, Volume Seconda,** Torino 1961, s. 418; **TOROSLU, Nevzat:** A.g.e., s. 143.

⁵⁶ Bu farka ilişkin ayrıntılı açıklamalar ve yaklaşımlar için bkz., İkinci Bölüm, s. 183 vd.

öngörüdür. İşte bu kabiliyetin oluştuğu yönündeki kanı tehlike kavramı ile subjektif olarak yapılandırılır. Doktrine göre; “zorunluluk halinin etkisiyle işlenen fiil” cezalandırılmaz fiil değil, hukuka aykırı sayılmayan fiildir.⁵⁷ Bu fiil zorunluluk durumunun özelliğini teşkil eden tehlikeden kendisini veya başkasını kurtarmak mecburiyeti altında, fail tarafından işlenmiş fiilden ibarettir.⁵⁸ Zorunluluk halinin etkisiyle işlenen bu fiil ile tehlikeden korunma konusundaki zorunluluk ilişkisi objektif bir karakter taşımaktadır. Zira bu failin değil, fiilin hedefidir.⁵⁹ Ancak bizce burada belirtilmesi gereken nokta zorunluluk halinin etkisiyle işlenen bu fiilin gerek beden bütünlüğüne, gerekse malvarlığına yönelmiş korunmalarda aynı zorunluluk kavramından beslenmekte olmasıdır. Burada, tanımsal anlamda bir farklılığa gidilebilir. Böylelikle, bunun somutlaştırılması ile adaletsiz durumların doğumunun da önüne geçilebilecektir. Hukukumuzdaki zorunluluk hali yapılanmasının Alman Ceza Hukuku’ndaki gibi olmadığı düşünülürse bu farklılaşma ancak kavramsal olarak zorunluluk kavramının içinin doldurulmasıyla gerçekleştirilebilecektir. Bir diğer belirtilmesi gereken nokta içerdiği teknik anlam itibarı ile norm açısından zorunluluk durumu (la situazione di necessita) ile zorunluluk halinin etkisiyle işlenen fiil (fatto necessitato) kavramlarını belirleme gereğidir.⁶⁰ Bize yardımcı olacak nokta, aslında her iki hukuki kurumda da mevcut olan meşru savunmadaki savunmasal sınır ile zorunluluk halindeki korunmasal sınırı tespit edebilmektir. Manzini, bunu zorunluluk halinde işlenen fiilin maddi hedefi ile tehlikenin sebebi arasındaki ilişkiye dayandırmaktadır. Burada değerlendirme dışı kalması gereken

⁵⁷ ANTOLISEI, Francesco: *Manuale Di Diritto Penale, Parte Generale*, Milano 2003, s. 310.

⁵⁸ TOROSLU, Nevzat: A.g.e, s. 93.

⁵⁹ CONTIERI, Enrico: A.g.e., s. 69.

⁶⁰ CONTIERI, Enrico: *Lo Stato Di Necessita*, Milano 1939, s. 28 vd., MOLARI, Alfredo: *Profili Dello Stato Di Necessita*, Padova 1964, s. 61-71,115,116-125, TOROSLU, Nevzat: *Ceza Hukukunda Zaruret Hali*, Ankara 1968, s. 93, 94, HAFIZOĞULLARI, Zeki: “Türk Ceza Hukuku Sisteminde Zaruret Hali ve III. Kişiyi Kurtarma”, *AÜHFD.*, Yıl 1971, Cilt 28, Sayı 1-4, s. 107-115.

şey, fiilin doğrudan doğruya zarar verdiği hak ve menfaat ile tehlikenin sebebi arasındaki ilişkidir.⁶¹ O'na göre, dikkate alınmaması gereken ilişki zorunluluk halinde işlenen fiilin maddi hedefi ile tehlikenin sebebi arasındaki ilişkidir.⁶² Zorunluluk durumu, zorunluluk halinin etkisinde işlenen fiilin ön şartıdır. Bu bakımdan zorunluluk durumu fail tarafından bilerek neden olunmamış ağır ve kaçınılmaz bir tehlike halinde işlendiğinden böyle bir tehlikenin varlığına da işaret eder.⁶³ Yani henüz hukuki değil fiili anlamda bir zorunluluğa işaret eder diyebiliriz. Böylelikle zorunluluk hali, zorunluluk durumu ve failin zorunluluk halinin etkisiyle işlediği zorunlu fiili⁶⁴ kapsamaktadır. Bu kapsam norm bazında gerçekleştirilen “fiile izin veren bir norm”⁶⁵ ile meşruiyet kazanmıştır.⁶⁶ Aralarındaki ilişkiyi de yine bu norm yapılandırmıştır. Başka bir ifade ile zorunluluk hali kurumunun çekirdeğini zorunluluk durumu ve zorunluluk halinin etkisiyle işlenmiş fiil arasındaki normatif ilişki oluşturmaktadır. Böylelikle “gerek üçüncü kişi lehine zorunluluk hali, gerek dar anlamda zorunluluk hali, zorunluluk durumunun olgusal şartları ile yapılanmaktadır.”⁶⁷ Yani üçüncü kişiyi kurtarma durumunun zorunluluk hali kapsamında değerlendirilebilmesi için “zorunluluk durumu” var mıdır ve bu bağlamda “zorunluluk halinin etkisiyle işlenmiş fiil” icra edilecek midir buna bakılmalıdır. Tabir yerindeyse zorunluluk durumunun olgusal şartları sağlandıktan sonra hukuki yapı nitelenmesi yapılmalı ve içerik denetlenmelidir. Zorunluluk halinin

⁶¹ **CONTIERI, Enrico:** A.g.e, s. 76; **MANZINI, Vincenzo:** *Trattato Di Diritto Penale Italiano*, Volume Seconda, Torino 1961, s. 405, 406. **TOROSLU**, s. 149 dan naklen **ESERE GİT**

⁶² **MANZINI, Vincenzo:** A.g.e., s. 405

⁶³ **TOROSLU, Nevzat:** A.g.e., Ankara 1968, s. 93; **CONTIERI, Enrico:** A.g.e, s. 28;

⁶⁴ Molari, söz konusu bu fiil için “condotto necessitata”- “comportamento necessitato” kavramlarını (zorunlulaştırılmış fiil ya da zorunlu kılınmış fiil) kullanmaktadır: **MOLARI, Alfredo, Profili Dello Stato di Necessita**, Padova 1964, s. 116, 117.

⁶⁵ **HAFIZOĞULLARI, Zeki: Ceza Normu**, Ankara 1996, s.275-324.

⁶⁶ **CONTIERI, Enrico:** A.g.e., s. 28.

⁶⁷ **HAFIZOĞULLARI, Zeki**, “Türk Ceza Hukuku Sisteminde Zaruret Hali ve III. Kişiyi Kurtarma”, **AÜHFD.**, Yıl 1971, Cilt 28, Sayı 1-4, s. 117.

etkisiyle işlenmiş bu fiilin söz konusu olay bakımından hukuki bir karşılığı vardır. Zorunluluk durumu ile failin zorunluluk halinin etkisiyle işlediği fiil arasındaki bu ilgi de aslında işlenen bu fiil ile zorunluluk durumunun meydana getirdiği tehlikeden kurtulma arasındaki özel amaçsal bir ilişki tarafından kurulur.⁶⁸ *Bu amaçsal ilişki zorunluluk hali ile meşru savunmanın sınırlarını belirleyebilmek açısından da çok önemlidir.* Zorunluluk halinin etkisiyle işlenen fiilin ortaya çıkması için zorunluluk durumu kavramına gerek vardır. Bir başka deyişle zorunluluk halinin etkisiyle işlenen fiil, zorunluluk durumunda işlenen fiili ifade eder. Bu fiil norm tarafından öngörülmüş fiildir.⁶⁹ Buradan hareketle iki kurumu açıklayacak norma temel fikirlerin ancak failin zorunluluk halinin etkisiyle işlediği fiilin bağlı olduğu zorunluluk durumundan çıkarılabileceğini ileri sürmek zorunluluk halini düzenleyen hükmün yapısal çözümlemesine de ters düşmeyecektir.⁷⁰ *Zorunluluk hali ise zorunluluk durumunu ve zorunluluk halinin etkisiyle işlenen fiili içine alan bir yapının teknik ifadesidir.* Bu noktada doktrindeki⁷¹ görüşlerden hareketle TCK açısından “zorunluluk halinin etkisiyle işlenen fiil”in 25. Madde’nin İkinci Fıkrası’ndaki ifade şekli ile “*ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak için, başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ayrıca tehlikenin konusu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak şartı ile işlenmesi*” gerekmektedir. Bunun yanı sıra gerek 765 Sayılı TCK’da, gerek 5237 Sayılı TCK’da yer almamasına rağmen zorunluluk halinin oluşabilmesi açısından kişinin kendisini tehlikeye atmak bakımından özel bir

⁶⁸ TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukukunda Zaruret Hali, Ankara 1968, s. 94; CONTIERI, Enrico: A.g.e., Milano 1939, s. 28.

⁶⁹ CONTIERI, Enrico: *Lo Stato Di Necessita*, Milano 1939, s. 28.

⁷⁰ HAFIZOĞULLARI, Zeki: “Türk Ceza Hukuku Sisteminde Zaruret Hali ve III. Kişiyi Kurtarma”, AÜHFD., Yıl 1971, Cilt 28, Sayı 1-4, s. 117.

⁷¹ CONTIERI, Enrico: A.g.e., Milano 1939, s. 28 vd.; MOLARI, Alfredo: *Profili Dello Stato Di Necessita*, Padova 1964, s. 61-71, 115, 116-125, TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukukunda Zaruret Hali, Ankara 1968, s. 93, 94, HAFIZOĞULLARI, Zeki: “Türk Ceza Hukuku Sisteminde Zaruret Hali ve III. Kişiyi Kurtarma”, AÜHFD., Yıl 1971, Cilt 28, Sayı 1-4, s. 107-115.

hukuki görevinin olmaması da gerekir. Bunu ise kurumun mahiyetinden çıkarmak mümkündür.⁷² Zorunluluk halinin etkisiyle işlenen fiil, üçüncü kişi lehine de işlenebilir. Burada failin fiilinin meşruiyeti ya da failin bu fiil bakımından hukuka uygun hareketi madde metnindeki “oran şartının” yerine getirilmesi ile ilintilidir.

Zorunluluk halinin etkisiyle işlenmiş fiil⁷³, ihmali ya da icrai bir hareketle ortaya çıkabilir denilse de bizce bu fiil yalnızca icrai şekilde ortaya çıkabilir. Kişi bunu hukukça güvence altına alınmış haklarını tamamen ya da kısmen korumak için ya da üçüncü bir kişi için yapabilir. *Burada zorunluluk konusunun, zorunluluk halinin etkisiyle işlenmiş fiili içerdiği ve bu fiilin tehlikenin ortaya çıkarabileceği zararı önlemek için ortaya konan fiil olduğu düşünülmektedir.*⁷⁴ Bu konudaki kavramsal tartışmalar kanımızca esasen İtalyan Ceza Kanunu’nun 52. ve 54. Maddeleri’ndeki “tehlike” ifadelerinden kaynaklanmaktadır. Meşru savunmayı düzenleyen 52. Madde⁷⁵ yapılandırılırken “tehlike kavramı” kullanılmıştır. Metinde kullanılan “mevcut saldırı tehlikesi” ve bunun karşısında yer alan “savunma zorunluluğundaki fiil” ile 54. Madde düzenlemesindeki “bir kişi üzerinde bulunabilecek ağır zarar tehlikesine karşı konulacak fiilin” tanımlanma ve zorunluluk halindeki fiili bundan ayırma gereğinden kaynaklanmaktadır.⁷⁶

⁷² **TOROSLU, Nevzat:** Ceza Hukukunda Zaruret Hali, Ankara 1968, s. 94.

⁷³ “Condotto necessitata”

⁷⁴ **GROSSO, Carlo Federico: Difesa Legittima e Stato Di Necessita**, Milano 1964, s. 7: Bu fikri temel olarak Contieri’nin savunduğunu ifade etmektedir.

⁷⁵ **CPI Art. 52**, <http://www.testolegge.com/codice-penale/articolo-52-2> (Erişim Tarihi 30.07.2013) “Meşru savunma: Haksız bir saldırıdan doğan savunma zorunluluğundan (mevcut saldırı tehlikesi) dolayı kendisinin ya da başkasının hakkını savunma zorunluluğu içinde korumak için bir fiil işleyen kişi cezalandırılmaz. Savunma saldırı ile orantılı olmalıdır.”

⁷⁶ Bu durumda zorunluluk kavramının kesin bir algı ile sınırlandırıldığı ve ölçüsünün “kaçınılmazlık” (inevitabilita) kavramı olduğu belirtilmekte ve bunun için de zorunluluk halinin düzenlendiği madde referans olarak gösterilmektedir. Bu görüş İtalyan Doktrini’nde hatırı sayılır bir çoğunluğa sahiptir. Burada altının çizilmesi gereken nokta zorunluluk halindeki tehlikenin kaçınılmazlığının objektif bir bakış içermediğidir. Bir diğer görüş ise Alman Doktrini’nde yer alan farklı bir yasal formülasyonla bu durumu düzenlemiştir. Bu da “oran” kavramıdır. (proporzione): **GROSSO, Carlo Federico:** A.g.e., Milano 1964, s. 8.

Zorunluluk hali konusunda yapılan tanımlar daha çok ya kanundaki tanımlamadan yola çıkılarak yapılan ve kurumun hukuki özelliklerine değinen ya da örnek olaylar üzerinden yapılandırılmaya çalışılan tanımlardır.⁷⁷ Aslında zorunluluk hali doğal bir hal olan zorunluluk durumunun norma dökülmüş halidir. Böylelikle yalnızca doğanın vahşi güçleri açısından değil, pek çok farklı durum açısından da söz konusu olup, “tehlike” üçüncü bir kişinin fiilinden de türeyebilmektedir.⁷⁸ Türk Ceza Hukuku açısından bir tanım yapılması gerekirse; “zorunluluk hali, bir kimsenin bilerek neden olmadığı bir tehlikeden kendisini veya başkasını kurtarmak zorunluluğu karşısında, tehlikeyi uzaklaştırmaya yetecek ölçüde olan bir fiili işlemesi zorunluluğunu gerektiren durumdur.”⁷⁹ Bir tehlike 5237 Sayılı TCK m. 25 f. 2’de kişinin kendisine ve başkasına ait bir hakka yönelik olan *bilerek neden olmadığı* ve başka surette de korunmak olanağı bulunmayan *ağır ve muhakkak* bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile yine tehlikenin ağırlığı, konusu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak şartı ile işlenen fiillerin zorunluluk halinde işlendiği kabul edilmektedir. Yani zorunluluk hali genel olarak bir hak ya da hukukça korunan bir menfaatin tehlikeye düşme durumunu ifade eder.⁸⁰ “Tehlike karşısında kalan kişi nefsinin koruma endişesi ve içgüdüleri ile kanunun suç olarak nitelendirdiği bir fiili işleyerek bu tehlikeye karşı koyabilme zorunluluğu duyabilir. Bir tehlike karşısında kalan kişi bu tehlikeden kurtulmak için bazen tehlikenin

⁷⁷ Görünüşte meşru savunma konusundaki hipotezler zorunluluk hali ile benzerlik gösterse de meşru savunmanın saldırganı karşı olması ve zorunluluk halinin olayla ilgisiz bir kişiye karşı olması, iki durumu birbirinden ayırır. Yine önemli bir nokta olarak zorunluluk halinde kişinin tehlikeli duruma kendisinin yol açmamasıdır.

⁷⁸ ANTOLISEI, Francesco: Manuale Di Diritto Penale, Parte Generale, Milano 2003, s. 301.

⁷⁹ DÖNMEZER, Sulhi-ERMAN, Sahir: **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Umumi Kısım Cilt II/1, İstanbul 1959, s. 122, TOROSLU, Nevzat: a.g.e., Ankara 1968, s. 5 vd., DEMİRBAŞ, Timur: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2009, s. 276; HAKERİ, Hakan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2013, s. 373; ÖZGENÇ, İzzet: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2013, 401, 402, 404.

⁸⁰ YÜCE, Turhan Tufan: **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, Ankara 1985, s. 41.

kaynağına, bazen de tehlikenin kaynağı ile ilgili olmayan üçüncü kişilerin hak ve yararlarına yönelik olarak zarar verici veya tehlike yaratıcı hareketleri gerçekleştirebilir.”⁸¹ Mevcut tehlike ile uzaktan ve yakından herhangi bir ilgisi olmayan üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerinde gerçekleşen bu zarar ve tehlikeye rağmen failin cezalandırılmaması kabul edilecek ise bunun sebebi ve şartlarının ne olduğu da tespit edilmelidir. Hayatın doğal akışının bir sonucu olarak tehlikeye düşen kişi bundan kurtulmaya çalışır. Bazen tehlikeyi savuştururken başkasının hakkını çiğnemeye gerek kalmazken, birçok olayda bir hakkı kurtarabilmek için başkasının hakkını çiğnemekten başka seçenek de yoktur. Esasen zorunluluk hali üzerindeki tartışmaların ağırlık kazandığı nokta kişinin kendi hakkını korumak ya da kurtarmak adına başka birine ait bir hakkı çiğnemesidir. Bu çerçevede failin bu durumu ahlaki bulunmamaktadır. Peki ama bu değerlendirmeyi neye göre yapacaktır? Zorunluluk hali ile meşru savunmanın hipotezleri terimsel anlamda benzeşmektedir. Ancak zorunluluk halinin içinde saldırgana karşı savunmayı içeren bir kural bulunmamakta, saldırgana ilişkin bir hukuk da ihlal edilmemektedir. *İhlal kişinin neden olmadığı bir tehlikeden kaynaklanmakta ve tehlikeye yabancı birine karşı yapılmaktadır.* Meşru savunmadan farklı olarak artık burada haksız bir saldırı ve ona karşı kendini savunma söz konusu değildir. Zorunluluk halinde değerlendirilen ve sonuçları saptanmaya çalışılan husus “tehlikedir.” Bu tehlike karşısında *ikisi de hukuken geçerli menfaatler* bulunmaktadır. Ancak hukuk düzeni bu menfaatleri *koruyamadığı durumları* göz önünde tutarak söz konusu menfaatlerden birinin diğerinin lehine feda edilmesini kabul etmek zorunda kalmıştır.⁸² Bu durum bizce bir menfaatin diğerine üstünlüğü durumundan ziyade

⁸¹ ÖNDER, Ayhan: *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992, s. 249.

⁸² ERSOY, Yüksel: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 1994, s. 70.

tabii bir durum, şartların gerektirdiği bir zorunluluktur. Bu durumun ahlaki durumla da bir ilgisi yoktur. Yalnızca tabii durum zorunluluk dolayısı ile bir hukuk kuralı haline gelmiştir. Buna sıklıkla verilen bir örnek dağa tırmanmakta olan dağcılardan birinin boşluğa yuvarlanması durumunda, yukarıdaki dağcının aşağıdaki dağcının ipini kesmesi örneğidir. Burada aşağıdaki dağcının hakkı korunamamaktadır. *Karşılaşan iki yaşam hakkından korunabilecek durumda olanı korunmakta, diğeri de zorunlu olarak korunamamaktadır.* Her ne kadar menfaatler aynı olsa da somut olay içindeki değer durumları farklıdır. *İp, iki kişiyi taşıma yeterliliği olmadığı ve aşağıdaki dağcı kurtarılamayacak durumda olduğu için kesilmiştir. Bu aslında tam olarak güçlünün korunması olmayıp birinin diğerine zorunlu olarak üstünlüğü söz konusudur.* Hukuk düzeni bu ve buna benzer durumlarda bu fiillerin işlenmesine engel olabilecek durumda değildir. Dolayısı ile hukuk düzeni uygulanma imkanı olmayan kuralları zorunlu kılmamayı tercih etmektedir.

C. TERİM SORUNU

Türk Ceza Hukuku doktrininde farklı terimsel kullanımları bulunan zorunluluk hali kurumunun adlandırılmasına ilişkin olarak da farklı tercihler bulunmaktadır. 765 Sayılı TCK'daki düzenlemeye bakıldığında m. 49 f. 3'deki ifade ile zorunluluk hali "tehlikeden muhafaza etmek zorunluluğunun bulunduğu ve bu zorunlulukla işlenen fiil" olarak tanımlanmış ancak terimsel olarak kullanıma ilişkin belirli herhangi bir niteleme madde başlığında yer almamıştı. 5237 Sayılı TCK m. 25. f. 2'nin madde başlığında ise "zorunluluk hali" ifadesi açıkça kullanılmıştır.⁸³ Madde gerekçesinde ise 'zorunluluk hali'ne ilişkin "zaruret" ve "ıztırar" gibi

⁸³ **TOROSLU, Nevzat:** A.g.e., Ankara 1968, s. 146; TCK m. 25 f. 2'de öngörülmüş olan zorunluluk hali kabahatlere de uygulanır. Bunun için zorunlu kılınmış fiilin kanunda öngörülen bir kabahat suçuna karşılık gelmesi yeterlidir.

adlandırmaların da kullanılabileceği parantez içindeki ifade biçimi ile anlaşılabilir. ⁸⁴ Kurumun “mecburiyet hali”⁸⁵, “ıztırar hali”⁸⁶, “zaruret hali”⁸⁷ “zorunluluk durumu”⁸⁸ gibi çeşitli isimlerle de anıldığı⁸⁹ görülmektedir.⁹⁰ Doktrinde terim konusunda Tasarı’daki yaklaşım kanunda yer almadığı için Türk hukukunun yabancı hukuk düzenlerinde bulunmayan bir açıklığa kavuşma fırsatını kaçırdığı da ifade edilmektedir.⁹¹ Bu ifadelerden hareketle ortada tam anlamı ile bir terim sorunu bulunup bulunmadığını tespit edebilmek için zaruret, ıztırar ve zorunluluk kelimelerinin aynı anlamlara gelip gelmediğini analiz ederek başlamak gerekmektedir. Zaruret ve ıztırar kelimelerinin köken bakımından Arapça olmanın dışında zorunluluk kelimesi ile bir farklılık göstermemekte ve zorunluluk kelimesini

⁸⁴ YALVAÇ, Gürsel: TCK CMK CGTİK, Ankara 2008, s. 93.

⁸⁵ KUNTER, Nurullah: Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1949, s. 168-254, TANER, M. Tahir: Ceza Hukuku Umumi Kısım, İstanbul 1953, s. 421 vd.

⁸⁶ DÖNMEZER, Sulhi: Genel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 2003, s. 175 vd.; ÖZGENÇ, İzzet, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul 1996, s. 211-233.

⁸⁷ TOROSLU, Nevzat: A.g.e., s. 1 vd.

⁸⁸ KANGAL, Zeynel: A.g.e., 28-31; DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009, s. 276.

⁸⁹ KANGAL, Zeynel: A.g.e., s. 30, 31. Ancak zorunluluk durumunun önceki sayfalarda zorunluluk halinin içinde tanımlanan teknik özelliklerden bir kısmını ifade ettiğini belirtmiştik. Benzer görüşler için bkz. ANTOLISEI, Francesco: Manuale Di Diritto Penale Parte Generale, Milano 2003, s. 330 vd., CONTIERI, Enrico: A.g.e., Milano 1939, s. 28 vd., TOROSLU, Nevzat: A.g.e., s.94 vd.

⁹⁰ ÜNVER, Yener: “YTCK’da Kusurluluk” İzmir Birinci Ceza Hukuku Günleri, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 2006, Sayı: 1-2, s. 127-128 : Hukuka uygunluk sebepleri 5237 Sayılı TCK’nın suçun yapısına ve sorumluluk rejimine ilişkin düzenlemelerin yer aldığı Birinci Kitap İkinci Kısım “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler” başlıklı ikinci bölümde yer almaktadır. Bölüm başlığı ile bölümde düzenlenen konuların uygunsuzluğu bir yana hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluğu kaldırın sebepler hukuki nitelik olarak birbirlerinden farklıdır. Hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı halinde işlenen fiilin hukuka aykırılığından bahsedilemeyeceğinden herhangi bir yaptırım gerek ceza gerekse hukuk anlamında faile yüklenemez. Kusurluluğun bulunmaması halinde ise hukuka aykırılık vasfı devam ettiği için fiile yalnızca ceza yaptırımı uygulanamaz. Buna karşın böyle bir fiile diğer hukuk dallarının yaptırımlarının ve ceza hukukunun güvenlik tedbiri gibi diğer yaptırımlarının uygulanabilmesi mümkündür. Bu nedenle hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı fiili baştan itibaren hukuka uygun kılar. Dolayısı ile hukuka aykırılık ve uygunluk objektif niteliktedir. HUN’dan birisi objektif olarak mevcutsa fiil hukuka uygundur. Alman doktrininde ise hakim olan kişisel haksızlık teorisine göre kast haksızlığı bir unsur olarak kabul edildiğinden failin hukuka aykırılık hallerini de bilmesi aranmaktadır. Türk doktrininde ise bu görüş pek fazla taraftar bulmamıştır, BAYRAKTAR, Köksal: Erdoğan Teziç’e Armağan, İstanbul 2007, s. 16: TCK Tasarısı’ndaki hukuka uygunluk nedenlerinin başlığı bu şekilde değiştirilmiş olmasına rağmen, ciddi bir kanun yapma tekniği ile bağdaşmaz şekilde kanunun genel gerekçesinde “hukuka uygunluk nedenleri başlıklı bu bölümün ...”denilerek Tasarının gerekçesi Kanunun var olmayan başlığının açıklaması olarak belirtilmiştir.

⁹¹ BAYRAKTAR, Köksal: A.g.e., İstanbul 2007, s. 16.

karşılamaktadırlar.⁹² Zorunluluk kelimesi “olması gerekme”, “olduğundan başka olmama durumu”nu ifade eden Türkçe bir kelime⁹³ iken; mecburiyet zaruret ve ıztırar anlamlarını karşılayan Arapça kökenli bir sözcüktür. Ancak her zaman bu kelimeler terimsel anlamlarını ifade etmezler. Bazen Türkçe’nin dil yapısı itibarı ile anlam kaymalarının yaşanması ya da aynı kelime ile farklı kavramların karşılanması olasıdır. Örneğin; TCK m. 303 f. 4⁹⁴ hükmünde kullanılan mecburiyet ifadesi *zorunluluk dışında daha çok kamusal bir erkin tek taraflı yetkisiyle ilgili bir duruma* gönderme yapmaktadır. Zira zorunluluk halinde kişinin kendisini tehlike karşısında feda etmesi beklenemese de tehlikeye karşı koymamak konusunda da bir seçiminin olabilmesi mümkündür. Madde’deki mecburiyet ifadesinde ise kanımızca bunun dışında bir durum ifade olunmaktadır. Yine zorunluluk hali ve zorunluluk durumu tamlamalarında hal ve durum adlandırmaları arasında Türkçe’nin semantiği açısından bir farklılık bulunmamakta ve hal kelimesi fiil kökü olarak çözme, çözümlenme, çözüm, karışık bir sorunun içinden çıkma, bir sonuca varma gibi anlamları karşılarken, isim anlamında kullanıldığında ise durum kelimesi ile örtüşmektedir.⁹⁵ Ancak zorunluluk hali kurumu için kullanılan ister hal, ister durum kavramları arasındaki anlam farklılığının meşru savunma kurumundaki kadar tartışmalı olmadığı ve bunun üzerinde sert tartışmaların yapıldığı bir durumdan öte bir nevi tercih olarak da benimsenebileceği⁹⁶ de ifade edilmektedir. Buna göre durum; hal, bir şeyin içinde bulunduğu koşulların hepsi, tavır, biçim kelimelerini karşılamaktadır.⁹⁷

⁹² **Türkçe Sözlük**, Dil Derneği, Ankara 2005, s. 2136.

⁹³ **Türkçe Sözlük**, A.g.e, s. 2151.

⁹⁴ “Düşman devlet toprağında bulunup da bu devlet ordusunda hizmete alınmak mecburiyetinde kalan vatandaş hakkında cezaya hükmolunmaz.”

⁹⁵ www.tdk.gov.tr, Erişim Tarihi, 05.11.2012.

⁹⁶ **TANER, Fahri Gökçen:** A.g.m., s. 220-221.

⁹⁷ www.tdk.gov.tr, Erişim Tarihi, 05.11.2012, zorunluluk hali terimini kullanmaktaki bir başka gerekçemiz de “zorunluluk durumu” tartışması altında gönderme yapılan zorunluluk halinin tehlikeye

Hal kelimesi Türkçe'ye yerleşme anlamında dil varlığına dahil kabul edilebildiğinden kullanılması uygun olacaktır. Bunun dışında önceki başlıkta ifade edilmeye çalışıldığı üzere *“zorunluluk durumu” bir olgudan ve normatif durumdan çok tabii bir durum olan başka bir aşamayı ifade ettiği için* zorunluluk hali buna nazaran teknik bir hali ifade etmektedir. Böylelikle “hal” terimini hem bu anılan sebep, hem terminolojide gösterdiği yaygınlık, hem de maddenin metin başlığında kullanılması açısından kullanmayı tercih etmiş bulunmaktayız.

II. ZORUNLULUK HALİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. ZORUNLULUK HALİNİN MEŞRUIYETİNİN KAYNAĞINI AÇIKLAYAN TEORİLER

1. Genel Olarak

Zorunluluk halinin meşruiyetinin kaynağını açıklamaya çalışan çok sayıda görüş vardır. Meşruiyetin kaynağını tespit etme yönündeki bu görüşler aşağıda onları destekleyen teoriler çerçevesinde ele alınacaktır. “Failin tehlikeden kurtulma veya üçüncü kişiyi kurtarma fiillerinin meşruiyeti tartışması tarihi olarak oldukça geriye götürülebilir. Hatta bu tartışmanın insanlık tarihi ile eş zamanlı olduğu da söylenebilecektir. Nihai nokta ise zorunluluk halinde işlenen fiilin ahlaki veya hukuki olarak sorumluluk gerektirmediğinin kabulü ya da bu fiilin hukuka uygunluğunun kabulünün hukuk sistemlerine alınması ile olmuştur.”⁹⁸ Bu tartışmalar aslında zorunluluk halinde sıklıkla tartışılan kişinin zarara kendi katlanmak yerine masum bir üçüncü şahsa zarar vermesini meşru bir çerçeveye oturtmak için yapılmıştır. Hatta bu tartışmalar zorunluluk halini hukuk dışı bir kurum olarak gören

ilişkin şartlarını taşıyan bir durumu ifade etmesi ve bu bağlamda farklı bir teknik anlam kazanmış olmasıdır.

⁹⁸ **MEREU, Andrea:** “ La Configurabilità Dello Stato Di Necessità Nelle Ipotesi Problematiche Di Necessità Economica e Abitativa”, **Cassazione Penale**, Y: 2008, S: 3, s.1024.

teorilerce zorunluluk halinde kişinin bu zarara kendi katlanmak yerine masum bir üçüncü şahsa zarar vermesi sebebi ile ceza hukukundan çıkarılması gerektiği⁹⁹ noktasına kadar götürülmüştür. Ancak esas mesele zorunluluk halinin tabii görünümünün birçok farklı şekilde ortaya çıkabilmesi olduğu için temel sorun bu farklı hallerin normda nasıl ifade bulacağıdır. Bugün üzerinde ortak bir yaklaşım geliştirilmeye çalışılan da bu durumdur. Tartışmalı diye bir hukuki kurumu kaldırmak ise pratik hayatın ihtiyaçlarını gerekçesiz bırakacaktır. Bu yönde zorunluluk hali açısından en çok tartışılan konu bu durumda yerine getirilecek yaptırımın fiilin hukuka uygun olması dolayısıyla aslında yokluğu mu, yoksa fiilin hukuka aykırı olmakla birlikte kusurluluğu kaldırması dolayısı ile yaptırımın gerekli görülmediği mi sorularına verilecek cevaptır. Kuşkusuz bu cevap onun hukuki niteliğinin belirlenmesi ile yakından ilişkilidir.¹⁰⁰ Bu nedenle zorunluluk halinin ontolojik temelleri farklı ceza adalet sistemlerinde farklı düzenleme seçenekleri ile yapılandırılmıştır.¹⁰¹ Ancak salt meşruiyet teorilerini incelemek bu cevaba katkı sağlamakla birlikte, tek başına da bu cevabı oluşturmaya yeterli değildir. Zorunluluk halinin meşruiyetinin kaynağını açıklamaya çalışan görüşler bir yönde zorunluluk hali ile cezanın amacı yönünde de bağlantı kurduklarından ister istemez yapılacak tespit, bu görüşlerin aynı zamanda ceza hukukunun amacı ile ilgili olduklarıdır. Aslında “bu amaç devlete ve topluma ait kolektif mahiyette olan bir amaç olarak toplumun varlığına ilişkin şartları teminat altına almak ve ortak hayatın temel ve zorunlu şartlarını garanti etmekten oluşur.”¹⁰²

⁹⁹ HAFIZOĞULLARI, Zeki: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2008, s. 242.

¹⁰⁰ PULITANO, Domenico: *Diritto Penale*, Torino 2005, s. 300, Bugün TCK 25 f. 1’de 5237 Sayılı TCK ile yapılan değişiklikle meşru savunmanın üçüncü kişi lehine de yapılabildiği kabul edilmiştir.

¹⁰¹ CANESTRARI, Stefano-CORNACCHIA, Luigi- DE SIMONE, Giulio: *Manuale Di Diritto Penale Parte Generale*, Bologna 2007, s. 563.

¹⁰² TOROSLU, Nevzat: *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Ankara 1970, s. 142.

Zorunluluk halinde işlenen fiile ceza verilmemesini tartışan nedenler meşru savunmadaki nedenlerle de benzerlik göstermektedir.¹⁰³ Her iki kuruma ceza verilmemesinin nedeni aslında savunma veya tehlikeden kurtulma-kurtarma fiillerindeki “zorunluluk”dan kaynaklanmaktadır.¹⁰⁴ Cezalandırma hakkının temellerinde de insanların diğer insanların korunmasına yetecek kadar özgürlüklerinden kamusal savunma adına vaz geçmesi bulunmaktadır.¹⁰⁵ Bu anlamda “zorunluluk halinde işlenen fiil için, faile ceza verilemez. Çünkü zorunlulukla birlikte toplumun cezalandırma hakkı da bir nevi son bulur. Kamusal savunmanın vatandaş güvenliğini sağlayamadığı hallerde, kişisel iktidar kendi hukukunu kullanmaya hak kazanacağı için kamu da kişi üzerindeki hakkını kaybeder.”¹⁰⁶

Zorunluluk halinde işlenen fiilin hukuki niteliği konusunda çok sık karşılaşılan bir örnek, dağcılık sporu yapan kişilerin tırmanış esnasında birbirlerini bağladıkları ipin bir şekilde iki kişiyi taşıyamayacak duruma gelmesi sonucu yukarıdaki dağcının aşağıdaki dağcıyla aralarında bağlı ipi kesmesi ile oluşan durumdur. Aşağıda olan diğer dağcının düşmesi ile birlikte meydana gelen bir ölüm ya da yaralamadan ipi kesen dağcının sorumlu olup olmayacağı ve bu sorumluluğun dayanağının ne olduğu zorunluluk halinin belki de üzerinde en çok tartışılan noktası olmuştur. Özellikle karşılaşılan iki hakkın eşit değerde oldukları durumları çatışma teorisiyle açıklamaya çalışmak sonuca hizmet etmemektedir. Çünkü; haklar arasında bulunduğu varsayılan hiyerarşik yapılanma haklar eşit değerde olduklarında oldukça sıkıntılı olabilecek bir durumdur. Bu ve bunun gibi pek çok durum için zorunluluk hali kurumunun uzlaşısı mümkün olan ve güç olan yönleri konusunda bir tavır geliştirme gereği açıktır.

¹⁰³ ZAFER, Hamide: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2010, s. 225.

¹⁰⁴ PULITANO', Domenico: A.g.e., s. 311, 312: Bu durum Rocco Ceza Kanunu'nda da sıkı bir şekilde hükme bağlanmıştır.

¹⁰⁵ BECCARIA, Cesare: *Suçlar ve Cezalar*, Ankara, 2003, s. 47-51.

¹⁰⁶ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.m., “III. K.K.”, s. 93.

Bunun için zorunluluk halini düzenleyen normun ratiosunu (scopo, amaç) anlamının yanında, normun aynı zamanda doğasını anlayarak onu ceza hukuku sistemi içerisinde sınıflandırarak tartışılmalı olan bu problemlere çözüm aranmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda onun bir hukuka uygunluk nedeni veya katıksız bir kusurluluğu kaldıran hal olarak ya da Türk Ceza Hukuku'nda bazı görüş taraftarlarınca savunulduğu gibi her iki hukuki nitelime altında ortak bir çözüme gitme görüşü ile de farklı yaklaşımlarda bulunulmuştur.¹⁰⁷ Bu bağlamda kurumu temellendirebilmek için, zorunluluk halinin meşruiyetini açıklayan teorilere de öncelikle bakmak gerekmektedir. Zorunluluk halinde kişinin fiili bir suç tipini ihlal etse de onun cezalandırılmayacağı konusunda çoğunluk fikir birliği içinde olmakla birlikte bu sonuca giden gerekçeler farklılık taşımaktadır. Bu konuda kendini koruma içgüdüsünden (istinto di conservazione), istenemezlik ilkesine (inesigibilita) ve hakların çatışması (conflitto di diritti) görüşüne kadar farklı düşünüş gerekçeleri bulunmaktadır. Ancak salt psikolojik gerekçeler zorunluluk halinde işlenen fiillerin hukuka uygunluğunu kabul etmek açısından yeterli değildir.¹⁰⁸ Bu teorileri ise çok genel anlamda üçe indirgemek mümkündür. Teoriler temelde farklı birtakım esaslardan hareket etmektedirler. Bu esaslar; tehlike karşısında kalan failin psikolojik durumunu göz önünde tutarak onun kusur yeteneğine sahip olamayacağı düşüncesini savunan veya kusur yeteneğinin kaybolmuş olmasından hareket eden ve kurumun esasını kusurluluğu kaldıran bir nitelikte düzenleyen teoriler ya da failin hareketi bir suç tipini ihlal etse dahi bunun objektif bakımdan hukuka aykırı olmadığını

¹⁰⁷ **DOLCINI, Emilio-MARINUCCI, Giorgio: Codice Penale Commentato Parte Generale**, Milano 1999, s. 510, **DÖNMEZER, Sulhi: Genel Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul 2003, s. 176: Bu noktada zorunluluk hali hukukla ahlakın ayrı normatif kategoriler oluşturduğunun da somut bir örneğidir. Ahlak her ne olursa olsun masum bir kişinin haklarına saldırıyı sorumlu saydığı halde hukuk böyle bir durumu karşılıklı yararlar yönünden meşru kabul eder; **KANGAL, Zeynel: A.g.e., s. 48; DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2009, s. 277.

¹⁰⁸ **CANESTRARI, Stefano-CORNACCHIA, Luigi- DE SIMONE, Giulio: A.g.e., Bologna 2007, 510, 511.**

kabulüyle hareket ederek düzenlemeyi bu doğrultuda yapmak ve en son olarak da zorunluluk halini hukuk dışı bir hal veya tabii bir durum olarak kabul ederek zorunluluk halini reddeden teoriler.¹⁰⁹

2. Öznel Teoriler

a. Kendini Koruma İçgüdüsü Teorisi

Teori failin bizzat kendini kurtarmak için girdiği ve onu içinde bulunduğu davranışa zorlayan durumları açıklamaktadır. Bu aslında önüne geçilemez bir içgüdüsel durumun “zaruretin kanunu yoktur” (*necessitas non habet legem*) anlayışı ile şekillenmiş¹¹⁰ olan tabiat normunun bir nevi hukuk normu halini almasıdır.¹¹¹

Teori belki de meşru savunma ve zorunluluk halinin hukuki esası konusunda üretilen en eski teorilerden biri olarak her canlı gibi insanın da kendini tehlikeye karşı koruma içgüdüsüne sahip olması¹¹² esasına dayanır. Zorunluluk halinde işlenen fiilin cezalandırılmama nedenlerini anlayabilmek için bu içgüdüyü incelemeyi gerekli kılmaktadır. İnsanın bu şekilde sahip olduğu kendini koruma ihtiyacı ahlaki bulunmasa da hukuki bulunmuştur. Bu tespitte hiçbir hukuk düzeninin kendini koruma hakkı gibi doğal bir olgunun önüne geçip onu tanımamazlık edememesi¹¹³ fikri etkilidir. Kendini korumak konusunda kuralı koyan da kuralın içsel muhatabı da kişinin kendisidir. Ahlak ise tamamen bireysel bir olgu olduğu için zorunluluk halinin temelini açıklarken ahlaki kriterler kullanmak bu temeli açıklamayı mümkün kılmayacaktır. Nitekim benzer yönde “Maggiore de insanın kendini koruma fiilinin

¹⁰⁹ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.m., “III. K.K.”, s. 121, 122, 129- 131.

¹¹⁰ MANTOVANI, Ferrando: *Diritto Penale Parte Generale*, Padova 2009, s. 261.

¹¹¹ TOROSLU, Nevzat: A.g.e., Ankara 1968, s. 1.

¹¹² ÖNDER, Ayhan: *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992, s. 249.

¹¹³ TOROSLU, Nevzat: A.g.e., Ankara 1968, s. 27; HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.m., “III. K.K.”, s. 96 vd.

ahlaki olmamakla birlikte, hukuki olduğunu belirtmektedir.”¹¹⁴ Zorunluluk halinin ceza hukukunun dışında olduğunu kabul eden Pufendorf ise kişide mevcut olan kendini koruma içgüdüğü ile gerçekleştirilen fiilleri ceza kanunlarının cezalandırabilmesinin düşünülemeyeceği fikrini savunmaktadır.¹¹⁵ Bu yönde pozitivistler de kendini koruma içgüdüsünün lehine görüş bildirmişlerdir. Onlara göre; “zorunluluk hali insanın kendini koruma içgüdüğü nedeniyle bir hukuka uygunluk sebebidir. Bu içgüdü ile hareket eden kişiyi hukuk düzeni korumuştur. İnsanın doğasından kaynaklanan bu durumda kişinin toplumsal anlamda tehlikeliliği yoktur. Zorunluluk halinde failin saiki başkasına zarar vermek değil, bizzat kendini koruma olduğu için bu durumda işlenen fiil kendini koruma üstün hakkına uygun düştüğü için cezalandırılmaktan vazgeçilmektedir.”¹¹⁶ Böyle bir durumda işlenecek fiilin önüne hiçbir ceza tehdidinin geçemeyeceği yönündeki Kant’ın düşüncesi¹¹⁷ de bu görüşü desteklemektedir. Her insanda mevcut olan ve karşı konulamaz bir his olan “koruma içgüdüğü” medeniyet altında frenlense de bu içgüdüün olağan dışı olaylar karşısında tüm ıllıklığı ile ortaya çıktığı¹¹⁸ yadsınamaz bir gerçektir. Teori çerçevesinde geliştirilen kuramlar esas olarak dört başlık altında toplanabilir. Zorunluluk halinde kişinin kendini korumasını bir hak olarak kabul eden görüşler, pozitivist okula dahil olan doktrinin görüşü, fiilin cezasız kalmasını siyasi bir nedende arayan (devletin özel durumlarda tanıdığı bir yetki gibi) görüş, ve en son olarak da teoriyi istenemezlik (inesigibilita) ilkesi çerçevesinde açıklayan görüş.¹¹⁹

¹¹⁴ Aktaran **TOROSLU, Nevzat:** A.g.e., s. 27.

¹¹⁵ Aktaran, **ÖNDER, Ayhan:** A.g.e., İstanbul 1992, s. 249.

¹¹⁶ **SOYASLAN, Doğan:** *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2014, s. 389; **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** A.g.m. (III. K.K.), s. 97.

¹¹⁷ Aktaran **TOROSLU, Nevzat:** A.g.e., s. 31.

¹¹⁸ **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** “Türk Ceza Hukuku Sisteminde Zaruret Hali ve III. Kişiyi Kurtarma”, **AÜHFD**. Yıl: 1971, Cilt: 28, Sayı: 1-4, s. 96.

¹¹⁹ **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** A.g.m. (III.K.K.), s. 96 vd.; **MOLARI, Alfredo:** A.g.e, s. 46; Kuramın aynı zamanda istenemezlik ilkesinin de kökeni olduğuna dair görüş birliği bulunmaktadır.

Kuram hakkaniyet ilkesinden esinlenmekte¹²⁰ bu yönde kuramın zorunluluk halinin hukuki esasını ifade ettiğini düşünenler kuramın meşruiyetini sorgularken failin saikine bakmak gerektiğini belirtmektedirler. Bu saik başkasına zarar vermek değil, yalnızca kendini korumaktır.¹²¹ Bu nedenle zorunluluk halinde normun ratiosunun “kendini koruma içgüdüsünde” aranabileceği ve çok tabii olarak insanın kendini ya da aynı durumdaki bir diğer kişiyi kurtarmasına yol açacağı düşünülmektedir.¹²² Bu içgüdüye hak açısından yaklaşan sosyal sözleşmeciler insanın kendini tehlikeye karşı içgüdüsel olarak korumasını *tabii bir hak* kabul etmekte ve toplum halinde yaşarken sahip olunan bu kendini koruma haklarının “topluma” devredildiğini belirtmektedirler. Toplum, sosyal sözleşme ile bir nevi fertlerini korumayı garanti ederek bu görevi yerine getirmekte, görevini yerine getiremediği durumları ise zaten bireyde mevcut olan kendini koruma hakkının bireye geri dönmesi ile açıklamaktadırlar.¹²³ Bu aslında bir nevi zorunluluk halinde işlenen fiilin cezasız kalmasını siyasi bir nedende arayan anlayışla örtüşmektedir. Buna göre; devlet kurtarma görevinin kendi tarafından yerine getirilemediği hallerde kendini kurtarma içgüdüsünün serbestçe ortaya çıkışını kabul etmiştir.¹²⁴ Kendini koruma içgüdüsünde kişinin tehlike karşısında kendini korumanın dışında bir amaçla hareket etmemesi ve koruma davranışını dürtüsel bir tepki olarak ve ani şekilde icra etmesi, bu kimsede herhangi bir *suçluluk ve tehlikelilik halinin mevcut olmaması* gibi

¹²⁰ **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** “Türk Ceza Hukuku Sisteminde Zaruret Hali ve III. Kişiyi Kurtarma”, AÜHFD. Yıl: 1971, Cilt: 28, Sayı: 1-4, s. 117.

¹²¹ **EREM, Faruk: Türk Ceza Hukuku,** Ankara 1949, s. 383.

¹²² Zorunluluk haline bu yönde getirilen eleştirilerden biri de bu teorinin zorunluluk halini açıklamakla birlikte üçüncü kişi lehine zorunluluk halini açıklayamamasıdır. Kendi varlığına zarar vermemek için başkasının varlığına zarar vermeyi açıklayabilen teori başkasını kurtarmaya meşruiyet kazandıramadığı yönünde eleştirilmiştir: **TOROSLU, Nevzat:** A.g.e., s. 30.

¹²³ **ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa,** Ankara 1995, s. 30-31, 35-37: Sosyal sözleşmenin bireyin gerek haksız saldırıya uğraması, gerek tehlikede bulunması durumunda çözüldüğünü belirtmektedirler.

¹²⁴ **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** “Türk Ceza Hukuku Sisteminde Zaruret Hali ve III. Kişiyi Kurtarma”, AÜHFD. Yıl: 1971, Cilt: 28, Sayı: 1-4, s. 97.

nedenlerle bu görüşün daha makul görüldüğü de doktrinde ifade edilmektedir.¹²⁵ Kendini koruma üstün bir hak olarak ele alınırken, devletin de bu kendini koruma üstün hakkına dayalı olarak fiili cezalandırmaktan vazgeçtiği varsayılmaktadır. Bu noktada *hukuki çatışma varsayımı olarak ele alınan zorunluluk hali de kendini koruma içgüdüsü ile temellendirilmekte ve kişiyi zorunlu fiili işlemeye yönelten şeyin bu içgüdü tarafından belirlendiği* ifade edilmektedir.¹²⁶ Devlet kişiyi tehlike halinde korumakla da yükümlüdür. Bu görevi yerine getirmediğinde bunu kişi yerine getirecektir. Bu anlamda kişinin kendini koruması aynı zamanda kamusal bir görevi de yerine getirmesi olarak görülmektedir. Aslında bu zorunluluk gerektirdiğinde olan özel bir yetkilendirmedir. Öyleyse bir tehlike karşısında kendini savunmaya çalışan devletin davranışı nasıl meşru görülebiliyorsa, kişinin davranışını da hukuki görmek mümkündür.¹²⁷ Carrara da benzer yöndeki görüşünde devletin kurtarma görevini yerine getiremediği hallerde, kişisel iktidarın kendi hukukunu icra yetkisine sahip olacağını ve bu hukuku kullanmaya hak kazanacağını; böylelikle devletin birey üzerindeki hakkını kaybedeceğini ifade etmektedir. Bu durumda fail korkuyu doğuran kötülük veya zorunluluk halinde işlenen fiilden birini seçmek zorundadır.¹²⁸ Zorunluluk halinde işlenen fiile meşruiyet kazandırmak için devletin birey üzerindeki koruma yetkisinden hareket etmek bizi anlamlı bir noktaya götürmeyecektir. Zira devlet güvenliği sağlama ödevini her bir birey üzerinde zaten fiili olarak yerine getiremeyecektir. Bu görüş, içinde bulunulan dönemin de etkisiyle otoriter bir

¹²⁵ EREM, Faruk: A.g.e., Ankara 1949, s. 383: “765 sayılı TCK’nın 49. maddesi 3. bendi korunan hukuki menfaatin ne olabileceğini nefis tabiri ile göstermek ve feda edilecek menfaatlerin nev’ini tahdit etmemekle çatışan menfaatler arasında her türlü mukayeseyi reddetmiştir.”

¹²⁶ HAFIZOĞULLARI, Zeki: “Türk Ceza Hukuku Sisteminde Zaruret Hali ve III. Kişiyi Kurtarma”, AÜHFD. Yıl 1971, Cilt 28, Sayı 1-4, s. 97.

¹²⁷ HAFIZOĞULLARI, Zeki: “Türk Ceza Hukuku Sisteminde Zaruret Hali ve III. Kişiyi Kurtarma”, AÜHFD. Yıl 1971, Cilt 28, Sayı 1-4, s. 96.

¹²⁸ Aktaran HAFIZOĞULLARI, Zeki: “Türk Ceza Hukuku Sisteminde Zaruret Hali ve III. Kişiyi Kurtarma”, AÜHFD. Yıl 1971, Cilt 28, Sayı 1-4, s. 93.

anlayışı yansıtan aşırı bir yorumdur. Bizce üçüncü kişiyi kurtarma durumunda üçüncü kişi lehine yönelen davranış her insanın içinde bulunan bir ahlaki ödevdir. Ahlak eylemi bir kategorik emperatif olarak bireyde herhangi bir eyleme bağlanmadan nesnel bir zorunluluk olarak açıklanmaktadır. Bu bir tür kurtarma refleksi de ortaya çıkarabilir. Ancak bu durumda ortaya çıkan farklı zorunluluk kavramları vardır. Örneğin bunlar ahlaki, pragmatik ve teknik zorunluluklar olabilir.¹²⁹ *Böylelikle zorunluluk halinin kökeninin insanın doğuştan getirdiği bu içgüdü olduğunu savunan bu görüş biraz farklı davranışlardan bize bir çıkış yolu sağlamakla birlikte tek başına zorunluluk halinin karmaşıklığını açıklamaya yetmemektedir.*¹³⁰ *Bazı tipik durumlardaki cezasızlığı belirlemek için bu kavram kullanılabilirse de özelde olağan dışı durumların ortaya çıkmasını sağlayan davranışın istenebilirliği kriterinin uygulandığı durumlarda teorinin yetersiz kaldığı belirtilebilir.*¹³¹ *Teoriye getirilen en tutarlı eleştiri “kendini koruma içgüdüğü ile kanunun korumadığı birçok şeyin açıklanabilmesine karşın bu açıklanabilirliğin aynı güdüye sahip bir başka insanın öldürülmesini hiçbir zaman meşrulaştırmamasıdır.”*¹³² *Karşı yönde salt kavramsal bir bakış zorunluluk hali açısından bizi kısır sonuçlara götürebilecektir. Zira bir kimsenin öldürülmesi makul bir sebebe dayansa dahi hiçbir şekilde salt bu açıdan meşru değildir.* Kanımızca bu görüşe hukukun attığı değer, çatışma teorisindeki aynı anda iki değer birbirine feda edilmesinin yerine birinin kurtarılabilir durumda olanın feda edilmesinin yeğlenebilirliği ya da tek bir değer feda edilmesinin o anda daha mantıklı olmasıdır. Dağcı örneği üzerinden hareket edilirse iki dağcıyı taşıyamayacak olan ip

¹²⁹ KANT, Immanuel: *Ground Work For The Metaphysics of Morals*, Yale University Press New Haven 2002, s. 33.

¹³⁰ RAMACCI, Fabrizio: *Corso Di Diritto Penale*, Torino 2007, s. 329.

¹³¹ MARINUCCI-DOLCINI: *Codice Penale Commentato Parte Generale*, Milano 1999, s. 510.

¹³² RAMACCI, Fabrizio: *A.g.e.*, Torino 2007, s. 329.

koptuğunda iki dağcının da yaşamı feda edilecektir. Halbuki ipi kesebilecek yukarıdaki dağcının hayatta kalma şansı vardır. Yine bir diğer örnek dağcılarının oksijen seviyesinin azaldığı 6000 m. üzerinde yanlarında bulundurdıkları bir çeşit enjeksiyon olan dex'i bir dağcının kendi lehine kullanması durumudur. Diğer dağcının çantasını düşürmesi ile yanında dex bulunmaması ve diğer dağcının kalan tek dex'i kendi için kullanması durumunda kendini koruma içgüdüsü açıkça devreye girmektedir. Bu *gerçekleşebilme öngörüsü altında hukuk kendini koruma içgüdüsüne değer atfetmektedir. Dikkat edilmesi gereken nokta, bu davranışı hayatta kalma şansı yüksek olan kişinin yapmasıdır.* Eklektik hale getirdiğimiz bu yaklaşım aslında çatışma teorisinin içinde yer bulan kendini koruma içgüdüsünün de pratik hayata yansımasıdır. *Yine bu içgüdüğü zorunluluk halinin hukuki temeli yapabilecek düşünce aynı durumda bulunan herkesin benzer davranışı sergileyecek bir tepki gösterme olasılığıdır.* Böylelikle konu da daha objektif bir zemine taşınabilir. Kişi, tehlikeden kurtulmak için kurtulma-korunma davranışının gerektirdiği tepkiler yanında, mantık dışı bazı tepkiler de verebilir. Amaç kişi için her halükarda bir çıkış yolu bulmak, tehlikeden kurtulmak veya tehlikeyi savuşturmaktır.¹³³ *Tehlikedeki bir menfaate, bir masuma ait başka bir menfaati feda etmeksizin kurtarma imkanını düşünmek ise bu konuda yapılabilecek oldukça aşırı bir yorum olacaktır.*¹³⁴ Bu durumun şu ya da bu şekilde üçüncü kişiler ve onların mamelekleri üzerinde de etkisi olabilir. Bu noktada normal durumda geçerli olan normların zorunluluk halinde uygulanamayacağı ve *'bu hukuka özel bir hukuk olduğu'* da¹³⁵ bu yönde ifade edilen haklılık payı yadsınamaz görüşlerdendir. Bununla birlikte, kendini koruma içgüdüsü

¹³³ RAMACCI, Fabrizio: A.g.e., Torino 2007, s. 329.

¹³⁴ RONCO, Mauro: *Il Reato (Cause Di Esclusione e Di Estinzione Del Reato e Della Pena Forme Di Manifestazione e Concorso Di Reati)*, Torino 2007, s. 678.

¹³⁵ ÖNDER, Ayhan: *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992, s. 250.

teorisi davranışın saikini açıklayabilmekte iken, hukuka uygunluğunu açıklamak konusunda ne yazık ki yeterince makul çözümler sunamamaktadır. Sorun, devletin kendini koruma içgüdüsünü tanımak zorunda olup olmadığı veya bir yönde vatandaşlardan bir fedakarlık bekleyip bekleyemeyeceğidir. Bu bir hukuki düzenleme meselesidir. Yeterince cesarete sahip olmayanların cezalandırılması gerekmesi ise aslında hukuki değil, dini bir buyruktur.¹³⁶ *Görüşün en zayıf kaldığı nokta “üçüncü kişiyi kurtarma” durumunda kendisini göstermektedir. Bunun ve buna yönelik tehlikenin ağırlığının değerlendirilmesi açısından sıkıntı yarattığı düşünülmektedir.*¹³⁷ *Ramacci burada aslında tehlikenin ağırlığı karşısında kendini kurtarma içgüdüsüne meşruiyet sağlayabilmek için fiilin tehlike karşısında ölçülülüğünün değerlendirilmesi gerektiğini kast etmektedir.* Gerçekten bu durumu üçüncü kişiye yönelik fiil açısından değerlendirebilmek için objektif bir kriter koyabilmek oldukça zordur. Dolayısı ile bu anlayış kendi içinde doğru kabul edildiğinde hukukiliği kısmen sağlamakta ancak zorunluluk halinin tüm karmaşıklığını açıklamaya da yetmemektedir.¹³⁸ Kuram aslında bir tür korunma refleksini ifade ettiği için TCK’da da kendine yer bulmuştur. Hem mülga TCK m. 476’da ve hem de yürürlükteki TCK m. 98’de “üçüncü bir kişiye yardım etmek” ya da “durumunu bildirmemek” suç olarak düzenlenmiştir. Hatta TCK’da bildirim ve yardım yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda kişi yaşamını kaybederse bu yükümlülüğü yerine getirmeyen, netice sebebi ile ağırlaşmış suçtan dolayı sorumlu olacaktır. *Teoride zorunluluk halinin temellerini bulmak ve belli durumları açıklamak mümkün olsa da bu içgüdü başkasını koruma-kurtarma olgusunu belli bir nedensellik içinde açıklayamamaktadır.* Gerçekten zorunluluk halini belli tehlikelerin

¹³⁶ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.m., s. 98.

¹³⁷ RAMACCI, Fabrizio: A.g.e., Torino 2005, s. 323.

¹³⁸ RAMACCI, Fabrizio: A.g.e., s. 323.

varlığı halinde her canlıda var olan bu tehlikeye karşı koyma dürtüsü ile bazı durumlarda açıklamak mümkün iken, korunma fiilinin üçüncü kişi lehine yapıldığı durumlarda teori yetersiz kalmaktadır.¹³⁹ Yine bu konuda ileri sürülen bir sav bu kriterin hukuki olmadığı yönündedir.¹⁴⁰ Bu konuda yapılan bir diğer belirleme ise; insanın bu şekilde kendini kurtarmak için başkasına zarar vermesinin ahlaki olmadığı ancak hukuki olduğudur.¹⁴¹ Ancak hukuki kriterler de ne insandan ne de toplumdan bağımsız üretilen soyut yaklaşımlar değildir. *Kuram, zorunluluk hali içinde görülen bazı durumları açıklamakla birlikte zorunluluk haline bütünsel olarak bakıldığında bir çözüm getiremediğini söylemek mümkündür.*

b. Manevi Cebir Teorisi

Manevi cebir, dar anlamda irade üzerinde etki eden ve iradenin serbest oluşumunu bozan ağır ve kaçınılmaz bir tehlikenin faili zorlamasıdır.¹⁴² Kişinin karşılaştığı tehlikenin üzerinde yarattığı psikolojik baskı sebebiyle iradesinin oluşumu bozulmakta ve onun soğukkanlılığını kaybetmesine sebep olmaktadır. Kişi, bundan dolayı direnme ve kendini koruma davranışını sergileyememektedir. Bu baskı kişideki kendini koruma içgüdüsünü de bastırmaktadır.¹⁴³ Manevi cebir teorisinin temeli, kişide tehlikenin yoğunluğu karşısında gelişen bu içgüdüye dayanmaktadır.¹⁴⁴ Teori aslında kanunlarında zorunluluk haline ilişkin hüküm bulunmayan ülkelerde bu yöndeki boşluğun doldurulmasına çalışmak için doktrin

¹³⁹ TOROSLU, Nevzat: A.g.e., s. 30.

¹⁴⁰ TOROSLU, Nevzat: A.g.e., s. 30.

¹⁴¹ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.m., s. 96.

¹⁴² HAFIZOĞULLARI, Zeki: "Türk Ceza Hukuku Sisteminde Zaruret Hali ve III. Kişiyi Kurtarma", AÜHFD. Yıl 1971, Cilt 28, Sayı 1-4, s. 93, 94.

¹⁴³ Aktaran, ÖZEN, Muharrem: A.g.e., Ankara 1995, s. 31, 32; PALAZZO, Francesco: *Corso Di Diritto Penale Parte Generale*, Torino 2011, s. 418: Bu hipotez istenemezlik ilkesinin kolektivist ve faydacı bakışına karşın kökeninde daha bireysel özellikler taşıyan bir yaklaşımdır.

¹⁴⁴ HAFIZOĞULLARI, Zeki: "Türk Ceza Hukuku Sisteminde Zaruret Hali ve III. Kişiyi Kurtarma", AÜHFD. Yıl 1971, Cilt 28, Sayı 1-4, s. 93, 94.

tarafından geliştirilmiş bir teoridir.¹⁴⁵ Manevi cebrin kaynağı henüz “uğranılmamış bir zarar korkusu”dur. Ancak bu “korku unsuru” failin kendiliğinden bir iradeye sahip olmasını engellemeye ve failin iradi direncini kırarak kanunu ihlale zorlamaya elverişli görülmelidir.¹⁴⁶

Teori doktrin tarafından geliştirilerek esas olarak teoriyle kanunlarında zorunluluk haline ilişkin hüküm bulunmayan ülkelerdeki boşluğun doldurulması amaçlanmıştır. Bu görüşe göre; zorunluluk halinde bulunan kişinin içinde bulunduğu tehlike dolayısı ile büyük bir korkuya kapıldığı ve ahlak kurallarının ondan kendisini feda etmesini istemesi dolayısıyla bir manevi sorumluluğu bulunduğu düşünülmektedir. Bu tür bir durumla karşı karşıya kalan failin de manevi baskı altında iken tehlikeye karşı koyma yeteneğini kaybetmesinden dolayı cezalandırılmayacağı savunulmaktadır.¹⁴⁷ Diğer bir görüş kişinin bu durumda ahlak kuralına uygun davranacakken davranmadığını ve bundan dolayı manevi sorumluluğu olduğunu belirtmektedir.¹⁴⁸ Kişinin üzerinde bulunan bu ruhi baskı durumunun altında kişi bir fiili gerçekleştirdiği ve onun bir nevi dolaylı fail olduğu da ileri sürülmüş¹⁴⁹ ve manevi cebir düşüncesiyle zorunluluk hali arasında bağlantı kurulmaya çalışılmıştır. Bu yöndeki görüşlerin bir kısmı bu ilgi dolayısı ile zorunluluk halini manevi cebrin daha az şiddetli bir şekli olarak saymakta ise de; manevi cebir halinde işlenecek fiil bir nevi dışarıdan emredilmekte iken, zorunluluk halinde karşılaşılan tehlikenin, faili belli bir harekete sürüklemekte olduğu

¹⁴⁵ DEMİRBAŞ, Timur: A.g.e., Ankara 2009, s. 280.

¹⁴⁶ HAFIZOĞULLARI, Zeki: “Türk Ceza Hukuku Sisteminde Zaruret Hali ve III. Kişiyi Kurtarma”, AÜHFD. Yıl 1971, Cilt 28, Sayı 1-4, s. 93, 94.

¹⁴⁷ DEMİRBAŞ, Timur: A.g.e., s. 280.

¹⁴⁸ DÖNMEZER-ERMAN: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II, İstanbul 1999, s. 822.

¹⁴⁹ Bu durumda bir nevi arka planda bulunan bir dolaylı fail bir kişiyi masum üçüncü kişinin bir değerine zarar vermeye zorlamaktadır. Burada hukuka uygunluk değerlendirmesi için maruz kalan kişinin gerçekleştirdiği fiilin hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk halinin müdahale koşullarını taşıması da aranmıştır: KANGAL, Zeynel, a.g.e., s. 328.

belirtilmelidir.¹⁵⁰ *Teorinin en zayıf noktası zorunluluk halinde şartların getirdiği bir zorunluluğun bulunmasıdır. Failin bu zorunluluğun aksine hareket edip edememesi tartışma konusu olmakla birlikte kişi en azından aksi yönde davranma yetisine sahiptir. Şartlar öyle ağırdır ki fail adeta aksi yönde davranmamaktadır. Yine zorunluluk halinde diğer koşullarının varlığı halinde fiil hukuka uygun kabul edilmekte iken, “manevi cebirde kişinin mutlak bir şekilde cezai sorumluluğunun olmayacağı şeklinde bir değerlendirme yapılması mümkün değildir.”*¹⁵¹

Her ne kadar manevi cebrin zorunluluk halinin kökeni çerçevesinde tartışılabilmesi mümkün ise de konumuz açısından belirtilmesi gereken bir diğer nokta zorunluluk halinin meşruiyetini açıklayan teoriler bakımından maddi cebrin zorunluluk haliyle ilgisinin hiçbir şekilde kurulamayacağıdır. Çünkü maddi cebirde fiil iradi değildir. Üzerinde maddi cebrin icra edildiği kişi iradi olarak bir şey yapmamakta cebreden kişinin aleti konumunda bulunmaktadır. Dolayısıyla maddi cebir illiyet bağıını keserken, manevi cebirde zorlanmış da olsa fiil iradidir.¹⁵²

Mevzuatlarında düzenleme olmayan geleneksel doktrin manevi cebri kusurluluğu kaldıran zorunluluk halinin bir çeşidi saymaktadır. Bu yönde Common Law Sistemi’nde savunmalar (defences) kısmında yer alan cebir zorunluluk hali ile arasında kıyas barındıran ve birbiri ardına gelen hukuki kurumlardır.¹⁵³ Yine “İngiliz İçtihat Hukuku’nda kusurluluğu kaldıran zorunluluk hali içinde değerlendirilen manevi cebrin özellikle beklenebilirlik denetimi yapılırken istenemezlik ilkesi çerçevesinde değerlendirilerek kusurluluğu kaldırdığı görülmektedir.”¹⁵⁴ Anglo

¹⁵⁰ EREM-ARTUK-DANIŞMAN: A.g.e, s. 581.

¹⁵¹ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.m., (III. K. K.), s. 93.

¹⁵² HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.m (İstenemezlik), s. 362, 363 vd.; TOROSLU, Nevzat: A.g.e., Ankara 1968, s. 91.

¹⁵³ ROACH, Kent: *Essentials Of Canadian Law: Criminal Law*, Canada Toronto 2009, s. 17-20, 333.

¹⁵⁴ KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür: A.g.e., s. 76.

Sakson Hukuku keskin bir ayrıma gitmeksizin bu başlık altında hukuka uygunluk nedenlerini ve kusurluluğu kaldıran nedenleri toplamıştır.¹⁵⁵ “Alman Doktrin’inde ise manevi cebir kusurluluğu kaldıran zorunluluk hali içinde düşünülmektedir.¹⁵⁶ İtalyan Ceza Kanunu’nun 54. Maddesi’nde zorunluluk halinin uygulanma şartları belirlendikten sonra maddenin 3. fıkrası manevi cebir altında yapılandırılmış bir davranışı açık bir düzenleme ile zorunluluk halinin kapsamında düzenlemektedir. İtalyan Ceza Kanunu’nda zorunluluk hali bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiş manevi cebrin zorunluluk haliyle benzerliği dolayısı ile de aynı madde içerisinde düzenlenmesi tercih edilmiştir.¹⁵⁷ Common Law Hukuk Sistemi’nde manevi cebir ya da zorunluluk halinin durumu değerlendirilirken somut olaya göre bir yaklaşım geliştirmek gerekmektedir. Örneğin manevi cebir insan öldürme suçu bakımından savunmalar başlığı altında sayılmamakta ve özellikle masum birinin yaşamı açısından bu şekilde değerlendirilmektedir.¹⁵⁸ Kıta Avrupası Hukuku’nda ise

¹⁵⁵ Aktaran KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür: A.g.e., s. 49.

¹⁵⁶ KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür, *Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir*, AÜSBE. Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011, s.79 vd; VINCIGUERRA, Sergio: *Il Codice Penale Tedesco*, Padova 2003, s. 67.

¹⁵⁷ PULITANO, Domenico: *Diritto Penale*, Torino 2005, s.311,314; <http://www.testolegge.com/codice-penale/articolo-49-2> (Erişim Tarihi 22.02.2013): İtalyan Ceza Kanunu’nun 46. Maddesi maddi cebir durumlarında zorunluluk halini düzenlemiştir. 46. Madde vücuda doğrudan doğruya yönelik olan cebir hallerinde uygulanırken “vis absoluta ve vis compulsiva” bir hukuka uygunluk sebebi olarak anlaşılan Madde 54 mevcut bir tehlikenin ve tehdidin doğurduğu “manevi cebir” hallerini kapsamaktadır. Bu hükmün uygulanabilmesi için kişiye yönelik ağır zarar tehlikesi “danno grave alla persona” mevcut bulunmalıdır. Bu tehlike sadece vücut ve hayat bakımından söz konusu olmayıp hürriyet, şeref, özel hayatın gizli alanı gibi kişiye ait diğer temel hukuki menfaatleri de kapsamaktadır; İtalyan doktrininde hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hali ile kusurluluğu kaldıran hal olan zorunluluk hali arasında ayırım yapılmamış olması eleştirilmektedir: JESCHECK, Hans Heinrich: *Alman Ceza Hukuku, Kusur İlkesi*, Yay. Haz. Yenisey, Feridun, İstanbul 2007, s. 164, 165; <http://www.testolegge.com/codice-penale/articolo-54-2> (Erişim Tarihi 22.02.2013): İCK m.53 şu şekildedir: “Kendisinin bilerek neden olmadığı başka şekilde de kurtulamadığı kişiye karşı ağır bir zarar verecek ve güncel (halen mevcut) bir tehlikeden kendisini ya da başkalarını kurtarmak zorunluluğu nedeni ile fiili işleyen kişi ancak fiil tehlike ile orantılı olmadığı müddetçe cezalandırılabilir.

Tehlikeye katlanma yükümlülüğü olan kişiye karşı bu hüküm uygulanmaz.

Bu maddenin birinci fıkrasındaki hüküm aynı zamanda *manevi cebir dolayısı ile oluşan zorunluluk halinde de uygulanır*. Ancak bu durumda sorumluluk tehdit ile bir fiili işlemeye zorlayan kişidedir.”

¹⁵⁸ Örneğin manevi cebir altındaki tartışmalar bu paraleldedir. Bir kişi zorunluluk hali adı altında birinin vücut bütünlüğünü ihlal ettiğinde bu kusurluluğu kaldıran bir hal olarak değerlendirilmekte iken başka birinin hasta çocuğunu kurtarmak için ilaç çalması kötülük çocuğun canı karşısında küçük

bu konuda bazı sınırlar vardır. Örneğin; zararın büyüklüğü, meydana çıkan zararlar oluşacak zararın eşitlenmesi gereği ya da birini öldürmeksizin kaçma imkanının da değerlendirilmesi gibi.¹⁵⁹ Böylelikle “zorunluluk halinde gerçekleştirilen fiilin olağan şeklini hala bir insanın körü körüne içgüdüsel bir korunma hareketi olarak kabul eden manevi cebir teorisi kurtarma fiili bakımından cezasızlığın dayanağını kişinin dayanmasını imkansız kılan psişik baskıda görmektedir.”¹⁶⁰ Bu durum ağır ve muhakkak bir tehlike karşısında manevi cebir altında bulunan bir kimsenin irade serbestisinin ortadan kalkacağı ve bu etki ile kasten suç işleme durumu olmayan kimsenin hareketinin cezalandırılmaması gerektiğinin düşünülmesine yol açmıştır.¹⁶¹

Dönmezer; İtalyan Ceza Kanunu’ndaki m. 54 f. 3 düzenlemesinden hareketle; zorunluluk halinde bulunan kişinin tehlike dolayısı ile büyük bir korkuya kapılmakta olduğunu bundan dolayı böyle bir korkuyla hareket eden kişinin hareketinin kasdi olamayacağını ifade etmekte ve buradaki sorumluluğu hukuki sorumluluk değil, ahlaki sorumluluğun bulunduğu yönünde değerlendirmektedir.¹⁶² Kaldı ki ahlak kuralları kişiden kendisini feda etmesini istese ve bunun manevi sorumluluk doğurabileceği varsayılsa dahi ahlak kuralı hukuk kuralı olmadığından görüş hukuki bakışı yansıtmamaktadır. Yine “failin bu durumda manevi baskı altında olması ve karşı koyma yeteneğini kaybetmesi sebebi ile cezalandırılmayacağı savunulmuştur.”¹⁶³ Ne mevcut TCK’da ne de Mülga TCK’da manevi cebri zorunluluk hali içinde düzenleyen bir yapılanma bulunmadığından bu görüş soyut

bir ihlal olarak değerlendirildiğinden hukuka uygun sayılabilmektedir: Aktaran **KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür:** A.g.e., s. 49.

¹⁵⁹ **PODGOR, Ellen ve Diğerleri: Criminal Law Concept and Practice,** Durham, Nort Carolina USA 2005, s. 609-611.

¹⁶⁰ **KANGAL, Zeynel:** A.g.e., s. 436.

¹⁶¹ **EREM-ARTUK-DANIŞMAN:** A.g.e, s. 581.

¹⁶² **DÖNMEZER, Sulhi: Genel Ceza Hukuku Dersleri,** İstanbul 2003, s. 176.

¹⁶³ **DEMİRBAŞ, Timur:** A.g.e., Ankara 2009, s. 280; **ÖZBEK ve Diğerleri: Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler,** Ankara 2012, s. 374.

kalmaktadır. Manevi cebir teorisini irade serbestisi üzerinde yapılandırılan bakış açısı zorunluluk halinde bulunan kimsenin zorunluluk halinin şartları dolayısıyla serbest iradesi ile hareket edemediğini ve irade serbestisinin de zorunluluk halinden kaynaklanan manevi cebir yüzünden kaybolduğunu bunun da fiilin faile isnat edilmesi imkanını ortadan kaldıracağını düşünmektedir.¹⁶⁴ Ancak, kişinin irade özgürlüğüne sahip olup olmadığı tartışması, felsefi bir sorun olup hukukun konusu değildir.¹⁶⁵ *Bu yönde belirtilmesi gereken nokta isnadiyetin failin bir niteliği olup, fiille doğrudan ilgili olmadığıdır. Zorunluluk hali ise kanun tarafından suç sayılan bir fiili mazur gösteren bir nedendir. Böylelikle manevi cebir kuramı içinde “isnadiyet” failin bir durumu, kusurluluğun bir ögesi ya da ön koşulu olarak kabul edilse dahi zorunluluk halini açıklamakta yetersiz kalmaktadır.*¹⁶⁶

Zorunluluk halinin manevi cebirle açıklanması 1875 tarihine kadar devam etse de bu tarihten sonra manevi cebir yerini menfaatler çatışması görüşüne bırakmıştır.¹⁶⁷ Teoriye getirilen en haklı eleştiri “manevi cebir kuramının üçüncü kişilerin kurtarılmasını açıklayamaması”¹⁶⁸ yönündendir. Teorinin kabulü halinde üçüncü kişileri tehlikeden kurtaran failin fiilini hukuka uygun saymak mümkün olmayacaktır. Dolayısı ile manevi cebir kuramı zorunluluk halinin hukuki niteliğini ortaya koymakta yetersiz kalmaktadır.¹⁶⁹ Kuram manevi cebre maruz kalan kişinin psikolojik durumunu araştırmak gerektiği yönünde de eleştirilmiştir.¹⁷⁰ Yine kuram, zorunluluk halinde cezalandırmayı tek başına açıklayamayacağı ve özellikle cezayı

¹⁶⁴ EREM, Faruk: A.g.e, Ankara 1949, s. 382.

¹⁶⁵ HAFIZOĞULLARI, Zeki: “Türk Ceza Hukuku Sisteminde Zaruret Hali ve III. Kişiyi Kurtarma”, AÜHFD. Yıl: 1971, Cilt: 28, Sayı: 1-4, s. 94.

¹⁶⁶ CARRARA’dan nakleden, HAFIZOĞULLARI, Zeki : “Türk Ceza Hukuku Sisteminde Zaruret Hali ve III. Kişiyi Kurtarma”, AÜHFD. Yıl 1971, Cilt 28, Sayı 1-4, s. 93.

¹⁶⁷ TOROSLU, Nevzat: A.g.e. Ankara 1968, s. 25.

¹⁶⁸ ÖZEN, Muharrem: A.g.e, Ankara 1995, s. 32.

¹⁶⁹ KANGAL, Zeynel: A.g.e., s. 437.

¹⁷⁰ TOROSLU, Nevzat: A.g.e., s. 25.

azaltmak yerine niçin tamamen ortadan kaldırdığı noktasında da eleştirilmiştir. Bir diğer eleştiri ise failin bizzat cezaya katlanma yükümlülüğünün olduğu noktalarda faile yüklenen baskı aynı iken niçin cezadan muaf tutulmadığı noktasındadır.¹⁷¹ TCK açısından 28. Madde zorunluluk halinden ayrı bir düzenleme hükmü içerdiğinden bu madde karşısında manevi cebirin zorunluluk hali kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.¹⁷² Ancak manevi cebirin ayrı bir başlık altında düzenlenmesi ile aslında istenemezlik ilkesinin Türk Ceza Hukuku'na girdiği kabul edilerek manevi cebir istenemezlik ilkesi çerçevesinde düşünülebilir.¹⁷³ Böylelikle TCK'da düzenlemeye yer verilmemiş olması ile bu yönde olası tartışmalar da önlenmiştir.

c. İstenemezlik Teorisi

İstenemezlik aslında İtalyanca'daki anlamıyla “esigere” fiil kökünden türeyen ve istenebilirliği ifade eden bir fiildir. İstenebilirliğin karşıtı olan istenemezlik ilkesi (la non esigibilita- l'inesigibilita)¹⁷⁴ içinde bulunduğu durumda yaptığı davranıştan başka bir davranışta bulunmasının failden istenememesi ve beklenememesi şeklinde tercüme edilebilmektedir.¹⁷⁵ Ceza hukukunda kusurluluğu kaldıran bir neden olarak görülen istenemezlik teorisi, köklerinin referansını kendini koruma içgüdüsünden (istinto di autoconservazione) alan, kusurluluk hipotezine dayanarak şekillenen ve temel olarak hiç kimsenin büyük bir korkunun önünde durmasının mümkün olmadığı

¹⁷¹ KANGAL, Zeynel: A.g.e., s. 437.

¹⁷² Bu konuda manevi cebir altında kalan kişinin karşı karşıya kaldığı alternatifler arasından menfaatlerden en yükseğini ya da zararlardan en azını seçmesi durumuna uygun olan durumların hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk nedenine sokulması gerektiği, diğer hallerde ise failin tehdit altında hiçbir tehlikeyi önleyebilecek bir imkana sahip olmaması nedeniyle kusursuz ama haksız hareket ettiğinin de göz önüne alınması gerektiğini belirtilmektedir: Aktaran, KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür: A.g.e., Ankara 2011, s. 81.

¹⁷³ KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür: A.g.e., s.79 vd.

¹⁷⁴ İlkeyi Türk Ceza Hukuku terminolojisine kazandıran Hafızoğulları'nın kullandığı terminolojiyi yerinde bularak çalışmamızda kullanmayı tercih ediyoruz. HAFIZOĞULLARI, Zeki: “Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi”, AÜHFĐ. Yıl 2008, Cilt 57, Sayı: 3, 338-339-341.

¹⁷⁵ KEÇELİOĞLU, Elvan: “Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK'nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları”, TBBD., Sayı: 87, Yıl: 2010, s. 303.

hipotezine dayanan bir teoridir.¹⁷⁶ Teorinin hareket noktası, kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerin norma uygun davranışın istenemezliği ile birlikte düşünüldüğünde, ceza hukukunun kimseden insanüstü davranışlar bekleyemeyeceği düşüncesinden hareket ettiği fikridir.¹⁷⁷ İçeriğindeki büyük korku dolayısıyla manevi cebirle birlikte ele alınması gerektiği de düşünülmekte¹⁷⁸ ve kusurlu iradenin yokluğu tehlikenin yarattığı manevi baskı altında başka türlü bir davranış sergileyebilmenin beklenemezliğine dayandırılmaktadır.¹⁷⁹ Kusurluluğun normcu anlayışı ile bağlantılı olarak ortaya çıkan teori ilk kez Alman Ceza Hukuku Doktrini'nde ortaya atılmış ve daha sonra günümüz İtalyan Doktrini'nde yer almıştır.¹⁸⁰ İtalyan kusurluluk doktrininde bugün istenemezlik ilkesinin *hukukun üstünde genel bir kusurluluğu kaldıran neden olduğu* kabul edilmekle birlikte, büyük bir kısım doktrin halen kurumun ratiosunu betimlemenin zorluğunu ifade etmektedir.¹⁸¹ Burada aslında dikkatimizi zorunluluk halinin bir unsuru olarak fiil ile tehlike arasındaki orana odaklanmamız gerekmektedir. Bu nedenle kritik olan asıl soru sezgisel, varsayımsal ve görelî kabul edilebilen subjektif durumlardaki rasyonun tespitidir. Buna ilişkin olarak, istenemezlik ilkesi ya da ağır basan, birbirine denk olan değerlerin uygulanabilmesi konusunda kendimize sorduğumuz sorudaki beklenebilirliğin yokluğudur (istenemezlik). İCK m. 54'de açık olan yalnızca fiilin varlığıdır. Bundan dolayı maddede ifade olunduğu gibi, zorunluluk halindeki fiilin

¹⁷⁶ VENAFRO, Emma: Scusanti, Torino 2002, 18, 19.

¹⁷⁷ KEÇELİOĞLU, Elvan: A.g.m. "Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK'nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları", TBBD., Sayı: 87, Yıl: 2010, s. 303; MANTOVANI, Ferrando: *Diritto Penale Parte Generale*, Padova 2009, s. 359.

¹⁷⁸ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.m., (İstenemezlik), s. 359; KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür: A.g.e., s. 83.

¹⁷⁹ ANTOLISEI, Francesco: *Manuale Di Diritto Penale, Parte Generale*, Varese, 1997, s. 302.

¹⁸⁰ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.m., (İstenemezlik) s. 366, 367; KANGAL, Zeynel: A.g.e., Ankara 2010, s.40.

¹⁸¹ VIGANO, Francesco: A.g.e., s. 282.

varlığı, bu konuda oldukça açık bir öneme sahip olan bir unsur olup ihmal edilemez.¹⁸² Burada Molari her halde istenemezlik ilkesinin aslında sübjektiflik taşıdığını vurgulamakla birlikte bunun yine de zorunluluk halinin şartlarındaki fiil ve tehlike arasındaki oranı kişinin kendinin değerlendirilmesi noktasını haklı olarak vurgulamak istemiş olsa gerektir. Teori kendini koruma içgüdüsünden türeyerek kişinin manevi cebir dolayısıyla kınanamaması etrafında şekillenmiştir.¹⁸³ Çünkü fiile burada herhangi bir kınama yargısı yöneltilmesi mümkün değildir.¹⁸⁴ Molari'nin tespitinden de anlaşılacağı üzere aslında teoride objektif bir yön bulunmaktadır. Gerçekten failden içinde bulunduğu koşullarda yaptığı bir davranıştan başka bir davranışta bulunmasının beşeri olarak istenmesinin mümkün olup olmaması sorusuna verilecek cevap istenemezliğin temelini oluşturmaktadır.¹⁸⁵ Hiçbir insan büyük bir korkuyla ya da hayatını kaybetme gibi bir korku ile baş başa kalıp da düştüğü dehşet içinde bunun karşısında duramaz.¹⁸⁶ Uygulama ve deneyler de zor durumda konulacak hiçbir ceza tehdidinin zorunlu fiili işlemek zorunda olma iradesine karşı yeterince engelleyici olarak ortaya çıkamayacağını göstermektedir.¹⁸⁷ Çok zor koşullar altında hareket etmek zorunda kalan failden, ceza kanunlarının öngördüğü hükümlere uygun bir davranış beklemek ise ne mantıki, ne de hukukidir. Dolayısıyla, ağır koşullar altında gerçekleştirildiğinde kendine uyulması beklenen bir norma uymanın mümkün olmadığı durumlar karşısında, davranışın norma

¹⁸² **MOLARI, Alfredo: Profili Dello Stato Di Necessita**, Padova 1964, s. 72.

¹⁸³ **VENAFRO, Emma:** A.g.e., Torino 2002, s. 19; **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** "Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi", **AÜHFD**, Yıl 2008, Cilt 57, Sayı: 337 vd.; **KEÇELİOĞLU, Elvan:** "Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK'nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları", **TBBD.**, Sayı: 87, Yıl: 2010, s. 303; **MANTOVANI, Ferrando: Diritto Penale Parte Generale**, Padova 2009, s. 359; **EREM-ARTUK-DANIŞMAN: Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 1997, s. 552.

¹⁸⁴ **VENAFRO, Emma:** A.g.e., s.18;

¹⁸⁵ **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** A.g.m., (İstenemezlik) s. 366, 367.

¹⁸⁶ **VENAFRO, Emma:** A.g.e. Torino 2002, s. 19.

¹⁸⁷ **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** A.g.m., s. 99.

aykırılığından da bahsedilemeyecektir.¹⁸⁸ Bu bakımdan da istenemezlik teorisinin manevi cebirle birlikte ele alınması gerektiği düşünülmektedir.¹⁸⁹ Bu tip durumlarda, tehlikenin yarattığı manevi baskı altındaki kusurlu iradenin yokluğu, aslında başka türlü bir davranış sergileyebilmenin beklenemezliğine dayandırılmaktadır.¹⁹⁰ Teorinin özü; böylesine güç koşullarda ortalama bir insandan başkalarının zararını kendi zararından üstün tutmayı hedefleyen bir ahlak olgunluğunun beklenemeyecek olmasına dayanmaktadır.¹⁹¹ Bu yönden bakıldığında teorinin zorunluluk hali ile ilgisi zorunluluk hali ile ilişkilendirilen manevi cebir teorisinin şartlarının zorunluluk hali dahilinde düşünülmesinden kaynaklanmaktadır. TCK m. 28 düzenlemesi karşısında ilkenin teknik olarak zorunluluk halinin şartları açısından değerlendirilme imkanı ise kalmamıştır.¹⁹²

İstenemezlik ilkesini değerlendiren birkaç temel yaklaşımdan biri Freudenthal'ındır. İstenemezlik ilkesini ferdileştiren teoriye göre; ahlaki ve fiziki kriterlerin gücü, kontrol edici ve engelleyici yönüyle seçim özgürlüğünün önünde durmaktadır.¹⁹³ “Kınanabilirlik yargısı faile, norma uygun davranabilme imkanı varken davranamaması nedeniyle yöneltilebilir. Failin norma uygun davranabilme imkanının kalktığı durumlarda kınanabilirlik dolayısıyla kusurluluk da kalkar.”¹⁹⁴ Benzer durum zorunluluk halinde de görüldüğü için, bu durum teoriyle temellendirilmeye çalışılmıştır. Kişi, zorunluluk içerisinde ise öldürür, yaralar, mala zarar verir ve hiçbir ceza bunu engelleyemez. Zaten böyle bir olgunluğu beklemek de

¹⁸⁸ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.m., s. 100; DONATO, Costronuovo: La Colpa Penale, Milano 2009, s. 564.

¹⁸⁹ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.m., (İstenemezlik), s. 359; KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür: A.g.e., s. 83.

¹⁹⁰ ANTOLISEI, Francesco: Manuale Di Diritto Penale, Parte Generale, Varese, 1997, s. 302.

¹⁹¹ VENAFRO, Emma: A.g.e., Torino 2002, s. 19 vd.

¹⁹² Ayrıntılı bilgi için bkz. HAFIZOĞULLARI: A.g.m. “İstenemezlik”, s. 27, 28.

¹⁹³ VENAFRO, Emma: A.g.e., Torino 2002, s. 20.

¹⁹⁴ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.m., (İstenemezlik) s. 344.

hayatın olağan akışına aykırıdır. Bir başka ifadeyle, failin iyiyi seçmesi iyiye rağmen başka koşulların da kontrolü altındadır. “Ancak failin irade özgürlüğü ve bunun sınırlarının tamamen kişisel olması sebebiyle bir soyutlama sıkıntısı bulunduğu ve iradenin sınırları üzerinde bir uzlaşının ise zor olduğu belirtilmektedir. Böylelikle; bu yaklaşım, sorumluluğu azaltacak bireysel bir hareket olduğu varsayımı altında, kusurluluğa yalnızca kavramsal olarak katkı sağlayabilmektedir.”¹⁹⁵ Bu tip nedenler dolayısı ile fail açısından uygulamada elverişli içerik sağlayan bir kriter bulabilmek güçtür. İşte bunun için üzerinde epey çaba sarf edildikten sonra ortaya atılan kriter, ortalama insan (uomo medio) kriteri olmuştur.¹⁹⁶ İkinci teoride ise, actio liberae in causa (sebebinde serbest hareket) kriterinin kullanılabileceği ifade edilmektedir. Bu kritere göre; sübjektif sorumluluk başlığı teorideki psikolojik unsuru da karşılayabilmektedir. Burada suç fiili, kast altında işlenmekte lakin bu kasıtlı sorumluluğa denk düşen dürtü, hukuk sistemi tarafından ifade edilememektedir. Gerçekten failin zor koşullar altında giriştiği zorunlu fiili işleme dürtüsünü engelleyecek bir ceza tehdidi bulunmamaktadır. Kaldı ki; insani zaafiyet (umana fragibilita) altında hareket eden bu failden, ceza kanunları öngörse dahi buna uygun bir davranış beklemek ne adil ne de hakkaniyete uygun olacaktır.¹⁹⁷ Kusurluluğun normatif anlayışının şahsileştirilmesi olarak ortaya çıkan teori için bir nevi kusurluluğun normatif ve psikolojik anlayışlarının ortak bakışı gibi bir açılım olduğu yorumu yapılabilir. Zira faile bu durumda ampirik olarak aksi şekilde davranabilme

¹⁹⁵ **VENAFRO, Emma:** A.g.e., **Torino 2002, s. 21-22.**

¹⁹⁶ **VENAFRO, Emma:** A.g.e., **Torino 2002, s. 20:** Bunu Mangakis ve Gallas da desteklemektedir. Mangakis ortalama insanın başka bir yerden (muhit) bir kişi olduğu ve bu kriter değerlendirilirken aynı psikolojik durumda bir kişinin bulunması gereğinden bahsetmektedir. **KANETİ, Selim:** Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, 21-22 Ekim, Ankara 1977, s. 58: Özel hukuk bakımından bu kriter kusurun objektifleştirilmesi için kullanılmaktadır.

¹⁹⁷ **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** A.g.m., (III. K. K.) s. 99, 100.

kriteri getirilememektedir.¹⁹⁸ Benzer bir yorumu Molari'de de görüyoruz.¹⁹⁹ Aslında bu ilkenin düşünüldüğü nokta kusurluluk hipotezinde hukuka aykırı olarak hareket eden failin alışık olunmayan bir durum dolayısı ile temelde kusurluluk hipotezi altına alınamaması ve böyle bir suçlamanın da adil görülmemesidir. Burada daha üst düzeyde bir soyutlama ile “kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerin norma uygun davranışın istenemezliği düşüncesine dayandığı” ifade edilmektedir.²⁰⁰

Normatif kusurluluk teorisinde görülen fiil ile norm arasındaki çatışmada kusurluluk failin fiili ile norm arasındaki ilişki olarak ele alınmaktadır.²⁰¹ Kusurluluğun normatif anlayışı kişiden hukuka aykırı davranışın beklenebilirliği ve yapılması beklenmeyen davranışın istenemezliği ilkesine dayanır.²⁰² Kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerin esas amacı hukuka aykırı bu davranışın kriminal-politik sebeplerle cezalandırılabilmesi zorunluluğunun altını çizmektir. *Tartışmanın temel hareket noktası failden içinde hareket ettiği koşullarda yapmış olduğu bu davranıştan başka bir davranışta bulunmasının beşeri olarak istenmesinin mümkün olup olmamasıdır.* Davranışın faile iradi olarak isnat edilebilmesinin yanında, kınanabilirlik olarak isnat edilmesi fikri de aranmakta ve bu da kusurluluğu kaldıran nedenlerin ratiosunu oluşturmaktadır. Açık bir şekilde normun ratiosu subjektif olarak belirlenmiştir. Bu konuda bir ebeveynin aynı anda yangından kurtarmak zorunda olduğu iki çocuğundan yalnızca birini kurtarabilecek durumda bulunması örneği verilerek kusurluluğu kaldıran nedenlerin altında yatan bir neden olarak yaygın ve eşdeğer birtakım davranış kalıpları ile karşılaştırma yapılmaktadır. Bunun

¹⁹⁸ **VENAFRO, Emma:** A.g.e., Torino 2002, s. 25.

¹⁹⁹ **MOLARI, Alfredo:** A.g.e., Padova 1964, s. 72.

²⁰⁰ **KEÇELİOĞLU, Elvan:** “Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK’nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları”, **TBBĐ.**, S:87, Y: 2010, s. 303.

²⁰¹ **KATOĞLU, Tuğrul:** A.g.e., s. 86.

²⁰² **ÖNDER, Ayhan:** *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992, s. 271.

yanında farklı olgular için değerlendirme yapılması beklenen kriterler davranış değerlendirilirken kullanılan kriterlerdir. Bunlar; klinik uygunluk, zamansal öncelik ve mutlak bir gereklilik gibi farklı kriterler olabilir.²⁰³ Tıp hukukunda örneğin organ transplantasyonu ve reanimasyonla ilgili olarak yapılacak bir değerlendirme için bu kriterler kullanılmaktadır. Ortalama insan (uomo medio) kavramı istenemezlik ilkesini açıklarken de kullanılmaktadır.²⁰⁴ Ancak bu konuda bizim de katıldığımız görüş, ortalama insan kavramının yalnızca zihni bir soyutlama ürünü olduğu yönündeki görüştür.²⁰⁵ Örneğin, ortalama bir insandan başkaları üzerindeki manevi cebrin (forza morale) derecesini takdir etme zorunluluğu, ahlaki olarak beklenemez.²⁰⁶ İstenemezlik ilkesi için de psikolojik bir yorum yapılması gerekecektir ve bunu failin dışındaki kişinin değerlendirmesinin bir problem oluşturacağı kanısındayız.

Kusurluluğu ortadan kaldıran bir sebep olarak düşünülen zorunluluk hali durumunda istenemezlik kurumu, yalnızca bazı sınırlı durumlara özgü ve ancak bazı aşırı durumların varlığı halinde düşünülebilir. Bu bakış açısı altında, zorunluluk hali için bir kriter olarak “tamamen tehlikenin yöneldiği şahsı değerlendirmek gerektiği” düşünülmektedir. Failin normalde aynı tehlike tarafından tehdit edilerek ortaya çıkan; ancak özel birtakım bağlar sebebi ile bağlandığı (evlat, yakın dost) kişilere yönelen tehlikeyi, bununla gerekçelendirmek mümkün değildir.²⁰⁷ Yani tehlike aynı olsa da değerlendirmede yöneldiği şahıs açısından farklılık arz edebilmekte ancak bunu istenemezlik ilkesiyle objektif olarak temellendirebilmek oldukça zor

²⁰³ GAROFOLI, Roberto: **Manuale Di Diritto Penale**, Parte Generale, Roma 2011, s. 731-732.

²⁰⁴ MOLARI, Alfredo: A.g.e., Padova 1964, s. 46.

²⁰⁵ ALIMENA, Francesco: **La Colpa Nella Teoria Generale Nel Reato**, Palermo 1947, s. 44.

²⁰⁶ MOLARI, Alfredo: A.g.e., Padova 1964, s. 46.

²⁰⁷ PADOVANI, Tullio: **Diritto Penale**, Milano 2008, s. 171, 172.

görülmektedir. Suçun üçlü ayırımına göre, kusurluluk suçun bir unsuru²⁰⁸ iken, istenemezlik ilkesi suçun “sentetik” bir unsurudur (*elementi compositivi*).²⁰⁹ Bu bağlamda aslında unsur olmayıp, suçun parçalanamayan bütünsel niteliğine dahildir. Daha açık olarak ifade etmek gerekirse, ilkenin doğasında kusurluluk içinde ele alınan kusurluluğu kaldıran sebeplerin ratiosunu oluşturan yeni bir değerlendirme unsuru olma özelliği yatmaktadır.²¹⁰

Manevi cebir veya tehdide dayalı zorunluluk durumu, kişinin kendini koruma içgüdüğü dikkate alındığında norma uygun davranmasının failden beklenmediği bir durum olarak görülmektedir.²¹¹ Manevi cebrin niteliği ve şartlarının zorunluluk halinden esinlenilerek belirlenmeye çalışılması TCK sistemi içinde kendine yer bulmuş değildir. TCK m. 28 düzenlemesi karşısında manevi cebri artık zorunluluk hali içinde inceleme durumu kalmamıştır. Dolayısıyla kusurluluğu kaldırdığı ileri sürülen istenemezlik ilkesi manevi cebirle birlikte ele alınıp bu çerçevede değerlendirilmelidir.²¹² Teori bu açıdan hukukumuz içerisinde zorunluluk haline değil, manevi cebre bir açıklama getirmektedir.

İstenemezlik ilkesinin sınırlarının algılanması ve prensiplerinin oluşturulması suçun dogmatik yapısı ile ilgilidir. İstenebilirlik durumunda yargısal olarak hükmedilebilecek somut bir davranış bulunakta iken, istenemezlikte olmaması²¹³ durumu, fiili değerlendirmede sıkıntı oluşturmaktadır. İstenemezlik ilkesinin

²⁰⁸ ANTOLISEI, Francesco: *Manuale Di Diritto Penale Parte Generale*, Milano 2003, s. 211; EREM, Faruk: *Ceza Hukukunda Ümanist Doktrin*, Ankara 1980, s. 84: Genellikle kusurlu ilgili kurumların açıklığa kavuşturulmasında kullanılan bu kavrama Ümanist Doktrin taraftarları böyle bir ölçünün gerçeğe uygun olmadığı itirazı ile katılmamakta ve bu kavramın zihindeki bir soyutlamanın ürünü olduğunu ve birtakım pozitivist anlayışlarda da failin mensup olduğu sosyal sınıfa göre bir değerlendirmenin esas alınması gerektiği üzerinde durmaktadırlar.

²⁰⁹ Tümevarımcı (*induttivo*)

²¹⁰ FORNASARI, Gabriele: *Il Principio Di Inesigibilita Nel Diritto Penale*, Padova 1990, s. 339, Bknz. suçun bütünsel anlayışı için KATOĞLU: A.g.e., Ankara 2003, s. 132.

²¹¹ KANGAL, Zeynel: A.g.e., Ankara 2010, s.40; PALAZZO, Francesco: A.g.e., Torino 2011, s. 418.

²¹² KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür: A.g.e., s. 79.

²¹³ FORNASARI, Gabriele: A.g.e., s. 193.

kusurluluğa etki eden öznel bir neden sayılması hali dışarıda bırakılarak onun norma temel fikir olması etrafında düşünüldüğünde;²¹⁴ hatta zorunluluk halinin doğası ve temellerinin yapılanmasına bakıldığında dahi, ilkenin üçüncü kişi lehine zorunluluk hali durumuna güçlükle uydurulabileceği belirtilmektedir. İCK.’nın 54. Maddesi’ndeki üçüncü kişiyi kurtarma açısından bakıldığında dahi ilke, üçüncü kişinin bir akraba, bir arkadaş ya da aralarında duygusal bağ durumu olan kişilerden biri olması halleriyle birlikte ele alınmakta; ancak bir yabancı açısından üçüncü kişi değerlendirmesine alınmamaktadır.²¹⁵ Bu yorumda kuşkusuz, İCK’daki maddeyi tamamlayan düzenlemelerdeki açık ifadenin de etkisi vardır. TCK m. 25 f. 2’de ise üçüncü kişinin herhangi özel bir bağla tanımlanmadığı görülmektedir. *Burada getirilen tek kriter “fiil” bakımındandır. Ancak maddede üçüncü kişi bakımından kullanılan ifadede tehlikeden kurtulma fiili ile başkasını kurtarma zorunluluğunun aynı şartlara bağlı olduğu görülmektedir. Zorunluluk halinin farklı yapılandırıldığı sistemler açısından “istenemezlik kuramının sıkıntısı dar anlamda zorunluluk halini açıklamakla birlikte üçüncü kişiyi kurtarma kurumunu açıklayamamasıdır.”*²¹⁶ Dolayısı ile Türk Ceza Hukuku açısından ve bu bağlamda üçüncü kişi açısından istenemezlik ilkesi kriteri; ancak değerlendirmenin fail ve üçüncü kişiyi değer olarak ayrıştırarak yapılması durumunda kullanılabilir. Tabii, bunun nasıl yapılacağı meselesi de ayrı bir tartışma doğuracak niteliktedir. Örneğin; fail bakımından kullanılan manevi cebir kriteri aynı olayda üçüncü kişi açısından doğrudan işletilemez. Yine TCK m. 25 f. 2 yapılanması karşısında ayrı bir maddede manevi

²¹⁴ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.m. “...III. Kişiyi Kurtarma”, s. 130.

²¹⁵ MARINUCCI- DOLCINI: **Codice Penale Commentato Parte Generale**, Milano 1999, s. 510-511; <http://www.testolegge.com/codice-penale/articolo-384> (Erişim Tarihi 15.01.2013): Bu açık bir şekilde İCK. 384. maddeden de çıkarılabilir. İtalyan Ceza Kanunu’nun 384. maddesi bir kişinin üçüncü kişiyi kurtarmak zorunluluğu içinde giriştiği “kurtarma hareketini” “necessita di salvare” aynı düzeyde veya yakın bir akraba için ya da özgürlük , onur (şeref) a karşı yapılan kaçınılmaz ve ağır bir saldırı karşısında bu harekete girişirse bunun bir cezasızlık sebebi olduğunu ifade etmektedir.

²¹⁶ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g. m. “...III. Kişiyi Kurtarma”, s. 130.

cebiri düzenlemesi olduğu için istenemezlik ilkesi kendini koruma içgüdüsi çerçevesinde şekillendirilse bile teori zorunluluk halini açıklamak konusunda yeterli değildir. Yine, istenemezlik ilkesi farklı bir davranış şeklinden hareket etmekle birlikte yasal temelde biraz üstün bir sınıflandırma yapmak için de gerekli somutluktan yoksundur.²¹⁷ İçerdiği psikolojik veriler dolayısı ile bu yöndeki kusurlu her hareketin cezalandırılmaması risklidir. Teorinin en belirsiz noktası ise uygun parametrelerle derecelendirilememesidir.²¹⁸ Dolayısı ile dar anlamda zorunluluk halini bir miktar açıklayabilse de zorunluluk halini tüm yönleriyle tam olarak açıklamakta yetersiz kaldığından zorunluluk halini bu teori etrafında temellendirebilmek mümkün değildir.

d. Tabii Hukuk Teorisi

Esaslarını Grotius'un eserlerinde bulan bu teorinin taraftarları zorunluluğun bir tabii hal olmasından hareketle, bu tabii hal dolayısıyla hukuk kurallarının dışına çıkıldığından kurumun hukuki açıdan açıklanamayacağını belirtmişlerdir. Bu durumda ceza vermek de uygun olmayacaktır.²¹⁹ Zorunluluk halini tabiat kanununun varsayımsal hükümlerine göre açıklamaya çalışan teori; ceza verilmemesini müspet hukukta değil, bunun dışında kalan maksada uygunluk düşüncelerinde aramaktadır.²²⁰ Aslında maksada uygunluk düşüncesinin de kendini savunma hakkı ile aynı değerde kabul edilmesi gerektiği düşünülmektedir. Bugün pozitivistler bakımından zorunluluk halinin kendini koruma içgüdüsi ile açıklanması ile tabii hukukçular arasında da bir fark bulunmadığı ifade edilmektedir.²²¹ Tabii hukukçuların hukuki bakışı bu yönde olgusal bir hukuk olduğu yönündedir. Ancak

²¹⁷ MANTOVANI, Ferrando: A.g.e., Padova 2009, s. 359.

²¹⁸ MANTOVANI, Ferrando: A.g.e., Padova 2009, s. 359.

²¹⁹ TOROSLU, Nevzat: A.g.e., Ankara 1968, s. 21.

²²⁰ EREM-ARTUK-DANIŞMAN: Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1997, s.580.

²²¹ GARCON, Aktaran EREM-ARTUK- DANIŞMAN: A.g.e., s. 582.

pozitif hukukçular tarafından buna karşı çıkılmaktadır.²²² Grotius’a göre; tabii hukuk yalnızca bir veridir.²²³ Dolayısı ile zorunluluk halinde hareket etme hakkı zorunluluk halinin varlığı ile sınırlıdır.²²⁴ Zorunluluk halinde işlenen fiilin hareket etme kabiliyetinin içine girilen zorunluluğun şartları ile sınırlı olabileceği fikri teorinin değil, zorunluluk halinin şartlarının doğal bir çıkarımıdır. Teoriye yöneltilebilecek en somut eleştiri zorunluluk halinin tabii bir hal olarak kabul edilmesi ve esasının pozitif hukuk dışında aranmasıdır. Teori ile ifade edilen aslında kendini koruma hakkının bir başka şeklidir. Ancak Grotius zorunluluk halinde hareket etmenin aslında tam bir hak olmadığını ve zorunluluk bitince iade etme yükümlülüğü doğacağı noktasında eleştirmektedir.²²⁵ Bu yorum ise teoriyi amaçsal anlamda zorunluluk haline hizmet edemez kılmaktadır.

3. NESNEL TEORİLER

a. Çatışma Teorisi

Toplumda çatışma tabii bir durumdur ve her zaman var olmuştur. Çeşitli menfaatlerin, gerek ferdi gerekse toplumsal olarak karşılaşmalarıyla o menfaatleri tatmine yönelik beşeri davranış ve iradelerin çatışma ile sonuçlanması; toplumda birlikte yaşayan sùjeler arasında menfaatler çatışması ve irade uyumsuzlukları ortaya çıkarmıştır. Bu, ilişkiler arasında düzen sağlama görevini ve çatışmayı giderme gereğini de ortaya çıkarmıştır.²²⁶ Söz konusu bu çatışmanın aslen fiil ile toplum

²²² VIOLA, Francesco: “I Diritti Umani Alla Prova Del Diritto Naturale”, s.103-111.
http://www.unipa.it/viola/Diritti_umani_diritto_naturale.pdf, (Erişim Tarihi 30.09 2013)

²²³ <http://www.journals.istanbul.edu.tr/tr/index.php/hukukmeczua/article/viewFile/4790/4352>, (Erişim Tarihi 30.09.2013), ÖZBİLGİN, Tarık, “Tabii Hukuk Görüşünden Sosyolojik Hukuk Görüşüne”, İÜHFD. Cilt: 30, Sayı: 1-2, Yıl: 1964, s. 13.

²²⁴ TOROSLU, Nevzat: A.g.e., Ankara 1968, s. 22.

²²⁵ Aktaran TOROSLU, Nevzat: A.g.e., s. 22.

²²⁶ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.e., Ankara 1996, s. 7.

kuralları (norme di civiltà') arasında olduğu ileri sürülmektedir.²²⁷ *Teori esas olarak, Alman Ceza Hukuku'nda meşru savunma kurumu için kullanılan saldırıya uğrayan hukuksal değerlerin korunması ve muhafazası kriterleri etrafında şekillenen yaklaşımlardan biridir. Alman Ceza Hukuku meşru savunmadaki ihlalin haksız olup olmadığı değerlendirmesi için hukuksal değerleri bireysel, toplumsal ya da devlete ait hukuksal değerler olarak sınıflandırmış ve değerler açısından da belli kriterler getirmiştir. Örneğin; devlete ait hukusal değer ihlallerinin meşru savunmaya vücut verebilmesi için, haklı olarak aynı zamanda devletin ilgili organlarının bu hukuksal değerleri koruyacak durumda olmamaları da aranmaktadır.*²²⁸ *Zorunluluk halinde ise teori, somut olayda karşılaşılan haklar arasında makul bir denge sağlayabilmek amacıyla kullanılmaktadır. Alman Ceza Hukuku'nda, hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinde hukuka uygunluğun tespitini sağlamak için hukuksal değerlerin tartımı kriteri getirilmiştir. Buna göre; değerlerin çatışması durumunda üstün olan hukuksal değere öncelik tanınacaktır. Bu değerlerden yaşam, sağlık, şeref ve mülkiyet yasada açıkça sayılmakla birlikte sınırlandırılmamıştır. Bu yapıda çatışma teorisini tam olarak anlayabilmek için öncelikle hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali içerisinde yapılan bu değerlendirmede değer tartımından önceki aşamayı tespit edebilmek gerekir. Bunun için zorunluluk halindeki tehlike koşullarının varlığının sağlanması ile birlikte objektif olarak hukuka uygunluk tespit edilmektedir. Ancak bu tespit yapıldıktan sonra çatışma ve bu çatışma içerisinde yer alan menfaatlerin tartımı kriteri bu koşullar içinde yapılan hareketin hukuka uygunluğu değerlendirmesinde kullanılmaktadır. Failin iradesi ise en son aşamada*

²²⁷ EREM, Faruk: *Ceza Hukukunda Ümanist Doktrin*, Ankara 1980, s. 24.

²²⁸ ÜNVER, Yener: *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara 2003, s. 990-991.

sübjektif hukuka uygunluk açısından değerlendirilmektedir.²²⁹ Teorinin özü; iki menfaatin karşılaşması durumunda kanunun üstün olan menfaati tercih etmesidir. *Buradan hareketle daha üstün menfaati korumak veya kurtarmak amacı ile işlenen fiillerin hukuka aykırı olamayacağı değerlendirilmesi yapılmaktadır.* Bu iki menfaatten hangisinin üstün olduğu konusunda ise iki kriterden birinin tercih edilmesi gerektiği düşünülmektedir.²³⁰ Menfaatlerin tartımı; tehlike aracılığı ile tehdit edilen menfaatin, hareketle ihlal edilen menfaatten önemli ölçüde ağır basması²³¹ ve ağır basan bu menfaatin diğerine tercih edilmesi esasına dayanmaktadır. Bu tercihin nasıl yapılacağı, “menfaatlerin hangisinin üstün olduğu ve hangisinin feda edileceği konusunda ise ya müspet hukuka ya da ortak toplumsal kurallara başvurulmaktadır. Birinci kriterde, “şekli hukuka uygunluk” düşüncesi; ikinci kriterde ise “maddi hukuka uygunluk” düşüncesi kabul edilir. Ancak *üstün menfaatin ya da tercih edilebilecek menfaatin seçimi teorinin önemli bir sıkıntısını oluşturmaktadır.*²³² Yine haklar arasındaki değerlendirmenin eşitsizlik fikrinden hareketle yapılması bizi sağlıklı sonuçlara götürmeyecektir. Zira ne olursa olsun değerlendirme öznel bir kavram olup zaman, mekan, toplumsal yapı ve koşullardan bağımsız düşünülemez.²³³ Pratikte ise; menfaatin üstünlüğüne aslında hakim karar vermesi, somut olay açısından objektif bir kriter belirleyememenin yarattığı güçlüklerle birlikte ciddi bir problem oluşturmaktadır. Bu konuda verilebilecek örnekler, kişilerin somut olarak yer aldıkları duruma göre; değerlendirmede farklılık ortaya

²²⁹ HEINRICH, Bernd: A.g.e., Ankara 2014, s. 270 vd.

²³⁰ DÖNMEZER-ERMAN: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Umumi Kısım Cilt II/1, İstanbul 1959, s.14.

²³¹ HEINRICH, Bernd: A.g.e., Ankara 2014, s. 280 vd: Burada ilgili hukuksal değer ve onu tehdit eden tehlikenin derecesinin dikkate alınması gerektiği, vurgulanırken, geniş kapsamlı bir değer ve menfaat tartımının yapılması ve bu tartımın ilgili hukuksal değer açısından soyut olarak gerçekleştirilmemesinin gerekliliği işaret edilmektedir.

²³² DÖNMEZER-ERMAN: A.g.e., s. 14.

²³³ Aynı yönde bkz. HAFIZOĞULLARI, Zeki; A.g.m., (III. K. K.), s. 106.

çıkarmaktadır. Örneğin; bir işçi için sağ elinin değerine kıymet biçilemezken, kitap meraklısı bir kişi için kıymetli ve nadir bir kitap değer bakımından dünyadaki bütün kıymetlere değişilmez durumdadır. Yine, müzede bir yangın çıksa ve itfaiye içeri girilmesini yasaklasa, bu sırada müzedeki nadide bir tabloyu kurtarmak isteyen sanatseveri itfaiye eri yere itip yaralayarak içeri girse ve tabloyu kurtarsa menfaatlerden hangisinin üstün olduğunu belirlemek güçtür.²³⁴ Teorideki belli sıkıntıları aşabilmek için *menfaatlerin sosyal değerinin esas alınması gerektiği* ileri sürülse de “sosyal değer”in bir kriter olarak alınması yine de tartışmalı sonuçların ortaya çıkmasını önleyememektedir. Örneğin; bu sosyal değer dolayısı ile ırzına geçilen bir kadının gayri meşru çocuğunu düşürmek istemesi, zorunluluk hali sayılmamakta ve hukuka uygun bulunmamaktadır.²³⁵ Ancak, pek tabi salt sosyal değer de fiilin hukuka uygunluğunu belirlemede tek başına yeterli değildir. Bugün bu durumun hukuka uygunluğunu değerlendirmede şekli hukuk bakımından “hafta kriteri” mevcuttur. TCK m. 99 f. son kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması durumunda kadının rızası ile gebeliğin 20. haftaya kadar sonlandırılabilceğini düzenlemektedir.²³⁶ Biz, bu yönde salt objektif bir değerlendirmenin yeterli olamayacağı; objektif değerlendirme ile birlikte subjektif durumun da dikkate alınması gerektiğini belirten görüşe katılıyoruz. Alman Ceza Kanunu’nun menfaatlerin tartımı bakımından getirdiği kriterler mevcut yapı içinde son derece yerindedir. İsviçre Ceza Hukuku’nda yine bu konuda düzenlenen hakim

²³⁴ DÖNMEZER-ERMAN: A.g.e., İstanbul 1959, s. 139.

²³⁵ DÖNMEZER-ERMAN: A.g.e., İstanbul 1959, s. 139, Buradaki “menfaatin sosyal değeri” görüşüne göre bu değer in rızanın tümlüğü olduğu ve bunun ananın şeref hakkından üstün olduğu ileri sürülmektedir. 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu’nda da yer alan rızanın tümlüğü kavramı bugün ceza kanunundan çıkarılmıştır. *İkinci Dünya Savaşı koşulları altında savunulan bu görüşe bugün katılmak mümkün değildir. Menfaatin sosyal değerinin ne olduğu ve neye göre belirleneceği de ayrı bir meseledir.*

²³⁶ DÖNMEZER-ERMAN: A.g.e., s. 140.

failin yerine kendisini koyarak olayı değerlendirmesi²³⁷ somut olay adaleti bakımından subjektif bir niteliği yansıtmaktadır. Çünkü; bu değerlendirme “ortalama insan kriteri” üzerinden yapılacaktır. Her ne kadar hafta kriteri bulunsu da Medeni Kanun’un 28. Maddesi’ne göre; cenin ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahiptir. Ancak bunun elde edilişi sağ ve tam doğum koşuluna bağlanmıştır. Öncelikle cenine doğrudan bağlı olan ve ana rahmine düşmesiyle hukuki kimliğe bürünebilecek olan hak yaşama hakkıdır. Bu konuda getirilen 20 hafta kriteri ise hassas yorumlanmalıdır. Esasen, hukuka uygunluk sebepleri de bir kimsenin çatışan menfaatlerinin söz konusu olduğu durumlarda yapılması gerekenin ne olduğu sorusuna cevap aramaktadır. Bu yönü ile hukuka uygunluk sebeplerinin, hak ve haksızlık arasındaki çizgiyi de belirledikleri söylenebilir. Çatışan menfaatler söz konusu olduğunda, hak ve haksızlık²³⁸ arasındaki sınırın belirlenmesine yönelik problem, yalnızca ceza hukukunun çözebileceği bir sorun değildir. Burada, çözüm için hukukun tüm diğer alanlarının katkısı gerekmektedir.²³⁹ Bu yönde bir görüşe göre; *hukuksal değerler somut bir olayda çatıştığında, hukuksal değerler hiyerarşisi dolayısı ile daha önemli bir hukuksal değeri korumak için daha az önemli bir hukuksal değer ihlaline hukuken müsaade edilebileceği belirtilmektedir.* Zorunluluk halinde, “orantılılık ve ölçülülük koşulu altında” bu değerlerin bir nevi karşılaştırılması yapılmaktadır.²⁴⁰ “Zorunluluk hali tehlikenin tehdit ettiği hak veya

²³⁷ DÖNMEZER-ERMAN: A.g.e, s. 140.

²³⁸ Alman Ceza Hukuku’nda haksızlık yargısı kusur ile ilişki kurulmadan önceki aşamada belirlenmiştir. Ancak haksızlık belirlemesi için tipiklik ve hukuka aykırılık unsurlarının da değerlendirilmesi gerekir. Yine “fiil” faile bağlanamıyorsa bunun kusurun oluşumunu engellemekle birlikte, haksızlığın tespitine bir etkisinin olmadığı düşünülmektedir. Dolayısı ile bu ekolde haksızlık fiilin faile bağlandığı aşamadan önce sorgulanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz: **KOCA-ÜZÜLMEZ: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2014, s. 75-80.

²³⁹ **ROXİN’den aktaran, KEÇELİOĞLU, Elvan:** Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK’nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları”, **TBBD.** S: 87, Y: 2010, s. 304.

²⁴⁰ **ÜNVER, Yener:** A.g.e., Ankara 2003, s. 992.

menfaat ile failin zorunluluk halinde zarar verdiği hak veya menfaat arasındaki çatışmaya dayanır. Çatışma halinde bulunan bu iki grup hak ve menfaat meşru ve hukuken himaye gören menfaatlerdir. Bundan dolayıdır ki; zorunluluk halini, toplumun menfaatlerine göre düzene koymak gerekir. Buna göre; *çatışma halinde bulunan menfaatlerden müdafaa edilen menfaatin değeri, zarar verilen menfaatin değerinden üstün ise zorunluluk hali meşru olacaktır*. Üstün değerdeki menfaatin korunması için, aşağı değerdeki menfaatin feda edilmesi gerekiyorsa bu fedakarlığın yapılması lazımdır. Böylelikle, aklıktan ölmek üzere olan kimsenin açlığını gidermek için ekmek çalması halinde ceza görmemesi gerekir.²⁴¹ Hukuka uygunluk açısından belirlenmesi gereken bir durum da açlığın süresi ve derecesidir. Nitekim İtalyan Temyiz Mahkemesi de benzer yönde bir değerlendirme yapmıştır. Eğer çatışma halinde olan menfaatler değerce eşit iseler bunlardan herhangi birinin muhafaza edilmiş olması, toplumsal menfaat açısından bir fark oluşturmaz. Ancak, zarar verilen menfaatin değeri, kurtarılan menfaatin değerinden üstün ise bu durumda zorunluluk halinin mahiyetini açıklamak zor olabilecektir.”²⁴² Buna göre; hukuki değerlerin aralarındaki derece farklılığının, zorunluluk halinin uygulanması bakımından önem taşıdığı düşünülmektedir. Zorunluluk halinde, bir hukuki değer ilişkili olduğu konu tehlikeyle karşı karşıyadır. Bu konunun korunması uğruna daha az önem derecesindeki bir hukuki değer ilişkili olduğu hukuki konu feda edilmektedir. Örneğin; insan hayatı ile mülkiyet hakkının çatışması durumunda insan

²⁴¹ http://www.bbc.com/turkce/haberler/2016/05/160503_italya_yemek_calmak?SThisFB; <http://www.imolaoggi.it/2015/03/21/80enne-malato-alzheimer-ruba-una-salsiccia-condannato-a-pagare-11-250-euro/>: İtalyan Yargıtayı yakın tarihteki bir kararında karnını doyurmak için ekmek çalma sınırını zorunluluk sınırı olarak belirlemiştir. Bunu da miktarın azlığı olarak tespit etmiştir. Bir evsizin 4 avro 7 sentlik sos ve peynir çalmasını İtalyan Yargıtayı yaşamsal beslenme için az miktarda yiyecek çalmanın zorunluluk hali oluşturacağına hükmetmiştir; <http://informatitalia.blogspot.com.tr/2015/03/anziano-malato-ruba-una-salsiccia-al.html>.

²⁴² EREM, Faruk: **Türk Ceza Hukuku**, Ankara 1949, s. 383.

hayatı lehine mülkiyet hakkı feda edilmektedir.²⁴³ Fiil ile hukuk düzeni arasında bir çatışma olmamasının diğer bir deyişle fiilin hukuka uygun sayılmasının nedenleri farklı olabilir. Bu durumda; ya bir hukuki menfaat yoktur ya da hukuki menfaatin üstünlüğü veya eşitliği prensipleri geçerlidir.²⁴⁴ Bu bağlamda hukuka uygunluk sebeplerinin amacı, çatışan menfaatlerin sosyal gerçekliğe uygun bir şekilde kurgulanmasıdır.²⁴⁵ Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin 11.3.1927 tarihinde verdiği, hamile bir kadının hamileliğin yarattığı ruhsal bunalımla kendisini öldürmesini önlemek için bebeğin kürtajla alınmasını hukuka uygun kabul eden kararı, dönemin koşulları içerisinde çığır açıcı olarak kabul edilmekte idi. Yapılan değerlendirmede, doğacak bebeğin yaşamı ile annenin yaşamı tartılarak, annenin yaşamı üstün tutulmuştu. Bu konuda verilmiş diğer kararların gerekçelerinde de, annenin hayatı ve sağlığının henüz doğmamış bir çocuğun hayatından daha değerli tutulduğu görülmekte idi.²⁴⁶ Benzer bir yorum intihar riski durumunda da yapılmıştır. Annenin yaşamını korumak için birtakım tedavi edici tedbirler uygulanabilir ancak kanımızca farklı zorunluluk hallerini birbirinden ayırmak gerekmektedir. Burada ve zorunluluk hali ile ilgili olan bazı olgularda niteliksel bir belirleme yapılması zorunlu görülmektedir. Aynı örnek açısından düşünülecek olursa annenin vücudunu hızla saran ve yaşamını ciddi olarak tehdit eden kanserli bir hücrenin alınması zorunluluğu ile annenin intihar zorunluluğu açısından bir fark vardır. İki olgu karşılaştırıldığında,

²⁴³ ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2008, s. 170.

²⁴⁴ HAFIZOĞULLARI, Zeki: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2008, s. 231.

²⁴⁵ Aktaran, KEÇELİOĞLU, Elvan: A.g.m., s. 303.

²⁴⁶ DEMİRBAŞ, Timur: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2009, s. 281; WILLIAMS, Glanville: *Criminal Law*, Gaunt 1998, s. 231-232: Bu durum normal bir durum gibi değerlendirilmemesi gereken istisnai bir durumdur. Burada ayırdına varılması gereken tıbbi bir durum olarak gebeliğin sonlandırılmasının doğmamış bebeğin annenin yaşamına tahribat vermemeksizin ayrılamaması durumudur. Pratik anlamda doğmamış bebek yaşayabilir durumda olmayıp annenin hayatını kurtarmak için acil müdahalede bulunmaktadır. Doğumun gerçekleşmesi de annenin hayatını ciddi olarak tehlikeye sokacaktır. Bu anlamda karşılaşılan hak ve menfaat eşit değildir.

intiharın bir zorunluluk değil bir ihtimal olmasından, kanser olgusunun ise tanısı konulmuş ve daha net bir tehlike olduğundan bahsedilebilir.²⁴⁷ Yine Alman Doktrini'nde değerlerin tartılması düşüncesinin hukuki bir dayanağı Alman Ceza Kanunu'nun 34. Maddesi'nde düzenlenmiştir. Burada hukuken korunan haklar ile onları tehdit eden tehlikenin derecesi karşılaştırıldığında korunan menfaatin önemli ölçüde ağır basması durumunda hukuka aykırı hareket edilemeyeceğine ilişkin mevcut düzenleme de bu görüşü destekler niteliktedir. Ancak Türk Ceza Hukuku açısından bu maddenin karşılığı TCK m. 25 f. 2 değildir. Bu bakımdan görüşün somut bir karşılığı ceza kanunumuzda bulunmamaktadır. *Zorunluluk hali birçok ülkede “herhangi bir hukuksal değer iken”, ülkemiz açısından kanunda belirtilen hukuksal değerler açısından var olan mevcut tehlikeli durumdur. Değerlerin karşılaşmasında belirleyici olan asıl şey somut olaydır.*²⁴⁸ Bu anlamda teori zorunluluk halini bazı yönlerden kuramsal olarak açıklamaya yardım etse de TCK açısından hakları birbirinden üstün saymaya imkan bulunmamaktadır.

Aşağıda çatışma teorisinin farklı görünüşleri incelenmektedir.

aa. Hegelci Görüşe Göre Hakların Çatışması Teorisi

Hegel tarafından geliştirilen bu teori aynı zamanda Alman Ceza Kanunu'nun zorunluluk hali konusundaki düzenleme şeklinin esasını oluşturmaktadır. Bu anlayış çerçevesinde çatışan değerlerden korunan değer, feda edilen değerden daha üstünse fiil hukuka uygundur. Kusurluluğu kaldıran zorunluluk halinde ise değerlerin

²⁴⁷ Bu konu “tehlike” başlığı altında II. Bölüm'de ayrıntılı olarak işlenmiştir.

²⁴⁸ ÜNVER, Yener: A.g.e., Ankara 2003, s. 992-993.

birbirine eşit olması mümkündür.²⁴⁹ Teori, zorunluluk halinde verilebilecek cezanın ne fail açısından; ne de toplum açısından faydalı olmaması fikriyle ortaya atılmıştır. Zorunluluk halinde doktrin bir görevin ve iyiliğin yerine getirilmesinden hareket ederek hakların ve menfaatlerin çatışması fikrinin doğmasını sağlamıştır. Hegel'in bu sistemdeki düşünsel rolü, onun kurduğu hukuk sisteminde "toplumsal menfaat" fikrinin esas olması ile ilintilidir.²⁵⁰ Çünkü O'na göre; hukukun ana alanı toplumsal alandır.²⁵¹ Teori aslında Alman Ceza Doktrini'nde savunulan menfaatler çatışması etrafında temellenmektedir.²⁵² İki hak çatıştığında devlet bunlardan "üstün olan" hakkı korurken, diğer hakkı feda eder. Hegel'in yaptığıysa tam olarak çatışma içindeki iki farklı hak arasında bir hiyerarşi belirlemeye çalışmaktır. O'na göre haklar arasında seçim özgürlüğü kuralın yoğunluğuna göre belirlenir. Örneğin, yaşam özgürlüğü ve insanın fiziksel bütünlüğü gibi iki hak karşılaştığında ve bu değerlerden biri tıpkı yaşam hakkı gibi daha yüksek bir hiyerarşide bulunuyorsa, daha yüksek hiyerarşide bulunan hak "yaşam" (la vita) en üstün hak olarak yapılandırılır. Devlet aygıtı da bu haklar üzerinde daha üstün olanı her zaman korumak eğilimindedir. Bu noktada bireysel seçim özgürlüğünün gerçekliği ve ahlakiliğinin yalnızca ait olduğu topluluk açısından geçerli olan göreceli bir kavram olduğu belirtilmektedir.²⁵³ Yine yaşam hakkı ile özel mülkiyet hakkı karşılaştığında da bu iki haktan yaşam hakkının galip çıkacağını ifade etmek ve bu iki hakkın eşdeğer olamayacağını belirtmek gerçekçi bir bakış açısidir. Hegel burada zorunluluk halinin doğası gereği hakların çatışmasına uygun olduğunu ve bunun da

²⁴⁹ **ÖZBEK ve Diğerleri: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2012, s. 375.

²⁵⁰ **TOROSLU, Nevzat: A.g.e.**, Ankara 1968, s. 35.

²⁵¹ **TOPAKKAYA, Arslan:** "Hegel'in Hukuk Felsefesinin Ana İlkeleri Adlı Eserinde Devlet'in Kurumsal Yapısının Ana Hatlarıyla Analizi", s.198, http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/2006_X_2_8.pdf, Erişim Tarihi, 02.01.2013.

²⁵² Ayrıntılı bilgi için bkz: **ROXIN, Claus: Antigiuridicita' e Cause Di Giustificazione, Problemi Di Teoria dell'Illecito Penale**, Napoli 1996, s. 295-311.

²⁵³ **VIGANO, Francesco: Stato Di Necessita' e Conflitti Di Doveri**, Milano 2000, s. 58.

belirleyici bir unsur olduğunu (elemento decisivo) ifade ederek hakların objektif etkisinin üzerinde durmaktadır. Alman filozofu zorunluluk halinin ise karakteristiği gereği birleştirici bir çizgi üzerinde düşünülmesi gerektiğini açıkça ifade etmektedir.²⁵⁴ *Bu durumda üstün addedilen hak çatışmadan galip çıkan haktır. Bu noktadan hareketle denilmiştir ki; üstün bir hakkın kendisine göre daha az üstün bir hakla çatışmaya girmesi halinde, iki üstün hakkın bir arada bulunamayacağının bir sonucu da birinin diğerine galip gelmesidir.*²⁵⁵ *Ancak belirtmemiz gerekir ki bu derece hiyerarşik bir sınıflandırma ne somut olay açısından bir çatışma ortaya çıkarır, ne de bu yönde bir olgusal adaleti tesis eder. Yaşam hakkı ile diğer hakların karşılaştığı tüm durumlarda hiyerarşik olarak üst konumda bulunan “yaşam hakkı” daha çatışma yaşanmadan evleviyetle galiptir. Ancak, somuta indirgediğimizde örneklem açısından öyle durumlar olabilir ki içinde bulunduğu durumun koşulları karşısında failin cinsel özgürlüğünü ya da onurunu korumak için gerçekleştirdiği fiil yaşam hakkı ile eşdeğer görülebilir. Bizce eşdeğer olan hakların niteliksel durumu değil, somut olay bakımından dizgelenişleridir. Bu bağlamda zorunluluk hali açısından ihtiyaç duyulan gerçekçi olmak değil, somut olay adaleti açısından işlevsel olmaktır.*

Hegel, hayatta kalma güdüsünün insanın içindeki en tabi isteklerinden biri olduğunu belirterek, zorunluluk halinde söz konusu olan kaçınılmaz bir tehlikenin, bunu düzenleyen hukuki normla çatışması durumunda (birbirine eş olmayan değerler) örneğin bir yaralanma ile var olma özgürlüğünün sınırlandırılmasının karşılaştığı durumunda hayatta kalma güdüsünün (sopravvivere) her zaman soyut

²⁵⁴ VENAFA, Emma: Scusanti, Torino 2002, s. 7.

²⁵⁵ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.m, s. 102-103.

olarak tanımlanan hakkın önünde olduğunu belirtmektedir.²⁵⁶ Hayatı tehlikede olan bir şahsın kendisini kurtarmasına izin vermemek aynı zamanda onun tüm haklarını da inkar anlamına geleceği için yaşam hakkının büyük bir tehlike karşısında ve mülkiyetle çatışması halinde “yaşam hakkı” gerçek bir zorunluluk halinden yararlanır.²⁵⁷ Yine buna “hayatta kalmak için ekmek çalma fiili” gibi birçok fiil örnek olarak verilebilir. Yalnızca hırsızlık suçu olarak değerlendirildiğinde ise, bu haksız bir değerlendirme olacaktır. Aynı örnekteki fiili yaşam hakkı yönünden ele almazsak özel hukuk bakımından değerlendirmemiz pekala reddedilebilecektir. Çünkü; özel hukuk burada olaya katıksız bir hasar anlayışı içinde bakacaktır. Ceza hukuku açısından ise her suçun işlenmesinden önce var olan suçun düşünce ve karar safhalarını içeren, failin suça yönelmesindeki amaç ve saiklerin araştırılması; saikin harekete, amacın ise neticeye yönelik olması²⁵⁸ değerlendirmedeki farklılığı oluşturmaktadır. Bunun için ilk akla gelen hırsızlığın özel kastla işlendiği durumlarıdır. (TCK m. 141 vd.) Burada failin saiki kesinlikle kurtulma ve kurtarma olmalıdır. Yine saikin suçun bir unsuru ya da suça etki eden bir neden olarak öngörülmüş olmamasını da belirtmek gerekir.²⁵⁹ Burada karşılaşılan, daima bir menfaatler çatışmasının olması ve sosyal bakımdan az değer taşıyan menfaatin feda edilmesinin hukuki bakımdan bir tercih sorunu oluşturmasıdır.²⁶⁰ Kanımızca menfaatin tartılmasında menfaatin sosyal ağırlığı ile birlikte olay anındaki durumu birlikte değerlendirilmelidir. Salt değer aritmatığı üzerinden yaklaşmak, sosyal bilimlerde matematiksel çözümler dayatmak olup sakıncalı sonuçlar

²⁵⁶ VIGANO, Francesco: A.g.e., Milano 2000, s. 56, 57.

²⁵⁷ TOROSLU, Nevzat: A.g.e., Ankara 1968, s. 35.

²⁵⁸ ÖNDER, Ayhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt II-III, İstanbul 1992, s. 630.

²⁵⁹ YERDELEN, Erdal: Cezanın Belirlenmesi, Ankara 2013, s. 235, 236; TOROSLU, Haluk: “Temel Cezanın Belirlenmesinde Saik ve Amaç”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, İstanbul 2008, s. 697- 703.

²⁶⁰ TOROSLU, Nevzat: A.g.e., Ankara 1968, s. 38.

doğurabilecektir. Nitekim “çatışma teorisi bakımından kurtarılan hak veya menfaatin feda edilenden üstün olması durumunda, hukuka uygunluk sorununun nasıl çözüleceği konusunda bir ihtilaf yoktur.”²⁶¹ İhtilaf; zorunluluk halinde çatışan hak veya menfaatin farklı olması ve feda edilen hak ve menfaatin kurtarılan menfaatten üstün olması halinde, zorunluluk halinin faile fiili işlemek konusunda bir hak tanıyıp tanımadığı konusunda çıkmış ve meseleye iki farklı şekilde bakılmıştır. Bu konudaki görüşlerden ilkinde; zorunluluk halinin faile fiili işlemek konusunda bir hak tanımasından dolayı işlenen fiilin haksız olamayacağı ve zorunlu kılınmış fiili bertaraf etmek amacı ile işlenen fiilin haklı savunmaya yol açmayacağı ileri sürülmüş, ikincisinde ise; zorunluluk halinde bulunan kimseye başkalarının hukuki menfaatlerinin ve devletin cezalandırma yetkisinin üstünde sübjektif bir hak tanındığı kabul edilmemiştir.²⁶² Diğer bir görüş olarak belirtebileceğimiz durum Bentham’ın cezalandırmayı temelsiz saydığı görüştür. O’na göre; cezalandırmanın temelsiz olduğu durum, fiilin hiçbir şekilde kötülük oluşturmamasıdır. Yine kişinin fiili dolayısı ile yararı ihlal edilen kişi buna rıza göstermiş ise cezalandırma temelsizdir. Çünkü; kişi kendisi için en iyi ‘elem’e ve ‘haz’za kendi karar verir. Böylelikle kötülük sayılan bir fiil daha büyük bir değeri korumak için yapıldığında ya da mevcut bir felaketi önlemek için yapıldığında zorunluluk halindeki cezalandırma temelsiz olacaktır.²⁶³ *Bu durumda yaşanabilecek bir diğer ihtilaf ise karşılaşan hak ve menfaatlerin eşit olması durumunda görülebilir. Örneğin; anne karnındaki bebeğin hayatı ile annenin hayatının karşılaşması durumunda annenin hayatını kurtarmak bakımından “fetüsün yaşama umudu” eşzamanlı olarak feda edilebilir.*

²⁶¹ TOROSLU, Nevzat: A.g.e., Ankara 1968, s. 39.

²⁶² TOROSLU, Nevzat: A.g.e., Ankara 1968, s. 39.

²⁶³ AKTAŞ, Sururi: “Cezalandırmanın Amacı Üzerine”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XIII, S.1-2 2009, s.11.

Ancak burada durumun üçüncü kişiyi kurtarma açısından (soccorso di necessita) birinin yaşamını kurtarma lehine dönüşebileceği de ifade edilmektedir.²⁶⁴ “Bazı yazarlara göre; hiçbir durum kendisini kurtarmak için hareket eden şahsa, masum bir üçüncü şahsı feda etmek hakkını vermez. Bu durum karşısında kanun da kişiden başkalarının hakkını korumak için kendini feda etmesini bekleyemez.”²⁶⁵ Kanımızca üstün hak sınıflandırması kabul edilse dahi bunu somut olaydan bağımsız olarak yapmak mümkün değildir. Bu üstünlük nicel bir üstünlük değildir. *Değerlerin karşılaştırılmasında asıl belirleyici olan şey somut olay olmalıdır.* Somut durumda yalnızca değer bireysel veya toplumsal olması genel niteliğinden ziyade “somut olayın özelliklerine göre ağır basan değer hangisi olduğu” saptanmaya çalışılır. “Değerlerin önemi yanında ihlalin biçim ve ağırlığına da bakılmaktadır ki bu somut olayın koşullarına göre ihlalin nitelik ve niceliğinde değişiklik yapmaktadır.”²⁶⁶ Bu durum eşit değerler için de böyledir. İki yaşam hakkı somut olayda karşılaştığında değerlendirilmesi gereken değerlerin felsefi görünümleri değil, somut olaydaki durumlarıdır. Böylelikle dağcı veya deniz kazazedesi örneklerinde verilen hayatta kalma durumlarında aslında güçlü olanın zayıf olana üstünlüğünün kabulü de anlamlı hale gelecektir. *Kanımızca; aynı anda eşit iki değer birlikte var olma durumu yoktur. Zira hayatta kalabilme niteliği taşıyan bir değer, nesnel görünümde “yaşam hakkı” olan diğer bir değere eşit addedilebilecek iken somut olay görünümünde hayatta kalma niteliği taşımayan değer olarak eşitliği bir diğeri aleyhine bozulmaktadır. Haklar arasında hiyerarşi kurulabilmesi ancak teorik*

²⁶⁴ KOSTLIN; Aktaran VIGANO, Francesco: A.g.e., Milano 2000, s. 59.

²⁶⁵ TOROSLU, Nevzat: A.g.e., Ankara 1968, s. 39.

²⁶⁶ ÜNVER, Yener: A.g.e., Ankara 2003, s. 993: “Alman Ceza Kanunu’nun 34. paragrafındaki hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk hali bir hukuksal değer ihlali tehlikesini gerektirdiğinden, yararların karşılaştırılması değerlendirilmesinde, özellikle tehlikenin derecesinin saptanmasında hukuksal değer ihlalinin ölçüsü ve kurtarma şansının büyüklüğü ölçütleri birlikte dikkate alınmakta ve bunlar bir bütün olarak değerlendirmenin özünü oluşturmaktadır. Ölçü, tehdit konusu zararın şiddeti ve kapsamı aracılığı ile belirlenir.”

bakımdan mümkündür. Bir hukuki kuruma bir insanın değerini feda etme hakkı verilirse bunu hukuk kurumu saymaya imkan bulunmamaktadır. Buna ilişkin verilen bir örnekte; yerleşim birimlerine uçağı düşürmemek için kendini feda eden pilotlara rastlandığı²⁶⁷ belirtilmekle birlikte böyle bir yorumu “kahraman ahlakı” şeklinde teorize ederek hukuk kuralı haline getirmek mümkün değildir. Zorunluluk hali masum bir üçüncü şahıs üzerinde gerçekleşmektedir. Ancak failin bu üçüncü şahıs üzerinde seçim özgürlüğü yoktur. Fail tehlikeden kurtulabilmek adına fiili herhangi bir üçüncü şahıs üzerine yöneltmektedir.²⁶⁸ Bu üçüncü şahıs tamamen somut olayın içinde *rastlantısal bir nitelik* taşımaktadır. Üçüncü kişi masum bir üçüncü kişidir ancak zorunluluk haline salt üçüncü kişi açısından bakmak tutarsızlıklar doğurabilir. Buradaki ölçü kanımızca tehlikeyi savuştururken üçüncü kişiye zarar vermeme seçeneğinin ya da bu seçeneğin kullanılabilirliğinin olup olmamasıdır.

bb. Hukuki Varlıkların (Menfaatlerin) Çatışması Teorisi

Çatışma kuramının bu kısmının ana esin kaynağı Karl Marx ve onun takipçilerinin kuramın doğuşuna yol açan fikirleridir.²⁶⁹ Hukuki varlıkların çatışması aslında bir *menfaatler çatışması kuramıdır*. Çatışma toplum halinde yaşamının temel

²⁶⁷ EREM, Faruk: **Ceza Hukukunda Ümanist Doktrin**, s. 84-85: Bu doktrine yöneltilen “suçlunun yaşayan hareket eden bir varlık değil, soyut bir tip olarak kabul edildiği” eleştirisi için bkz. EREM, Faruk, **Ceza Hukukunda Ümanist Doktrin**, s. 83.

²⁶⁸ “Herhangi bir üçüncü şahıs” nitelendirmesinin zorunluluk hali dolayısıyla tehlikeden kaçarak kurtulma refleksinin bulunduğu durumda daha karşılaşılabılır olduğunu söylemek mümkündür. Aksi halde tehlikeyi def ederken bu üçüncü şahıs en zayıf olan ya da hayatta kalma şansı en az olandır.

²⁶⁹ DURSUN, Hasan: “Çatışma Kuramı Açısından Hukuk ve Kuramın Hipotezlerinin Türk Hukukuna Yansıması Konusunda İki Örnek, Derleyen Mehmet Murat İnceoğlu, **Uğur Alacakaptan’a Armağan**, Haziran 2008, s. 183.

kuralıdır. Toplumsal hayatı düzenleyen normlar ile bireylerin menfaatleri karşılaştığında çatışma kaçınılmazdır. Yine iki bireysel menfaat karşılaştığında da çatışma ortaya çıkabilir. Menfaatlerin çatışmasında menfaatlerin hukuka uygunluğunu tespit edebilmek için birtakım araçlar kullanılmaktadır. Von Lizst'in üzerinde durduğu kuram açıkça kanunla düzenlenmiş bir hukuka uygunluk nedeni bulunmadığında, maddi anlamda hukuka aykırılığı saptarken “*uygun amaç için uygun araç*” ölçütünü önermektedir. Bu ölçütün uygulanamadığı durumlarda ise menfaatler çatışması kuramı devreye girerek bir ast ve üst menfaat yaratılacak ve hukuka uygunluk sorunu çözümlenecektir. Kuram, *menfaatin toplum yaşantısı bakımından ifade ettiği önemi* dikkate almaktadır. Burada failin ihlal ettiği menfaate ilişkin değerlendirmesi esas değildir.²⁷⁰ Hegelci geleneneği izleyen ceza hukuku kuşağı haklar arasındaki çatışmayı farklı bir bakış açısı ile ele alarak buna ilişkin fonksiyonel bir hipotez kullanmıştır. Bu Hegel'in örnekleme olan yine açlık dolayısı ile ekmek çalmadır. Bu geleneği izleyen Abegg ise; insan hayatını kurtarmak için gerekli olan birtakım zorunlu davranışların hukuk açısından arz ettiği zararlı mirasa karşın “yaşam” açısından ele alınabileceğini belirtmektedir. Yine aynı zeminde tutarlı Hegelyan bir düşünce ile yaklaşan Köstlin, cenine dair bir müdahalenin annenin hayatını kurtarmak açısından hukuka uygun kabul edilebileceğini ve bunun da üçüncü kişi lehine zorunluluk hali kapsamında (*soccorso di necessita*) değerlendirilebileceğini belirtmektedir.²⁷¹ Posthegelyan teoride Hegelyan Okulun iki ceza hukukçusu olan Halshner ve Berner iki hak arasındaki çatışmadan şu vargıya ulaşmaktadırlar: İki hakkın karşılaşması durumunda, niteliksel veya niceliksel olarak aşağıda duran hak, diğerine üstünlük tanınmalıdır. Bu konuda sistemleştirilmiş bir

²⁷⁰ KATOĞLU, Tuğrul: *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Ankara 2003, s. 58.

²⁷¹ VIGANO, Francesco: A.g.e., Milano 2000, s. 59.

düşünce ile genel hak oranlamasından (*generalis iuris proportio*) hareketle bireysel haklar arasındaki hiyerarşi ele alınmakta, ancak bunların her birinin göreliliği olduğu da ifade edilmektedir. Halshner, Berner'i izleyerek her hukuk kuralının subjektif olarak toplumsal dayanışmanın ürünü olduğunu ve devlet tarafından organize edildiğini ve devlet aygıtının dışında bir kökene sahip olmadığını ifade etmektedir. Bu noktada ayırmamız gereken kurallar bütünü, öncelikli olarak toplumun diğer üyelerini kurtarmaya yönelik (*salvanguardia*) kurallardır. *O halde, kuralın haksız fiil anlamında ihlali O'na göre gerçek bir ihlal değildir.* Burada *gerçek ihlal cezai anlamda* bir ihlaldir. Bu konuda birçok yaklaşım olmakla birlikte bize daha yakın gelen ceza hukuku için hukukun ihlalinin normun ihlali, özel hukuk açısından ise subjektif hakkın ihlali olduğu fikridir.²⁷² Böylelikle, aydınlanmacı ceza hukuku geleneği açısından da burada net ve objektif bir ayırım ortaya konulabilecektir. Öte yandan, Berner farklı bir bakış açısı ile *zorunluluğun aslında buna ilişkin bir hukuk da yarattığını* vurgulamaktadır. Hiç kimse bir tehlike karşısında canını feda etme yükümlülüğüne tabi tutulamaz ki bu akıl sınırlarının dışındadır. “İnsanın tehlike karşısında kendi hayatını koruması” tamamen bir insani durum olarak değerlendirilmelidir (*l'umana fragilita'*).²⁷³ Bu nokta bizi yine hukuki varlıkların (menfaatlerin) çatışması çözümlenirken arz ettikleri hukuksal değer değerlendirilmesi problemine götürmektedir. *Ceza hukuku normları hukuksal değerlerini kendi varlıkları içinde değil, insani davranışlara karşı korumaktadırlar. Ceza hukuku bakımından yalnızca hukuksal değer geçerlilik iddiası ile çelişen ve böylece insanların birlikte yaşamalarında temel güven derecesini sarsan insani*

²⁷² KATOĞLU, Tuğrul: A.g.e., Ankara 2003, s. 32; KANETİ, Selim: Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, İstanbul 2007, s. 99-110.

²⁷³ VIGANO, Francesco: A.g.e., Milano 2000, s. 60-61.

*iradenin sonuçları önemlidir.*²⁷⁴ Hipotezin yarar sağlayabileceği asıl nokta zorunluluk halinde *davranışın orantılılığı-ölçülülüğü* saptanırken bir ölçüt olarak kullanılabilmesidir. *Çünkü; TCK m. 25 f. 2'ye bakıldığında tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında “orantı” aranması konusunda düzenleme yapılmış iken bunun neye göre yapılacağı noktasında ise kanuni bir açıklık bulunmamaktadır.* İşte bu noktada, kuramdan *anayasal değerler de dikkate alınmak* ve *menfaatler hiyerarşisini gözetmek sureti ile yararlanılabileceği* düşünülmektedir.²⁷⁵ Hukuksal değerler somut bir olayda çatıştığında, hukuksal değerler hiyerarşisi dolayısıyla daha önemli bir hukuksal değeri korumak için daha az önemli bir hukuksal değerin ihlaline hukuken müsaade edilir. Zorunluluk halinde *orantılılık, ölçülülük koşulu altında* bu karşılaştırma değerlendirilmesi yapılmaktadır.²⁷⁶ Bu noktada bütünsel olarak menfaatlerin çatışması teorisi tek başına TCK'daki zorunluluk hali yapılanması açısından doğrudan kullanılamasa da bunu değerlendirmede bir ölçüt oluşturabilmek açısından yerinde ve tutarlı bulduğumuzu ifade etmek isteriz.

b. Sosyal Faydanın Yokluğu Teorisi

Garçon tarafından ortaya atılan teori ceza muhakemesi hukukundaki “kanunilik kuralının” zıddı sayılan “uygunluk kuralına” denk gelmektedir. Zorunluluk halini bir muhakeme hukuku kuralı olarak açıklamaya çalışan teori, 1816 yılında Meduse'nin Salı vakasında ceza kovuşturması yapılmamasından esinlenmiştir. Burada esasen kovuşturma *toplum yararının* esas alınması dolayısı ile yapılmamıştı. *Teori, zorunluluk halini cezalandırma anlayışında sosyal faydanın bulunmadığını kabul*

²⁷⁴ ÜNVER, Yener: A.g.e., Ankara 2003, s. 489.

²⁷⁵ KATOĞLU, Tuğrul: A.g.e., Ankara 2003, s. 58.

²⁷⁶ ÜNVER, Yener: A.g.e., Ankara 2003, s. 992.

etmektedir. Çünkü zorunluluk halinde işlenen suçta sosyal tehlike yoktur ve fail bakımından da bu suç sadece bir tesadüftür.²⁷⁷ Teorinin klasik formülasyonunu Antolisei yapmıştır. Bu sözü edilen sosyal tehlikenin yokluğu, feda edilen değer daha az olduğunda açıkça görülebilmektedir. Aynı şekilde bu iki eşit değerde hakkın söz konusu olduğu bir durumda da ortaya çıkabilir. Tehlike karşısındaki insanın durumu aslında karşısında yer alan insanın konumunu sosyal zarar anlamında kötüleştirmemektedir. Çünkü bu kurban durumundaki üçüncü kişi olmasa da bir başka üçüncü kişi de olabilecektir.²⁷⁸ Buradan anlaşılması gereken zarar verilen üçüncü kişinin özellikle tercih edilen bir durumda olan kişi değil, o an tehlikenin gerektirdiği hal ve şartlara göre konumlanan bir kişi olmasıdır. “Bu haklardan biri eş zamanlı olarak karşı koyma zorunluluğunda olmayıp aynı zamanda eşit değerdeki bir sosyal zararın karşılığında değildir.”²⁷⁹ İnsanın hükmedemeyeceği sonuçlar onun değil sadece doğanın bilinmeyen güçlerinin eseri kabul edilir.²⁸⁰ Zorunluluk halini bir *usul kurumu* olarak gören teoriye göre; savcılar bu tür davaları açıp açmamakta “sosyal fayda”nın takdirinde serbesttirler. Yine zorunluluk halinde bulunan kişileri tehlike karşısında ceza korkusunun etkileyebileceği de düşünülemez. Fail bakımından bu şartlar altında işlenmiş suç bir tesadüften ibarettir.²⁸¹ Ancak, sosyal fayda konusu ne tek bir kişinin takdirine bırakılabilecek kadar dar, ne de tek bir bilimsel alanın konusu olarak sınırlandırılacak bir konudur.

Teori, normun ratiosunun objektif olarak yeniden yapılanmasının arkasında çıkarlar dengesinin temel prensiplerinin ya da buna eşdeğer olarak sosyal faydanın yokluğu şeklinde formüle edilmesini gerekli görmektedir. Zorunluluk haline yol açan

²⁷⁷ DEMİRBAŞ, Timur: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2009, s. 281.

²⁷⁸ VIGANO, Francesco: A.g.e., Milano 2000, s. 362.

²⁷⁹ VIGANO, Francesco: A.g.e., s. 362.

²⁸⁰ TOROSLU, Nevzat: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2009, s. 130.

²⁸¹ EREM, Faruk: A.g.e., s. 582.

kaçınılmaz sosyal bir tehlike durumunda çıkarların çatışmasına ilişkin bir hipotez inşa edildiğinde burada en azından birbiri ile çelişkili çıkarların ayrılması gerekmektedir. Bu tür durumlarda bireysel tercihler geçerli olan sosyal bakış açısı ile uyum sağlayamaz ise, çatışma içinde olan karşıt görüşü yetkilendirerek bu karşıt çıkarların birinden diğerine yetkilendirme sağlanabileceği²⁸² savunulsa da eleştirilebilir yön zorunluluk halinde söz konusu olanın bireysel tercih olmamasıdır. Daha açık bir ifadeyle doktrin burada toplumsal uygunluk durumuna yetki vererek hukuksal meşruiyeti gerekçelendirmektedir. Örneğin, kanserli bir kadının bebeğinin erken alınması konusundaki kararsızlık durumunda doktorun bebeğin hayatını kaybetmesine sebep olmak istememesi çelişkisinde karşıt görüşe yetkilendirme sağlanabilir. Ancak bu durumun uygulamadaki objektifliğinin nasıl sağlanacağı soru işareti barındırmaktadır. Antolisei de farklı çözüm yollarının temel prensiplerinin artılarının ve eksilerinin karşılaştırılması sonucunda zorunluluk halinin kökeninin tıpkı meşru savunmadaki gibi sosyal zararın yokluğu (*mancanza di danno sociale*) fikrinde aranması gerektiğini belirtmektedir. Bu sosyal fayda açık olduğu zaman feda edilen yarar, kurtarılan yarara göre ikincil (*minore*) durumdadır. Ancak yararlar eşit bir konumda da olabilir. Tehlike altında işlenen fiil toplumsal açıdan var olunan durumu kötüleştirmez. *Çünkü bu durumda işlenen fiil bir ceza hukuku süjesinin diğeri üzerinde bir etki bırakması için işlenmemiştir.* İki yarardan birinin, diğerine karşı koyma zorunluluğunda bulunmasına rağmen, birbirlerine eşdeğer oldukları için bu değerlendirmeye gidilememesi durumunda, orada sosyal faydanın bulunmasından da bahsedilemez.²⁸³ Bir diğer görünüm, bazı toplumsal olaylar bakımından zorunluluk halinin arz ettiği görünümüdür. Bu da devletin kamu

²⁸² MARINUCCI- DOLCINI: *Codice Penale Commentato Parte Generale*, Milano 1999, s. 510.

²⁸³ ANTOLISEI, Francesco: *Manuale di Diritto Penale*, Parte Generale, Milano 2003, s. 309-310.

hukukunun ait olduğu düzen, tarihi vakıalar, acil durum öncelikleri gibi belirgeçler tarafından düzenlenmektedir. Bu; savaş, toplumsal ya da ekonomik kriz, iç isyan ya da karışıklıklarla mücadele ya da buna ilişkin sayılabilecek şeyler olabilir. Böylelikle devlet var olan gücünü pekiştirmek için benzer bir durum için kusursuz ya da hukuka uygun olarak nitelendirdiği bir eylemi daha kusurlu sayabilir.²⁸⁴ *Burada bahsedilen zorunluluk halinin şartlarının oluşmasındaki zorunluluk ya da tehlike kavramının yorumlanmasında siyasal açıdan oluşabilecek farklılıklardır. Ancak bahsedilen bu durum bireysel zorunluluk halinde değil toplumsal zorunluluk hali²⁸⁵ olarak nitelenebilecek durumda geçerli olabilir. Bir başka söylemle sosyal faydanın varlığına ya da yokluğuna hükmedebilir. Ancak bizce zorunluluk halini bu derece daraltmak, sosyal bir nitelik taşımayan gündelik olaylar bakımından hukuka uygunluk-kusurluluğu kaldıran hal belirlemesi yapılırken, denklemde çözümsüz durumlar ortaya çıkarabilecektir.*

c. Pozitivist Teori (Saiklerin Sosyalliği Teorisi)

Teori cezalandırmanın esasını sosyal faydadan²⁸⁶ alan anlayıştan hareket ederek cezayı bireysel kefaret anlayışına karşı, toplumu koruma vasıtası olarak kabul etmektedir.²⁸⁷ Dolayısı ile failce güdülen amacın niteliği yani saikin meşruiyeti fiili de hukuka uygun hale getirecektir.²⁸⁸ Teori, bu yönüyle meşru savunmanın meşruiyetini açıklamaya çalışan saikte meşruluk düşüncesine de benzemektedir. Meşru savunmada kişiye yapılan haksız nitelikteki saldırı ve bu saldırıya karşı girişilen fiille zararın ve tehlikenin bertaraf edilmesinde *toplumun yararı*

²⁸⁴ **Enciclopedia Dell Diritto:** Varese 1958, s. 877- 879.

²⁸⁵ Bu zorunluluk halinin normal zamanların dışında karışıklık dönemlerinde kollektif bir zorunluluk arz ettiği durumdur. Ayrıntılı bilgi için bkz. **TOROSLU, Nevzat:** A.g.e., s. 15.

²⁸⁶ **TOROSLU, Nevzat:** A.g.e, Ankara 1968, s. 24 vd.

²⁸⁷ **EREM-ARTUK-DANIŞMAN:** A.g.e., Ankara 1997, s. 686.

²⁸⁸ **ÖZEN, Muharrem:** A.g.e, s. 33.

bulunmaktadır.²⁸⁹ Saiklerin sosyalliği teorisine göre; zorunluluk halinde hareket eden kimsenin saiki başkasına zarar vermek değil, *“kişinin kendini korumasıdır.”*²⁹⁰ Bununla bağlantılı olarak, sıradan insanlardan tehlikeye katlanma yönünde olağanüstü ve kahramanca bir fedakarlık ve üstün bir fazilet beklenemeyeceğinden böyle bir saikin de fiili suç olmaktan çıkaracağı düşünülmektedir.²⁹¹ *Bu teoriye yöneltelen eleştiri gerçekte cezalandırma hakkının toplumun korunması düşüncesinin bittiği yerde başladığı ve kefarete dayanan ceza hukukunun da geçmişte olmuş bir şeyi kriter almasıdır.*²⁹² *Dolayısı ile teoriye yöneltelen eleştiriler, gerçekleşmiş bir olayda toplumu koruma fikrinden bahsedilemeyeceği yönündedir.* Zorunluluk hali bir hukuki çatışma varsayımı olduğuna göre; kendini veya başkasını muhakkak bir tehlikeden kurtarmak amacı ile üçüncü kişilerin haklarını ihlal ederek zorunluluk halinin etkisiyle işlenen fiil (zaruri fiil) aslında insandaki “kendini koruma içgüdüsünden” kaynaklanan meşru saiklerden kaynaklanmaktadır.²⁹³ Aslında faydacı ceza teorileri cezalandırmanın bir amaç değil, araç olması dolayısı ile cezanın ancak pratikte fayda sağlaması durumunda başvurulması gereken bir yol olduğunu ileri sürmektedirler.²⁹⁴ Cezalandırmanın esası açısından bakıldığında, cezalandırılmasında toplumsal bir menfaat olan suçlar cezalandırılmalıdır. Böylelikle cezalandırmanın amacını sosyal faydaya dayandırmakta ve zorunluluk halinde işlenen fiillerin cezalandırılmamasının nedeni de bu durumda cezanın korkutma, önleme, ıslah gibi amaçları taşımaması dolayısı ile cezanın verilmesi açısından bir sosyal fayda

²⁸⁹ **ÖZEN, Muharrem:** A.g.e, s. 34.

²⁹⁰ **DEMİRBAŞ, Timur:** A.g.e., Ankara 2009, s. 281.

²⁹¹ **EREM-ARTUK-DANIŞMAN:** A.g.e., Ankara 1997, s. 581: Tabii hukuk okulunun kendini koruma içgüdüsüne göre zorunluluk halini açıklaması ile pozitivistler arasında fark bulunmadığı savunulmaktadır.

²⁹² **EREM-ARTUK-DANIŞMAN:** A.g.e., Ankara 1997, s. 687.

²⁹³ **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** A. g. m. (III. Kişiyi Kurtarma), s. 97, 98.

²⁹⁴ **AKTAŞ, Sururi:** A.g.m., s. 2.

bulunmaması²⁹⁵na bağlanmaktadır. Teoriyle, zorunluluk hali durumunda işlenen bir fiilin meşru olmadığı ve isnat edilebilirliğine rağmen cezadan muaf olması gerektiği düşünülmektedir. Buna gerekçe olarak da hiçbir ceza tehdidinin bir kişinin zorunluluk hali içinde bulunduğu ölüm tehlikesinin üzerinde olamayacağı ifade edilmektedir.²⁹⁶ Devletin fiili cezalandırmaktan vazgeçmesinin nedeni vatandaşından fedakarlık isteyememesi ve kendini koruma üstün hakkına uygun düşmesi dolayısı ile zaruri fiili cezalandırmaktan vazgeçmesidir. Kişi boyun eğemeyeceği bir zorunluluğun altındadır ve “zaruretin kanunu yoktur”. Buradaki anlayış bir yönden haklı görülebilse de eksiktir. Teorinin “hareketin amacı” ölçütü ile tamamlanması gerekmektedir. Dolayısı ile bu ölçütle saik ölçütü olmadan içgüdü aracılığı ile işlenen birçok davranışın da meşru gösterilebileceği açıktır. Zorunlu fiille güdülen amaç, faile atfı mümkün her tür sosyal tehlikeliliği ortadan kaldırmaktır.²⁹⁷ Teori pozitivist okulun da etkisiyle zorunluluk haline bir açıklama getirmeye çalışmıştır. Cezayı kendi içinde gereksiz bulan pozitivistlerin²⁹⁸ zorunluluk halini de bu temelden hareketle açıklamaarında bir gariplik yoktur. Ancak zorunluluk halinde işlenen fiilin mecburiyeti aynı zamanda meşruiyetini de doğurmaz. Bunun için somut olayla birlikte zorunlu fiile uygulanan şartlar sağlanmalıdır. “Ceza bir kötülüğün bir kötülükle ödettirilmesi”²⁹⁹ anti sosyal fiile verilen bir tepkidir. Bu tepkinin devlet tarafından düzenlenmesi ile ceza hukuku bir görünüm kazanmış olur.³⁰⁰ Hal böyle olunca da bir şeyin kendisi o şeyin nedeni olamaz. Cezanın işlevi

²⁹⁵ **TOROSLU, Nevzat:** A.g.e., s. 31; **DÖNMEZER, Sulhi:** **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul 2003, s. 177.

²⁹⁶ **TOROSLU, Nevzat:** A.g.e., Ankara 1968, s. 31.

²⁹⁷ **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** A.g. m. (III. Kişiyi Kurtarma), s. 97, 98.

²⁹⁸ **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** A.g.e., Ankara 2008, s. 125 vd.

²⁹⁹ **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** A.g.e., s. 411 vd.

³⁰⁰ **EREM-ARTUK-DANIŞMAN:** A.g.e., s. 686.

kriminolojik bir durumdur. Bununla zorunluluk hali açıklanamaz. Kanımızca yapılmaya çalışılan böyle bir açıklamadır.

3. Zorunluluk Halini Hukuk Dışı Bir Durum Olarak Kabul Eden Teori

Esasları Grotius'a dayanan bu teori zorunluluk dolayısı ile hukuk kurallarının dışına çıkılmasından hareketle zorunluluk halinin hukuki yönden açıklanamayacağını kabul etmekte³⁰¹ ve ona ahlakilik çerçevesinden bakmaktadır. Kişinin zorunluluk karşısında takınması gereken "manevi bir tutum" olduğu ve bu tutumun aslında ahlak kurallarından kaynaklanan bir sorumluluk olduğu savunulmaktadır. Teoride zorunluluk halinin ahlaka aykırılığı ceza hukukunun ahlakileştirilmesi üzerinden tartışılmaktadır.³⁰² Buna göre; zorunluluk hali bakımından ele alınabilececek nokta bir insanı öldürmenin hiçbir kriterle meşru görülemeyecek olmasıdır. Zorunluluk hali ve meşru savunma bu nedenle *ahlaka aykırıdır ve sorumsuzluk sebebi olmamalıdır*. Zorunluluk hali dolayısıyla hakkı ihlal edilen kişi, başka bir şahsı kurtarmak için asla feda edilemez. Birey bir vasıta değil, bir değerdir. Ancak ahlak kurallarının bazen başkasını kurtarmak için kişinin kendisini feda etmesini kişiye yüklemiş olabileceği de kabul edilmelidir.³⁰³ Teoride eleştirilebilecek bir yön dayanak olarak alınan kavramların hukuki olarak açıklanamaz şekilde sınıflandırılmasına rağmen salt ahlaki olarak açıklanmaya çalışılmasıdır ki; bu aynı zamanda hukuku minimum ahlak olarak da kabul etmektir. Aslolan ahlaki değildir diyerek zorunluluk halini

³⁰¹ DEMİRBAŞ, Timur: A.g.e., Ankara 2009, s. 280.

³⁰² TOROSLU, Nevzat. A.g.e, Ankara 1968, s. 41.

³⁰³ TOROSLU, Nevzat: A.g.e., s.41-43; KOCA- ÜZÜLMEZ: A.g.e., Ankara 2008, s. 259: Hukukla ahlakın ayrıldığı nokta burasıdır. Ancak bu ayrım noktası olup ayrılık değildir. Hukuk ve ahlak ayrılığını ümanistler mutlak bir şekilde düşünmezler. Ahlaki kötülük sosyal zarar doğurur ve sosyal düzen kaybolunca da ahlak hukuk ayrılığı iddiası soyutlaşır. Hukuk hiçbir zaman başkalarını kurtarmak pahasına kişinin kendisini feda etmesini kişiden bekleyemez. Her ne kadar hukuk ve ahlak kurallarının öngördüğü emir ve yasaklar örtüşse de kusurluluk hukuki ölçütlere göre belirlenebilir. Ahlaki kurallara göre kınama yargısını gerçekleştirme olanağı yoktur; EREM, Faruk: A.g.e., Ankara 1980, s. 81-82: Ümanist doktrin kusurluluğu objektif nitelikte görmekte ve önemli olanın kusurluluk değil, kusurlu sayılmak olduğunu ifade etmektedir. Akıl maluliyeti olanın objektif olarak haksız saldırısına karşı, haklı savunmadan bahsedilemez. Bu tip durumlarda ümanist doktrin zorunluluk halinin olduğunu kabul etmektedir.

reddetmek yerine feda edilen-kurtarılan değerlerin dengesini sağlayabilmek olmalıdır. “Hukukçu suç kavramına ceza hukuku açısından bakar. Bundan kasıt ise ihlalin cezai nitelikte bir hukuk kuralının ihlali olmasıdır.”³⁰⁴ Yine, teoride dayandırılan “ahlak”tan kişisel ahlakın mı, yoksa sosyal ahlakın mı anlaşılacağı noktası da tartışmalıdır. İster istemez bu düşünceler ceza hukukunda okullar mücadelesini de akla getirerek, suçun sosyal bir olay olduğunu ancak ceza hukukunun suç sosyolojisine kaydırılamayacağını savunan İtalyan Üçüncü Okulu ya da Alman Merkel Okulu’nun görüşlerini hatırlatmaktadır.³⁰⁵ Zorunluluk halinde ceza verilmeme durumu, görüşün taraftarlarına göre pozitif hukukta değil, bunun dışında kalan amaca uygunluk düşüncelerinde aranmalıdır.³⁰⁶ Yine, salt ahlaki olarak açıklama yapılmasına ümanist doktrin tarafından farklı bir bakış açısıyla karşı çıkılarak ahlakın hukuktan ayrılığı reddedilerek yapılmıştır. Hukuka aykırılık suçun unsuru olarak kabul edilmemekte; suç, fiil ve kusurluluk denilen iki unsurla yapılandırılmaktadır.³⁰⁷ Hukuku ve zorunluluk halini ahlakla açıklamaya çalışmak oldukça dar bir bakış açısıdır. Kaldı ki bu sorun zorunluluk halinin hukuki metinlere girmesiyle zaten çözülmüştür.

³⁰⁴ **UZUN, Ertuğrul:** “Kriminoloji Tarihinde Klasik ve Pozitivist Okullar”, **CHD.**, Yıl: 4, Sayı: 9, Nisan 2009, s. 117.

³⁰⁵ **ÖNDER, Ayhan:** A.g.e., İstanbul 1992, s. 14-15.

³⁰⁶ **DEMİRBAŞ, Timur:** A.g.e., Ankara 2009, s. 280.

³⁰⁷ **EREM, Faruk:** A.g.e., Ankara 1980, s. 1-21: “Ümanist doktrin açısından suçun gerçek maddî konusu ‘değer hükümleridir’. Suçun hukukî konusu ise insanlık kurallarının sağladığı serbesti açısından ‘sübjektif insanlık hakkından faydalanma menfaatinin ihlâli’ olarak anlaşılmalıdır. Sadece objektif hukukun (devlet) sunduğu sübjektif hak daima aldattıcıdır.” Ümanist doktrin hukuka aykırılığı suçun genel unsurları arasında yer alan bir kavram olarak kabul etmemekte ve hukuka aykırılığın bir ölçü ve değer olduğunu belirtmektedir. Suçun fiil ve fail olmak üzere iki unsuru vardır ve hukuka aykırılık suçun üçüncü unsuru olarak kabul edilemez. **EREM, Faruk:** A.g.e., s. 83: Ümanist doktrin zorunluluk halini açıklayan teorilerden biri olan manevi cebir teorisindeki ahlaki sorumluluğun bulunduğunu ancak cezai sorumluluğun bulunmadığı anlayışını kabul etmekle birlikte bu iki anlayış arasında bir zıtlık ilişkisi görmemektedir. Ancak zorunluluk halini objektif bir kurum olarak kabul etmek ve bunu uygulama alanını daraltmak pahasına da olsa yapmak lazımdır. İrade sebeplerine etki eden hallerin incelenmesi farklı bir konu olup zorunluluk hali ile ilgisi yoktur. Yine zorunluluk halini bir içgüdüde aramak ise bir gözlemden ibarettir. Erem zorunluluk halinin esasını kusurluluk teorilerinde bulmakta ve zorunluluk halinin şartlarının haklı savunmaya göre dar yorumlanması gerektiği çünkü fiilin masum bir üçüncü şahıs üzerinde gerçekleştiği görüşündedir.

4. Zorunluluk Halinin Meşruiyetinin Kaynağını Açıklayan Teorilerin Değerlendirilmesi

Zorunluluk halinin hukuki niteliği üzerinde halen süren tartışmalar kurumun düzenlenmesine farklı ülke ceza kanunlarında hukuki nitelik açısından farklı düzenlemeler yapılması olarak yansımıştır. Zorunluluk halinde işlenen fiilin cezalandırılmamasının gerekçesi konusunda yalnızca hukukçular değil, felsefeciler de düşün yorarak bu konuda farklı görüşler ve esaslar ortaya atmışlardır. Bugün zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk sebebi olduğunu yönündeki görüşler, aynı zamanda onun politik kriterlerin zemininde şekillendiğini ifade etmektedir.³⁰⁸ Zorunluluk halinin meşruiyetinin kaynağı konusunda öznel ve nesnel olarak sınıflandırarak yukarıda ele almaya çalıştığımız ve bu bağlamda “failin niyetini esas alan subjektif ve failin fiilini esas alan objektif teoriler”³⁰⁹ olmak üzere birtakım teoriler üretilmiştir. Meşruiyet konusunda incelemeye çalıştığımız bu öznel ve nesnel teoriler zorunluluk halinin hukuki niteliğine esas olacak temel dayanak noktasının ne olduğunu tespit etmeye çalışan teorilerdir. Zorunluluk halinin meşruiyetinin kaynağı konusunda seçilecek teorinin tutarlılığı için ayrıca tehlike kavramını mutlak olarak değerlendirmek gerekir. Tehlike kavramının değerlendirilmesinde, öznel-nesnel ya da psikolojik bağlamda hangi yaklaşımın seçildiği önem taşımaktadır. Tehlike kavramında yadsınamayacak bir gerçeklik ise onda öznel bir psikolojik yapı olarak bulunmasıdır. İşte, kavram bu şekli ile ele alınmadığı sürece zorunluluk halinin kökenini tam olarak, incelenen koşuldan bağımsız olarak da çözümlemek mümkün değildir.³¹⁰ Bunun için TCK m. 25 f. 2’deki ifadeye bakıldığında, maddenin temel olarak “hak” fikri etrafında tehlike temel kavramıyla örüntülediği; tehlikeyle fiil

³⁰⁸ MANZINI, Vincenzo: *Trattato Di Diritto Penale Italiano*, Torino 1981, s. 431, 432.

³⁰⁹ SOYASLAN, Doğan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2014, s. 389.

³¹⁰ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.m, (III. K. K.), s. 114.

arasında da bir ölçünün gözetilerek bunun kurumun şartlarına dahil edildiği görülmektedir. Madde metnindeki “hakka yönelme” ve “başka türlü kurtulma olanağı olmayan ağır ve muhakkak tehlike” ifadelerinden kendini koruma içgüdüsi teorisi, “kurtulma fiilinde gözetilecek dengeden” çatışma teorisi ve “başka türlü kurtulma olanağı olmamak ifadesi”nden de istenemezlik teorilerine dayanak bulmak mümkündür. Hatta denge gözetilmesi fikri esas olarak Alman Ceza Kanunu’nda düzenlenmiş olan hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali yapılanmasını akla getirmektedir. Bununla birlikte, haklar arasında bir ayırım ya da hiyerarşinin gözetilmemiş olması açısından menfaatlerin çatışması teorisini en azından şekli ceza hukuku açısından maddenin meşruiyetinin yegane temeli olarak görme olanağı bizce ortadan kalkmıştır.

Zorunluluk hali içinde işlenen fiilin hangi etki dolayısıyla hukuka uygun sayıldığı bu teoriler etrafında cevaplanmaya çalışılmıştır. Zorunluluk halinde, meşruiyetin bir kaynağı olarak “suç oluşturan fiili sebebi ile failin cezalandırılmayacağı esastan hareket eden görüşler, temel olarak iki fikir etrafında toplanmaktadır. İlki; tehlike karşısında failin psikolojik durumunun göz önünde tutulmasıdır. Bilerek sebep olmadığı bir tehlike karşısında kalmış olan kişinin kusur yeteneğine sahip olamayacağı ya da bunun kaybolmuş olduğu fikri esas alınır. Bundan hareketle, kurum kusurluluğu kaldıran bir niteliğe göre düzenlenir. Bu durum daha çok öznel teoriler etrafında açıklanmaya çalışılmıştır. Diğer ise; bu durumda olan kişinin hareketi ile bir suç tipi ihlal edilse dahi bunun objektif hukuk bakımından hukuka aykırı olmadığı kabul edilmesidir. Bu durum da nesnel teoriler etrafında şekillendirilmeye çalışılmıştır. Belirtilen her iki esasın da

yabancı kanunlara yansımış olduğu görülmektedir.”³¹¹ Türk Doktrini’nde, zorunluluk halinde kalan kişinin işlediği suç sebebi ile cezalandırılmamasının nedenini bu fiilin objektif hukukla çelişki halinde olmamasında görmek gerektiği de ifade edilmektedir. Böylelikle; zorunluluk halinde işlenen fiillerin hukuka uygun olduğu bunda da failin psikolojik durumunun değil, hareketin hukuk düzeni bakımından taşımakta olduğu değer önemli olduğu belirtilmektedir.³¹² Aslında zorunluluk hali açısından onu bir hukuka uygunluk sebebi olmaya taşıyan nokta gerek fiilin gerek failin psikolojik durumu, gerekse hareketin hukuk düzeni bakımından taşıdığı değere atfedilen hukuki niteliğin birlikte değerlendirilmesidir. Bu konuda fiilin cezalandırılmamasını bazı görüşler manevi cebir dolayısı ile failin iradesinin karşı koyma yeterliliğini kaybetmesine, kendini koruma içgüdüsüne, sosyal faydanın yokluğuna ve saiklerin içtimailiği teorisine; bazıları ise kanunun çatışma halinde olan iki eşit değerdeki haktan veya görevden galip gelenine üstünlük tanındığı teorisine dayandırmaktadırlar.³¹³

Zorunluluk halinin isnadiyete etki ettiği fikrini düşünebilmek için manevi cebir kuramının kabulü gerekir. Başlangıçta zorunluluk hali mücbir sebepten doğan bir tür manevi cebir olarak düşünülmüştür.³¹⁴ Isnat yeteneği doktrinde tartışmalı bir konudur. Isnat yeteneğini suçun bir unsuru olarak kusurluluğun içinde kabul edenler olduğu gibi, onu kusurlu iradeden ayrı tutarak suçun önşartı sayanlar da bulunmaktadır. Biz isnat yeteneğini failin bir durumu-niteliği olarak kabul ediyoruz. Zira bu ceza müeyyidesinin faile uygulanabilmesi için failde bulunması zorunlu bir niteliktir. Bu konuda TCK’nın sistematigi de isnat yeteneğini failin bir durumu

³¹¹ ÖNDER, Ayhan: A.g.e., İstanbul 1992, s. 250.

³¹² ÖNDER, Ayhan: A.g.e., s. 251.

³¹³ ARTUK- GÖKÇEN-YENİDÜNYA: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009, s. 521, 522.

³¹⁴ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.m, (III. K. K.), s. 116.

olarak algılamaya engel değildir.³¹⁵ Dolayısı ile kabul ettiğimiz yaklaşım manevi cebir görüşünü kabul edilebilir kılmamaktadır. Bunun yanı sıra TCK m. 25 f. 2 ve m. 28'deki açık düzenleme karşısında da zorunluluk halini manevi cebir kuramı içerisinde çözümleme imkanı kalmadığı için manevi cebir kuramı meşruiyete esas alınamaz.

Mevcut teorilerden en çok taraftar toplayan teori, kendini koruma içgüdüsü teorisidir. Ancak teorilerin hiçbiri bütünsel anlamda hem zorunluluk halini hem de üçüncü kişi lehine zorunluluk halini ortak bir başlık altında incelemeye izin vermemektedir. Teoriler çerçevesinde ifade etmeye çalıştığımız bu görüşler toparlandığında; zorunluluk halinde failin işlediği suç veya suçlar nedeni ile cezalandırılmamasının temel nedenini kendini koruma içgüdüsü teorisinde³¹⁶ bulmak mümkündür. Bu yalnızca beşeri bir güdü olmayıp, tabii bir güdüdür de. Böyle bir durumda kişinin cezalandırılmamasının asıl nedeni fiilin objektif hukukla çelişki halinde olmamasında bulunmaktadır. Burada failin psikolojik durumu değil, *hareketin hukuk düzeni bakımından taşıdığı değer* ön planda tutulmuş olur.³¹⁷ Ancak TCK'da ayrıca üçüncü kişi lehine zorunluluk halinin mümkün olduğu kabul edilmekle birlikte buradaki dayanağı kendini koruma içgüdüsünde bulmak tutarlı olamayacaktır. Bu haldeyken esasen suç sayılan bir fiili işleyen kimseye ceza verilmemesinin nedeni beşeri zayıflık düşüncesinde değil, herhalde değerler

³¹⁵ **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** A.g.e, Ankara 2008, s. 388 vd.,244 vd: “Bu bağlamda akıl hastalarının fiillerinin meşru savunma hali mi, yoksa zorunluluk hali mi sayılacağı tartışmalıdır. Kabul ettiğimiz anlayışa göre; akıl hastaları da haksız davranışta bulunabilecekleri için bunlara karşı zorunluluk hali değil, meşru savunma mümkün olabilmektedir.”

³¹⁶ **DÖNMEZER, Sulhi: Genel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 2003,** s. 177: Dönmezer, zorunluluk hali ile meşru savunmanın esasının aynı olduğunu ve kendini koruma içgüdüsüne dayandığını belirtmektedir. Hukuk bu noktada bu içgüdüğü giderecek derecede insanlara kahramanlığı yükleyemez. Yüklese dahi bunun bir etkisi olamaz. Çünkü bu gibi hallerde cezalandırmada sosyal yarar ilkesi yoktur.

³¹⁷ **DEMİRBAŞ, Timur:** A.g.e., Ankara 2009, s. 281.

çatışması düşüncesinde aranmış bulunmaktadır.³¹⁸ TCK m. 25 f. 2 açısından düzenleme alanı bulmuş iki farklı hukuki kurumu ve doğal olarak hukuki dayanaklarını ayırmak gerekmektedir. Bu iki farklı hukuki kurumdan biri zorunluluk hali iken, diğeri zorunluluk halinde üçüncü kişiyi kurtarmadır.

Menfaatlerin çatışması teorisinin Alman Ceza Hukuku'ndaki yapılanma açısından tutarlı olduğu söylenebilir. TCK açısından düşünüldüğünde çatışan haklardan yalnız tehlikede bulunan hakkın üstünlüğü durumunda değil, eşitliği halinde de zorunluluk halinin kabulü gerekmektedir. Zira bir hakkı telef olmaktan kurtaran sosyal faydaya uygun hareket de ancak bu durumda yapılmış olur.³¹⁹ Bunun için kriter hakkın ağır, önüne geçilemeyecek ve yakın tehlike altında bulunmasıdır. TCK'daki tanımlama açısından bakıldığında böyle bir ayırım yoktur. Değerler tartılırken kullanılacak kriterin niteliğinin neye göre belirleneceği problem oluşturmaktadır. Özellikle değerler aynı nitelikte ise kullanılacak kriter açısından bir çatışma çıkabilecektir. İki yaşam hakkından hangi kritere göre birinin diğeri üstün tutulması gerektiği şüphesiz görelî bir durumdur.³²⁰ *Kişi zorunluluk halinde iken hiçbir zaman bu değerlendirmeyi yapamaz. Değerlerin tartımı ancak hakimin hükmü yapılandırırken kullanabileceği ve ilgili bulunduğu hukuk sistemi açısından önem taşıyan bir meseledir. Kişi o anda şartlar gerektirdiğinde zorunluluk hali nedeniyle fiili işler. Kriterin objektifliği de ayrı bir mesele teşkil etmektedir. Doktrinde teorilerin tamamında haklılık payı bulunmakla birlikte zorunluluk halinin hukuki esasını açıklayan teorisinin zorunluluk halinin hukuki niteliğine göre farklılık arz*

³¹⁸ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.e., Ankara 2008, s. 242.

³¹⁹ DÖNMEZER, Sulhi: A.g.e., İstanbul 2003, s. 177.

³²⁰ ÖZBEK-DOĞAN: "Zorunluluk Hali'nin Hukuki Niteliği", DEÜHFD., Cilt: 9 Sayı: 2, Yıl:2007, s. 208: "Alman Ceza Kanunu'nda bu durum hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hali olarak düzenlenmiştir. Alman Ceza Kanunu m. 34'te düzenlenen zorunluluk hali dışında birer hukuka uygunluk sebebi olarak savunmaya dayalı zorunluluk hali ve agresif zorunluluk hali gibi düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin kendisine saldıran M'nin köpeğini öldürmek zorunda kalan F buna göre savunmaya dayalı zorunluluk halinden faydalanacaktır."

edeceği görüşü savunulmaktadır. Görüşlerini zorunluluk halinin hukuka uygunluk sebebi olduğu ve kusurluluğu kaldıran hal olduğu duruma göre ayıran doktrin, hukuka uygunluk sebebi olan durumda zorunluluk halinin esasını hakların çatışması teorisine dayandırırken, diğer durumda hukuki yararlar birbirine eşit olabileceğinden objektif bir hukuka uygunluktan söz edilemeyeceğini belirtmekte ve bu durumda faile ceza verilmemesinin ve verilen cezada indirim yapılmasının nedeninin failin içinde bulunduğu sübjektif psikolojik durumla ilintili olduğunu belirtmektedirler. Failin cezalandırılmaması kişinin kendini koruma içgüdüğü ile açıklanmakta ve her canlının içinde bulunan tehlikeye karşı korunma içgüdüğüne hukukça korunan haklar tehlikeye girdiğinde ve devletin bunların güvenliğini sağlayamadığı durumlarda, ferdin haklarını korumak için tabii olarak harekete geçeceği düşünülmektedir.³²¹ *Zorunluluk halinin temelini bulma konusundaki eğilim; failin etkilenen ya da etkileyen konumunda bulunduğu farklı davranış tepkileri karşısında aslında bir düzen ya da sistem getirmenin mümkün olmaması dolayısıyladır.*³²² *Zorunluluk halinin Türk hukukunda kaynağını tam olarak tespit edebilmek için hiçbir teori tek başına kurumun karmaşık doğası sebebiyle zorunluluk halinde işlenen fiilin meşruiyetini açıklamaya yetmemektedir. Bu teorilerden hiçbirisi tek başına zorunluluk hali ve bununla birlikte ele alınan üçüncü kişi lehine zorunluluk hali konusunu tek başına ve tam olarak açıklayan bir nitelik taşımamaktadır. Aslında bu durum da doğaldır. Zira fail açısından fiilin meşruiyetini sağlayan göstergeler ile üçüncü kişi lehine kurtarma fiili açısından bunu sağlayan göstergeler farklılık arz etmektedir. Bu durumda ya iki kurumu farklı fıkralarda yapılandırmak ya da aynı fıkra içerisinde gerek fail gerekse üçüncü kişi lehine kurtarma fiili açısından farklı kriterler koymak*

³²¹ ARTUK- GÖKÇEN-YENİDÜNYA: A.g.e., Ankara 2009, s. 522.

³²² RONCO, Mauro: *Il Reato, Cause Di Esclusione e Di Estinzione del Reato e Della Pena. Forme Di Manifestazione e Concorso Di Reati*, Bologna 2007, s. 679.

hatta hakimin dahil olacağı aşama için de fail açısından sübjektiflik niteliği taşıyan kriterin nasıl değerlendirilebileceğini netleştirmeyi önemli bulmaktayız. Buna göre; kendini koruma içgüdüğü teorisini failin bu içgüdü ile hareket ettiği zorunluluk halleri açısından kabul etmek mümkündür. Ancak bu failin zorunluluk halinde işlenen fiili üçüncü kişi lehine uygulamadığı durumlarda kabul edilebilir. Çatışma teorisi ise üçüncü kişi lehine kurtarma hareketine girildiği durumda fiili hukuka uygun hale getirmektedir. Zira daha makul bir çözüm de bizce görünmemektedir.

B. ZORUNLULUK HALİNİN HUKUKİ NİTELİĞİNİ SUÇ GENEL TEORİSİNE GÖRE SINIFLANDIRAN TEORİLER

1. Genel Olarak

Zorunluluk halinin Türk Ceza Hukuku'nda kaynağının ne olduğu konusundaki tartışmalar, yabancı doktrinle paralel olarak uzun zamandır yapılmakla birlikte özellikle, TCK m. 25 f. 2'deki zorunluluk hali yapılanmasından sonra daha da karmaşık bir hal almıştır. 25. Madde'nin birinci ve gerekse ikinci fıkralarının ifadesinde belli koşulların varlığı altında işlenen fiillerden dolayı ceza verilmeyeceği düzenlenmiştir. Bu hem meşru savunma hem de zorunluluk hali için ortak niteliktir. Maddenin düzenlenmesinde hukuki niteliğin belirtilmemesinden doğan çelişkiler aynı başlıkta düzenlendiği, meşru savunma ile aynı yüklem kullanılması dolayısı ile hukuki nitelik olarak farklılaşmadığı izlenimini vermektedir. Ancak ortaya çıkan hukuk boşluğu maddenin yeniden düzenlenmesiyle sağlıklı bir görünüme kavuşabilecekken, gerekçe ile hukuki nitelik belirlemesine gidilmeye çalışılması ve dahası CMK m. 223 hükmüyle hukuki nitelik addedilmesi sonucunda mevcut karmaşa aslında daha da karmaşık bir görüntü izlenimini vermektedir. Gerek madde gerekçesinde, gerekse CMK m. 223'de getirilen düzenlemelerin hukuki niteliği

belirlediği ifade edilse de bu bağlamda, incelemeye çalıştığımız teoriler aslında zorunluluk halinin hukuka aykırılık ya da kusurluluğu mu kaldırdığı, yahut isnat yeteneği ile mi ilgili olduğu veyahut bir siyaset nedeniyle cezalandırılmama şartı mı olduğu konusunda bir tespit yapabilmeye hizmet etmektedir. Zorunluluk hali içinde işlenen fiilin meşru ya da gayrı meşru mu olduğu noktası kuşkusuz belirlenmesi gereken bir meseledir. Bunun yanı sıra, zorunluluk hali suçun hangi unsuru üzerinde etki ederek fiilin suç olmasını önlemektedir temel sorusu etrafında teoriler incelenmeye çalışılacaktır. Bu konudaki temel tartışma, genel olarak zorunluluk halinde işlenen fiilin, norma nasıl yansıdığı noktasındadır. Zorunluluk halinde fiilin başından itibaren mi hukuka uygun olduğu, yoksa hukuka aykırı doğmakla birlikte sonradan hukuka uygun mu kılındığı veya faile bu durumda atfedilecek bir kusur bulunmamasından dolayı kusurluluğu mu kaldırdığı ya da bir siyaset nedeni ile cezasızlık sebebi olup olmadığı noktasındadır.

Hukuki nitelik konusunda madde gerekçesinde yapılan açıklamalar ise ne normun hukuki niteliğine dahil olan, ne de normu etkileyen bir durum oluşturmaktadır. Zira gerekçe esas olarak yalnızca açıklayıcı ve yorum faaliyetinde yararlanılacak bir görünüm sunmaktadır. *“Önceki bölümde tartışılmaya çalışılan meşruiyete yönelik kuramlar; norma temel fıkri açıklamaktan ziyade failin fiil ile ilişkisini ortaya koymakta iken; incelemeye çalıştığımız hukuki ilişkiyi açıklayan kuramlar failin zorunluluk halinde işlediği fiilin norm ile ilişkisini ortaya koymaktadırlar.”*³²³ Bu bölümde; zorunluluk halinin hukuki niteliğini belirleyebilmek için, zorunluluk halinde işlenen fiilin düzenlendiği normdaki kriterler temel alınarak hukuk sistemi içinde nasıl konumlandığı yönündeki soruya cevap aranmaktadır. Bu soruya zorunluluk halini düzenleyen normdaki şartların

³²³ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.m, “III. K. K.”, s.105, 108.

zorunluluk halinin değil, zorunluluk halinde işlenen fiilin şartları olduğu kabulü ile hareket edilerek bir cevap aranmaya çalışılacaktır.³²⁴

2. Zorunluluk Halini Hukuka Uygunluk Nedenleri İçinde Sistematize Etmeye Çalışan Görüşler

a. Genel Olarak Hukuka Aykırılık

“Özünde suç; fiil, fail ve hukuk düzeni arasındaki bir ilişkidir. Hukuka aykırılık esasen hukuka uygunluk nedenleri üzerinde yapılan tartışmaları açıklamak ihtiyacından doğmuştur.”³²⁵ Bir fiilin suç oluşturabilmesi için onun tipe uygun, kusurlu ve hukuka aykırı olması gerekir.³²⁶ Ancak, fiilin hukuka aykırı olması tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda, fiili hukuka uygun kabul eden, fiile izin veren bir normun da bulunmaması gerekir.³²⁷ Genel anlamda bu norm, hukuka uygunluk nedenleridir. Bu nedenler öyle bazı istisnai durumlar olabilir ki somut olayda failin hukuk normunu ihlal etmemesini beklemek artık mantık dışı kalacaktır.³²⁸ Bu nedenle, zorunluluk halinde işlenen fiillere ceza verilmemesi eski hukuk

³²⁴ **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** A.g.m, “III. K. K.”, s.105, 108.

³²⁵ **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** A.g.e., Ankara 2008, s. 215; **ERDOĞDU, Ahmet:** “Zorunluluk Hali ve Hukuki Neticeleri”, **Adalet Dergisi**, Yıl: 41, Sayı: 5, Mayıs 1950, s. 787, 788: Ortaçağda belirli olarak hukuki düzenlemelere konu olmuş olan zorunluluk hali 17. ve 18. yy.lardaki ceza kanunlarında da yer almaktadır. Ancak zorunluluk hali bugünkü şekli ile kabul edilmiş değildir. Özellikle Roma Hukuku, Cermen Hukuku ve Kilise Hukuku dahi zorunluluk hali kurumunu tanımış idi, **ERDOĞDU, Ahmet**, “Zaruret Hali ve Hukuki Neticeleri” , **Adalet Dergisi**, Yıl:41, Sayı: 5, Mayıs 1950, s. 789: Zorunluluk saiki ile işlenen suçlar diğer eylemlerden ayrı bir rejime tabi tutulmuştu. Ancak zorunluluk halinin kurumsallaşması 1800 yılını bulmaktadır. Kilise, Roma ve Cermen Kanunları’nda da 1800 yılına gelene kadar zorunluluk hali ceza hukukunun genel prensibi ve esasları arasında sayılmaktan çok birkaç örnekle birlikte dile getiriliyordu. 1870 yılında Feuerbach tarafından bugünkü anlayışın oluşmasına ilişkin adımlar atılmış bulunmaktadır. **TANER, Tahir: Ceza Hukuku, Umumi Kısım**, İstanbul 1953, s. 423: Roma Hukuku’nda zorunluluk halinde işlenen fiillerin kastı kaldırıldığı düşünülmekte faile ceza verilmemesi de suç kastının yokluğuna bağlanmakta idi. Cermen hukukunda bu durum hukuka uygunluk sebepleri ile değil insanlar arası dayanışma fikrine dayandırılmıştır.

³²⁶ **DELITALA, Giacomo: Il Fatto Nella Teoria Generale Del Reato**, Padova 1930, s. 13; **YÜCE, Turhan Tufan: Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, Ankara 1985, s. 87; **ÖZBEK, Veli Özer-DOĞAN, Koray:** “Zorunluluk Halinin Hukuki Niteliği”, **DEÜHFD**. Cilt: 9, Sayı: 2, 2007, s. 197.

³²⁷ **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** A.g.e., (2008) , s. 217.

³²⁸ **ÖZTÜRK, Bahri: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Ankara 2008, s. 205.

düzenlerinden itibaren bir hukuka uygunluk sebebi olarak tanınmıştır.³²⁹ Bu bağlamda, hukuka aykırılığın suçun unsuru olup olmadığı tartışmasının yapılmasının nedeni hukuka uygunluk nedenlerinin esasına bir açıklama getirme çabası dolayısıyladır.³³⁰ En temel olarak hukuka uygunluk nedenlerinin zorunluluk haline bir başka deyişle “zorunluluk halinde işlenen fiil”e nasıl etki ettiğini belirleyebilmek için geleneksel olarak yapılan suçun ikili ve üçlü ayrımları etrafında tartışmayı sürdürmekte ve tercihimizi belirtmekte yarar bulunmaktadır.

Esas olarak Rocco, hukuka aykırılığı fiilin kurucu bir unsuru olarak düşünmüş; Delitala, bu düşünce karşısında hukuka aykırılığın fiile bir katkı sağladığını; ancak onun fiilin kurucu bir unsuru olarak düşünölemeyeceğini belirtmiştir. Yine bu konuda hukuka aykırılığın *fiil ile norm arasındaki ilişkiye* bağlı olduğunu dolayısı ile hukuka aykırılığın fiilin kurucu bir unsuru olamayacağını belirten Binding³³¹’in düşüncesi karşısında yer alan Frank ve Vannini ise, hukuka aykırılığın fiilin menfi şartı olduğunu belirtmişlerdir.³³² Buradan da anlaşılacağı üzere hukuka aykırılık konusunda yapılan iki temel tartışmadan biri, hukuka aykırılığın kapsamı; diğeri ise, hukuka aykırılığın fiilin mi yoksa suçun mu bir unsuru mu olduğu yönündeki ikili ve üçlü ayrımlardır. Doktrinde bu mesele, çok

³²⁹ **ERDOĞDU, Ahmet:** A.g.m., s. 787, 788: Ortaçağda belirli olarak hukuki düzenlemelere konu olmuş olan zorunluluk hali 17. ve 18. yy.lardaki ceza kanunlarında da yer almaktadır. Ancak zorunluluk hali bugünkü şekli ile kabul edilmiş değildir. Özellikle Roma Hukuku, Cermen Hukuku ve Kilise Hukuku dahi zorunluluk hali kurumunu tanımış idi, **ERDOĞDU, Ahmet:** A.g.m., s. 789: Zorunluluk saiki ile işlenen suçlar diğereylemlerden ayrı bir rejime tabi tutulmuştu. Ancak zorunluluk halinin kurumsallaşması 1800 yılını bulmaktadır. Kilise, Roma ve Cermen Kanunları’nda da 1800 yılına gelene kadar zorunluluk hali ceza hukukunun genel prensibi ve esasları arasında sayılmaktan çok birkaç örnekle birlikte dile getiriliyordu. 1870 yılında Feuerbach tarafından bugünkü anlayışın oluşmasına ilişkin adımlar atılmış bulunmaktadır. **TANER, Tahir:** A.g.e., İstanbul 1953, s. 423: Roma Hukuku’nda zorunluluk halinde işlenen fiillerin kastı kaldırdığı düşünölmekte faile ceza verilmemesi de suç kastının yokluğuna bağlanmakta idi. Cermen hukukunda bu durum hukuka uygunluk sebepleri ile değil insanlar arası dayanışma fikrine dayandırılmıştır.

³³⁰ **KATOĞLU, Tuğrul:** A.g.e., Ankara 2003, s. 127; **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** A.g.e., Ankara 2008, s. 215.

³³¹ **DELITALA, Giacomo:** A.g.e., Padova 1930, s. 30, 31.

³³² **DELITALA, Giacomo:** A.g.e., Padova 1930, s. 33.

temel olarak iki yaklaşım etrafında tartışılmıştır. Bunlardan ilki, hukuka aykırılığı bağımsız bir unsur olarak kabul eden yaklaşım; diğeri ise, onu suçun diğeri unsurlarının içine dahil ederek inceleyen yaklaşımdır. İlk yaklaşımda, hukuka aykırılık, suçun üçlü ayrımında yer almakta ve objektif bir nitelik arz etmektedir. Çünkü; burada hukuka aykırılık tipik fiilin nesnel niteliğini oluşturmakta ve ondan ayırık tutulmaktadır. Bu ayırım aynı zamanda objektif sorumluluk hallerini ve isnat edilebilir olmayan fiilleri açıklamakta da kolaylık sağlamaktadır. İkinci yaklaşım, hukuka aykırılığı suçun özü olarak ele aldığı için, bu kapsamda bir şey hem o şeyin kendisi hem de unsuru olamayacağı için; hukuka aykırılığın fiilin menfi şartını oluşturduğu kabul edilmektedir.³³³

Burada belirtmemiz gereken, bu anlayışlardan hukuka aykırılığın suçun bağımsız bir unsuru olarak alan anlayışa taraftar olduğumuzdur. Öncelikle, suçun ikili ayrımı karşısında fiilin, hukuka aykırılıktan bağımsız bir kavram olarak normla çelişkili olmadığı ifade edilmiştir.³³⁴ Ancak, fiili hukuka aykırılıktan bağımsız bir kavram olarak ele almamak, ileride belirtileceği üzere özellikle, hukuka uygunluk nedenlerinin esasını belirleme noktasında, fiilin hukuka aykırılığını belirtirken problem yaratmaya elverişli bir görüştür. Hukuka aykırılığı bağımsız bir unsur olarak ele almamanın, uygulama açısından bize fonksiyonel gelmediğini belirtmek isteriz.

Zorunluluk halinin hukuka uygunluğunun ortaya çıkışı konusunda, farklı görüşler bulunmaktadır. Zorunluluk hali, fiili hukuka uygun kılmakta dolayısı ile suç oluşmamaktadır. Ancak bu durumda zorunluluk halinde işlenen fiilin baştan itibaren mi hukuka uygun olarak doğduğu; yoksa fiilin hukuka aykırı olarak doğup sonradan mı hukuka uygun hale geldiği yönü tartışmalıdır.

³³³ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.e., Ankara 2008, s. 217.

³³⁴ CAVALLO, Vincenzo: *Diritto Penale Parte Generale*, Napoli 1955, s. 473.

b. Zorunluluk Halinin Fiilin Menfi Şartı Olması Nedeniyle Hukuka Uygun Olduğu Görüşü

Bu düşünce, hukuka uygunluk sebeplerini açıklamaya çalışan klasik ikili görüşün bir uzantısıdır. Klasik görüşte; hukuka aykırılık, suçun bir unsuru olarak değil, suçun özü olarak ele alındığından³³⁵ bir şeyin o şeyin hem kendisi hem de unsuru olamayacağı gerçekliğinden hareketle, hukuka uygunluk nedenlerini açıklayabilmek için ortaya atılmıştır. Hukuka aykırılık burada suçun özü olduğu için onu fiille ilişkilendirme gereği bulunmakta olduğu için, hukuka aykırılığa doğrudan yüklenemeyen bu durum aslında *fiile yüklenmektedir*. Dolayısı ile hukuka uygunluk nedenleri fiilin menfi şartı sayılmaktadır.³³⁶ Antolisei ve Rocco gibi yazarlar da hukuka uygunluk nedenlerini fiilin menfi şartı saymaktadırlar.³³⁷ Hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması, fiilin niteliğini belirleyen esaslı unsurlar arasında yer almaktadır. Böylelikle, zorunluluk hali fiildeki hukuka aykırılığın oluşumuna etki etmekte ve fiilin menfi şartı olduğu için fiil baştan itibaren hukuka uygun olarak doğmaktadır. Bu görüş temel alınarak, zorunluluk halinde işlenen fiilin menfi şartı bulunmadığı için, hukuka uygun olduğu ifade edilmektedir. Bu durum ise, zorunluluk halinde fiildeki hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmemesiyle açıklanmaktadır.³³⁸ Bu düşünceye göre; fiil ve hukuka aykırı fiili birbirinden ayırmak, hukuka aykırılık bilincinin kastın kurucu unsuru haline gelmemesi

³³⁵ **TOROSLU, Nevzat:** A.g.e., Ankara 2009, s. 99; **ANTOLISEI, Francesco:** A.g.e., Milano 1997, s. 193 vd; **ROCCO, Arturo:** *L' Oggetto Del Reato e Della Tutela Giuridica Penale*, Roma 1932, s. 473, 475.

³³⁶ **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** A.g.e., Ankara 2008, s. 217; **MANNA, Adelmo:** *Corso Di Diritto Penale Parte Generale*, Padova 2007, s. 147.

³³⁷ **ANTOLISEI, Francesco:** *Manuale Di Diritto Penale Parte Generale*, Milano 1997, s. 193, 195.

³³⁸ **TOROSLU, Nevzat:** A.g.e., Ankara 1968, s. 68 vd; **ÖZEN, Muharrem:** A.g.e., Ankara 1995, s. 61-63.

açısından da gereklidir.³³⁹ Hukuka aykırılık değerlendirmesinde, bu sakıncanın ortaya çıkmasını önlemek için, hukuka aykırılığın fiilin müspet bir unsuru değil, hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğunun fiilin bir unsuru olduğu söylenmiştir.³⁴⁰ Buna göre; hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması fiilin niteliğini belirleyen esaslı unsurlar arasında sayılmaktadır. Fiilin niteliğini belirleyen esaslı unsurlar üzerinde yapılan hata da kastı kaldırmaktadır.³⁴¹ Bu görüşün ifade ettiği değer, hukuka uygunluk nedenleri üzerindeki hatayı açıklarken kanunda bir hükmün bulunmamasından hareketle, bu nedenlerin fiilin menfi şartı sayılmasıyla, bunlar hakkındaki yanlışlığı fiili hata olarak değerlendirmesidir. Ancak, bu durum da söz konusu sakıncayı ortadan kaldırmamaktadır. *Çünkü; hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmamasını fiilin bir unsuru sayacak olursak, bir fiilde hukuka uygunluk nedenlerinin bulunması yönündeki hata, fiili hataya dönüşecek ve kastı kaldıracaktır. Fiil üzerinde hatanın konusu, suç fiilinin kurucu unsurlarıdır. Bu unsurlar aynı zamanda, kastın konusunu da oluştururlar. Ancak, hata ile bir fiilin hukuka uygun olduğunu sanmak kastı kaldırmaz. Örneğin, zorunluluk halinin şartlarının varlığı konusunda fiili bir hataya düşen kimse cezalandırılmaz; ancak hatalı olarak uzak gelecekteki bir tehlikeyi var sayarak kendini koruyabileceğini düşünen şahıs cezalandırılacaktır. Bunun nedeni, kastı hukuki hatanın değil de fiili hatanın etkilemesidir. Hukuka aykırılığın bulunmamasını fiilin menfi şartı ya da hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmamasını fiilin bir unsuru saymak, hukuki hatanın kastı kaldırması sonucunu doğuracaktır.*³⁴² Delitala, fiil ile hukuka aykırı fiili ayırma gereğinden bahsederek, hukuka aykırılığın suçun bir unsuru olarak suçun yapısına

³³⁹ DELITALA, Giacomo: A.g.e., Padova 1930, s. 32.

³⁴⁰ DELITALA, Giacomo: A.g.e., Padova 1930, s. 33; GROSSO- MODONA-VIOLANTE *Giustizia Penale e Poteri Dello Stato*, Torino 2002, s. 244-245.

³⁴¹ GÜNGÖR, Devrim: *Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata*, Ankara 2007, s. 55.

³⁴² DELITALA, Giacomo: A.g.e., s. 34.

dahil edilmesi durumunda, kastın bilme unsurunun hukuka aykırılık unsurunu içereceği, aynı zamanda hukuka aykırılık bilincinin de kastın yapısal bir elemanı olacağını belirtmektedir. Delitala'ya göre; bu hallerin pek çoğu “özel kast”ı ifade etmektedir.³⁴³ Neticede bu görüş, dahil olduğu ikili görüşün bir başka şekilde ifadesi olmaktadır. Diğer bir görüşse; fiilde kanunun aradığı maddi ve manevi suç unsurları bulunmasına rağmen, *hukuka uygunluk sebebi bulunması, dolayısıyla ceza verilmeyeceği yönündedir*. Bu görüş, failde suç işleme kastının bulunmasına rağmen, suç işleme saikinin bulunmamasını cezayı kaldıran bir sebep kabul etmiştir.³⁴⁴ Burada da zorunluluk hali fiilin menfi şartı olarak etki göstermekte ve fiilin hukuka aykırılığını kaldırmaktadır. *Aynı zamanda bu görüş, hukuka uygunluk nedenlerinin varlıklarıyla bir fiili başından beri hukuka uygun hale getirdiklerini; zira hukuka uygunluk nedenlerinin fiilin tipikliğine dokunmayıp, hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığını belirtmektedir.*³⁴⁵ Bu görüşe göre; fiil, *hukuka aykırılık unsurunun oluşmaması sebebiyle değil, işlenen fiilde hukuka uygunluk sebebinin bulunması nedeniyle hukuka uygundur. Suçun iki unsurundan biri yoksa, bir suçun varlığından da söz edilemez.*³⁴⁶ Bu fikri benimseyen görüşün, hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde fiilin hukuka aykırı olmadığını belirttikleri ifade edilmektedir.³⁴⁷ Dolayısıyla; zorunluluk hali fiilin menfi şartı olmaktadır. “Hukuka uygunluk sebeplerinden birinin ve zorunluluk halinin mevcudiyeti halinde, fiilin hukuka aykırı olarak doğduğu kabul edilemez. Bu hallerde, unsurlardan biri olan hukuka aykırılığın

³⁴³ DELITALA, Giacomo: A.g.e., Padova 1930, s. 32-33, 42.

³⁴⁴ EREM, Faruk: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 1, Ankara 1949, s. 373, DÖNMEZER-ERMAN: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Umumi Kısım*, Cilt II/, İstanbul 1959, s. 123.

³⁴⁵ KEYMAN, Selahattin: “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, *AÜHFD*. Cilt: 40, Yıl: 1988, s. 126.

³⁴⁶ TOROSLU, Nevzat: A.g.e., Ankara 2009, s. 99 vd.; ÖZEN, Muharrem: *Türk Ceza Hukuku’nda Meşru Müdafaa*, Ankara 1995, s. 62, 63.

³⁴⁷ ANTOLISEI, Francesco: A.g.e, Milano 1997, s. 158 vd., 195.

yokluğu sebebiyle, esasen suç mevcut değildir ve neticede onun ortadan kalkmasından da söz edilemeyecektir.”³⁴⁸ O halde, zorunluluk hali bu görüşe göre; bizatihi bir hukuka uygunluk nedeni olduğu için fiili hukuka uygun kılan bir neden olmaktadır. Ancak, hukuka uygunluk sebeplerinin ve bunlardan biri olan zorunluluk halinin tesirleri bakımından, hukuka aykırılığın suçun bir unsuru veya özü olarak kabul edilmesinin önemi olmadığı belirtilmektedir. Çünkü, hukuka aykırılığı, suçun unsuru sayanlara göre; hukuka uygunluk sebepleri, suçu teşkil eden unsurlardan birinin - ki bu hukuka aykırılıktır- oluşumuna engel olur. Hukuka aykırılığı suçun özü kabul edenlere göre bu sebepler, fiilin bir özelliğini - ki bu özellik hukuka aykırılıktır - ortadan kaldırır. Aksi halde, fiil hukuka aykırı olur.³⁴⁹

c. Zorunluluk Halinin Hukuka Aykırılık Unsuruna Etki Ettiğini İleri Süren Görüş

Bu düşünce bakımından zorunluluk hali, hukuka aykırılığa etki etmektedir. Bunun için doğal olarak hukuka aykırılığı suçun bir unsuru olarak alan görüşün tercih edilmesi gerekir. Böylelikle, failin fiili hukukla çatışmadığından suç oluşmamaktadır. Ancak; bu etkinin nasıl oluştuğu tartışmalı olup, konunun can alıcı noktasını bu etkinin nasıl oluştuğu oluşturmaktadır. Etki, hukuka aykırı fiil doğduktan sonra mı gerçekleşmekte ya da hukuka uygunluk nedenlerinin salt kendisinin bulunması ile fiil henüz maddi alemde ortaya çıkmadan, onu hukuka uygun hale getirerek mi gerçekleşmektedir? “Aslında bu sorunun cevabı bir görüşe göre; hukuka aykırılık hakkında verilecek yargının ex-post olarak tespit edileceği yani neticeye göre belirleneceği, ex-ante bir tespit yapılamayacağı göz önüne

³⁴⁸ TOROSLU, Nevzat: A.g.e., Ankara 1968, s. 78.

³⁴⁹ TOROSLU, Nevzat: A.g.e., s. 69; CONTIERI, Enrico: A.g.e., Milano 1939, s. 121.

alındığında açıktır. Bu da, hukuka aykırılığı objektif olarak kabul etmenin doğal bir sonucudur.”³⁵⁰ Ancak; ön kabul olarak böyle bir düşünceyi getirmek, hukuka aykırılık unsuru üzerindeki etkiyi tam olarak açıklamaya kanımızca hizmet etmemektedir. “Bir ceza normu belli bir davranışta bulunmanın ifadesi olan emirle, bu hükme uyulmasının teminatı olan müeyyide unsurunu içerir.”³⁵¹ Bir fiilin norma aykırı olarak bir ihlal haline gelmesi için, onun öncelikle hukuka aykırı olarak ortaya çıkması gerekir. Bu düşünce kapsamında, zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk nedeni olarak onun salt varlığından önce gerçekleşen fiil, hukuka aykırıdır. Fiil, hukuka aykırı olarak gerçekleştikten sonra, ancak *bunu hukuka uygun kılan bir norm sebebi ile hukuka uygun sayılmaktadır*. “Hukuka uygunluk nedeninin varlığı halinde, tipe uygun hareketin hukuka aykırılığı ortadan kalkar. Bu; hukuka aykırı eylemin doğması ve daha sonra bir hukuka uygunluk sebebinin hukuka aykırılığı ortadan kaldırması ile olmaktadır.”³⁵² Bize göre; zorunluluk halini tanımlayan norm içinde fiilin hukuka aykırı olarak doğmamasını sağlayan belirli şartlar bulunmaktadır. Fiil, salt suç tanımına uyan bir fiil değildir. Bununla birlikte, hukuka uygunluğu sağlayan norm içindeki belli şartları sağladığı için hukuka aykırı olarak ortaya çıkmamıştır. Dolayısıyla, zorunluluk halinde suçun hukuka aykırılık unsuru olmadığı için fiil baştan itibaren hukuka uygundur. Bu etkinin nasıl ortaya çıktığı konusunda, farklı tartışmalar bulunmaktadır. “Buna göre; zorunluluk hali bir hukuka uygunluk nedeni olarak suçun bir unsuru olan hukuka aykırılığı kaldırmaktadır. Hukuk düzeni bir yandan bir fiilin yapılmasını emrederken, öte yandan yapılmasını ya da

³⁵⁰ ÖNDER, Ayhan: A.g.e., İstanbul 1992, s. 224; KUNTER, Nurullah: Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1949, s. 150; DEMİRBAŞ, Timur: A.g.e., Ankara 2009, s. 251 vd.; İÇEL ve Diğerleri: Suç Teorisi, s. 99, 113, 117; GROSSO-MODONA-VIOLANTE: Giustizia Penale e Poteri Dello Stato, Torino 2002, s. 251: Zorunluluk hali açısından tehlike için hiçbir hukuka aykırılık belirlemesi yapılamaz. Belirleme tehlikenin mevcudiyeti ve ağırlığı bakımındandır.

³⁵¹ HAFIZOGULLARI, Zeki: A.g.e., Ankara 1996, s. 279.

³⁵² İÇEL, Kayıhan-ÜNVER, Yener: Suç Politikası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Claus Roxin’e Armağan, Ankara 2006, s. 509, 510.

yapılmamasını emrettiği bu davranışın bazı koşullarda yapılmasına izin vermektedir. Bunu kuralda istisnayı ifade eden negatif normlar (tecviz edici normlar) vasıtası ile yerine getirir. Bu normlar emredici ve yasaklayıcı normların etkilerini ortadan kaldırmakta, böylelikle kural olarak yasaklanan ve suç sayılan bir davranışa bu normlarla izin verilmektedir.”³⁵³ Bundan dolayı, bir hukuka uygunluk sebebinin bulunması, normun hukuka aykırı olarak doğmamasını sağlamaktadır. Dolayısıyla, zorunluluk halinde işlenen fiil en başından itibaren hukuka uygun olarak doğmaktadır.

Hukuka aykırılığın maddi görünümü normun koruduğu menfaatin ihlali, bu ihlal karşısındaki normun içeriğindeki emre aykırılığın yaptırımını ise, müeyyide ile karşılanmaktadır. Fiil, bu emri ihlal ettiğinde artık bu müeyyide unsurunun doğumu sorunu değil, hukuk alemi bakımından bir müeyyide unsurunun *ortadan kalkması sorunu* mevcuttur. Bu da ancak ihlale izin veren bir başka norm ile sağlanabilir. Bu durumun hukuka uygun olacağını gösteren norm, bir başka deyişle hukuka uygunluk nedeni olarak düzenleme yapan norm bu şekilde bir normdur. Bu düşünce etrafında, *zorunluluk hali, bir hukuka uygunluk sebebi olarak hukuka aykırı olan fiile izin veren bir normdur.* ³⁵⁴ Diğer görüş, fiilin hukuka aykırı olarak doğduğunu ancak daha sonra hukuka uygun hale geldiğini savunmaktadır. Bu etkinin nasıl oluştuğu konusunda, hukuka uygunluk sebebinin varlığı halinde, tipik hareketin hukuka aykırılığının ortadan kalktığı ileri sürülmüştür. Fiil, tipe uygun olduğu halde, hukuka aykırı değildir. Bu etki ile de cezaya engel olan diğer sebeplerden ayrılır.³⁵⁵ Buradan

³⁵³ **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** A.g.e., Ankara 1996, s. 296-302.

³⁵⁴ **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** A.g.e., Ankara 2008, s. 217; **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** A.g.e., Ankara 1996, s. 296.

³⁵⁵ **ÖNDER, Ayhan:** A.g.e., İstanbul 1992, s. 224, Karşı görüş **KOCA, Mahmut,** YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 2006, Sayı: 1-2, Birinci Yılı Dolarken Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu Konulu Sempozyum,” s. 119: Hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı fiilin tipe uygunluğunu ortadan kaldırmamakta yalnızca onun hukuka aykırı olmasını

hukuka uygunluk nedenlerinin görünüşte hukuka aykırılığı ortadan kaldırıp, fiilin tipikliğine dokunmadığı gibi bir izlenim edinmek mümkündür. Ancak, böyle bir durum hiçbir zaman ceza kanununun uygulanmasına konu teşkil etmez. Çünkü; hukuka uygunluk nedenleri başından itibaren izin vermek ve zorunlu kılmak sureti ile bu fiili tam ve kesin bir biçimde ceza kanununun etkisi dışına çıkarmışlardır. Bu görüşe göre; hukuka uygunluk nedenlerinin bulunduğu durumlarda tipik fiil yoktur. Böylelikle, hukuka aykırılıkla tipikliğin birbirlerini karşıladığını kabul etmek gerekecektir.³⁵⁶

d. Değerlendirme

Hukuka aykırılığı formel olarak anlayan bakış açısı, aslında onu bir “hukuk devletinde” bulunmanın ilanı olarak da görür. Bu, bir anlamda hukuka aykırılığın kavramsal olarak hem negatif ve hem de pozitif bir yönde olduğunu da gösterir.³⁵⁷ Diğer taraftan, ceza hukukunun amaçlarına baktığımızda onu hukuksal yararların korunması³⁵⁸ olarak anlayan anlayış kadar, onun cezalandırıcı ve koruyucu bir fonksiyonu yerine getirdiği³⁵⁹ fikri de etkilidir. Şüphesiz bu işlevler ceza ve yaptırım ile garanti altına alınmaya çalışılır. Bu bağlamda, ihlal fiilinin hukuken haklı bir gerekçeye dayanması ihlali ortadan kaldırmamakla birlikte ancak onun hukuka uygun kabul edilmesini sağlar. Böylelikle, yasal olmak ile bütün bir sistemi ifade eden hukuk ve buna aykırılık mutlaka matematiksel değerlendirmenin dışında bir değerlendirmede bulunmayı gerektirir. Hukuka uygunluk nedeninin varlığı, işlenen bir fiilin ceza hukukundaki hukuki- cezai boyutunu tam olarak vermemekle birlikte

engellemektedir. Böylelikle salt tipikliğin varlığı hukuka aykırılığın da varlığını sonuçlamamakta ayrıca hukuka uygunluk sebeplerinin bulunup bulunmadığı da araştırılmalıdır.

³⁵⁶ **KEYMAN, Selahattin:** Tipiklik ve Ceza Hukuku, **AÜHFD**. Cilt: 37, Yıl: 1980, s. 76, 77.

³⁵⁷ **PALAZZO, Francesco:** **Corso Di Diritto Penale Parte Generale**, Torino 2011, s. 365.

³⁵⁸ **HEINRICH, Bernd:** A.g.e., Ankara 2014, s. 7.

³⁵⁹ **ÖNDER, Ayhan:** A.g.e., İstanbul 1992, s. 3.

onun yasal bir şekilde doğmasını sağlar.³⁶⁰ *Bu yöndeki eğilim, özellikle de hukuka uygunluk sebebi olarak ayrılan zorunluluk halinde bulunan herkesin, benzer bir davranış sergileyebileceği düşüncesine dayanmaktadır.*³⁶¹ Hukuka aykırılığı suçun özü sayan ikili görüşe göre; suç sayılan fiil normu ihlal etmekte, ancak özel birtakım sebepler dolayısı ile hukuka uygun sayılmaktadır. Bununla ifade edilmek istenen; hukuka uygunluk nedenlerinin fiilin menfî şartını oluşturmasıdır. Örneğin, buna göre; zorunluluk halinde yine insan öldürme suçu, mala zarar verme suçu vardır. Bu suçların varlığı, maddi alemde ortaya çıkmıştır. Ancak, hukuka uygunluk sebeplerinin etkisi ile fiilin hukuka aykırılığı kalkmakta ve fiil suç sayılmamaktadır.³⁶² Hukuka aykırılığın objektif niteliği gereği, bu durum fiili bütün hukuk dalları bakımından meşru kılar. Özel hukuk bakımından ödenen tazminatın anlamı da, ancak bir hakkaniyeti ifade etmesidir. “Çünkü, özel hukuk anlamında zorunluluk halinde, hukuka aykırı bir fiil yoktur. BK m. 52 f. 2’ de düzenlenen zorunluluk hali üstün yarar ilkesinin bir uygulama türü olduğundan, hukuka aykırılık teşkil etmez. Bundan dolayı, buradaki sorumlulukta da hukuka uygun fiilden doğan sorumluluktan bahsedilmektedir. Üçüncü kişinin malına bu halde verilen zarar, zarar vereni tam veya mutlak anlamda tazminat borcundan kurtarmaz. Ancak *burada bir nev’i hakkaniyet sorumluluğu veya fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi söz konusudur.*”³⁶³ Söz konusu tazminat, klasik anlamda bir tazminat değil, hakimnin takdirine bağlı hakkaniyet sorumluluğunun bir sonucudur.³⁶⁴ Ancak; ceza hukuku anlamında doktrinde karışıklığa yol açan nokta, borçlar hukukunun zorunluluk

³⁶⁰ GROSSO-MODONA-VIOLANTE: *Giustizia Penale e Poteri Dello Stato*, Torino 2002, s. 244.

³⁶¹ BEKAR, Elif: *Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali*, Ankara 2013, s. 69.

³⁶² Bknz. karşı görüş: TOROSLU, Nevzat: A.g.e., Ankara 1968, s. 78; DÖNMEZER-ERMAN: A.g.e., s. 19; ALACAKAPTAN, Uğur: *Suçun Unsurları*, Ankara 1970 s. 251.

³⁶³ EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2008, s. 569, 571.

³⁶⁴ ÖZBEK-DOĞAN: A.g.m., DEÜHFD., s.218.

halinde hukuka uygunluğu tehlikenin yöneldiği değer açısından bir kısıt içermemesine rağmen ki bunlar hayat, vücut bütünlüğü ve şeref gibi değerler olabilir, üçüncü kişinin malvarlığı değerlerine zarar verilmesi durumunda kabul etmesidir. (MK m. 753- BK m. 52 f. 2) *Borçlar hukuku bu anlamda, kişilik hakları, yaşam hakkı ve vücut bütünlüğüne saldırıyı kabul etmemiştir. Böyle bir korunma fiili ceza hukuku anlamında hukuka uygun sayılsa dahi, özel hukuk bakımından hukuka aykırı fiil niteliğini taşır.*³⁶⁵ Bu belirleme de oldukça yerindedir. Zira, borçlar hukuku hukuka uygunluk sebeplerini belirlerken, birbiriyle çatışan iki hukuki varlık veya menfaatten birinin daha üstün tutulmasını ifade eder.³⁶⁶

Yine zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk sebebi olmasının, maddi ceza hukuku açısından birtakım sonuçları bulunmaktadır. İştirakte failin fiiline katılan kişiler de bu halden yararlanabilirken, zorunluluk halinin kusurluluğu kaldıran hal olarak görülmesinde, katılanların bu halden yararlanma imkanları bulunmamaktadır.³⁶⁷ Zorunluluk hali, her ne kadar hukuka uygunluk nedenleri içinde sınıflandırılmış olsa da, bu konudaki en büyük sıkıntı yapılan sınıflandırmada fiilin objektif hukuka aykırılığının eksik kalmasıdır. Çünkü; çatışma içinde bulunan iki hak farklı değerde iseler, daha büyük değerde olan tercih edilirse de haklar birbirine eşit değerde olduklarıdaysa, hangisinin önce geleceğini ifade etmek için, hukuki bir argümana bulunmamaktadır.³⁶⁸ Tehlikeden kurtulmak için, failin başka türlü hareket

³⁶⁵ **EREN, Fikret:** A.g.e., Ankara 2008, s. 569, 570.

³⁶⁶ **EREN, Fikret:** A.g.e., 2008, s. 562.

³⁶⁷ **MAHMUTOĞLU, Fatih Selami:** “ 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Hukuka Uygunluk Nedenleri”, **Hukuk ve Adalet**, Yıl 2, Sayı 5, Nisan 2005, s. 51.

³⁶⁸ **MANTOVANI, Ferrando:** A.g.e., Padova 2009, s. 261; **BACAKSIZ, Pınar:** “Ceza Hukukunda Yükümlülüklerin Çatışması”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 8, Sayı: 21, Nisan 2013, s. 122: Bu tespit yükümlülüklerin çatışması tartışmasını akla getirmektedir. Yükümlülüklerin çatışması kavramı ilk tartışılmaya başlandığında bunun zorunluluk halinin bir görünümü olduğu ifade edilmekte idi. Zorunluluk halinin farkını ortaya koyabilmesi açısından yapılan şu değerlendirme önemlidir: Zorunluluk halinde korunan ve zarar gören menfaat olmak üzere iki menfaat bulunmaktadır. Ancak; bu menfaatler ile fail arasında bir yükümlülük bağı olması şart değildir. Yükümlülüklerin

edebilme imkanının bulunup bulunmadığı, somut olayın özelliklerine göre, hakim in ex ante olarak yapabileceği bir tespittir.³⁶⁹ Bu tespiti yaparken, kullanılacak kriterlerse bellidir. Burada bir ilave olarak belirtilmelidir ki, zorunluluk halinde hukuka aykırılık tartışması, objektif olarak hukuka uygun bir hareketin üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerini zarara sokmasından kaynaklanmaktadır. Ancak *zorunluluk halindeki fiilin hukuka uygunluğunun tespiti, meşru savunmadaki kadar açık değildir. Zorunluluk halinin yapısal niteliğinde bulunan tehlikeye dahil olan bir tahmin unsuru, söz konusudur. Bununla birlikte, salt bu durum zorunluluk halinin kusurluluğa etki ettiği şeklinde bir kabule pek tabi dönüştürülemez. Zira, failin tehlikeyi başka türlü bertaraf edememesi ya da bertaraf ederken en uygun olan ve sonuçları bakımından en hafif aracı seçmesi, hukuka uygunluk sebebinin sınırının aşılması bakımından kullanılabilir bir ölçüdür. TCK m. 25 f. 2'deki ifadeye de bakıldığında; madde metninde aranan, kurtulma-kurtarma zorunluluğu ile tehlikenin ağırlığı, konusu ve kullanılan vasıta bakımından aranacak orantı, tam da böyle bir durumu hukuka uygunluk nedenlerindeki yapıyı ifade etmektedir. Daha çok Alman Doktrininden kaynaklı bir düşünceye göre; yapılması gereken yararların karşılaştırılması ve fiilin tüm zarar bakımından hukuka uygunluk içinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir.*³⁷⁰ Biz bu konudaki düşüncemizi, kanundaki somut düzenlemeden hareketle böyle bir hak değerlendirmesi yapmanın

çatışmasında ise fail ile yükümlülük arasında mutlaka bir yükümlülük bağı olması gerekir. Zorunluluk halinde fail icrai bir davranışı ile bir hukuksal değere zarar verebilirken, yükümlülüklerin çatışmasında bu daima ihmali bir davranış sonucunda gerçekleşir; **VIGANO', Francesco**, A.g.e., Milano 2000, s. 478, 479 vd: Bütün bir hukuka aykırılık teorisine bakıldığında, "çatışma" perspektifi bir hareket noktası olarak kabul edildiğinde ancak suç ikinci bir adım olarak tamamen kavranabilir. Bu terminolojik açıklamalar ışığında Mantovani normu ikiye ayırmıştır. Yarışan (concorso) ve çatışan (conflitto) normlar. Bunların birleşmesiyle birlikte de buna karşıt olmamamakla birlikte daha özelde cezalandırıcı norm farklı bir yaptırımsal mekanizmayı da hazırlar. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **VIGANO', Francesco**: A.g.e., Milano 2000, s. 475 vd.

³⁶⁹ **ÖNDER, Ayhan**: A.g.e., İstanbul 1992, s. 254.

³⁷⁰ **Bknz. ÖNDER, Ayhan**: A.g.e., İstanbul 1992, s. 224.

mümkün olmadığını, menfaatlerin çatışması kuramını incelerken belirtmiştik. Ancak; bu değerlendirme biçiminin bir ölçüt olarak, tehlike ile fiil arasında gerekli ölçüyü tespit edebilmek ve zorunluluk halinin şartlarını somut olay açısından değerlendirebilmek adına bir yardımcı kriter olarak kullanılabileceğini düşünüyoruz. Bununla birlikte, ilave edilmesi gerekir ki; failin tek bir hareketinin hukuka uygunluğu, bununla doğal bir bağ içinde olamayan diğer hareketlerin hukuka uygun addedileceği sonucunu doğurmaz. Örneğin; fail yolda arabasının lastiğini değiştirirken, kendisine doğru gelen bir domuzun saldırısından kaçmak için ateş etmiştir. Meşru hale gelen fiil, zorunluluk hali içinde ateş etme fiilidir. Yoksa; ruhsatsız silah taşımaktan kaynaklanan fiil, hukuka aykırı kalmaya devam edecektir. *Yine, dikkat edilmesinde yarar gördüğümüz bir diğer nokta da, normal durumlarda göz önüne alınan ve değerlendirme bakımından önem taşıyan durumları, zorunluluk hali için değerlendirmenin dışında tutulması gereğidir. Zira, zorunluluk hali için olağan şartlara göre yapılacak her değerlendirme, onu hukuka uygunluğun dışına taşımaya adaydır. Önemli olan, zorunluluk halinde işlenen fiilin objektif olarak hukuka uygunluğudur. Hukuka uygunluk sebeplerinin tek bir esasa bağlanamaması ve ele alınma şeklinden dolayı bir tercihte bulunmak gerekmektedir. Kullanılabilecek bu kriterler; sosyal yararların çatışması, yararların ve görevlerin çatışması, değerler arasında yapılacak dengeleme, hukuk düzenince korunan amaca ulaşmak için kullanılan aracın hukuka uygunluğu gibi kriterlerdir.*³⁷¹ Bu kriterler açısından 765 Sayılı TCK m. 49'un düzenlemesi ile karşılaştırıldığında, bu düzenlemenin kanunun hükmü ve amirin emri düzenlemesi içinde yer verilen bir hukuka uygunluk sebebi olmasından hareketle, yapılabilecek bir hukuka uygunluk değerlendirmesi sistemleştirilirken, TCK m. 25 f. 2'de hareket noktası olarak kullanılabilecek

³⁷¹ ÖNDER, Ayhan: A.g.e., s. 227.

unsurlar mevcuttur. Bunlar; hukuka uygunluk sebepleri düzenlemesinde karşılaşılan yukarıda belirttiğimiz değerlerin dengelenmesi ve amaç-araç uygunluğu gibi kriterler olup, bu kriterlerin madde bazında kullanıldığı görülmektedir. Yine, bu bağlamda bir başka hareket noktası, madde metninde meşru savunma içinde de yer verilen “ceza verilmez” hükmünü yorumlamaktır. Burada, lafzi yorum metodu bizi sağlıklı bir noktaya götüremeyecek nitelikte belirsiz olduğundan, mantıki yorum metodu ve sistematik yorum metotları bu tartışmayı aydınlatmaya yarar sağlayacak niteliktedirler.³⁷²

Türk Ceza Kanunu’nun “Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler” başlıklı İkinci Kısım, İkinci Bölümü’nde düzenlenen kanunun hükmünü icra, amirin emrini ifa, meşru savunma ve zorunluluk hali, hakkın icrası ve mağdurun rızası fiilin hukuka aykırılığını kaldıran nedenlerdir. Bunlara genel olarak, “hukuka uygunluk nedenleri” denmektedir. Diğer taraftan; aynı başlık altında düzenlenen şiddet, tehdit, hata gibi kurumlar “kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan” nedenler, bir başka deyişle kusurluluğa etki eden nedenlerle yine aynı başlık altında düzenlenen yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sarhoşluk, uyuşturucu madde etkisinde olma gibi kurumlar ise isnat yeteneğini kaldıran ve azaltan nedenlerdir. Birbirinden farklı bu kurumların, aynı başlık altında toplanması, suç teorisi ile ilgili gelişmelere terstir.³⁷³

Belirtilmesi gereken bir nokta da, zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk sebebi sayılmasını engelleyen bir durum olarak gösterilen, sıklıkla iki eş değer; iki

³⁷² GÖZLER, Kemal: **Hukukun Genel Teorisine Giriş, Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorum Sorunu**, Ankara 1998, s. 169 vd.

³⁷³ GÜNGÖR, Devrim: **Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata**, Ankara 2007, s. 62; MAHMUTOĞLU, Fatih Selami: “5237 Sayılı TCK’da Hukuka Uygunluk Nedenleri”, **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, Yıl:2, Sayı:5, Nisan 2005, s.43: Bu konuda bir kısım doktrin tarafından taraftar bulan bir başka temel görüş hukuka uygunluk sebeplerinin temel olarak eylem gerçekleşirken var olan ve fiilin hukuka uygun olarak doğmasına yol açan nedenler olduğunu bu nedenle de hukuka uygunluk nedenlerinin fiili sonradan hukuka uygun hale getirmeyeceğini belirtmektedir. Bu görüşe göre fiil zaten hukuka uygundur.

yaşam hakkının karşılaştırılması örneğinden hareketle, birinin diğerine üstün olmaması yönündeki değerlendirmedir. Buradaki en hassas nokta, etkilenen tarafın karşıt yönde gösterebileceği bir iradesi varsa, bu irade hilafına zorunluluk halinin işletilemeyeceğidir. Bu konuya tıbbi vakalarda sıklıkla rastlanmaktadır. Bu konudaki bir örneğe göre; A, hastanede eşi B'yi ziyaret ederken, bir trafik kazasında yaralanan ve ağır derecede kan kaybeden C, aynı zamanda nadir bulunan bir kan grubuna da sahiptir. C'nin doktoru, A'nın bu kan grubuna sahip olduğunu bilmektedir. Bu konuda, hastanın rızasını alamayınca doktor D, C'nin ölümünün önüne geçebilmek için hasta bakıcılara A'yı tutturarak zorla kan aldırır.³⁷⁴ Alman Ceza Hukuku'nda baskın olan görüşe göre; cebri zorda kalış hali olaylarında yani üçüncü kişinin bir fiili dolayısı ile failin bir davranışta bulunmaya zorlandığı olaylarda, "makullük" bulunmadığı için Alman Ceza Kanunu m. 34 uygulama alanı bulmaz.³⁷⁵ Bu aslında yerinde bir ölçüttür. Bilakis zorunluluk halinde işlenecek fiili işlemeye zorlanan kişi için, karşı tarafın oluşturduğu tehlike dolayısı ile zorunluluk hali işletilebilir. Saldırı söz konusu ise, meşru savunmanın uygulanacağı açıktır. Üçüncü kişi açısından, farklı bir kriterle yaklaşılması yerinde olacaktır. Bir diğer nokta, Alman Ceza Kanunu'na da bakıldığında özellikle kusurluluğu kaldıran hal olarak konumlandırılan zorunluluk haline göre; ele alınan tehlike ve kusur kavramlarının, terminolojiyi farklı bir boyuta taşımasıdır. Özellikle, tehlikenin ortaya çıkış şekli dolayısı ile tehlikeye katkı sağlayan birtakım unsurlar varsa, örneğin cebri bazı unsurlar, bu noktayı hukukumuz açısından zaten zorunluluk hali çerçevesinde çözümlemek mümkün değildir.³⁷⁶ İlave

³⁷⁴ Aktarılan örnek, **HEINRICH, Bernd**: A.g.e., Ankara 2014, s. 287.

³⁷⁵ **HEINRICH, Bernd**: A.g.e., Ankara 2014, s. 290.

³⁷⁶ Alınan örnek, **HEINRICH, Bernd**: A.g.e., s. 376: Victor dört yaşındaki kızı Anna ve kızının arkadaşı Klara ile birlikte şişme bir bota biner. Ancak bot Victor'un dikkatsizliği nedeniyle karaya oturur ve batar. Suyu düşen Klara kendi başına bir tahta parçasına tutunur. Ancak tek kişilik olan tahtada Anna'ya yetecek yer yoktur. Bunun üzerine Victor olaya müdahale ederek Klara'yı iter ve tahta Anna'ya tahsis edilir. Klara boğulur. Burada her şeyden önce tehlikeyi Victor'un kusurlu fiili

olarak, tehlikeye failin kusuru eklenmiş ise yine bunun da hukuka uygunluk zemininden çok farklı bir noktada tartışılması gerektiğini belirtmeliyiz. Yine, fail hakkında fiilin seçimi bakımından bir seçim özgürlüğünün söz konusu olduğu noktada, kınanabilirlik yorumunun yapılması hakkaniyetli bir yaklaşımdır. Ancak, burada bizim ifade etmeye çalıştığımız ve hukuka uygunluk içinde değerlendirdiğimiz zorunluluk hali kurumu, tüm bu kusurluluk değerlendirmelerinden ayrıktır. *Dolayısıyla, tüm bu unsurlar ve maddedeki düzenleniş şekli göz önüne alındığında zorunluluk hali fiilin hukuka aykırılığını kaldırarak baştan itibaren hukuka uygun doğmasını sağlayan bir hukuka uygunluk nedenidir.*

3. Zorunluluk Halini Kusurluluk İçinde Sistemize Etmeye Çalışan Görüşler

a. Genel Olarak Kusurluluk

Temel olarak bir fiilin suç oluşturabilmesi için öncelikle fiilin faile bağlanabilmesi; bir başka deyişle fiilin iradiliği, tipiklik ve hukuka aykırılık unsurlarının yanında bir gerekliliktir. Fiilin iradiliği ise, kusurluluk terimi ile ifade edilmektedir.³⁷⁷ Kusurluluk nitelemesi esas olarak failin olanaklılık durumuna ilişkin de bir değerlendirme olup, hukuka uygun hareket edebilme imkanına sahip olduğu halde, failin hukuka aykırı bir davranışı seçmiş ve gerçekleştirmiş olması sebebi ile fiilin ona yüklenebilmesi ve failin fiilinden dolayı kınanabilmesidir.

meydana getirmiştir. Üçüncü kişiyi kurtarma fiili de bilinçli olarak bir başka kişinin feda olmasına yol açmaktadır. Eğer Anna ile Klara arasında bir mücadele olsa ve bu mücadeleyi Anna kazansa olayın seyri bakımından bir hukuka uygunluk söz konusu olacaktır. Çünkü burada kendini koruma iç güdüsü devreye girecek ve fiil hukuka uygun sayılacaktır. Somut olayda Victor Klara'yı kasdi olarak ve kendi kızını kurtarmak için itmektedir.

³⁷⁷ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.e., Ankara 2008, s. 252, 253.

Böylelikle, kusur sorununun çözümünün hukukun buyruk ya da yasaklarını çiğneyen *kişinin sübjektif durumunun, yani; onun başka türlü davranmasına elverişli olup olmamasına bağlı olduğu ifade edilebilir.*³⁷⁸

Kusurluluğun normatif ve psikolojik olmak üzere iki görünümü bulunmaktadır. Ancak, biz konumuzu aştığı için bunların üzerinde bu kısımda çok fazla durmadan zorunluluk halinin hangi nedenle kusurluluğu kaldırdığının gerekçelendirildiği teorileri inceleyeceğiz. Kusur bir kişinin eyleminden dolayı cezayı hak edip etmediği noktasındaki fiili işleyen hakkında yürütülen normatif-hukuki bir değer yargısı³⁷⁹ veya failin fiili ile olan psişik bağıdır. Daha açık bir ifadeyle; kusur yargısının konusu somut fiile ilişkindir.³⁸⁰ Bu anlamda, Alman Anayasası'nın her insanın irade özgürlüğü ve haklıyla haksız seçme noktasında serbest karar verme imkanı ile donatılmasından hareketle, seçimini haksızlıktan yana kullanan kişinin kınanabilmesine yol açan davranışının kusurun kınanabilirlikten ibaret olduğu fikrinin de ortaya çıkmasına yol açtığı³⁸¹ tespiti, kusurluluğun tanımlandığı anlayışla birlikte bir içerik kazandığını doğrulamaktadır.

Zorunluluk halinin suçun hangi unsuruna etki ederek cezalandırmaya engel olduğunu kusurluluk etrafında çözümlemeye çalışan düşünürler, bu görüşleri kusurluluğu kaldıran sebeplerin isnadiyete verdiği anlam etrafında tartışmışlardır. Bunu, zorunluluk halinin isnadiyete etki etmesi³⁸² ve suçun kusurluluk ögesini kaldırması olmak üzere iki temel fikre dayandırmışlardır. “Kusurluluk isnat

³⁷⁸ KANETİ, Selim: “Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi”, **Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu**; Ankara 21-22 Ekim 1977, s. 40-41; ÖNDER, Ayhan: A.g.e., İstanbul 1992, s. 267.

³⁷⁹ ZAFER, Hamide: “Türk Ceza Hukukunda Kusur Kavramı- Normatif Teorinin Öne Çıkışı- Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukukunun Ayrılmazlığı”, <http://hamidezafer.com/turk-ceza-hukukunda-kusur-kavrami>, Erişim Tarihi, 16.01.2013, s. 1.

³⁸⁰ KANETİ, Selim: A.g.m., Ankara 21-22 Ekim 1977, s. 40-41; HEINRICH, Bernd: A.g.e., Ankara 2014, s. 351.

³⁸¹ HEINRICH, Bernd: A.g.e., Ankara 2014, s. 350, 351.

³⁸² HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.e., Ankara 2008, s. 293.

yeteneğinden bağımsız olarak ele alındığında, onun failin iradesi ile fiil arasındaki ilişkiyi ifade ettiği görülür. Bundan dolayı kusurluluk, fiilin ancak kaza ve tesadüf, maddi cebir ve mücbir sebep hallerinde işlenmiş olması durumunda oluşmaz.”³⁸³ Isnat yeteneğinin kusurluluğun bir ön şartı mı, unsuru mu, yoksa failin bir niteliği mi olduğu tartışmalıdır. Bu tartışmaya girmeksizin görüşümüzü isnat yeteneğinin kusurluluğun bir ön şartı ya da unsuru değil, failin bir niteliği olarak ele alan görüşünün lehine belirlemekteyiz.³⁸⁴ Bu durumda kusurun psikolojik unsuru kişinin hukuka aykırı harekete manevi dünyası içindeki katılımı³⁸⁵ olarak belirlenecektir.

Normatif kusurluluk anlayışı, kusurluluğu kuralların koyduğu yasaklara ve zorunluluklara uymamada aradığı için failin hareketi hakkında onun kınanabilirliğine ilişkin bir “*değer hükmü*” verilir.³⁸⁶ Kınanabilirlik, failin psişiği ile hukuka aykırı davranış arasındaki dışsal ilişkiyi ifade etmektedir.³⁸⁷ Failin hangi hallerde kınanamayacağı ise beşeri bir sorundur. Dolayısıyla, normatif anlamda kusurluluğun özü olarak yorumlanabilecek kınama yargısının menşeiini normda aramak bizi çok da tutarlı yorumlara götürmeyecektir. Bunun yanı sıra, kınanabilirlik yargısını maddi bir içeriğe kavuşturmak da o kadar kolay değildir. Hakim, somut olay bakımından failin

³⁸³ **TOROSLU, Nevzat:** A.g.e., Ankara 1968, s. 52; **ALACAKAPTAN, Uğur:** Suçun Unsurları, Ankara 1975, s.168 vd.

³⁸⁴ **PETROCELLI, Biagio:** *La Colpevolezza*, Padova 1951, s.17; **GIULIANI, Ubaldo:** *Dovere Di Soccorso e Stato Di Necessita Nel Diritto Penale*, Milano 1970, s .117; **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** A.g.e., Ankara 2008, s. 258, Bknz. aynı yönde **TOROSLU, Nevzat:** *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara 2009, s. 350-351: Suçun varlığı için fiilin ceza tehdidi ile soyut olarak yasaklanmış olması yeterlidir. Biz bu konuda Hafizoğulları’nın görüşüne katılarak isnat yeteneğinin kusurluluğun bir ön şartı değil, *failin bir niteliği* olarak algılanmasının işlevsel olacağı ve güvenlik tedbirlerinin ceza hukukuna girmesi ile birlikte kusurluluktan isnat yeteneğinin ayrılmasının zorunlu olduğu yönündeki görüşe katılıyoruz. **İÇEL, Kayıhan:** *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk*, İstanbul 1967, s. 20: İçel, bu konuda isnat kabiliyetinin kusurlulukla sıkı olarak bağlı olduğunu ve kusurluluktan önce değil kusurlulukla birlikte araştırılması gerektiğini kabul etmektedir.

³⁸⁵ **EREM-ARTUK-DANIŞMAN:** *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 1997, s. 430; **GROSSO, F-MODONA, N.G., -VIOLANTE, L:** *Giustizia Penale e Poteri Dello Stato*, Torino 2002, s. 263.

³⁸⁶ **EREM-ARTUK-DANIŞMAN:** A.g.e., s. 430.

³⁸⁷ **KEYMAN, Selahattin:** “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, *AÜHFD*. Cilt: 40, Yıl: 1988, s. 127.

hangi hallerde kınanabileceği yargısına ulaşırken, aslında *failin normatif kusurluluğunu* da belirlemektedir. Böylelikle, failin hangi hallerde kınanabileceği bir norm sorunu iken, hangi hallerde kınanamayacağı beşeri bir sorun olmaktadır. Bu haller değerlendirilirken ortalama bir insan (*uomo medio- uomini comuni*) üzerinden hareket edilmeye çalışılır. Ortalama insan, bir üçüncü kişi olması dolayısı ile kınanabilirlik yargısını değerlendirmede bir yardımcı ölçüttür. Bu duruma hakimın karar vererek kendi değer yargısı ile “kınanabilirlik ölçütünün belirlenmesi” ise eleştirilmektedir.³⁸⁸ Alman Doktrini’nde, kişinin başka türlü davranabilmesinin varsayımsal olarak kabul edildiği ancak bunun adeta başka seçenek olmamasından kaynaklandığı ve failin durumundaki üçüncü bir şahsın ele alınmasından başka bir yolun da bulunmadığı yerinde olarak ifade edilmektedir.³⁸⁹ Kınanamama yargısı, o toplumun yapısı, kuralları, işleyişi ile ilgili olan ve en önemlisi somut olayda zorunlu failin yerini belirleyen bir yargıdır. Bu noktada, zorunluluk halini kusurluluğu kaldıran bir sebep olarak değerlendirmek aynı zamanda iddia olunan TCK’nın yeni bir kusur teorisi yapılandırıp yapılandırmadığı tartışmasıyla ilgili olduğu kadar, bu konuda geliştirilecek yaklaşımın da kusur kavramının kanuni yapılandırılması ile de

³⁸⁸ ÜNVER, Yener: *Suç Politikası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5*, Ankara 2004: “ÖZDEMİR, Hande: ‘Kusur ile Hukuka Uygunluk Nedenleri ve Hukuka Aykırılık İlişkisi’, s. 513: Özel hukuktaki ihmal kavramının tanımında hukuka aykırı sonucu arzu etmemesine rağmen bu sonucun meydana gelmemesi için iradesini yeter derecede kullanmamak, hal ve şartların gerektirdiği özeni göstermemek bulunmaktadır. Bu açıdan bakıldığında ceza hukukundaki kusur kavramının özel hukuktaki kusur kavramını karşılamadığı ve her ne kadar zorunluluk halinin bir kusurluluğu kaldıran hal olarak görülmesinde gerekçe olarak borçlar hukuku bakımından getirilen tazminat gösterilse de bunun hakkaniyet sorumluluğunun bir gereği olduğu bu savı çürütmektedir; İÇEL-ÜNVER: *A.g.e.: ÖZDEMİR, Hande: “Kusur ile Hukuka Uygunluk Nedenleri ve Hukuka Aykırılık İlişkisi”*, Ankara 2004, s. 512-516: Özel hukuk bakımından bu kriter iki şekilde incelenmektedir. İlki ihmal kavramını şekillendiren ortalama insan kavramıdır. Buna göre ağır ihmal konusunda herkesin göstereceği dikkat ve özeni göstermeme kriteri getirilmiştir. Bu yönde Roma Hukuku’nda kullanılan kriter dürüst, güvenilir bir aile babasının davranışları idi. Hafif ihmalde ise dikkatli ve tedbirli bir kişinin göstereceği özeni göstermeme kriteri getirilmiştir. Ceza hukuku açısından bakıldığında ise ağır kusur-hafif kusur şeklinde bir sınıflandırma bulunmamaktadır. Ceza hukukuna bu durum cezanın belirlenmesinde meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığının suçun belirlenmesinde göz önüne alınması olarak yansımıştır. (TCK/ 61e)

³⁸⁹ STRATENWERTH, Aktaran ZAFER, Hamide: “Türk Ceza Hukukunda Kusur Kavramı-Normatif Teorinin Öne Çıkışı- Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukukunun Ayrılmazlığı”, <http://hamidezafer.com/turk-ceza-hukukunda-kusur-kavrami>, Erişim Tarihi 16.01.2013, s. 8.

ilgilidir. Oysa, bu bakış altında zorunluluk halinde yapılması beklenen *daha doğru bir davranış fail açısından değil, üçüncü kişi açısından vardır*. Bu konuda, üçüncü kişiyi kriter almaktan başka daha sağlıklı bir belirleme olanağı olmadığı da ifade edilmiştir. O halde, başka bir yol yok denilerek belirleme yapmaktansa “suç sayılan fiil işlendiğinde ortada toplum tarafından cezalandırılması gereken bir zararın da olmadığından hareketle, fiilin artık suç sayılmayacağı”³⁹⁰ belirlemesini yapmak daha tutarlı olacaktır.

“Kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerin temel uğraşı noktası, sosyal olarak hatalı kabul edilebilen bir davranışın olayın özel koşulları bakımından cezalandırılabilirliği ya da cezalandırılmak zorunluluğunun olmadığına ilişkin soruya cevap aramaktır. Bu sebepler; *norma uygun davranışın istenemezliği* ilkesine dayanmaktadır. Bu sebeplerin esas amacı, hukuka aykırı bir davranışın bu kriminal-politik sebeplerle cezalandırılmaması zorunluluğunun altını çizmektir.”³⁹¹ Azımsanamayacak sayıda bir doktrin, zorunluluk halini kusurluluğu kaldıran nedenler içinde nitelemektedir.³⁹² TCK m. 25 f. 2 düzenlemesi ile de zorunluluk halinin artık bir kusurluluğu kaldıran sebep olduğu ileri sürülmektedir.

³⁹⁰ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.e., 2008, s. 232.

³⁹¹ KEÇELİOĞLU, Elvan: A.g.m., s. 303; JESCHECK, Hans Heinrich: *Alman Ceza Hukuku, Kusur İlkesi, Yay. Haz. Yenisey, Feridun*, İstanbul 2007, s. 39- 40: Alman Ceza Hukuku’nda kusurun diğer bir unsuru olarak “hukuka aykırılık bilinci” kabul edilmektedir. Buna göre; failin gerçekleştirdiği bir fiilin cezalandırılabilir bir fiil olduğunu bilmesi şart değildir. Ama hiç olmazsa gerçekleştirdiği fiilin hukuk düzenini önemli bir şekilde ihlal ettiğini bilmesi veya bu bilgiyi edinmemiş olması dolayısı ile muhafaza edebilmesi şarttır.” Yine Alman Ceza Kanunu’nun 17. Maddesi hukuki hatayı düzenlemektedir. Buna göre; düştüğü hata kendisi bakımından kaçınılmayacak nitelikte olup, fail bu hatası nedeniyle hukuka aykırı davrandığı bilincine sahip değilse hareketi kusurlu değildir. Fail hataya düşmekten kaçınabilecek durumda ise yaptığı hareket kusurludur.

³⁹² KOCA-ÜZÜLMEZ: A.g.e., s. 322 vd.; ÖZGENÇ, İzzet: A.g.e., s. 365 vd.; HAKERİ, Hakan: A.g.e., s. 347 vd.; ÖZTÜRK-ERDEM: A.g.e., s. 231 vd.

b. Zorunluluk Halinin Manevi Cebir Nedeni ile İsnadiyete Etki Ederek Kusurluluğu Kaldırdığı Görüşü

Kişinin iradesi üzerinde gerçekleşen psikolojik baskı olan manevi cebrin³⁹³ etkisi altında işlenen fiilin, gerçekleşen bu baskı dolayısı ile suçun manevi unsurunun gerçekleşmemesinden bahisle kusurlu sayılamayacağı savunulmaktadır.³⁹⁴ Kişi, zorunluluk halinin şartları içinde bulunduğu ve tehlikenin yoğunluğunun üzerinde oluşturduğu bu baskı durumu dolayısı ile norma uygun davranmamaktadır. Failin norma uygun davranmama nedeninin, manevi cebrin irade üzerindeki zorlayıcı etkisinden kaynaklandığı ve bunun da kusurluluğun oluşumuna engel olduğu ifade edilmekte, böylelikle; failin iradesi zorlandığı için suçun manevi unsurunun gerçekleşmediği savunulmaktadır.³⁹⁵ Manevi cebir açısından bakılacak olursa *burada belirlenmesi gereken nokta manevi cebrin fiilin iradiliğini değil*³⁹⁶, *“iradi fiilin kusurluluğu”nu etkilemesidir*. Bundan dolayı iradi fiili ile manevi cebir altında suç işleyen bir kimsenin davranışı kınanabilir nitelikte olmadığı için kusurlu sayılamayacağı düşünülmektedir.³⁹⁷ Ancak bunun isnat yeteneğine ne gibi bir etkisi olduğu noktası, ister istemez kusurluluk ve isnat yeteneği ilişkisini değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır. Zorunluluk halinin manevi cebir nedeniyle isnadiyete etki ederek kusurluluğu kaldırdığı yönündeki bu görüşün temel dayanak noktası manevi cebir ile

³⁹³ **ÖNDER, Ayhan:** A.g.e., İstanbul 1992, s. 343; **HAWKINS, Thomas:** “Necessity As a Statutory Defense in Texas: A Comparison With Other States”, **American Journal of Criminal Law**, Volume 3, Number 3, Winter 1975, s. 235: Burada karşıt bir görüş olarak zorunluluk hali ile manevi cebir konusundaki yaklaşımlar benzerlik göstermesine rağmen zorunluluk hali bundan ayırt edilebilir. İki kurum arasındaki kaynaklı ayrımın dışında manevi cebir ilave olarak bazı küçük gereklilikleri de içermektedir. Bu ciddi bir ölüm ya da bedensel zarar korkusu olabilir.

³⁹⁴ **ANTOLISEI, Francesco:** A.g.e., Milano 1997, s. 244 ; **ÖZEN, Muharrem:** A.g.e., Ankara 1995, s. 50

³⁹⁵ **TOROSLU, Nevzat:** A.g.e., Ankara 1968, s. 51; **ÖZEN, Muharrem:** A.g.e., s. 50.

³⁹⁶ **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** Türk Ceza Hukuku Sisteminde Zaruret Hali ve Üçüncü Kişiyi Kurtarma, **AÜHFD**, Yıl 1971, Cilt 28, Sayı 1-4, s. 95: İsnadiyet ile dar anlamda suç ve cezayı kaldıran nedenleri birbirine karıştırmamak gerekir. İsnat yeteneği olmayan kimsenin fiili suç olduğu takdirde kendisine ceza verilmez, ancak aleyhine emniyet tedbirleri uygulanabilir.

³⁹⁷ **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** A.g.e., Ankara 2008, s. 364.

zorunluluk halinin birlikte düşünülmesi hatta manevi cebirin zorunluluk halinin bir alt derecesi olduğu yönündeki düşüncedir.³⁹⁸ Esasen manevi cebir altında isnadiyetin etkilendiği yönündeki düşüncenin temeli, karar verme sürecini sekteye uğratabilecek ve onu psikolojik olarak etkileyecek bir durumda, kişinin bu psikolojik durum dolayısıyla ortalama bir insanın değerlendirebileceği duyguları üzerinde kontrol kurması konusundaki yeterliliğini azalttığı ve bu nedenle ona yöneltilebilecek suçlamanın adil olmamasına dayanmaktadır.³⁹⁹ Ancak, manevi cebirde irade tamamen ortadan kalkmamakla birlikte, iradedeki karar serbestisi ortadan kalkmaktadır.⁴⁰⁰ Buna göre; manevi cebir, suçun manevi unsuru ile ilişkilidir ve irade üzerinde oluşan zorlayıcı bir etki dolayısı ile suçun manevi unsuru gerçekleşmemektedir.⁴⁰¹ Görüşün barındırdığı açık bir çelişki, zorunluluk halinden yararlanmak için öncelikle zorunluluk halinin gerektirdiği koşullar içinde bulunmanın gerekliliğidir. Bunun için de pek tabii, failin iradiliği gerekmektedir. Yine bu düşünce etrafında benzer bir çelişkiyi, üçüncü kişi lehine zorunluluk halinde de ortaya çıkarmak mümkündür. Zira, kurtarma failini kasıtlı olarak işleyen failin iradi hareket etmediğini ve isnat yeteneğinin ortadan kalktığını savunmak da çelişiktir.⁴⁰² Toroslu, bu noktada haklı olarak, zorunluluk halinde failin failinin anlamını kavrama ve isteme konusundaki yeteneğinin bulunmasının zorunlu olduğunu, failin isnat yeteneğinin kalkmasının düşünüldüğü noktada, zorunluluk halinin söz konusu olamayacağını belirtmektedir.⁴⁰³ Bu yönde düşünenler, manevi cebri, faili suça

³⁹⁸ TOROSLU, Nevzat: A.g.e., Ankara 1968, s. 91.

³⁹⁹ Aktaran KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür: Türk Ceza Hukukunda Maddi Manevi Cebir, Ankara 2012, s. 80.

⁴⁰⁰ ÖZBEK ve Diğerleri: A.g.e., Ankara 2012, s. 403.

⁴⁰¹ Bknz. aynı yönde TOROSLU, Nevzat: A.g.e., Ankara 1968, s. 92, burada kusurun klasik sınıflandırması olan kast ve taksir şeklinde ayrıldığını kabul etmekteyiz.

⁴⁰² Benzer yönde bkz. ÖZEN, Muharrem: A.g.e., Ankara 1995, s. 51.

⁴⁰³ TOROSLU, Nevzat: A.g.e., s. 51.

yönelten saikler arasında saymaktadırlar.⁴⁰⁴ Bu düşünceye verilecek cevap, kuşkusuz zorunluluk halinde manevi cebirin mi bizatihi faili suça yönelttiği, yoksa zorunluluk halinin varlığını gerekli kılan unsurların bütünsel olarak bulunmasının mı bu yönelimi sağladığı sorusuna verilecek cevaptır. Cevabımızı ikinci olasılıktan yana kullanmak, hem mantıki anlamda zorunluluk hali değerlendirmesi için şartların tamamını değerlendirmek gereği ve hem de faili harekete geçiren nedenlerin aslında kusurlulukla da bir ilintilerinin olmaması ile de ilgilidir.⁴⁰⁵ Buradan hareketle görülmektedir ki, kusurluluk kendisine *fiil isnat edilebilir bir faille fiil arasındaki kınama ilişkisidir*. Failin hukuka uygun hareket edebilme imkanına sahip olduğu halde, hukuka aykırı bir davranışı seçmiş ve gerçekleştirmiş olması sebebi ile bu fiilin ona yüklenebilmesi ve fiili dolayısı ile kınanabilmesidir.⁴⁰⁶ Kınanabilirliğin tespiti ampirik bir metodla değil, normatif yani değerlendirme metodu ile yapılacağına göre, hukuki değerlere dayalı karşılaştırma prensibinin, manevi cebir dolayısı ile tecavüze maruz kalan hukuki değerle, bu cebir veya tehdidin etkisinde gerçekleştirilen haksızlığın ilişkin olduğu; hukuki değer arasında yapılan karşılaştırmalı değerlendirmede ise, tercihin birinci lehine olması gerektiği, düşünülmektedir.⁴⁰⁷ Ancak, öncül önermeyi bu şekilde belirlediğimizde zorunluluk halinin şartlarını değerlendirebilmek imkanı da kalmamaktadır. Çünkü, buradaki irade hukukun değer atfettiği bir iradenin ötesinde ve bozulmuş nitelikte bir iradedir.⁴⁰⁸ Oysa ki; *zorunluluk halinde failin hukuka uygun davranma olanağı*

⁴⁰⁴ ÖZEN, Muharrem: A.g.e., Ankara 1995, s. 51.

⁴⁰⁵ TOROSLU, Nevzat: A.g.e., s. 52; ÖZEN, Muharrem: A.g.e., s. 52.

⁴⁰⁶ ÖNDER, Ayhan: A.g.e., İstanbul 1992, s. 267.

⁴⁰⁷ ÖZGENÇ, İzzet: A.g.e., s. 377.

⁴⁰⁸ HAWKINS, Thomas H.: "Necessity As a Statutory Defense in Texas: A Comparison With Other States", *American Journal Of Criminal Law*, Volume: 3, Number 3, Winter 1975, s. 243: Bu noktada Amerikan Mahkemeleri faili zorunluluk haline sokan "korkuyu" kötüye kullanılma olasılığını da gözeterек çok büyük bir dikkatle değerlendirmektedirler. Bu değerlendirme, bağımsız bir değerlendirme olmayıp tüm ceza hukuku sistemi açısından yapılan bir değerlendirmedir. Bu bağlamda

seçimlik bir durum değildir. Failin fiili ile saik arasındaki bağ, fiil ile ilgili bir husus olmayıp fiilin ötesinde bulunan bir durum ile ilgilidir. Oysa manevi cebirde fail, bir tehlike ile tehdit edilerek, hukuka aykırı bir fiili işlemeye zorlanmaktadır.”⁴⁰⁹

Kusurluluk; failin fiili sebebi ile ona yüklenen kınanabilirlik yargısı olduğuna göre, failin iradesi ve özel bir saikin etkisi ile erişilmek istenen amaç arasında yer alan bağ fiilin dışında kalmaktadır. Fiilin dışındaki bir durumu da kusurlulukla ilişkilendirmek mümkün değildir.⁴¹⁰ Manevi cebri zorunluluk halinin içinde ele alan düzenleme şekilleri bazı ceza kanunlarında mevcuttur. Örneğin, İtalyan Ceza Kanunu bu düzenlemeyi 54. Maddesi’nin son fıkrasında yapmıştır. *O halde, bir şeyin gerçekleşmesini etkileyen şey o şeyin tamamı olamaz. Zorunluluk halinin manevi cebir etkisi altında gerçekleşmesi ise zorunluluk halinin dayanağını manevi cebir yapamaz.* Yapısal olarak birbiri ile ilişkili olmayan kavramları, birbiri ile açıklamak her şeyden önce mantık kurallarına ters olacaktır. Bu konuda getirilebilecek bir diğer eleştiri, TCK m. 28 hükmünün açık düzenlemesi karşısında Türk Ceza Hukuku açısından manevi cebri düzenleyen bağımsız bir hükmün bulunmasıdır. Bundan dolayıdır ki; manevi cebir durumunda zorunluluk halinin şartları, mevcut TCK düzenlemesi altında aranamaz. İtalyan Ceza Kanunu’nun 54. Maddesi’ndeki düzenlemeye bakıldığında ise; manevi cebrin zorunluluk halinin bir unsuru olarak düzenlendiği görülmektedir.⁴¹¹ İtalyan Ceza Hukuku’nda zorunluluk hali hukuka

örneğin bitmekte olan bir savaş, ırkçılıkla mücadele ya da Vietnam Savaşı için yapılan protestolar bu diğer tip genişletilmiş zorunluluk hali için geçerli sayılmaktadır. Yine korku ile fiil arasında doğrudan nedensel ilişki aranmaktadır. Bu durum manevi cebre yaklaşmakla birlikte, örnekler bazında yapılan değerlendirmelerde savunma sebepleri dışına çıkarılmıştır (defences). Common Law hukukunda korku tip tip sınıflandırılmakta ve zorunluluk haline sebep olan ve onun dışında kalan korku olarak değerlendirilmektedir.

⁴⁰⁹ HEINRICH, Bernd: A.g.e., s.380.

⁴¹⁰ CONTIERI, Enrico: A.g.e., s. 106, 108.

⁴¹¹ <http://www.testolegge.com/codice-penale/articolo-54-2> (Erişim Tarihi 25.02.2013)

İtalyan Ceza Kanunu’nun 54. maddesi şu şekildedir: “Kendisinin bilerek neden olmadığı başka şekilde de kurtulamadığı kişiye karşı ağır bir zarar verecek ve halen mevcut bir tehlikeden kendisini

uygunluk sebebi olarak kabul edilmesine rağmen, mevcut manevi cebir düzenlemesi bir kısım doktrin tarafından onun kusurluluğu kaldıran hal olarak da nitelendirilmesine yol açmıştır.⁴¹² Bu anlayıştakilerin bir kısmı, zorunluluk halini geniş bir kavram olan manevi cebrin daha az şiddetli bir hali saymaktadır.⁴¹³ Oysa, TCK'daki durum bundan tamamen farklıdır. Manevi cebir hükmü- her ne kadar maddi cebirle ayrıştırılmasa da- TCK m. 28 kapsamında düzenlendiği için ayrı hukuki şartların konusu olan bir düzenleme zorunluluk halinin alt unsuru olarak görülerek değerlendirilmesine hukuk tekniği izin vermemektedir.⁴¹⁴ Manevi cebir altında failin davranışı ya bu zorlama dolayısı ile etkilenir ya da başka şekilde davranmaya zorlanır. Manevi cebir yapılandırılırken, gidilen kötülüklerin karşılaştırılması ve bu bağlamda kişinin davranışının etik olarak uygunluğunun sorgulanması manevi cebir kuramının hukuka aykırılık ve kusurluluk arasında gidip gelmesine engel olamamıştır. Bu bağlamda, zorunluluk halinin de manevi cebrin bir alt kuramı olarak görülmesinin sebeplerinden biri de, girişilen menfaatler dengesi karşılaştırmasının zorunluluk halinde de aranmasıdır.⁴¹⁵ Manevi cebrin zorunluluk hali içinde ele alınması düşüncesi, genellikle bu konuda mevzuatlarında düzenleme bulunmayan ülkelerde görülmektedir. Buna göre; korkutma ve tehdit zorunluluk halinin bir çeşididir. Bu nedenle, bazı kanunlar bu hali kusurluluğu kaldıran

ya da başkalarını kurtarmak zorunluluğu nedeni ile fiili işleyen kişi ancak fiil tehlike ile orantılı olmadığı müddetçe cezalandırılabilir.

Tehlikeye katlanma yükümlülüğü olan kişiye karşı bu hüküm uygulanmaz.

Bu maddenin birinci fıkrasındaki hüküm **aynı zamanda manevi cebir dolayısı ile oluşan zorunluluk halinde de uygulanır.** Ancak bu durumda sorumluluk tehdit ile bir fiili işlemeye zorlayan kişidir.”

⁴¹² KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür: A.g.e., Ankara 2012, s. 82: Alman Ceza Kanunu'na ve İngiliz İçtihat Hukuku'na bakıldığında da ceza sorumluluğunu kaldıran tehdit ve şiddetin ayrı bir madde ile düzenlenmediği görülmektedir. Bu ülkelerde maddi ve manevi cebir kusurluluğu kaldıran zorunluluk halinin bir çeşidi olarak görülmüştür.

⁴¹³ EREM, Faruk: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 1997, s. 581.

⁴¹⁴ Benzer yönde; TOROSLU, Nevzat: A.g.e., Ankara 1967, s. 91 vd.

⁴¹⁵ KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür: A.g.e., s. 78, 79.

zorunluluk hali olarak düzenlemişlerdir.⁴¹⁶ Manevi cebir etkisi altında suç işlerken tıpkı haksız tahrikteki gibi objektif durum yanında failin sübjektif durumunun⁴¹⁷ da göz önünde bulundurulması gerekir. Zorunluluk hali ile manevi cebir arasındaki ayrım tehdidin birinde ileride gerçekleşmesidir. Zorunluluk halindeki tehlikenin değerlendirilmesi için daha somut veriler gerekmektedir. Bu, tehlike ile konu ve vasıta arasında oran aranmaktadır. İradenin tehdit altında baskılanması ile zorunluluk dolayısı ile bir fiilin işlenmesi arasında, kavramsal ifade bakımından da fark vardır. Birbirinden nitelik olarak farklı iki durumdan biri, diğerinin sebebi olamaz. Manevi cebrin bu görünümü, ister istemez istenemezlik ilkesine yaklaşmaktadır. Alman Ceza Hukuku uygulamasında da kusurluluğu kaldıran zorunluluk hali çerçevesinde değerlendirilmesinin de bu sebepten kaynaklandığı kanısındayız. Kanun koyucu, manevi cebre İtalyan Ceza Kanunu'ndan farklı olarak zorunluluk hali içinde yer vermeyip, 765 Sayılı TCK'dan farklı olarak ayrı bir hükümde düzenlemiş ve fiili hata yanında kusurluluğu kaldıran yeni bir neden saymıştır.⁴¹⁸ Zaruret kişi iradesine etken olmakla birlikte, iradeyi kısmen ve tamamen ortadan kaldıran bir etmen değildir. Fiil, ceza kanununun hükmünü ihlal niteliğinde değilse, burada kanunun anladığı anlamda zaruret bulunmakta; ancak zorunluluk hali bulunmamaktadır.⁴¹⁹ İtalyan Ceza Kanunu'nun 384. Maddesi'nde⁴²⁰ kişinin kendisine veya bir akrabasının özgürlük ve onuruna yönelen ağır ve kaçınılmaz bir zarar durumunda⁴²¹ bundan kurtulmak için fail bir fiili işlemeye mecbur edildiğinde, bundan dolayı

⁴¹⁶ ÖZBEK ve Diğerleri: A.g.e., s. 403.

⁴¹⁷ AYDIN, Devrim: "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik", AÜHFD. Cilt: 54, Sayı: 1, Ankara 2005, s. 230.

⁴¹⁸ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.e., Ankara 2008, s. 304.

⁴¹⁹ HAFIZOĞULLARI, Zeki: "Türk Ceza Hukuku Sisteminde Zaruret Hali ve Üçüncü Kişiyi Kurtarma", AÜHFD. Yıl 1971, Cilt 28, Sayı 1-4, s. 124.

⁴²⁰ İCK Art. 384: <http://www.testolegge.com/codice-penale/articolo-384>, (Erişim Tarihi 03.01.2014).

⁴²¹ İtalyan Ceza Kanunu, tehlikeyle değil zararlarla ilişkilendirmiştir.

cezalandırılmayacaktır. Bu durum doktrinde zorunluluk halinin içinde ele alınarak manevi cebrin bir türü olduğunu göstermesi olarak yorumlansa da bu durumun sınırlarının genel hükümlerdeki 54. Madde olduğu ifade edilmekte ve bu durumun istenemezlik ilkesinin bir türü olduğu düşünülmektedir.⁴²² Manevi cebrin istenemezlik ilkesi ile ilintili olduğu görüşüne katılmak mümkündür. Ancak; vurgulamamız gerekirse, böyle bir yorum manevi cebrin zorunluluk halinin bir türü olarak düzenlendiği İtalyan Ceza Kanunu açısından elverişlidir. TCK'da ise manevi cebir, zorunluluk hali ile ilişkilendirilmeksizin, 106. Madde'de ayrı bir suç olarak tanımlanmış, 28. Madde'de ise yine zorunluluk hali ile ilişkilendirilmeksizin ayrı bir başlık altında düzenlenmiştir. Hafizoğulları, TCK'nın 28. Maddesi'ndeki ağır ve muhakkak ifadesinin, üçüncü kişi lehine bir düzenleme barındırmadığından yola çıkarak ve bunun yine cezayı kaldıran ve azaltan TCK 92 ve 147 maddeleriyle birlikte yorumlandığında, Türk Ceza Hukuku'na istenemezlik ilkesinin girdiği görüşündedir. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre; özel hükümlerde düzenlenen ve birbirine karıştırılan zorunluluk ve zorlama hallerini böylelikle tutarlı bir hukuki zemine yerleştirmek de mümkün olacaktır. İstenemezlik ilkesi, kusurluluğu kaldıran öznel bir nedendir. Ancak bu şekilde bir düzenlemeye gidilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla; ilkenin söz konusu olduğu hallerde, hem kusurun yokluğu dolayısı ile suçun oluşmadığı, hem de kusurun yoğunluğu ile orantılı olarak cezadan indirim yapılabilmesi kabul edilmiştir.⁴²³ Tüm bu belirtilenler ışığında, zorunluluk halinin

⁴²² **MANTOVANI, Ferrando:** Diritto Penale Parte Generale, Padova 2009, s. 358-359; Aynı yönde **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** A.g.m. (İstenemezlik), s. 324 vd. Hafizoğulları TCK'nın 28. maddesindeki ağır ve muhakkak ifadesinin üçüncü kişi lehine bir düzenleme barındırmadığından yola çıkarak, yine cezayı kaldıran ve azaltan TCK m. 92 ve 147 ile birlikte yorumlandığında, Türk Hukuku'na istenemezlik ilkesinin girdiği görüşündedir. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre; böylelikle özel hükümlerde düzenlenen ve birbirine karıştırılan zorunluluk ve zorlama hallerini tutarlı bir hukuki bir zemine oturtmak mümkün olacaktır.

⁴²³ **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** A.g.m. (İstenemezlik), s. 368; **HAKERİ, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler,** Ankara 2013, s. 377: Her ne kadar Türk Doktrini'nin klasik sistematğinde

manevi cebir nedeniyle isnadiyete etki ettiği yönündeki görüş, TCK'daki açık düzenlemeler karşısında, Türk Ceza Hukuku açısından savunulamaz durumdadır.

c. Zorunluluk Halinin Kusurluluğun Normatif Anlayışı Uyarınca Suçun Kusurluluk Ögesini Ortadan Kaldırdığı Görüşü

Zorunluluk hali bir kusurluluğu kaldıran hal olarak nitelendirilecekse, bunun için kusurun hangi açıdan ele alınacağı önemlidir. Her şeyden önce; ister birlikte, ister ayrı kabul edilsin, failin psişik faaliyeti ile netice arasındaki ilişki kusurdur. Bu ilişkinin, fail bakımından ele alınması kusur, fiil bakımından ele alınması ise kusurluluğu karşılamaktadır. Doktrinde nitelendirilen, suçun psikolojik ya da sübjektif unsuru, yine hareketin ve suçun psikolojik unsuru olarak ayrılmakta, bu ayrımda; hareketin bilinç ve irade ile yapılması ile iradenin netice yönünden aldığı sonuç, kusur değerlendirmesinde kullanılmaktadır. Psikolojik teori bakımından kusur nitelemesi failin psişik faaliyetinin netice ile olan bağı ile yapılandırılmakta⁴²⁴ olduğundan, suçun kusurluluk ögesinin kalkmasına bir sebep aranmakta ve psikolojik teori bunu açıklamakta yetersiz kalmakta idi.⁴²⁵ Ancak, bunu kusur belirlemesinde yetersiz bulan karşı görüş taraftarları, kusurluluğa bir normatif unsur ekleyen normatif teori ile değerlendirmeyi yeğlemişlerdir. Buna göre; kusurluluğun içine belli görev normlarının ihlalinin kaynaklanan bir normatif unsur dahil ederek, kusurluluğa; isnat yeteneği, kast ve taksirin yanında, bu *görevsel nitelik taşıyan*

zorunluluk hali bir hukuka uygunluk sebebi olarak görülmekte ise de TCK'nın gerekçesinde bunun bir kusurluluğu kaldıran hal olduğu belirtilmektedir. Bu yüzden de yüklenen suçun zorunluluk halinde işlenmesi durumunda, sanık hakkında 'kusurun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı' verilir.

⁴²⁴ İÇEL, Kayıhan: *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk*, İstanbul 1967, s. 10-14.

⁴²⁵ KANGAL, Zeynel: A.g.e., Ankara 2010, s. 404.

normlar da eklenmiştir.⁴²⁶ Bu teoride, failin iradesi ile hukuk kuralı arasındaki çelişme, kusurluluk olarak nitelendirilmekteydi.⁴²⁷ Kusurluluğun içinde varsayılan bu normatif unsur, hukuk normu yapılandırılırken belirli bir davranış ile önceden öngörülmektedir. Normun emredici karakterinin içinde, davranışın yerine getirilmesi veya yasaklanmamış bir davranışta bulunma yükümlülüğü, bulunmaktadır. Normun içinde yer alan bu davranış yükümlülüğünün yanında, bir de normun dışında olan bir unsur emredici bir nitelikte norma bağlı kılınmıştır. Bu dışsal unsur norma bağlı olmakla beraber, kusurluluğun dışında kabul edilmektedir.⁴²⁸ Kusurluluğa bir normatif unsur ekleyen bu görüş, kusurluluğun esasını faille norm arasındaki bağda bulması ve istenemezlik ilkesinin, suçun tümevarımcı bir unsuru olması bakımından eleştirilmiştir (elementi compositivi).⁴²⁹ Ceza hukukunda istenemezlik ilkesi, kusurluluğun normcu anlayışı ile bağlantılı olarak ortaya çıkmıştır. Özel düzenlemelerin dışında, istenemezlik ilkesi kusurluluğu kaldıran genel bir nedendir.⁴³⁰ Çünkü; psikolojik kusur teorisine yöneltilen eleştirilerden biri de basit taksir durumunda failin netice ile olan psişik ilişkisinin tespit edilememesiydi. Failin kusurla olan ilişkisine isnat yeteneği, kast ve taksirin dışında “failin fiili gerçekleştirdiği koşulların normsal niteliği” de eklenmiştir. Buradan da “failin kınanabilirliğine” ulaşılmaktadır. Yasak davranışı gerçekleştirmesinden dolayı ancak

⁴²⁶ **TOROSLU, Nevzat:** A.g.e., Ankara 1968, s. 56, **VIGANO, Francesco:** A.g.e., Milano 2000, s. 279 vd; **CONTIERI, Enrico:** A.g.e., Milano 1939, s. 109:

Bu konuda kusurluluğun normatif anlayışından bahsedenlerin yanısıra (Delitala, Frank, Goldschmidt) kusurluluğun ortadan kalkması konusundaki dayanağı istenemezlik ilkesine bağlayanlar (Alimena, Schmidt) da bulunmakta idi

⁴²⁷ **ALACAKAPTAN, Uğur: Suçun Unsurları,** Ankara 1970, s. 137.

⁴²⁸ **CONTIERI, Enrico: A.g.e.,** Milano 1939, s. 112.

⁴²⁹ **FORNASARI, Gabriele:** Il Principio Di Inesigibilita Nel Diritto Penale, Padova 1990, s. 338: İstenemezlik İlkesi Almanya’da Weimar dönemindeki doktrin ve özellikle Frank tarafından suçun sentetik bir unsuru ve genel bir kusurluluğu kaldıran hal olarak toplumun yeni durumuna uygun ve ortaya çıkan yeni ceza hukuku elemanlarını uyumlaştırmak için ortaya atılmıştır, **MOLARI, Alfredo: Profili Dello Stato Di Necessita,** Padova 1964, s. 25 vd.

⁴³⁰ **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 305.

fail kınanabildiğinde, failin kusurlu olduğu sonucuna ulaşılmalıdır.⁴³¹ Bu anlamda kusurluluk, genellikle öznel bir konuda verilen nesnel bir değer yargısıdır. Böylelikle; öznel nitelikli kuramlardan esinlenen herhangi bir normda, normun esinlendiği ilke ile onun görevsel niteliği arasında herhangi bir çelişki söz konusu olmamaktadır. Görev normları, genel anlamda bir hareketin içsel olarak (interneamente) istenebilirliğini, “istenebilirlik” (esigibilita) ise bir hareketin dışsal anlamdaki sınırlarını temsil etmektedir. O halde, görev normları ile istenebilirlik birlikte düşünüldüğünde, bir hareketin içsel ve dışsal sınırlarının belirlenebilmesi gerekir. Çağdaş doktrin, bunun kusurluluğun bağımsız bir unsuru olduğu kanısındadır.⁴³² Hareketin bölünmemesi, “istenebilirliğe” (esigibilita) rağmen, görev normunun karşısındadır. Bundan dolayı, bir şeyi yapmak konusunda manevi bir yükümlülüğü karşılayan “istenebilirlik” isnat kabiliyetini (imputabilita) ve psikik kusurluluğun (colpevolezza psichica) unsurları olan kast ve taksirin (dolo e colpa) varlığını gerekli kılar. Bundan dolayı Goldschmidt’e göre; kusurluluk kavramı, hemen hemen isnat kabiliyeti ve kast ve taksir olarak normatif anlayışın elemanları olup, görev normunun ihlali ile yapılandırılmışlardır. *Böylelikle bu görüşe göre; kusurluluğu dışarıdan gelen hukuk normları ile failin sahip olduğu kendini koruma normları (autoconservazione) arasındaki çatışma şeklinde tanımlamak mümkündür.*⁴³³ Buna ilişkin olarak Antolisei, İtalyan Ceza Hukuku açısından istenemezlik ilkesinin, yasal olarak düzenlenen nedenlerin haricinde kusurluluğu kaldıran genel bir neden olarak kabul edilebileceğini belirtmekte, ancak bu konuda beliren sorunun ilkenin ifade ettiği taleplerin normda düzenlenebilirliği ile ifade

⁴³¹ Aktaran KANGAL, Zeynel: A.g.e., Ankara 2010, s. 404.

⁴³² VIGANO, Francesco: A.g.e., s. 281.

⁴³³ CONTIERI, Enrico: A.g.e., Milano 1939, s. 111.

olarak oluşturduğu değer arasındaki fark olduğunu belirtmektedir.⁴³⁴ Buradan hareketle, iradenin serbestçe oluşabilme şartları yoksa kusurluluğun da mevcut olmadığı ve kınanabilirlik yargısı psişik durum ile norm arasındaki değerlendirmeden çıktığı için, failin kusurlu olarak değerlendirilmesinde iradenin oluşma biçiminin etkili olduğu söylenebilir. *Çünkü; kusurluluk hukuka aykırı bir fiilin iradiliği değil, olmaması gereken bir şeyin iradiliğidir.*⁴³⁵ Bu düşünce, normatif unsurun kusurluluğa dahil edilmesini haklı kılacak bir neden bulunmaması dolayısı ile eleştirilmiştir. Görev normlarının meydana getirdiği normatif unsurun, bir unsur olarak her olayda kusurluluğa dahil edilmesi gereksizdir.⁴³⁶ Görev normları, kendini koruma normları tarafından sınırlandırılabilir. Bu sınırlama normlarına, zorunluluk haline ait olan norm da dahildir. Görev normları, her durumda isnadiyetten ayrı ve farklı bir unsur olarak ortaya çıkmamakta, bu normlar isnadiyeti sonuçlamaktadırlar. İsnat yeteneği olmayanlar için, meydana gelen bir görev normunun kabulüne imkan yoktur.⁴³⁷

Gerek 765 Sayılı TCK'nın 49. Maddesi'nin Üçüncü Fıkrası, gerek 5237 Sayılı TCK'nın 25. Maddesi'nin İkinci Fıkrası, iki ayrı hukuki kurumu aynı şartlara bağlı olarak ve aynı madde içerisinde düzenlemiştir. Bu konuda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüş, bu durumu sosyal faydanın yokluğu ile açıklayarak kusurluluğu kaldırmalarını manevi cebir ilkesine dayandırmakta iken; bir başka görüş, zorunluluk halinin kusurluluğu, üçüncü kişiyi kurtarmanın ise hukuka aykırılığı kaldırdığını savunmaktadır. Hatırı sayılır bir çoğunluk ise; üçüncü kişiyi

⁴³⁴ ANTOLISEI, Francesco: *Manuale Di Diritto Penale, Parte Generale*, Milano 1997, s. 429.

⁴³⁵ HAFIZOĞULLARI, Zeki: "Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi", s. 342-344, <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2008-57-03/AUHF-2008-57-03-hafizogullari.pdf>

⁴³⁶ CONTIERI, Enrico: A.g.e., s. 113.

⁴³⁷ TOROSLU, Nevzat: A.g.e., Ankara 1968, s. 56-57.

kurtarma kurumunu, rasyonel bir şekilde açıklamaksızın, tüm zorunluluk ve benzeri hallerin istenemezlik ilkesi dolayısıyla, suçun unsurlarından kusurluluk üzerine etki ettiğini ileri sürmektedirler. Birbirlerine ters düşen bu kadar fikir ayrılığı karşısında, söz konusu iki kurumu aynı ilkele birleştirme çabaları, gereksiz bir zorlama olarak da değerlendirilmektedir.⁴³⁸ *Bize göre; kusurluluğa kast ve taksirin dışında bir görev normunun ithali, hukuk düzeninin kusurluluğa bakış açısı ile doğrudan ilgilidir.* Alman Ceza Hukuku'ndaki kusurluluk yapılanması açısından, kusur hükmü verilirken bunun bir bütün olarak düşünülmemesi ve kusurun tek tek unsurlarına ayrılarak incelenmesi kusurluluğun yapılandırılması sırasında bazı haller için kast ve taksirin dışında ilave birtakım unsurları; hukuka aykırılık bilinci gibi unsurları gerektirmiştir. Görev normlarını ihlal görünümünün, failin kusurluluğuna yüklenmesi de bu anlayışın bir ürünüdür. Nitekim doktrinde Mezger, Welzel, Jescheck tarafından yapılmış olan kusurluluk değerlendirmeleri bulunmaktadır. Mezger'e göre; istenemezlik kusuru ortadan kaldıran genel bir neden⁴³⁹ olarak yapılandırılmış iken Welzel, Finalist Kuram uyarınca kusurluluğu iradenin oluşması sürecinde izlenen usulün kınanabilirliğinde bulmaktadır.⁴⁴⁰ *Türk Ceza Hukuku açısından ise, kusur belirlemede kast ve taksirin dışında bir oluşum öngörülmemiştir. Kusur yargısını belirlemede, failin neticeye yönelik olması ve hareketin iradi olarak gerçekleştirilmesi durumunu değerlendirmek yeterlidir.*⁴⁴¹ Kusurluluğa doktrin tarafından eklenen bu unsur kabul etmek mümkün görünmemektedir. Ancak, TCK m. 28 ile istenemezlik ilkesinin Türk Ceza Hukuku'na girdiği kabul edilecek

⁴³⁸ HAFIZOĞULLARI, Zeki: Türk Ceza Hukuku Sisteminde Zaruret Hali ve Üçüncü Kişiyi Kurtarma, AÜHFD. Yıl 1971, Cilt 28, Sayı 1-4, s. 125-126.

⁴³⁹ KANGAL, Zeynel: A.g.e., Ankara 2010, s. 405.

⁴⁴⁰ HAFIZOĞULLARI, Zeki: <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2008-57-03/AUHF-2008-57->, s.348., Erişim tarihi 02.10.2013.

⁴⁴¹ İÇEL, Kayıhan: A.g.e., İstanbul 1967, s. 7-10.

olursa⁴⁴² zorunluluk halinin tamamı bakımından değil; ancak üçüncü kişiyi kurtarma kurumu bakımından kusurluluğu kaldıran hal olarak düşünülmesi tutarlı görünmektedir.

d. Zorunluluk Halinde İşlenen Fiilin Sosyal Bakımdan Cezalandırılmaz Olması Sebebi İle Kusurluluğu Kaldırdığı Görüşü (Normatif Temelli Sosyal Cezalandırılmazlık Teorisi)

Temelde bu düşüncenin esası, istenemezlik ilkesini oluşturan düşünceden kaynaklanmaktadır. Buna göre; kişiye kusur isnat edilebilmesi için kendisinden *davranış normlarına uygun hareket etmesi* beklenebilmelidir. Kişinin norma uygun davranmasının beklenemediği bir ortamda da ona herhangi bir kusur yüklenemez.⁴⁴³ Kınanabilirliğin konusunu, kusurlu veya tedbirsiz hareket etmek olarak değerlendiren Welzel⁴⁴⁴ de bu noktada hukuka uygun davranışın istenemezliği ilkesine gönderme yapmaktadır. Kusurluluğu kaldıran nedenlerin odaklandığı nokta, *fiilin kınanabilirliğinin* altını çizerek faile fiili işlemek konusunda üstü kapalı bir izin öngörmektir ki bu da hukuku çiğnemenin hoş görüldüğü yasal bir mazeret sayılmaktadır.⁴⁴⁵ Bu duruma en belirgin örnek olarak görevsel çatışmalar (*conflitti dei doveri*) verilmektedir. Bu yönde doğan çatışmaların çözülebilir olup olmadığı İtalyan Ceza Kanunu'nun 54. Maddesi temelinde bir hukuk süjesinin karşı karşıya bulunduğu durumla ilgili yerine getirmesi gereken iki hukuki davranış yükümlülüğünün aynı anda bulunması ve zorunlu bir davranışın başkası üzerinde dikkatsizlikle uygulanması çerçevesinde tartışılmıştır.⁴⁴⁶ Üçüncü kişiyi kurtarma ve görevlerin çatışması durumu bir olayda iç içe geçmiş de olabilir. Örneğin, yaşam

⁴⁴² HAFIZOĞULLARI, Zeki: <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2008-57-03/AUHF-2008-57-03-hafizogullari.pdf>, s.361, Erişim Tarihi 02.10.2013.

⁴⁴³ ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 378.

⁴⁴⁴ Aktaran TOROSLU, Nevzat: A.g.e., Ankara 1968, s. 58-59.

⁴⁴⁵ KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür: A.g.e., Ankara 2012, s. 34-43.

⁴⁴⁶ MANTOVANI, Ferrando: Pirincipi Di Diritto Penale, Padova 2007, s. 120.

hakkının kutsallığı karşısında, hekimin tedavi hakkı ve bunun sınırları çatışabilir. Bir “Yehova Şahidi”nin kan transplantasyonunu içeren bir tedaviyi reddetmesi durumunda, hekimin insan hayatını kurtarma temel görevi başka bir görev ile çatıştığında⁴⁴⁷ hekimin de bunu hastanın yaşam hakkı lehine değerlendirmesi durumunda, *zorunluluk halinde işlenen fiil sosyal bakımdan cezalandırılmaz durumdadır*. Aynı kişiye ait hukukça korunan hak çekişmesinden doğabilecek sıkıntılar ise rıza kurumunun birlikte değerlendirilmesi gereğini de düşündürmektedir. Burada, bir kıyas değerlendirmesi yapılması ve öncelikli hak yaklaşımında bulunulması akla gelebilir.⁴⁴⁸ Buna ilişkin verilebilecek bir diğer örnek, suç sonucu oluşan gebelikte, annenin bu gebeliği sonlandırmak istemesi durumunda fetüsün yaşam hakkı ile annenin yaşam hakkının çatışmasıdır. Bu konuda, özellikle tecavüz sonucu oluşan gebelikleri sonlandırma amaçlı intiharlar görüldüğü de bilinmektedir. Temel sorun, bu gibi değerler çatışması durumunun ne yönde sonuçlandırılacağıdır? Değer çatışması durumunda, pek tabii etik bir değer olarak insan yaşamının önde tutulması gerektiği belirtilmektedir. Güvenlik ve sağlık sebebi ile herhangi bir tıbbi durumda müdahale eğer gerekli ve tedavi edici nitelikte ise, yasal şartları oluşturacağı veya suçtan etkilenen bakımından söz konusu tehlikeliliğin

⁴⁴⁷ Anayasa’nın 17. Maddesi’nin 2. Fıkrası’nda tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller haricinde vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı yer almaktadır. NUHOĞLU, Ayşe, “Tıp Ceza Hukukunda Zaruret Halinin Sınırları” V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 28 Şubat-1 Mart, Ankara 2008, s. 46: Varsayılan rızanın hukuka uygunluk nedeni teşkil etmesinden hareketle, hekimin müdahalesini hukuka uygun bulanlar olduğu gibi, hastanın tedaviyi red hakkının bulunmasından hareketle varsayılan rızanın tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmeyeceğini düşünenler de bulunmaktadır. Diğer bir görüş ise, Anayasa’nın 17. maddesindeki “tıbbi zorunluluk” kavramının varsayılan rıza durumunu belirtmeyip endikasyon kavramını belirttiği ve tıbbi endikasyonun bulunduğu hallerde kişinin vücuduna müdahale edilebileceği şeklinde anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir.⁴⁴⁷

⁴⁴⁸ **ROSENAU, Henning:** “Aktif Ötenazi” Başlıklı Tebliğ, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları 28 Şubat-1 Mart 2008**, Ankara 2008, TBB. Yayını, s.115.

de aynı şartları oluşturacağı belirtilmektedir.⁴⁴⁹ Burada, en sağlıklı yaklaşım her bir mağdurun durumuna göre bir belirleme yapılmasıdır.⁴⁵⁰ Yükümlülüklerin çatışması, eşit ve eşit olmayan değerler arasında yaşanabilir. Eşit değerlerin çatışması halinde, failin değerlerin biri yönünde karar vererek gereğini yapmakta serbest olduğu kabul edilse dahi, hastanın rızası olmadan tıbbi müdahalede bulunan hekimin hareketinin hukuki nitelemesinin tartışılması gerekmektedir.⁴⁵¹ Görev çatışması, hukuksal hareket yükümlülüğü ile kaçınma yükümlülüğü ya da iki hukuksal hareket yükümlülüğü arasında gerçekleşebilir.⁴⁵² Yine eşit olan değerler arasındaki çatışmayı çözümlmek, eşit olmayan değerler arasındaki çatışmadan daha karmaşıktır. Bu yönde düşünen Vigano'ya göre; bu değerler ortaya çıktığında, aralarında açık ve hiyerarşik bir ilişki (una chiara relazione gerarchia) bulunması durumunda dahi, bir ihtilaf oluştuğunda, mutlaka bir yön esas alınarak değerlendirme yapılabilecektir. Örneğin; sınırlanabilirlik durumu ya da salt ekonomik yön dikkate alınarak değerlendirme yapılabilecektir. Yaşamla, bireysel özgürlükler arasındaki bir karşılaşmada ise; kavramsal olarak bakıldığında, tehlikedeki üçüncü bir kişiyi kurtarma yükümlülüğü ile bir kimsenin özgürlüğüne zarar verme durumunda ne olacağının cevabını vermek gerekmektedir. Bu durumda ise, bazı anayasal normlar bize anahtar bir bakış sağlayabilir.⁴⁵³ Yine, burada değerlendirmemize yardımcı

⁴⁴⁹ **MANTOVANI, Ferrando:** “Diritti Della Vita e Diritti Dell’Uomo Manipolazioni Genetiche Aborto Ed Eutonesia Di Fronte Al Sistema Penale”, **Diritti Dell’Uomo e Sistema Penale Volume II**, A Cura Di Sergio Moccia, Napoli 2002.

⁴⁵⁰ **GÜLŞEN, Recep:** “Suç Sonucu Oluşan Gebeliğin Sona Erdirilmesi” Başlıklı Tebliğ, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları 28 Şubat-1 Mart 2008 , Ankara 2008 TBB. Yayını, s.1210.

⁴⁵¹ **NUHOĞLU, Ayşe:** “Tıp Ceza Hukukunda Zaruret Halinin Sınırları” **Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları**, 28 Şubat-1 Mart 2008 Ankara, s. 48, ilerleyen bölümlerde tartışılacaktır.

⁴⁵² **ÖZBEK ve Diğerleri: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2013, s. 349-351: Yükümlülüklerin ya da görevlerin çatışması hali bağımsız bir hukuka uygunluk ya da mazeret nedeni olarak incelenmelidir. Bu yönüyle de tıpkı zorunluluk hali gibi iki yönü bulunmaktadır. Çatışma halindeki yükümlülüklerin değerlendirilmesi sonucu

⁴⁵³ **VIGANO’, Francesco:** A.g.e., Milano 2000, s. 519-526-527.

olabilecek bir diğ er ilke, “izin verilen risk” ilkesidir. Yaşamsal tehlikenin bulunduğ u ve hastanın rızasının alınamayacağı durumlarda ve buna benzer sosyal ödevlerde kusurlu sayılmamak için, failin yerinde olan bir diğ er kimsenin gösterebileceğ i ve göstermeye mecbur olduğ u asgari özenin, gösterilmemiş olması gerekir. Hakimin dahi başka şekilde hareket edemeyeceğ i durumlarda, fiilin sosyal anlamda kınanabilirliğ i bakımından bir kusurluluk söz konusu olmayacaktır.⁴⁵⁴ Hareket yükümlülüğ ü ile bir kaçınma yükümlülüğ ünün çatışması durumunda, hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk halinin koşullarına göre karar verileceğ inden görevsel bir yükümlülük çatışmasından bahsedilemez. Yine burada, Alman Ceza Hukuku’nda ayrımlanmış bulunan hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk halinin çatışma kuralları, menfaat çatışmasını sonuca bağladığından, şekli olarak bir yükümlülük çatışmasının ortaya çıkmasına olanak olmadığı gibi, bunu fiilin sosyal açıdan cezalandırılabilmesine bağlamak da mümkün değildir.⁴⁵⁵ Sonuç olarak, bu teori de sosyal bakımdan kınanamama kriteriyle, normatif anlamda kusurluluk teorisinin etrafını dolaşmaktadır. Ancak; *kınanamama dolayısı ile cezalandırılabilirliğ in yokluğ unu, zorunluluk halinin tüm hallerine etkili olacak şekilde genişletmek mümkün değildir. Bundan dolayı, teori, yalnızca bir yönden geçerli olabilecek, bir bakış açısı niteliğ i taşımaktadır. Bu tarz çatışmaların g  r  lmediğ i ya da risklerin bulunmadığı ya da zorunluluk halinin şartları açısından tartışılabilecek durumları açıklamakta ise yetersiz kalmaktadır. Hukukumuzda zorunluluk hali, tek bir yapı içinde d  zenlendiğ inden, bu teorisinin bu yönüyle dayanağı bulunmamaktadır.*

⁴⁵⁴ Welzel’den aktaran, TOROSLU, Nevzat: A.g.e., Ankara 1968, s. 60.

⁴⁵⁵ BACAKSIZ, Pınar: A.g.m., (.. Y  k  ml  l  klerin   atışması), s. 132.

e. Değerlendirme

“Kusurluluğu kaldıran nedenler, failin olağan dışı şartlar altında işlediği fiilin kabul edilebilir düzeydeki uygunluğuna odaklanırlar. Bundan dolayı, bu nedenler aslında, failin somut olaydaki makul düzeydeki ihlaline hukuk düzeninin verdiği ahlaka uygunluk iznidir.”⁴⁵⁶ Aslında bu, bir başka deyişle kınanabilir olmayı hoş gören bir izin vererek, bu şekilde hukukun ihlal edilmesine hukuki bir gerekçe sağlanmasıdır.⁴⁵⁷ Bu bağlamda, incelemeye çalıştığımız zorunluluk halinin kusurluluğu kaldırdığını ileri süren teoriler, genel olarak normatif kusurluluk teorilerinden esinlenmekte ve bu bağlamda cezalandırılmamayı istenemezlik ilkesi ya da bununla paralel olarak manevi cebirin isnadiyete etki etmesi, yine normatif teoriden esinlenen sosyal zararın yokluğu nedeniyle kınanabilirliğin bulunmaması temel fikirleri etrafında, kusurun bulunmamasına bağlayarak zorunluluk halinin hukuki temelini açıklamaya çalışmaktadırlar.

Zorunluluk halinin kusurluluğu kaldıran bir sebep olduğunu savunan teorilerden, gerek normatif kusurluluk gerek manevi cebir teorisi ve yine bu paralelde sosyal zararın yokluğuna dayandırılan fikirler, zorunluluk halini istenemezlik ilkesi ile ilişkilendirerek açıklamaya çalışmaktadırlar.⁴⁵⁸ İstenemezlik kuramında temellenen teoriler, yalnızca bazı sınırlı durumlara özgü ve bazı aşırı durumların varlığı halinde düşünülebilse de, failin normalde aynı tehlike tarafından tehdit edilerek ortaya çıkan, fakat bununla birlikte; failin özel birtakım bağlar sebebi ile bağlandığı (evlat, yakın dost) kişilere yönelen tehlikeyi salt bununla

⁴⁵⁶ **BAKIRCIOĞLU, Önder:** The Contours of the Right to Self Defence : “Is the Requirement of Imminence Merely a Translator For the Concept of Necessity”, **The Journal Of Criminal Law**, Y: 2008, S: 72, s.135.

⁴⁵⁷ **BAKIRCIOĞLU, Önder:** A.g.m., 2008, s.134.

⁴⁵⁸ **FORNASARI, Gabriele:** A.g.e., Padova 1990, s. 336, 344.

gerekçelendirmek mümkün değildir.⁴⁵⁹ Daha açık bir ifadeyle, üçüncü kişi lehine zorunluluk halinin söz konusu olduğu durumlarda teori, yetersiz kalmaktadır. Bundan dolayı, “kusurluluğu kaldıran zorunluluk hali” yapılanması, bu belirlemeyi yapmaya daha elverişlidir.⁴⁶⁰ Tartışmalı bir diğer nokta, failden başka türlü bir davranışın beklenememesi dolayısıyla, bir kimsenin kusursuzluğu kabul edilecek ise bunun belli davranışlarla sınırlı olup olmadığıdır.⁴⁶¹ Yine her ne kadar zorunluluk halini gerekçelendirmeye çalışsa da, bu görüşün temel dayanağı; manevi cebrin zorunluluk halinin bir alt türü olduğu fikridir. Ne manevi cebir teorisi ne de bu bağlamda istenemezlik ilkesi, TCK açısından zorunluluk halini açıklayamamaktadır. Manevi cebri düzenleyen TCK m. 28 hükmü karşısında, bu temelde bir gerekçeyi de savunma imkanı doğal olarak ortadan kalkmıştır. Görüşün barındırdığı açık bir çelişki ise, zorunluluk halinden yararlanmak için öncelikle zorunluluk halinin gerektirdiği koşullar içinde bulunmanın gerekliliğidir. Bunun için de pek tabii, fiilin iradiliği gerekmektedir. Zorunluluk halinin bazı ortaya çıkış şekillerinde, kişinin iradesine etki eden bir durum bulunabileceği varsayılabilirse de, bunu Türk Ceza Hukuku’nda somut bir düzenlemeye kavuşturulma olmaksızın farazi olarak sınıflandırmak, tek başına sadece soyut bir düşünce olacaktır. *Kanun koyucu, TCK m. 25 f. 2’de “işlenen fiilden dolayı faile ceza verilmez” diyerek aynı zamanda öncelikle failin isnat yeteneğine sahip olmasını da öngörmüştür.* Yine, bu düşünce etrafında benzer bir çelişkiyi üçüncü kişi lehine zorunluluk halinde de tespit etmek mümkündür. Zira, “kurtarma fiilini kasıtlı olarak işleyen failin, iradi hareket

⁴⁵⁹ PADOVANI, Tullio: *Diritto Penale*, Milano 2008, s. 171, 172.

⁴⁶⁰ FORNASARI, Gabriele: A.g.e., s. 336, 344.

⁴⁶¹ KANETİ, Selim: “Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi”, *Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu*; Ankara 21-22 Ekim 1977, s. 55.

etmediğini ve isnat yeteneğinin ortadan kalktığını savunmak da çelişiktir.”⁴⁶² Ayrıca, bir şeyin hem o şeyin bir parçası, hem de kendi olması ile açıklanması mantık ilkelerine de terstir.

5237 Sayılı TCK ve 5271 Sayılı CMK’nın yürürlüğe girmesinden sonra, özellikle kusur ve kusurluluk kavramlarının kapsamı üzerinde doğan tartışma, bu kavramların kapsamının tespitini bir gereklilik olarak da ortaya çıkarmıştır. Kusur kavramının içeriğinin belirlenmesi, CMK m. 223’deki hüküm çeşitlerini anlamlandırmak bakımından da önemlidir. Kusur kavramı içinde yer alan kast ve taksir ile kastın unsurları olan bilme ve isteme üzerinde etki yapma ihtimali kuvvetli olan yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, cebir, tehdit gibi kişinin iradesini etkileme imkanı olan birtakım unsurlar toplanmıştır.⁴⁶³ Alman Ekolü’nde kurulan haksızlıkla kusur arasındaki şartlı gereklik ilgisi ise, fiil olmadan failden bahsedilemeyecek haksızlık olmadan da kusurdan bahsedilemeyecek bir yapıyı oluşturmaktadır.⁴⁶⁴ “Oysa, zorunluluk halinde bazı durumlarda zorunlu kılınmış fiili esas alarak nesnel kuramları, bazı durumlarda da zorunlu kılınmış fiilin faili esas alınarak öznel kuramları, benimseme zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.”⁴⁶⁵ 5237 Sayılı TCK’nın bir sistem olarak suçun unsurlarını maddi unsur, manevi unsur ve hukuka aykırılık olarak üçe ayırdığı; *kusurluluğun suçun bir unsuru değil, failin işlediği fiil dolayısı*

⁴⁶² Benzer yönde bkz. **ÖZEN, Muharrem:** A.g.e., Ankara 1995, s. 51.

⁴⁶³ **ZAFER, Hamide:** “Türk Ceza Hukukunda Kusur Kavramı- Normatif Teorinin Öne Çıkışı- Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukukunun Ayrılmazlığı”, <http://hamidezafar.com/turk-ceza-hukukunda-kusur-kavrami>, Erişim Tarihi 16.01.2013, s. 2, 3.

⁴⁶⁴ Kastedilen suç teorisinde söz konusu olan fiil bir suçun kanuni tarifinde yer alan fiildir. Bu bakımdan suç haksızlık teşkil eden bir fiil olmakla birlikte her haksızlık suç değildir. Bu bakımdan ceza hukuku bakımından ele alınacak aşamalar fiili belirleme, fiil ile haksızlık ilişkisini belirleme, tipikliği belirleme, hukuka aykırılığı belirleme bu noktada hukuka uygunluk nedenlerinin varlığını ve etkisini belirleme aşamalarını izler. Haksızlık belirlemesi için ise tipiklik ve hukuka aykırılık unsurlarının değerlendirilmesi gerekir. **KOCA-ÜZÜLMEZ:** A.g.e., Ankara 2014, s. 75-78 vd., *Ancak bizim burada çelişik bulduğumuz izlek haksızlık yargısının tespiti için tıpkı kusurlulukta olduğu gibi bir hukuka aykırılık belirlemesinin yapılmasına ihtiyaç bulunmasıdır. Yine hukuka aykırılık belirlemesine ihtiyaç duyulmadığı bir an için varsayılrsa dahi, haksızlık ve kusurluluk arasındaki değerlendirmeyi objektif olarak yapabilecek ölçütün işletilmesi de ayrı bir mesele teşkil etmektedir.*

⁴⁶⁵ **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** A.g.m, (III. K K.), s. 131.

ile hakkında yapılan bir değerlendirme yargısı olduğu ifade edilmektedir.⁴⁶⁶ Kusur kavramı, maddi ceza hukukunun bir kavramı olmakla birlikte, bu kavramın anlamını ve sınırlarını CMK m. 223'ü dikkate almadan ortaya koymak güçtür. Ayrıca, bazı farklı yaklaşımları anlamlandırabilmek açısından da CMK m. 223 hükmü önem taşımaktadır. *Çünkü; 5237 Sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte, kusur ve kusurluluk kavramlarının içeriğinin değiştiği, ifade edilmektedir.*⁴⁶⁷ CMK m. 223 f. 2'de beraat kararı verilebilecek haller belirtilmiştir. Beraate ilişkin hüküm çeşidinde, hangi unsurların bulunmaması halinde suçun oluşmayacağı belirtilirken yasa koyucu böylelikle suçun unsurlarını tipiklik, fiil, kast veya taksirin bulunması, hukuka aykırılık olarak belirlemiştir.⁴⁶⁸ Ceza Muhakemesi Kanunu'nda kanun koyucu suçun kast veya taksir unsurunu kusurluluk kavramı ile açıklamamıştır. CMK m. 223 f. 3'deki düzenlemeye göre; bu haller, "ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gereken" hallerdir. Kusuru, kusur yeteneği ve formlarından meydana gelen bir anlayış olarak gören klasik anlayışa göre; bu hallerde kast ve taksirin bulunmaması nedeniyle, beraat kararı verilmesi gerekir. Buna göre; kişinin cezalandırılmasının temel sebebi, haklı ile haksızı ayırma yetisine sahip olan kişinin, iyiyi seçme imkanı varken kötüyü seçmesidir. Böylelikle; kusur, failin manevi sorumluluğuna, manevi sorumluluk da irade serbestisine dayanmaktadır.⁴⁶⁹ Kusurun yalnızca psişik unsurlar

⁴⁶⁶ ÖZGENÇ, İzzet: A.g.e., Ankara 2008, s. 170.

⁴⁶⁷ KOCA-ÜZÜLMEZ: A.g.e., Ankara 2014, s. 288 vd.; ÖZGENÇ, İzzet: A.g.e., Ankara 2013, s. 153 vd.; KEÇELİOĞLU, Elvan: A.g.m., s. 300 vd.

⁴⁶⁸ ZAFER, Hamide: "Türk Ceza Hukukunda Kusur Kavramı-Normatif Teorinin Öne Çıkışı- Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukukunun Ayrılmazlığı", **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s. 157. Metinde fiil kavramı yerine suç kavramının kullanılması sıkıntılıdır. İfadedeki hata suçun oluşmaması nedeniyle beraat kararı verilebilecek haller de düşünüldüğünde belirginleşmektedir.

⁴⁶⁹ ZAFER, Hamide: "Türk Ceza Hukukunda Kusur Kavramı- Normatif Teorinin Öne Çıkışı- Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukukunun Ayrılmazlığı", <http://hamidezafer.com/turk-ceza-hukukunda-kusur-kavrami>, Erişim Tarihi 16.01.2013, s. 5-6, Karşıt görüş için bkz. ÖZGENÇ, İzzet, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 151-155: Özgenç, klasik suç teorisine göre, isnat yeteneğinin kusurluluğun bir ön şartı olarak görüldüğünü ve zorunluluk halinin kusurluluğu kaldıran bir sebep olarak anlaşıldığını belirtmektedir.

değil, normatif unsurlar da içermesine ilişkin, normatif kusur teorisi⁴⁷⁰ taraftarlarından olan Frank'a göre; *Alman Hukuku'ndaki kusurluluğu kaldıran zorunluluk hali, psikolojik kusur kavramı ile açıklanamaz. O'na göre; kusur, kast ve taksir toplamı olarak tarif edildiği sürece, zorunluluk halinin bilinçli veya dikkatsizce neden olunan neticede kusuru dışlamasını açıklamak, mümkün değildir. Kusurluluğu kaldıran zorunluluk hali içinde hareket eden fail, ne yaptığını bilmektedir. Onun kastını reddetmek, mantıksızdır.*⁴⁷¹

Zorunluluk hali açısından düşünüldüğünde, faile atfedilebilecek hal ve şartların gerektirdiği dikkat ve özenin gösterilmemesi gibi bir durum, söz konusu değildir. Zorunluluk halindeki failin içinde bulunduğu durum bakımından, hukuka uygun davranabilme olanağı yoktur. Hukuka uygunluğun ölçüsü ise, bu konuda konan "orantılılık ilkesi" ile belirlenecektir. Bu konuda, doktrinde çok sık verilen örneklerden biri, sal örneğidir. Kazazedelerden biri, denizdeki bir sal gibi tutunduğu enkazla hayatta kalmaya çalışırken, salın fazla ağırlık taşımaması nedeniyle diğer kazazedeyi denize itmesi,⁴⁷² bir dağcının alttaki dağcının ipini koparması ya da bir uçak kazasından kurtulanların hayatta kalmak amacı ile ölmek üzere olan yolcuların

⁴⁷⁰ Normatif kusur teorisi, kusurluluğu kişinin oluşturduğu kusurlu iradesi sebebi ile hukuk düzenince kınanması olarak açıklamaktadır: **ÖNDER, Ayhan:** A.g.e., İstanbul 1990, s. 292.

⁴⁷¹ **ZAFER, Hamide:** "Türk Ceza Hukukunda Kusur Kavramı- Normatif Teorinin Öne Çıkışı- Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukukunun Ayrılmazlığı", <http://hamidezafar.com/turk-ceza-hukukunda-kusur-kavrami>, Erişim Tarihi 16.01.2013, s. 7; **ÖNDER, Ayhan:** A.g.e., s.302-304: Kastın kabulünde hukuka aykırı hareket etmiş olma bilincini arayanların kavramdan anladıkları tanımlar farklı farklıdır. Bazıları bu bilincin yapılan hareketin *toplumsal zararlılığı bilincini*, bazıları *failin haksız hareket ettiği konusunda sahip olduğu bilinci* ararken, başkaları failin fiili meydana getirirken bunun *antisosyallığı hakkında bilgi sahibi olması*, diğer bazıları ise failin fiili ika ederken *failin hukuka aykırı, gayri ahlaki ve toplumsal zararlılığının failce bilinmesi* olarak hukuka aykırılık bilincini kabul ederler. Kural olarak hukuka aykırılık bilinci kasta dahil olmamakla birlikte failin ve olayın özelliklerine göre istisnai durumlarda failde hukuka aykırılık bilinci içinde hareket etmiş olup olmadığı kastın kabulü bakımından aranabilmesi gerektiği düşünülmektedir.

⁴⁷² Bu durum deniz kazasına uğramış denizecinin kendi ile eşit durumdaki kişiyi itmek yoluyla *kendi lehine subjektif veya kişisel bir ayrıcalık elde ettiği* için kusurluluğu kaldıran hal sayılmıştır. Ancak kişinin zor durum altındaki bu davranışın kusurlu sayılmama olarak değerlendirilmesini sağlar: **FLETCHER, George P.:** Basic Concepts of Criminal Law, New York 1998, s. 131.

etlerini yemeleri de örneklendirilebilir.⁴⁷³ Sal örneği açısından, akla gelebilen bir farklılık; saldan itilen kişi itilmediğinde, diğer kişinin hayatta kalma olasılığının tehlike değerlendirmesinde dikkate alınabilecek durumda olmasıdır. Diğer örnekler açısından bu durum, kanımızca zaten doğa kanunları sonucunda aynı ölüm sonucu meydana geleceği için söz konusu değildir. Bu yüzden, kusurluluk için geliştirilen kriterlerden olan *ortalama insan (uomo medio)* kriteri için, her olay bakımından bir genelleme yapmak mümkün değildir. Fail açısından burada bir seçim yoktur. Örneğin, hayatta kalma ile ölüm arasındaki kuvvetli ikilemi yaşayan birinden ölümü seçmesi beklenemez. Failin hayatı aleyhine yapacağı bir seçim; seçim olmayıp, canlı olmanın doğasına aykırı bir durumdur. Bu, belli noktalarda bir seçim olarak ortaya çıksa dahi, ancak istisnai olabilir. Dolayısı ile, bu fiile kınanabilirlik yüklemek ancak gerçek anlamda bir ihlal durumunda söz konusu olabilir. *En ufak bir kınanabilirliğin yüklenemediği ve “fail ile fiil arasında sübjektif unsur bulunmaksızın onun kusurlu kabul edildiği durumda, beşeri bir fiilden bahsetmek mümkün olmayacaktır.”*⁴⁷⁴ Yine, zorunluluk halinde meşru savunma olup olmayacağı hala inandırıcı bir çözüme kavuşturulmuş değildir.⁴⁷⁵ Bu nedenle, fiili hukuka uygun kabul etmek gerekecektir.

Sonuç olarak, zorunluluk halini kusurluluğu kaldıran bir sebep olarak nitelemek, yalnızca zorunluluk halinin ortaya çıktığı bazı durumlarda düşünülebilirse de özellikle; TCK m. 25 f. 2 yapılanması karşısında, genel anlamda zorunluluk halini açıklamak için yeterli değildir. Hukuki niteliğin, usul hükümleriyle çözüme kavuşturulmaya çalışılmasıysa, hukuk tekniği açısından doğru değildir. Maddi ceza hukuku anlamında karışıklığa yer vermeyecek nitelikte bir düzenlemenin, yalnızca

⁴⁷³ MANTOVANI, Ferrando: *Diritto Penale Parte Generale*, Padova 2009, s. 261.

⁴⁷⁴ TOROSLU, Nevzat: A.g.e., Ankara 1968, s. 74.

⁴⁷⁵ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.m,(III. K. K.), s. 129.

zorunluluk halini içeren madde açısından değil, hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluluğu kaldıran nedenler açısından yapılması yerinde olacaktır.

4. Karma Görüşler

a. Zorunluluk Halinin Cezalandırılabilmeye Etki Ettiğini İleri Süren Görüşler (Cezalandırılabilme Şartı)

Bu başlığın karma görüşler altında incelenmesinin temel sebebi, bir kısım doktrinin cezalandırmayı hukuka aykırılıkla ilişkili olarak değerlendirmesine karşın; diğer bir kısmının, onu kusurlulukla ilişkilendirmesidir. Zorunluluk halinin cezalandırılmaya etki ettiğini ileri süren görüşler çerçevesinde, bu etkinin belirlenebilmesi; cezalandırılabilmenin suçun unsuru olarak mı, suçun özüne ya da neticesine içkin bir şey olarak mı, yoksa; tüm suça etki eden bir nitelik olarak mı etki ettiği görüşlerine verilecek cevap ile yakından ilgilidir.⁴⁷⁶ Doktrinde yapılan hukuka aykırılık ve suçun unsurları tartışmaları çerçevesinde, suçu ayırtıştırırken *fiilin cezalandırılabilirliğinin* suçun unsuru sayılması neticesinde, suçun tamamlanabilmesi için cezalandırma unsurunun gerçekleşmesi, gerekmektedir.⁴⁷⁷ Bu görüşe göre; hukuka aykırılık, suçun maddi ve manevi unsurlarının mevcudiyeti dışında kalan *cezalandırılmaya etki eden* bir unsur olduğu için, bir hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali de cezalandırmaya etki etmektedir.⁴⁷⁸ Bu yönde; cezalandırılabilirliğin bulunmamasının, fiilin suç olarak oluşumunu önlediği belirtilmektedir. Bu belirleme, çok genel olması bakımından eleştirilerek, cezalandırılabilirliği suçun unsurları içine dahil ederken; bunun tek başına yetersiz olacağı, en azından şahsi cezasızlık sebeplerinin de düşünülmesi gerektiği noktasında

⁴⁷⁶ KUNTER, Nurullah: *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi*, İstanbul 1954, s. 172 vd., TOROSLU, Nevzat: A.g.e., Ankara 1968, s. 60 vd., Beling ve Battaglini'nin görüşleri için bkz. CONTIERI, Enrico: A.g.e., Milano 1939, s. 114, 115-120.

⁴⁷⁷ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.e., Ankara 2008, s. 187; CONTIERI, Enrico: A.g.e., Milano 1939, s. 115.

⁴⁷⁸ KATOĞLU, Tuğrul: A.g.e., Ankara 2003, s. 145, 146.

eleştirilmektedir. Buna göre; cezalandırılabilirliğin salt suçun özel bir unsuru olmadığı, aynı zamanda onun hukuka uygunluk sebeplerini de içerdiği belirtilmektedir.⁴⁷⁹ Bazılarına göre; cezasızlık sebepleri suçun oluşumuna etki eden ve failin fiilinin suç olmasını önleyen sebeplerdir. Ancak, bu belirleme şahsi cezasızlık sebeplerini içermediği için oldukça geneldir. Cezalandırma, suçun özel bir unsuru değildir.⁴⁸⁰ Diğer bir anlayışa göre ise; cezalandırılabilirlik şartı, *tüm unsurları ile tamamlanmış bir suçun varlığını* gerektirdiği için, burada suç, ontolojik olarak vardır. Cezalandırma şartı ise, devletin cezalandırma hak ve yetkisinin uygulanabilmesi için gerekli görülmektedir. Böylelikle, “cezalandırma şartı” suçu tamamlamamakta, *yalnızca cezayı uygulanabilir bir hale getirmektedir.*⁴⁸¹ Bundan dolayı, *fiile göre daha sonra ortaya çıkan bir nedenin, hukuka aykırılığı etkileyen bir neden gibi suçun bir unsurunun oluşumuna engel olan nedenler arasına dahil edilmesi, haklı olarak eleştirilmiştir.*⁴⁸² Bunların yanı sıra, zorunluluk halinin, kusurluluğu kaldıran bir neden olarak cezalandırma üzerindeki etkililiği, tartışılmış; bu tartışma, *doğal olarak cezalandırmanın suçun bir unsuru olup olmadığı ve bu çerçevede tipiklik tartışmalarını da beraberinde getirmiştir.* Bu kapsamda, Beling’e göre; zorunluluk hali, ancak kusurluluğu kaldıran bir neden olarak, cezalandırılma üzerinde etkilidir. Yazar, hukuka aykırılığı ve cezalandırılmayı suçun unsuru olarak alarak, cezalandırılma şartlarını cezalandırılmanın pozitif ve negatif şartları olarak ayırmaktadır. Ardından, ikinci bir sınıflandırma ile suç mutlak (absolute) ve nispi (relative) şartlar şeklinde kategorize ederek tüm suçlar için gerekli şartları, mutlak

⁴⁷⁹ CAVALLO, Vincenzo: **Diritto Penale Parte Generale**, Napoli 1955, s. 458-459.

⁴⁸⁰ CAVALLO, Vincenzo: A.g.e., Napoli 1955, s. 459.

⁴⁸¹ TOROSLU, Nevzat: **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Ankara 2009, s. 417, 418; Cezalandırılabilirlik şartlarının suçtan sonra ortaya çıkan veya en fazla suçla eş zamanlı bir olay olması mantık gereğidir. Böylelikle suçtan önceki bir olay da cezalandırılma şartını oluşturamaz.

⁴⁸² TOROSLU, Nevzat: A.g.e., Ankara 1968, s. 65.

şartlar olarak sınıflandırırken; bazı suç tipleri için gerekli şartları ise, nispi şartlar sınıflandırmaktadır. Bu şartların varlığı da, suçun bir unsuru olarak alınmaktadır. Burada, zorunluluk halinin bulunmaması cezalandırma şartının (negatif unsur) bir unsurudur. Hukuka aykırılık ise, fiilin müspet bir unsuru olarak kabul edilmiştir. Bu yönde Battaglini, *Belting'in cezalandırmanın negatif bir unsur olduğu görüşüyle paralel olarak, zorunluluk halinin cezalandırılabilmeyi önleyici bir nitelikte olmasından bahsederek, hukuka aykırılığı suçun unsurlarının dışında bırakmıştır.* Bunun için, zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk sebebi ve cezalandırmaya etki eden bir unsur olarak yapılandırılması gerekmektedir. Bu etki, negatif anlamda cezalandırılmamayı sağlayan bir etkidir. Karşı yönde düşünen Contieri ise; *zorunluluk halinin ne cezalandırılabilmeyi etkileyen, ne kaldıran, ne de kusurluluk ile ilgili bir sebep olmadığını belirterek, ona hukuka uygunluk sebepleri içinde yer veren bir sınıflandırmanın kabul edilebileceğini ve onun suçun unsuru olarak ele alınabileceğini, etkisini ise cezalandırma üzerinde değil de suçun kurucu bir unsuru olarak gösterdiğini belirtmektedir.*⁴⁸³ Dolayısı ile, zorunluluk halinin etkisinin cezalandırma ile ilgili olmadığı, onun suçun hukuka aykırılık unsuru üzerinde etki gösterdiği belirtilmektedir. Zira cezalandırılabilirlik devletin cezalandırma yetkisini uygulaması ile ilgili bir durumdur.⁴⁸⁴ Cezalandırma, suç tamamlandıktan sonraki bir aşama olduğu için, cezalandırmanın bulunmaması hukuka aykırılığa tesir eder bir durum değildir. Hukuka uygunluk nedenleri adı verilen nedenlerin cezalandırılmaya etki ettiğini savunan görüşe göre; bu nedenlerin hukuka aykırılıkla ilgisi olması nedeniyle, hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali de cezalandırılmaya etki etmektedir. Bu görüşe göre; zorunluluk halinde var olmayan unsur, suçun hukuka

⁴⁸³ CONTIERI, Enrico: A.g.e., Milano 1939, s. 114,115-120.

⁴⁸⁴ ANTOLISEI, Francesco: *Manuale Di Diritto Penale Parte Generale*, Milano 1997, s. 751.

aykırılık unsuru değildir. Zorunluluk hali, fiilin varlığına rağmen suçun oluşmaması ve cezalandırmanın bir hak olarak doğmaması ile ilişkilendirilmekte, bu bağlamda hukuka uygunluk nedenlerinin geniş anlamda cezalandırma kavramı içine yerleştirilebileceği ifade edilmektedir. Bu görüş, kendi içinde tutarlıdır. Zira cezalandırmaya etki eden nedenler, cezalandırmaya engel olan nedenler ile suçu düşüren nedenler olarak iki kısma ayrılmıştır. Suç ile cezalandırma birbirinden ayrılarak bu yapı içerisinde cezalandırmanın doğumuna engel olan nedenler, hukuka aykırılığın doğumuna engel olan nedenler olarak sınıflandırılmıştır. Suçu düşüren nedenler ise cezalandırmanın oluşumundan sonra ortaya çıkarak suçu ortadan kaldırmaktadır.⁴⁸⁵ Bu durumda, Battaglini'nin zorunluluk halini hukuka uygunluk sebeplerinden biri olarak ve cezalandırmaya etki eden bir kavram olarak yapılandırması, hukuka aykırılığı fiilin bir unsuru olarak kabul edilip, hukuka aykırılık bilincinin ise, kastın kurucu unsuru olarak yapılandırılmamasına hizmet eder. Bunun için hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğunun, fiilin bir unsuru olduğu söylenmiştir.⁴⁸⁶ Bir diğer görüşe göre; cezalandırmayı etkileyen her hal, kusurun bir kriterini oluşturmakta, bu nedenle kusur ve kusurluluğun suçun klasik unsurlarını içine almakla birlikte, suçtan daha geniş oldukları ifade edilmektedir.⁴⁸⁷

Cezalandırılabilirlik şartının suçun kurucu unsuru mu, yoksa bunun dışında bir şey mi olduğu çok sorgulanmaktadır. Biz suçun üçlü ayrımından yana olduğumuz için cezalandırma şartı için tamamlanmış bir suçun varlığının gerekli olduğu yönündeki görüşü, benimsiyoruz. Suç oluştuktan sonraki aşamada, ontolojik olarak

⁴⁸⁵ **BATTAGLINI, Aktaran ÖZEN, Muharrem:** A.g.e., Ankara 1995, s. 58, 59.

⁴⁸⁶ Ayrıntılar için bkz. **KEYMAN, Selahattin:** "Tipiklik ve Ceza Hukuku", **AÜHFD**. Cilt : 37, Yıl: 1980, s. 90.

⁴⁸⁷ **ZAFER, Hamide:** "Türk Ceza Hukukunda Kusur Kavramı-Normatif Teorinin Öne Çıkışı- Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukukunun Ayrılmazlığı", **Maltepe Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, İstanbul 2009, s.176.

suça bir katkı sağlanmamakta, yalnızca cezanın uygulanabilir hale gelmesini sağlamaktadır.⁴⁸⁸ Bu bakış açısı, aslında meşru savunma ile zorunluluk hali arasında fark gözeterek günümüzde de halen tartışılan bir düşünceyi çağrıştırmaktadır. Bu durumun, zorunluluk halinde olayla ilgisi olmayan masum üçüncü kişiye veya mamelekine zarar verilmesi dolayısıyla, fiilin hukuka uygun sayılmasını engellediği, belirtilmektedir. Bu durum, üçüncü kişi açısından düşünüldüğünde de, zorunluluk halinin kusurluluğa tesir etmesi gerektiğini savunan görüşle örtüşür niteliktedir. *Ancak, zorunluluk halinin, cezalandırma üzerinde etkisinin bulunup bulunmaması durumuna, ne yazık ki bir açıklık getirmemektedir.* “Dolayısıyla, suçtan önce olmuş bir olay, cezalandırılabilirlik şartını oluşturamaz. Yine, cezalandırılabilirlik şartları kast ve taksirin kapsamına dahil değildir. Cezalandırma şartları, suçun unsurları dışında yer almakta ve ceza müeyyidesinin uygulanması için koşul teşkil etmektedirler. Elbette, “ceza müeyyidesinin uygulanabilmesi için kabul edilmiş her koşul, zorunlu olarak suçun unsuru değildir.”⁴⁸⁹ Suçun tamamlanmasından sonraki aşamada ortaya çıkan bu şartlar, suçun önşartı değildir ki zorunluluk haline etki ettiği şeklinde böyle bir yorum yapılabilirsin. Kaldı ki; “cezalandırma suçun unsuru sayılsa dahi onun ne kusur, ne de tipiklik üzerine bir etkisi bulunmamaktadır.”⁴⁹⁰ *Toroslu, bu konuda haklı olarak cezalandırılabilmenin ister genel, ister özel bir unsur olarak kabul edilsin zorunluluk hali için doğrudan cezalandırmaya tesir eder bir konumda bulunmadığını belirtmektedir.*⁴⁹¹ Mantıki olarak; bir şeyin bir şeye etki edebilmesi için onun oluşumu sırasında ortaya çıkması gerektiği, çok basit bir nedensellik kuralıdır. Cezalandırmanın suçun oluşumundan sonra ortaya çıkması da onun

⁴⁸⁸ ANTOLISEI, Francesco: A.g.e., Milano 1997, s. 751.

⁴⁸⁹ KATOĞLU, Tuğrul: A.g.e., Ankara 2003, s. 147.

⁴⁹⁰ TOROSLU, Nevzat: A.g.e., Ankara 1968, s. 66.

⁴⁹¹ TOROSLU, Nevzat: A.g.e., Ankara 1968, s. 67.

zorunluluk haline etki edebilmesi görüşüne kabul edilemez kılmaktadır. Böylelikle, zorunluluk hali etkisini, suçun hukuka aykırılık unsuru üzerinde göstermekte iken; cezalandırma ise etkisini, fiil hukuka uygun kabul edildikten sonra cezalandırılmama olarak, gösterecektir. Sonuçta; zorunluluk halini, ceza müeyyidesinin uygulanmasını engelleyen şartlarla ki bunlar ister öznel isterse nesnel olsun açıklayabilmek mümkün değildir.

b. Zorunluluk Halinin Bazı Hallerde Kusurluluğu Bazı Hallerde Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldırdığını İleri Süren Görüş

Bu görüşün esas dayanak noktası, Alman Ceza Hukuku'nda kabul edilen “Ayrırma Teorisi”dir. Bu teori, zorunluluk halinin farklı şekillerde ortaya çıkabilmesinden yola çıkarak, ceza hukuku anlamında onun tek bir görünümü olamayacağı fikrini⁴⁹² hareket noktası olarak almakta ve zorunluluk halini duruma göre değişen iki hukuki nitelik altında yapılandırmaktadır. Ancak, Alman Ceza Kanunu'nun 34. ve 35. Maddeleri'nde düzenlenen her iki hüküm benzer biçimde düzenlenmiş olsa da önemli ölçüde birbirlerinden ayrılmaktadır. Kusurluluğu ortadan kaldıran zorunluluk hali, yalnızca “kusur”u ortadan kaldırırken, diğeri fiilin haksızlığını kaldırmaktadır.⁴⁹³

Alman Ceza Hukuku'nda, hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hali ile kusurluluğu kaldıran hal olan zorunluluk hali arasında getirilen farklı yapılandırma biçiminde, hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hali; menfaatlerin mevki farkı ile zorunluluk halinde yapılan hareketin sosyal ahlaki anlamının gözetilerek, (

⁴⁹² KANGAL, Zeynel: A.g.e., Ankara 2010, s. 36.

⁴⁹³ HEINRICH, Bernd: A.g.e., Ankara 2014, s. 268, 269.

yapılacak değerlendirmede) ağır basan yararlar ilkesine dayandırılmaktadır.⁴⁹⁴ Bu durum, hiyerarşik açıdan daha aşağıda olan değere de buna katlanma yükümlülüğü getirmektedir. Bu nedenle, üçüncü kişi bakımından zorunluluk hali için bu üçüncü kişi, herhangi bir üçüncü kişidir. Kusurluluğu kaldırın hal olan zorunluluk halinde ise, iki eşit değerde hak karşılaşmaktadır. Bu nedenle, birbirine eşit değerde olan hukuki yararların kime ait olduğunun önemi bulunmaktadır. Bunun sebebi, failin fiilini o kişiye yöneltmesindeki tercihinin meşru kabul edilebilmesini sağlamaktır.⁴⁹⁵ Yine, bu düzenleme şeklinde, kusurluluğu kaldırın zorunluluk haline vücut verebilecek hukuksal değerler kategorize edilmiştir. *Bunlar; yaşam, sağlık ve özgürlüktür.* Bunun sebebi ise; kusurluluğu kaldırın bir hal olarak zorunluluk halinin, yalnızca çok asli durumlarda kabul edilmesidir. Bu durumda fail, bir başkasının çok önemli bir hukuksal değerini zorunluluk hali durumunda ortadan kaldırmış ise *bu gerçek anlamda ve cezalandırılabilir bir hukuksal değer olarak görülmemektedir.* Alman Ceza Hukuku'ndaki bu ayrımın temel noktası, özellikle kasıtlı fiillerde, failin bir yasak ya da emir normunu ihlal etme, bir başka deyişle bir hukuksal değeri ihlal etme kararına dayandırılmaktadır. Kusuru farklı bir şekilde anlayan Alman Doktrini,⁴⁹⁶ failin hukuksal değerini ihlaline ilişkin bilgisinin bulunduğu ve dış dünyada meydana gelen neticeyi bilinçli olarak meydana getirdiği anlayışındadır. Dolayısı ile, böyle bir yapı altında hukuka aykırılığa ve kusurluluğa

⁴⁹⁴ YENİSEY, Feridun, *Ceza Hukukuna Giriş: “JESCHECK, Hans- Heinrich, Alman Ceza Hukuku”*, İstanbul 2007, s. 35; HEINRICH, Bernd: A.g.e., s. 198: “Alman Ceza Hukuku anlayışına göre; ceza hukukunda hukuka aykırılık tek başına değerlendirilmez. Belirli bir suç tipinin bütün olarak ihlal edilmesi nazarında değerlendirilir. Bu durumda tek ve aynı hareketin suç tipi nazarında haklı ve fakat diğer açılardan hukuka uygun olması mümkündür. Bir diğer mesele ceza hukukuna ilişkin haksızlık ile özel hukuka aykırılığın örtüşmemesidir. Bazı olaylar vardır ki bir hareket özel hukuka aykırı olmakla birlikte kanuni bir tipi ihlal etmediği için ceza hukuku açısından hukuka aykırılık incelemesine tabi tutulmaz.”; KANGAL, Zeynel: A.g.e., Ankara 2010, s. 37.

⁴⁹⁵ ÖZBEK-DOĞAN: “Zorunluluk Halinin Hukuki Niteliği”, *DEÜHFD*. Cilt: 9, Sayı:2, Yıl 2007, s.216-217.

⁴⁹⁶ Alman Ceza Hukuku'nda “hukuka aykırılık bilinci” kusurun şartlarından biri olarak alınmaktadır: YENİSEY, Feridun, *Ceza Hukukuna Giriş: “JESCHECK, Hans- Heinrich, Alman Ceza Hukuku”*, İstanbul 2007, s. 35.

getirilen yorum farklılıkları, zorunluluk halinde de sistemin değerler üzerinden hukuka aykırılığı ve kusurluluğu kaldıran hal olarak yapılandırılmasını da beraberinde getirmiştir⁴⁹⁷ İtalyan Ceza Kanunu ise, zorunluluk hali düzenlemesindeki bakış açısını tek bir yapı içinde menfaatlerin etkinliği, dengesi ya da en az kayıpla gözetilmesi esasına dayalı olarak düzenlemiştir.⁴⁹⁸ Bu bağlamda, zorunluluk halinin hukuki kökenine sağlanabilecek geçerli bir katkının, kayba uğranılan menfaatin tamamı ya da büyük bir bölümünün kaybı veya başkasına ait menfaatin zarara uğraması durumuna bir yaptırımla müdahale etmekten kaçınılması olduğu düşünülmektedir. Böylelikle; bu görüşün taraftarları, Alman Ceza Kanunu'ndaki düzenlemenin de etkisi ile zorunluluk halinin hem kusuru kaldıran zorunluluk halinin hem de hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinin dayanağı olarak görülebileceği kabulü ile hareket ederek, *CMK m. 223 3b hükmündeki zorunluluk halinin bulunması dolayısı ile verilecek “ceza verilmesine yer olmadığına” dair hükmün de TCK’da karşılığını bulabileceğini düşünmektedirler.*⁴⁹⁹ Zafer, her ne kadar bu görüşü savunduğunu dile getirse de, aynı zamanda meşru savunma ile aynı madde başlığı altında yer alan zorunluluk haline, bundan farklı bir nitelik vermenin, sistematik yorum kuralları ile açıklanamayacağını ve bu nedenle bu açıklamalara tezat bir şekilde zorunluluk halini hukuka uygunluk sebebi olarak almanın uygun olacağını da bir taraftan belirtmektedir. Böylelikle; CMK m. 223 3b’deki, zorunluluk halinin bulunması durumunda, mahkemenin kusurun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceğine dair düzenlemenin, TCK’da karşılığını

⁴⁹⁷ ÜNVER, Yener: *Ceza Hukuku ile Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara 2003, s. 995, 996, 997; MANNA, Adelmo: *Corso Di Diritto Penale, Parte Generale I*, Milano 2007, s. 264.

⁴⁹⁸ MARINI, Giuliano: *Lineamenti Del Sistema Penale*, Torino 1993, s. 393, 394.

⁴⁹⁹ ZAFER, Hamide: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2010, s. 227.

bulacağını ifade etmektedir.⁵⁰⁰ Bu ifadelerden açıkça anlaşılmaktadır ki TCK ile CMK arasında mevcut uyumsuzluk pratik çözümlerle uyumlaştırılmaya çalışılmıştır. Ancak; bunun en tutarlı yolu, daha önce de ifade ettiğimiz gibi pek tabii ilgili yasal düzenlemenin yapılmasıdır.

Kangal, madde metnindeki “*orantılılık*” teriminin; hem korunan hukuksal yararın feda edilen yarardan önemli derecede üstün olmasını, hem de iki yararın eşit olması halini kapsamına alacak şekilde yorumlanabileceğini belirtmektedir. Böylece TCK m. 25 f. 2’deki ifadenin yalnızca Alman Ceza Kanunu’nda uygulama alanı bulan ve hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk halinin kriteri olarak görülebilecek ve sadece hukuksal yararların ağır basması halinde değil, aynı zamanda kusurluluğu kaldıran zorunluluk halinin kriteri olan hukuksal yararların eşitliği ve önemli ölçüde üstün olmaması hallerinde de uygulanabileceğini belirtmektedir. Yazarın, zorunluluk hali için, duruma göre her iki kriterin de kullanılabileceğine taraftar olduğu anlaşılmaktadır.⁵⁰¹ Aynı yöndeki görüşlerden biri de Demirbaş’ındır. Demirbaş, TCK m. 25 f. 2’deki zorunluluk halinin, bir hukuka uygunluk nedeni mi, yoksa kusurluluğu kaldıran bir hal mi olduğu yönündeki tartışmanın TCK’nın sistemine bakılarak çözümlenemeyeceğini, TCK’nın gerekçesindeki nitelemenin de ancak bir “yorum aracı” olarak değer taşıdığını ifade etmektedir. Gerekçenin yorumda ne

⁵⁰⁰ ZAFER, Hamide: A.g.e., İstanbul 2010, s. 227.

⁵⁰¹ KANGAL, Zeynel: A.g.e., Ankara 2010, s. 484; DEMİRBAŞ, Timur: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2009, s. 25, 277: Ancak Alman Ceza Hukuku’nda mevcut yapılanma içerisinde hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluluğu kaldıran haller hukuka aykırılık ve kusur gibi birbirinden kesin çizgilerle ayrılmak zorundadır. (Alman Ceza Kanunu 34 -35) TCK 25’deki düzenlemeye bakıldığında ise, madde başlığının çelişkili bir şekilde hem hukuka uygunluk nedenlerini, hem de kusurluluğu kaldıran halleri içerdiği görülmektedir. Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler olarak adlandırılan madde başlığı altında, Alman Ceza Hukukundaki gibi bir sınıflandırmaya gidebilmek mevcut veriler ışığında mümkün görülmemektedir. Yine madde başlığındaki veya ifadesi her ne kadar Özgenç’in TCK’nın yapım sürecindeki görüşlerinin değerlendirilmemesi sonucu konulduğu belirtilse de (Özgenç, İzzet: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2008, s. 379) hukuka aykırılık sebepleri ile kusurluluğu kaldıran sebeplerin eşdeğer algılanabilmesi sonucunu da doğurabilmesi açısından değiştirilmesi yerinde olacaktır. Bknz. aynı yönde HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.e., Ankara 2008, s. 243, 293.

derece göz önünde tutulacağı da onun tatmin ediciliği ile alakalıdır.⁵⁰² Bu nedenle ona göre, TCK'daki düzenlemenin hem hukuka uygunluk, hem de kusurluluğu kaldıran hal oluşturduğu kabul edilmelidir.⁵⁰³ Burada, hareketin salt hukuki değeri koruyup korumadığı değil; aynı zamanda ölçülü olup olmadığı da değerlendirilmektedir.⁵⁰⁴ Özbek ve Doğan da, TCK'nın zorunluluk halinin hem hukuka uygunluk sebebi, hem de kusurluluğu kaldıran hal olan niteliklerini barındırdığı görüşündedirler. Bu konuda, madde gerekçesinde yer alan tanımlamanın bağlayıcılığının olmadığı ve gerekçenin bir yorum aracı olduğu gerçeği karşısında Borçlar Hukuku açısından tazminata hükmetme yetkisi de bunun bir hakkaniyet ödemesi olduğu ve bu yönde değerlendirme kısmında değinilen nedenler dolayısı ile bir argüman olarak kullanılamayacaktır. Özel Hukukta; *ceza hukukundan farklı olarak kişilerin özel menfaatleri korunduğu için, hukuka aykırılığın kapsamı daha kesin olmayan şekilde çizilmiştir.*⁵⁰⁵ Dolayısı ile tek bir hukuka aykırılık fikri bulunmakla birlikte, bunun farklı disiplinlerdeki kapsam ve sınırları farklıdır. TCK m. 25 f. 2 açısından bakıldığında ise korunan hukuki yarar ile zarar verilen hukuki yarar arasında hukuki değerler bakımından ne bir karşılaştırma ölçüsü, ne de bir sınırlama getirilmediği görülmektedir. Korunmak istenen hukuki yarar, üstün olabileceği gibi, eşit değerde de olabilir. Dolayısı ile bu noktada, Alman ve İtalyan Doktrini'ndeki hukuki yararların nicel üstünlüğünün mü, nitel üstünlüğünün mü esas alınacağı tartışması, TCK'daki zorunluluk hali düzenlemesi açısından anlamsız

⁵⁰² ZAFER, Hamide: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010, s.227.

⁵⁰³ DEMİRBAŞ, Timur: A.g.e., Ankara 2009, s. 277.

⁵⁰⁴ YENİSEY, Feridun: Ceza Hukukuna Giriş, "JESCHECK, Hans- Heinrich, Alman Ceza Hukuku", İstanbul 2007, s. 35.

⁵⁰⁵ KANETİ, Selim: Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, İstanbul 2007, s. 78.

kalmaktadır.⁵⁰⁶ Bu madde metnindeki tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasındaki orantı ifadesinden çıkarılabilir. Yine, korunmak istenen hakkın niteliğine ilişkin olarak da, gerek yaşam hakkına yönelik bir hak olması, gerek mal varlığına yönelen bir hak olması dolayısı ile bir sınırlama bulunmamaktadır. Bu hukuki yararın sahibi failin kendisi olabileceği gibi, üçüncü bir kişi de olabilir.

Zorunluluk halinin, suç genel teorisindeki yerinin tespit edilmesinde bu denli doktrinel tartışma ve görüş ayrılığı bulunmasının temel sebebi aslında hayatın olağan akışı içinde karşılaşılabileceğimiz zorunluluk halinin farklı şekilde ortaya çıkan görünümünün olması ve bu yönde zorunluluk halini tek temelde açıklamanın zorluğudur. Ancak, salt bu gerekçeyle kurumun hukuki niteliğini, aynı hukuki yapı içinde iki ayrı şekilde belirlemek ciddi problemler içermektedir. Maddede, açık şekilde belirlenmesi gereken, hukuki niteliğin CMK ile çelişik görünümüne meşruiyet kazandırmak için aynı anda iki hukuki nitelik atfederek belirlenmesi, somut olay adaleti açısından belirsizliklere yol açacak niteliktedir. Ayrıca, bu duruma göre; değerlendirilebilen hukuki nitelemeye de objektif bir kriter getirmek oldukça zordur. Bu, kurumun mevcut problemlerine yeni problemler eklemek, anlamına gelecektir. Söz konusu gerekçelerle, bu teorinin Türk Ceza Hukuku bakımından kabulünün ve uygulanmasının mevcut madde düzenlemesi karşısında mümkün olmadığını belirtebiliriz.

c. Zorunluluk Halinin Bir Mazeret Nedeni Olduğunu İleri Süren Görüş

Bu başlığa yer verilmesinin sebebi doktrinde bir kısım görüş tarafından savunulan mazeret nedenlerinin kusuru kaldıran ya da azaltan nedenlerden farklı olduğu, mazeret nedenlerinde kusurun azalmasının haksızlığın azalması sebebiyle

⁵⁰⁶ **BARTOLI, Roberto**: Responsabilita' Penale e Rischio Nelle Attivita' Mediche e D'impresa, Firenze 2010, "Paradigmi Giurisprudenziali della Responsabilita' Medica. Punti Fermie Tendenze Evolutive In Tema Di Causalita' e Colpa", s. 75-79, 81-83, 87-91.

gözden uzak tutulamayacak ölçüde faili harekete geçiren sebebin yani saikin etkisiyle bağlantılı olması fikridir.⁵⁰⁷ Failin kusuru, somut olayın failde ortaya çıkarmış olduğu psişik durumdan etkilenmektedir. Bununla birlikte, mazeret nedenlerinin, sadece failin psişik durumuna değil, maddi vakıalara da dayandırılmakta olduğu belirtilmektedir.⁵⁰⁸ Mazeret nedenlerinin tanımı ve hukuki niteliği konusunda mevcudiyetini halen koruyan bir tartışmanın bulunduğunu belirtmekle birlikte⁵⁰⁹ bu noktada kusurluluğu kaldıran ve azaltan hallerin dışında ayrıca bir “mazeret nedeni” ayrımının bulunup bulunmadığı tartışmasını konumuzun sınırları dışında tutarak yalnız çalışma açısından gerekli noktalara değinmekle yetineceğiz. Failin gerçekleştirdiği fiil; nitelik itibarı ile bir haksızlık teşkil etmesine rağmen, irade kabiliyetinin ortadan kalkması aynı zamanda bu fiile ilişkin olarak fiilin haksızlık içeriğini de azaltır. Haksızlık içeriğindeki azalmanın yanı sıra, failin içinde bulunduğu psikolojik durumun etkisiyle, hareketin kusur içeriğinde de bir azalma ortaya çıkmaktadır.⁵¹⁰ *Buradaki temel düşünce, failin içinde bulunduğu durum dolayısı ile ondan hukuk kurallarına uygun davranmasının ya da tehlikeye katlanmasının beklenemeyecek durumda olmasıdır.*⁵¹¹ Bu sebepler; isnadiyeti ortadan kaldıran sebep, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebep olarak da açıklanmakla

⁵⁰⁷ **ÖZBEK ve Diğerleri:** A.g.e. (Genel Hükümler), Ankara 2014, s. 391: Bu onun aynı zamanda haksızlık içeriğini de azaltır. Haksızlık içeriğindeki azalmanın yanısıra failin içinde bulunduğu olağandışı ve istisnai nitelikte psikolojik durumun baskısı altında hareketi gerçekleştirmesi nedeniyle hareketin kusur içeriğinde bir azalma ortaya çıkmaktadır; **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** A.g.e., Ankara 2008, s. 293: Kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler veya mazeret nedenleri genellikle kusurluluğa verilen anlama göre değişmektedir. Kusurluluk normatif anlamda anlaşıldığında isnat yeteneği genellikle kusurluluğun önşartı sayılmaktadır.

⁵⁰⁸ **KANGAL, Zeynel:** A.g.e., Ankara 2010, s. 433.

⁵⁰⁹ **KOCA-ÜZÜLMEZ:** A.g.e., Ankara 2014, s. 322.

⁵¹⁰ **ÖZBEK ve Diğerleri: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,** Ankara 2013, s. 391.

⁵¹¹ **ÖZBEK ve Diğerleri:** A.g.e., Ankara 2013, s. 391; **MERAKLI, Serkan:** Mazeret Sebeplerinin Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi, **Ceza Hukuku Dergisi,** Yıl: 5, S. 12, Nisan 2010, s. 265.

birlikte⁵¹² sonraları kusurluluğu kaldıran sebeplere mazeret sebepleri denildiği ifade edilmiştir.⁵¹³ Buna göre; “mazeret nedeni oluşturan tehlikenin faile, failin ailesine veya faile yakın olan diğer bir üçüncü kişiye ait bir hakka yönelik olması gerekir. Oysa ki; kanun, hukuka uygunluk nedenlerini kabul ederek, çoğunluğun objektif iyiliğini devam ettirmek isterken, mazeret nedenlerini kabul ederek karşı konulamaz sübjektif bir saiki de tanımaktadır.”⁵¹⁴ Ancak, ifade edilmeye çalışılan bu mazeret sebebi içeriğinin saik dışında, mazeret sebebi kapsamı ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Yine, burada hukuka uygunluk sebepleri ile mazeret sebepleri arasında da bir karışıklık dikkati çekmektedir.⁵¹⁵ Kuşkusuz, saiki değerlendirmeksizin yalnızca suç kastını değerlendirmek, haksız bir takım sonuçlara yol açabilecektir. Bu noktada

⁵¹² **EREM-ARTUK-DANIŞMAN: Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku**, Ankara 1997, s. 549, 550; **EREM, Faruk: Türk Ceza Hukuku Cilt: 1, Genel Hükümler**, Ankara 1949, s. 373 vd. Erem mazeret sebeplerini açıklarken bunun içine kanun hükmü, emrin yerine getirilmesi, meşru savunma ve zorunluluk halini kümülatif bir kategori olarak dahil etmekte ve mazeret sebeplerinden birinin bulunduğu durumlarda işlenen fiilin suç sayılıp sayılmayacağına doktrinde ihtilaflı olduğunu belirtmektedir. Mazeret sebebinin bulunduğu hallerde fiilde hukuka aykırılık unsurunun bulunmaması dolayısı ile fiilin suç sayılmayacağı ifade edilmektedir. Ancak aksi görüşte olanlara göre fiilin maddi ve manevi unsurları mevcut olduğu takdirde bir başka ifadeyle suç kastı bulunmasına rağmen suç saiki bulunmadığı için ceza verilmeyeceğinin ifade edildiği belirtilmektedir.

⁵¹³ **EREM-ARTUK-DANIŞMAN: A.g.e.**, Ankara 1997, s. 549.

⁵¹⁴ **DÜLGER, Murat Volkan: A.g.m.**, s. 169, 170: “Bazı yazarlar mazeret nedeni olarak düzenlenmiş zorunluluk halinin ötesinde mazeret nedenlerini oluşturan genel ilkelerin ışığında hukuka uygun davranışın beklenebilirliği açısından ‘ failin hukuka uygun şekilde hareket etmesinin beklenmemesi durumunu düşünmüşlerdir. Ancak bu derece aşırı bireyselleşmenin ceza hukukunun zayıflamasına ve etkisiz kalmasına neden olabileceği o yüzden bu genişlikteki ifadelerin büyük ölçüde reddedildiği ifade edilmektedir. Bir başka durum hukuka uygun şekilde hareket etmenin beklenmemesi durumunun mazeret nedeni olarak zorunluluk halini andıran yetki çatışması durumunda kullanılmamasını gerektirmez. Kişi iki kötü arasından birini seçebiliyorsa örneğin Nazi Toplama Kampı’ndaki doktor gaz odasındaki insanlardan akıl hastası olanları seçebiliyorsa onun affedilebileceği ifade edilmektedir. Ayrıca hukuka uygun şekilde hareket etmesinin beklenmemesi ihmali davranıştaki kusurluluğu içermeyebilir.” Ancak bu son örnekte zorunluluk halinden ayrı şekilde işlenen yetki- görev çatışmaları mevcuttur ve ayrı bir hukuki yapı ile ilişkilendirilmektedirler. Yine zorunluluk halinde ileri sürülen üstün menfaat vb ayrımlandırmaların olay anındaki üstünlükten ziyade objektif ve aritmetik bir üstünlük fikrine dayandığını belirterek bu argümanın TCK açısından kullanılamayacağını düşünüyoruz.

⁵¹⁵ **EREM-ARTUK-DANIŞMAN: A.g.e.**, s. 550-552: “Bu konuda yapılan açıklamaya göre; mazeret sebepleri olarak anılan hallerin kusurluluk bölümünde incelenmesine gerek görüldüğünden bahsedilmektedir. Buna göre; mazeret sebeplerinin bulunması “kusurluluğun” oluşumunu engellemekte ve suç ancak görünüşte bulunmaktadır. Esasında mazur görülmek için “kusur”un bulunması gerekmektedir. Mazeret sebepleri failde kusur görülmediği için fiilin hukuka aykırılığını kaldırmaktadır. Ancak; bu sebeplerin kusurluluğu kaldırmasını reddedip , hukuka aykırılığını kabul etmek mantıklı değildir. Bundan dolayı mazeret sebepleri hakkındaki genel teorinin ancak kusurluluk içinde kurulabilmesi kabul edilmektedir.” Bu açıklamadan anlaşıldığı haliyle mazeret sebepleri kusurluluğu kaldıran hallerle denk bir kategoride sınıflandırılmaktadır.

doktrinde, mazeret sebebi olarak ya da “kusurluluğu etkileyen bir neden” olarak yapılan niteleme, TCK m. 25 f. 2’nin gerekçesindeki “kusurluluğu ortadan kaldıran neden” belirlemesi ile CMK m. 223 f. 2 ‘deki “kusurun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmamasına” ifadesiyle birlikte değerlendirildiğinde, kusurluluğu etkileyen bir neden olarak ele alınmasının oldukça açık olduğu belirtilmektedir.⁵¹⁶ Ancak, bu yaklaşımın savunulduğu paragrafın hemen altında, hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluluğu etkileyen nedenler şeklinde bir ayrıma yer verilmesinin, TBMM Adalet Alt Komisyonu’nda teklif edildiği ancak bunun kabul edilmediği, eğer kabul edilse idi zorunluluk halinin kusurluluğu kaldıran bir neden değil, kusurluluğu etkileyen bir neden olarak düzenleneceği ifade edilmektedir. Hatta bu girişim başarısız olduğu için TCK özel hükümler kısmında ayrıca zorunluluk haline ilişkin hükümlere yer verildiği de belirtilmektedir.⁵¹⁷ Burada yer alan hem kusurluluğu etkileyen bir neden olarak düzenlemenin kabul görmemesinin belirtilmesi, hem de kusurluluğu kaldıran neden yapıldığı ifadeleriyle çelişik olarak bir üstte gerekçe ve CMK m. 223’deki belirlemelerin açıkça kusurluluğu etkileyen nedene götüreceği tespiti, kendi içinde çelişkiler içermektedir. “Mazeret sebeplerinin kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerin farklı bir ifadesi olduğu belirtilmişse de mazeret sebeplerinde kusurun azalması haksızlığın azalması sebebi ile gözden uzak tutulamayacak bir ölçüde *faili harekete geçiren sebebin etkisiyle bağlantılıdır*. Bir diğer deyişle, mazeret sebeplerinde kusurun azalmasına yol açan şey faili harekete geçiren saiktir. Bu onun aynı zamanda haksızlık içeriğini de azaltır. Haksızlık içeriğindeki azalmanın yanı sıra, failin içinde bulunduğu olağan dışı ve istisnai nitelikteki psikolojik durumun baskısı altında, hareketin

⁵¹⁶ ÖZGENÇ, İzzet: A.g.e., s. 403.

⁵¹⁷ ÖZGENÇ, İzzet: A.g.e., s. 403.

gerçekleştirmesi sebebiyle, kusur içeriğinde bir azalma da ortaya çıkmaktadır.”⁵¹⁸

Buradaki fiil, haksızlık niteliğini korumakta ancak kusurlu sayılmamaktadır.⁵¹⁹ CMK m. 223’deki “duruşmanın sona ermesi ve hüküm” düzenlemesine göre; kusurluluğun tüm halleri karşısında, “ceza verilmesine yer olmadığı kararı” bulunmaktadır. Dolayısı ile TCK m. 24 ve devamındaki ceza sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan hallerin bir başlık altında, CMK 223 f. 3’deki halleri, her ne kadar bu haller nitelik olarak birbirinden farklı da olsa karşıladığı anlaşılmaktadır. *Ancak, buradan hareketle, zorunluluk halinin bir mazeret sebebi olarak kabul edilmesinin gerektiği yönündeki görüş,*⁵²⁰ 5237 Sayılı TCK karşısında yasal dayanaktan yoksun bulunmaktadır. Bu konuda yapılan ayırımı hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali ve mazeret nedenine dayanan zorunluluk hali ayırımı ortaya konulurken yine Alman Ceza Kanunu’nun 34. ve 35. Maddesi’ndeki sınıflandırmadan hareket edildiği, mazeret nedeni olan zorunluluk halinin hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinin karşıtı olarak yaşama, vücut bütünlüğüne veya özgürlüğe yapılan saldırılarla sınırlı olduğu ifade edilmektedir. Böylelikle, mazeret nedeni olan zorunluluk halinde korunan hukuksal değerden, zarar verenin daha üstün olması gerekmez. Mazeret nedeni olan zorunluluk hali, failin içinde bulunduğu durumda hukuka uygun davranmasının beklenemezliği ilkesine dayanır. Fiil, psikolojik bir baskı sonucu gerçekleştiğinden, kusur içeriği de azalır.⁵²¹ Kuşkusuz, TCK’daki sınıflandırma ya da sınıflandırmanın olmaması, doktrinel sınıflandırma yapmayı etkilememektedir. *Ancak; aslında mazeret nedeni ayırımı ile ifade edilmek istenen, kusurluluğu kaldıran haldir.* Yine, Alman Ceza Kanunu’ndaki ayırım, hukukumuzda

⁵¹⁸ ÖZBEK ve Diğerleri: A.g.e., Ankara 2013, s. 391.

⁵¹⁹ ÖZGENÇ, İzzet: A.g.e, Ankara 2013, s. 402.

⁵²⁰ Bknz. ÖZBEK ve Diğerleri: A.g.e., Ankara 2013, s. 391 vd.; DÜLGER, Murat Volkan: A.g.m., s. 122-176; ÖZGENÇ, İzzet: A.g.e., s. 401 vd.

⁵²¹ DÜLGER, Murat Volkan: A.g.m., s. 167, 168.

karşılığını bulmadığından; böyle bir sınıflandırma, yalnızca doktrinel anlamda esin alınmış bir sınıflandırma olacaktır. Bu konuda, karışıklığa yol açtığını düşündüğümüz bir durum da kusur ve kusurluluğun Alman Ceza Hukuku'ndaki kusur yapısı ve kavramlarıyla paralellik sağlar şekilde hukukumuzda ayrışmamasıdır. *Bu belirtilenler etrafında, zorunluluk halinin bir mazeret sebebi olduğunun ileri sürülmesi, soyut bir düşünce olacaktır.*

d. Zorunluluk Halinin Bu Durum İçinde Bulunan Bakımından Şahsi Bir Cezasızlık Sebebi Olduğunu İleri Süren Görüş

Bu sebepler, failin şahsi niteliği dolayısı ile kabul edilmiş olup, fiilin kusurluluğuna ve hukuka aykırılığına bir etkisi olmayan⁵²² ve failin suç yoluna girdiği andan itibaren, mevcut olan sebeplerdir. Varlıklarının objektif olarak bulunması yeterli olup, fail tarafından bilinmeleri gerekmez.⁵²³ Fiilin teknik anlamda suç olma niteliğini kaldırmadıklarından, tipikliğin dışında ve yalnızca fail bakımından cezalandırmaya engel olan nedenlerdir.⁵²⁴ Doktrinde, Önder tarafından savunulan görüşe göre; zorunluluk halinde cezanın verilmemesi, cezanın amacı ile açıklanmakta ve zorunluluk hali içinde suç tipini ihlal etmiş bir kişide ahlaki bir kötülük bulunmamasından dolayı verilecek bir cezanın, cezanın ıslah amacı ile çeliştiği düşünülmektedir. Böylelikle; zorunluluk halinde cezalandırılmamanın sebebi fiilin objektif hukukla bir çelişki içinde olmamasında görülmekte ve hukuka uygunluk, hareketin hukuk düzeni bakımından taşıdığı değer ön plana çıkarılarak, hareket bir suç tipini ihlal etse dahi bunun objektif hukuk bakımından hukuka aykırı

⁵²² ÖNDER, Ayhan: *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992, s. 378.

⁵²³ ÖZGENÇ, İzzet: A.g.e., Ankara 2008, s. 539.

⁵²⁴ ÖZBEK ve Diğerleri: A.g.e.,Ankara 2012, s. 171.

olmadığı savunulmaktadır.⁵²⁵ Şahsi cezasızlık sebebinin varlığı halinde, yargılama sonunda verilecek karar, CMK'nın 223. Maddesi'nin 4. Fıkrası'nda belirtilen faile ceza verilmemesi hallerinde, *ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin karardır*. Şahsi cezasızlık sebebinin mevcut olduğu durumlarda, yalnızca failin cezai sorumluluğu yoluna gidilememekte, işlenen fiilin haksızlık ve dolayısıyla suç oluşturma özelliği ise devam etmektedir. Böyle bir durumda verilmesi gereken karar, beraat kararı olmamalıdır. Beraat kararı; ancak bir haksızlığın söz konusu olmadığı durumlara, yani hadisede en azından bir hukuka uygunluk sebebinin mevcut olduğu hallere münhasır kılınmalıdır.⁵²⁶ Dolayısı ile; zorunluluk halinin hukuki niteliğini, bir şahsi cezasızlık sebebi saymak mümkün değildir.

5. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Özel Hükümlerinde Düzenlenen Zorunluluk Hali Benzeri Yapılanma

Bu konudaki görüş ayrılıkları temel olarak Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerinde zorunluluk hali düzenlendiği halde, özel hüküm düzenlemelerinde “zorunluluk hali” başlığına bazı suç tipleri içinde tekrar yer verilmesinden kaynaklanmaktadır. Bu durumda, ortaya iki ayrı zorunluluk hali bulunduğu görüntüsü çıkmaktadır. Böylelikle; *bu düzenlemeler ile zorunluluk halinin ayrıca düzenlendiği ifade edilerek, bu tür “özel zorunluluk” hallerine yer verilen suçlar bakımından TCK m. 25 f. 2'deki koşulların değil, ilgili suça ilişkin özel koşulların gerçekleşmesinin aranması gerektiği ifade edilmektedir*.⁵²⁷ Bu bakımdan, zorunluluk

⁵²⁵ ÖNDER, Ayhan: A.g.e., s. 250, 251.

⁵²⁶ ÖZGENÇ, İzzet: A.g.e., Ankara 2008, s. 539 vd.

⁵²⁷ KOCA- ÜZÜLMEZ: A.g.e., Ankara 2008, s. 267: Bununla birlikte kanunda bazı suçlar bakımından zorunluluk halinin ayrıca düzenlendiği ifade edilmekte ve bu tür “özel zorunluluk” hallerine yer verilen suçlar bakımından 25. maddenin 2. fıkrasındaki koşulların değil, ilgili suça ilişkin özel koşulların gerçekleşmesinin aranacağı savunulmaktadır. ÖZGENÇ, İzzet: A.g.e., Ankara 2013, s. 403: Özel hükümlerde zorunluluk haline ilişkin hükümlere yer verilmesinin bir gereği olarak

hali benzeri nitelik arz eden ve karışıklık yaratan bu görünümün hukuki niteliğinin de açıklığa kavuşması gerekmektedir. Suç tiplerini gösteren ceza kanunlarının özel kısmının aynı zamanda herhangi bir suç tipi için gerekli unsurları belirttiği düşünüldüğünde pek tabi olarak her suçta bulunması gerekli unsurlar bakımından özel hükümlerdeki düzenlemelerin bir şey söylemesi beklenemeyecektir. Ceza kanunlarının genel hükümler bölümü her suç için uygulanacak ilkelerin belirtildiği bölümlerdir. TCK'da da bu böyledir. Ancak; buna ilave olarak, 5237 Sayılı TCK'nın özel hükümlerinde bazı suçlar açısından düzenlenen zorunluluk hali benzeri durumların düzenlenmesiyle birlikte, ister istemez suç tiplerinin içinde bulunan bu yapıların hukuki niteliği de doğal olarak tartışmalı hale gelmiştir. Öncelikle, TCK açısından biri genel hükümlerde yer alan ve “fiile ceza verilmemesini emreden” bir düzenleme ile diğeri de özel hükümlerde yer alan ve “cezada indirim yapılmasını ya da gerektiğinde hiç ceza verilmemesini” buyuran iki ayrı düzenleme bulunduğunu tespit etmemiz gerekir. Böylelikle her iki düzenleme ile biri genel hükümlerdeki zorunluluk hali ve bir diğeri de özel hükümlere yansıyan özel bir zorunluluk hali olmak üzere iki ayrı “zorunluluk hali” bulunduğu iddia edilmektedir.⁵²⁸

“765 Sayılı TCK'ya bakıldığında, bir hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk haline yer verilmişken; özel hükümlerdeki düzenlemelerde örn. TCK m.

TBMM Adalet Alt Komisyonu'nda zorunluluk halinin kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak değil etkileyen bir neden olarak düzenlenmek istenmesi ve buna engel olunması gösterilmektedir.

⁵²⁸ **ÖZGENÇ, İzzet:** A.g.e., Ankara 2013, s. 403 vd; **ÖZBEK ve Diğerleri:** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014, s. 259, 247: Bu hallerin zorunluluk hali başlığını taşısa da bir zorunluluk hali değil cezayı indiren ya da kaldıran şahsi sebep niteliğinde olduğunu belirtmektedir. TCK m. 90 f.1'deki “insan üzerinde deney suçu” açısından mağdurun rızasının aranması zorunluluk hali ile çelişir niteliktedir. TCK m. 25 f. 2 zorunluluk hali çerçevesinde müdahale imkanı verirken TCK m. 90 f. 4 bunu rıza koşuluna bağlayarak çelişki yaratmıştır; **GÜNGÖR, Devrim-HAFIZOĞULLARI, Zeki:** “Türk Ceza Hukuku'nda Suçların Tasnifi”, **TBBD.** Sayı: 69, Yıl: 2007, s. 45: Her bir özel hükmün yorumunda suçla ihlal edilen ve ceza ile korunan hukuki değer vy menfaat yani suçun hukuki konusu hükmün nihai sınırıdır. Bundan dolayıdır ki hakim özel bir hükmü yorumlarken ne kanunun sözüne bir söz katabilir ne de kanunun sözünde ifadesini bulan hukuki konu ile belirlenen sınırı aşabilir. Ancak hakim 18. yy. tabii hukuk görüşünün aksine sözel yorumla sınırlı kalmamak kanunun sözünde ifadesini bulan hukuki konuyu esas alarak kanunun amacını keşfetmek zorundadır. Dolayısıyla hakim amaçsal yorumdan vazgeçemez.

494’de cezayı azaltan bir neden olarak zorunluluk hali dışında, zaruret olgusunun diğer özel bir haline yer verilmiştir. Bu iki düzenleme arasında bir benzerlik olmadığı gibi, Mülga TCK genel kanun- özel kanun ilkesinin farkında olarak genel hüküm yanında yalnızca bu suça (hırsızlık) özgü olarak zorunluluk olduğunda suçu hafifleten neden hükmünde özel bir hüküm tesis etmiştir. Mülga TCK, burada genel hüküm-özel hüküm tartışmasına girmeksizin, ‘ağır ve acil bir ihtiyaç’ halini yalnızca suçun cezasını azaltan bir neden sayarak iki hükmü çatışma konumuna sokmaktan da kaçınmıştır.”⁵²⁹ Yine, *Mülga TCK’nın çatışma yaratmamak için benimsediği zaruret haline ulaşmayan ibaresi ise; özel hüküm düzenlemelerinde yer almamakta ve metin başlığı açısından da çelişki ortaya çıkarmamaktadır.* Bunun yanı sıra özel hükümler açısından, esasen hukuka uygunluk sebebi olan bir halin suç tipinde ayrıca gösterilmiş olması halinin tipiklik içinde mi, yoksa hukuka uygunluk sebebi olarak mı incelenmesi sonucunu doğuracağı⁵³⁰ ya da hukuka aykırılığın mı kusurluluğun mu kalktığı tartışmasına yol açmıştır.⁵³¹ Burada yapılan ilk tartışma, bu düzenlemelerin genel hükümlerde düzenlenen zorunluluk hali düzenlemesinin özel bir türü olup olmadığı, bu özel tanımlamaların suçun unsuru olup olmadığıdır. Bu bağlamda, özel hükümlerde yer alan bu düzenlemelerin hukuka aykırılık üzerine mi, kusurluluk üzerine mi etki ettiği. Kusurluluk üzerine etki ettiği sonucuna ulaşılsa dahi, hakimin cezada indirim yapma ile ceza vermekten vazgeçebilme yetkileri arasındaki

⁵²⁹ **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** “Malvarlığına Karşı Suçların Ortak Genel Yapısı”, www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/mal.doc, s.15. (Erişim Tarihi 06.03.2014)

⁵³⁰ **ÖZBEK ve Diğerleri:** A.g.e., Ankara 2014, s. 576: Nitekim hırsızlık suçunun da tanımında ifade edildiği gibi taşınır malın zilyedinin rızası olmadan alınması cezalandırıldığına göre ilgilinin yani zilyedin rızası fiili tipik olmaktan mı yoksa hukuka aykırı olmaktan mı çıkarır. Buna göre zilyedinin rızasının varlığı tipte düzenlendiğine göre artık tipte dahil sayılmalıdır. Bu durumda rızanın varlığı fiili tipte uygun olmaktan çıkarır. Zorunluluk hali açısından ise yazarlar metindeki ifadenin cezanın indirilmesini de sonuçlayabildiğinden hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığını ve TCK m. 147 cezayı hafifleten ya da kaldıran bir hal olduğunu ifade etmektedirler. Koşullarının oluşması durumunda hırsızlık suçu açısından zorunluluk halinin uygulanmasının mümkün olduğu belirtilmektedir.

⁵³¹ **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** “Malvarlığına Karşı Suçların Ortak Genel Yapısı”, www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/mal.doc, s.16. (Erişim Tarihi 06.03.2014)

takdir hakkının sınırlarının ne olduğu sorusuna verilebilecek cevaptır?⁵³² Bununla ilgili olarak, “fiilin hukuka aykırı surette işlenmiş olması gereğinin” kanun hükmünde *özel olarak ve açıkça* gösterildiği hallerde, hukuka aykırılığın özel bir suç unsuru durumuna getirildiği ileri sürülmüştür.⁵³³ Ancak bu yorum, bu tip düzenlemelerin suçun tipiklik unsuru üzerinde etkili olabileceğine ilişkin bir yorumdur. *Belirli suçlar bakımından öngörülen özel zorunluluk hallerinde,*⁵³⁴ “*özel düzenlemelerdeki koşulların ayrıca araştırılması gerektiği görüşü*” doktrinde her ne kadar yer bulmakta ise de bu somut düzenleme durumunda bu hallerin özel bir hukuka uygunluk nedeni olduklarına karine olarak gösterilemez. Bir diğer yorum,

⁵³² **Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt 1**, Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Ankara 2013, s. 347; TCK m. 147’de hırsızlık suçunun devamı olarak “zorunluluk hali” başlığı ile özel bir başlık açılmıştır. Madde gerekçesinde hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmesi halinde maddenin bu durumları karşılayabileceği ifade edilmektedir. Ancak hakime tanınan cezada hem indirim yapma yetkisi hem de ceza vermekten kaçınma yetkisi tanınması bu hükmün cezada indirim yapılabileceğinin belirtilmesi dolayısı ile hukuka uygunluk sebebi olarak kabulüne engeldir. Ancak hükmün karma bir nitelik taşıdığı fiilin hem haksızlık içeriğini azaltmış olması sebebi ile cezayı hafifleten bir sebep hem de olayın özelliğine göre cezayı tümünden kaldıran bir hal olduğunu söylemeye gerek hukuk, gerekse mantık bilimi açısından imkan bulunmamaktadır. Bir şey aynı anda hem sıvı, hem de katı halde bulunamayacağına göre nitelik tespiti açısından da hem kusurluluğu kaldıran hal, hem de hukuka uygunluk sebebi olmasına imkan bulunmamaktadır. Bu yönde belirtilen görüşe katılmıyoruz. Yine buradaki bir diğer sıkıntı da maddenin öznel bir durum yarattığı gerekçesiyle bu durumun TCK m. 25 f. 2’den bağımsız olduğunun ileri sürülmesidir: **ÖZBEK ve Diğerleri**: A.g.e., Ankara 2014, s. 575.

⁵³³ **GÖLCÜKLÜ, Feyyaz**: “Suçta Kanuni Unsurun Ortadan Kalkması: Fiilin Hukuka Aykırılığı Kavramı ve Hukuka Uygunluk Sebepleri Konusunda Bazı Mülahazalar”, **AÜSBFD.**, Cilt XXIII, Mart 1968, No:1-2, s. 192; Sanığın kaçak elektrik kullandığı hakkındaki iddia karşısında, oğlunun beynindeki rahatsızlık nedeniyle yatalak olup elektrikli bir cihaz yardımıyla yaşayabildiğini, sosyal güvencesinin bulunmadığı ve gelirleri de olmadığı için atılı suçu işlediğini ileri sürmüş ise de sanığın oğlunun ölümünden sonra suç tespit tutanağının tutulduğunun anlaşılması karşısında TCK m. 147’deki koşulların oluşmadığı gözetilmelidir: Yargıtay 2. CD. 25. 11.2009, 2008/ 37264, 2009/ 44523, www.kazancı.com.tr, Erişim Tarihi: 17.02.2015.

⁵³⁴ **ÖZGENÇ, İzzet**: A.g.e., Ankara 2013, s. 405: Doktrinde bir görüş yorum ve kıyas yasağı bağlamındaki açıklamalara dayanak olarak TCK’nın zorunluluk haline ilişkin hükümlerini mümkün olduğu kadar geniş tutmak gerektiğini belirtmektedir. Örneğin bazı suçlarda özellikle cinsel suçlarda kişi soruşturmanın seyrinden çok girdiği ayıplı durumun öğrenilmemesi amacıyla delilleri yok edebilmektedir. Örnek olarak verilen bu durumda, kişinin irade yeteneğinin ya da serbestisinin azaldığının kabul edilmesi gerektiğinden bahsedilmektedir. Yine aynı duruma evlilik öncesi girilen cinsel ilişki dolayısıyla gerçekleşen yalan tanıklık ya da iftira suçlarında da rastlandığı, benzer bir durum olarak evlilik birliğinde de kadın bu yönde bir cinsel şiddetle karşılaşsa dahi, evlilik birliğinin bekası uğruna yalan tanıklıkta bulunabildiği ifade edilmektedir. Tüm bu örneklerle rağmen bizce zorunluluk halinin hukuka uygunluk sebebi olmasının yanı sıra mağdurun olayla ilgisiz üçüncü kişi olmasından dolayı, meşru savunmanın aksine, burada karşılaşılabilecek problemler zorunluluk halinin şart ve sınırlarını dar tutarak çözülebilecektir. Kişinin içinde bulunduğu her duruma bir zorlama görüntüsü yaratılabilir. Ancak, zorlama hali ile teknik bir mesele olan zorunluluk hali karıştırılmamalıdır.

“hukuki nitelik açısından failin kınanamamasına ve fiilin haksızlık içeriğinin hafifliğine dayanılarak yapılan kınanamama yargısının, bu hallerde suç oluşmasına rağmen bu düzenlemelerin kusurluluğu etkileyen özel nedenler olması”⁵³⁵’nın yanı sıra, bu düzenlemelerin düzenlenme şekli itibarı ile hakime seçimlik bir yetki tanınmasıdır. Bu yetkinin de cezadan vazgeçme yanında, cezada indirim yapma yetkisi olarak kullanılabileceğinin belirtilmesinden hareket ederek, bir mazeret sebebi niteliği taşıdıklarının açık olduğunu belirtmektedir. Çünkü; hukuka uygunluk sebebinde, nitelik olarak cezadan indirim yapma yetkisi söz konusu olamayacağı için, anılan sebeplerin mazeret sebebi olarak ele alınması gerektiği de ileri sürülmektedir.⁵³⁶ Bu hallerden ilki; TCK’nın özel hükümlerinde “zorunluluk hali başlığı” altında düzenlenmiştir. TCK m. 92’de organ ve dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik durumların göz önünde tutularak bu durumda bulunan kişi açısından cezada indirim yapılabileceği ve ceza vermekten vazgeçilebileceği belirtilmektedir.⁵³⁷ Yine, TCK m. 92’de organ veya dokusunu

⁵³⁵ ZAFER, Hamide: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2010, s. 228.

⁵³⁶ ÖZBEK-DOĞAN: “Zorunluluk Halinin Hukuki Niteliği”, **DEÜHFD.**, Cilt:9, Sayı:2, Yıl: 2007, s.219, ÖZGENÇ, İzzet: A.g.e., Ankara 2008, s. 379: Özgenç bu konuda, TBMM Adalet Alt Komisyonu’ndaki çalışmalar sırasında Kanunun Birinci Kitabının İkinci Kısım altında “Hukuka Uygunluk Nedenleri” ve Kusurluluğu Etkileyen Nedenler” olarak iki ayrı bölüme yer verilmesini ve mevcut ikinci bölüm altındaki maddelerin buna göre sınıflandırılmasının ve formüle edilmesinin önerildiğini ancak bu öneri kabul edilmediği için TCK’nın özel hükümler kitabındaki çeşitli suç tanımları bağlamında ayrıca zorunluluk haline ilişkin hükümlere yer verilme gereğinin ortaya çıktığını bu gereğin de zorunluluk halinin yalnızca kusurluluğu kaldıran bir neden değil, kusurluluğu etkileyen bir neden olarak düzenlenme ihtiyacından kaynaklandığını belirtmektedir. Bu durumun yalnızca kanunun sistematigi açısından bir eksiklik olduğu suç genel teorisinin formülasyonu ve yorumlanması açısından bir sıkıntı doğurmayacağına ilişkin görüşe ise katılmamız mümkün değildir. Mevcut haliyle çelişik görünüm arz eden durumun birbiri ile uyumlaştırılması yerinde olacaktır.

⁵³⁷ AYDIN, Murat: “Tıp Ceza Hukuku’nun Güncel Sorunları”, **V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, 28 Şubat- 1 Mart 2008 Ankara, s. 381-383: Burada organ ve doku veren kişi açısından özel bir zorunluluk hali düzenlenmiş olduğu için madde metninde kullanılan ‘ekonomik şartlar’ ifadesinin kullanımında bu gerekçe ile bir mahzur görülmemektedir. İnsani bir faaliyet olan organ ve doku naklini ticari faaliyete dönüşebileceği ve zorda kalmayan birinin organ ve dokusunu satmayacağı düşünüldüğünde bu hükmün hemen hemen tüm organ ve doku satma fiillerinde uygulama alanı bulabileceği gerekçesiyle bu hüküm doktrinde yoğun şekilde eleştirilmektedir. Aydın, bu konuda yaptığı açıklamada Kanunun 92. Maddesinde açık olarak zorunluluk halinin işlenebileceği bir durum olarak vericinin zor durumda bulunmasını düzenlemiştir. Bu durumun da bu suç açısından getirilmiş özel bir zorunluluk hali olduğu ifade edilmekte ve bunun dışındaki hareketlerin suçu teşvik niteliği

içinde bulunduğu zor sosyal ve ekonomik koşullar yüzünden satan kişinin zorunluluk halinde bulunduğu kabul edilmiştir.⁵³⁸ Bu tanımlamanın da teknik anlamda zorunluluk halinin unsurlarını içermemesinin yanısıra, *sosyal ve ekonomik koşulların kişiye organlarını sattırmasının kabul edilmesi Anayasa'daki "sosyal devlet" ilkesinin çöktüğünün açık bir kabulü olup adeta bir hukuk kısıımıdır.* 765 Sayılı TCK m. 494 f. 3'deki bu konudaki düzenleme "zorunluluk haline ulaşmayan ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için" şeklinde yapılmış idi. Burada, cezayı azaltan bir neden olarak zorunluluk kavramının özel bir haline yer verilmişti.⁵³⁹ Mevcut düzenleme ile karşılaştırıldığında 765 Sayılı TCK'daki düzenlemenin hukuki açıdan daha tutarlı olduğunu ifade etmek gerekir. Zira, 5237 Sayılı TCK'daki düzenleme kavram karmaşası yaratacak cinstendir. Failden içinde bulunduğu koşullarda başka türlü davranması istenememektedir. Yine, bu düzenlemenin de istenemezlik ilkesinin bir örneği olduğu ifade edilmektedir.⁵⁴⁰ Açlıktan ölmek üzere olan bir kimsenin ekmek çalmasında olduğu gibi. Ancak burada tartışılması gereken nokta, cezada indirimin kusurluluğu azaltan bir nedeni karşılamasına ve bunun da istenemezlik ilkesi ile ifade edilebilmesine rağmen, ceza vermekten vazgeçmenin ne anlamda anlaşılması gerektiğidir. *Hakime, adeta kurumun hukuki niteliğine tesir edecek nitelikte bir*

taşıyacağı ve organ ve doku ticareti açısından olumsuz etki yaratacağından bahsedilmektedir. Bu görüşe göre bu durumda TCK m. 25 f. 2'de düzenlenen genel nitelikteki zorunluluk hali bu suç açısından söz konusu olamaz. Zira zorunluluk hali dolayısıyla yapılan korunma hareketinin hukuk düzeni ile çelişki içinde olmaması gerekmektedir. Aksi halde bu durum rızası olmayan birinden organ almak gibi bir durumu doğurabilecektir. Burada anılan görüşe katılmakla birlikte asıl problemin genel hüküm- özel hüküm ve değer çatışmasından ziyade organ nakli alanında zorunluluk ya da buna benzer bir durumun kabul edilmesinin ortaya çıkarabileceği olumsuz sonuçlardır. Nitekim Alman Hukuku'nda da kabul edildiği üzere bu durumun asıl sebebi organ ticareti yasağının anlamsız kılınmasıdır. Ancak hukukumuzda Alman Hukuku'ndakinin aksine bu konuda bir çekince bulunmamaktadır. Hukukumuz açısından ise Bu durumda zorunluluk halinin şartlarından aracın uygunluğu, orantılılık ve ölçülülük şartları sağlanamayacağından mevcut durum genel hükümlerdeki düzenleme ile çözülebilecektir.

⁵³⁸ **HAFIZOĞULLARI-ÖZEN:** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2010, s.18.

⁵³⁹ **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** "Malvarlığına Karşı...", s. 15.

⁵⁴⁰ **HAFIZOĞULLARI-ÖZEN:** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010, s. 317.

takdir yetkisi verilmesi uygun değildir. Belirleme yapılırken, öncelikle özel hükümlerdeki düzenlemelerin içeriğinde bu yönde bir belirlemenin yapılması gerekmektedir. Yine; CMK m. 223 b. 3 şartları bulunduğu takdirde, TCK m. 25 f. 2 hükmü uygulanacaktır. Maddenin getirdiği bir diğer sıkıntı CMK m. 223'deki nitelemenin aklıktan ölmek üzere olan bir üçüncü kişiyi kurtarmak isteyen kimse ya da limanda kendisinin çıkarmadığı bir yangından kurtulmak için komşusunun deniz aracını alarak kaçan kimsenin, artık hırsızlık suçundan kusurlu bulunmaması sebebi ile sorumlu olmayacağıdır.⁵⁴¹

Zorunluluk hali, madde başlığı olarak aynı şekilde TCK m.147'de de kullanılmaktadır. Burada yapılan ilginç bir belirleme, ekmek çalan aç bir insanın zorunluluk halinden faydalanacağı yönünde yıllardır doktrinde ortaya konmuş olan bir örneğin kanun maddesi haline getirilmesidir.⁵⁴² Buna göre; hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmesi halinde cezada indirim yapılabileceği ve ceza vermekten de vazgeçilebileceği belirtilmektedir.⁵⁴³ Oysa ki TCK m. 147'de öngörülen “zorunluluk hali” başlığı ile ifade edilen düzenleme ne genel hükümlerdeki düzenlemenin aynısıdır ne de genel içinde özel bir nitelik

⁵⁴¹ **HAFIZOĞULLARI-ÖZEN:** A.g.e., Ankara 2010, s. 318-319.

⁵⁴² **TOROSLU, Nevzat: Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu,** Ankara 1970, s. 215, 216: Burada kanunlarda yer alan başlıkların taşıdığı hukuki anlam ve ifade tartışmaya değerdir. Bununla birlikte çeşitli bölüm ve kısımlara özgülenen başlıkların yorum açısından ve sistematik açıdan büyük bir değer taşıdıkları açıktır. Bu söz konusu başlıklar hukuki olarak da anlam taşımaktadır. Çünkü yasama organı tarafından ortaya konan en basit bir hukuki formül olması gerekeni ifade eden objektif bir iradedir. Bunun bir yansıması olarak da kanundaki kurallar rastgele yazılmamış bölüm kısım fıkra ve bent olarak sınıflandırılmıştır. Genel hükümler ve özel hükümler ayrılmıştır. Ancak bu şekilde kanun koyucunun istediği uygulamaya kavuşabilecek olan kanunun uygun şekilde uygulanabilmesi adına kanun metninden sayılması gerektiği doktrinde ifade edilmiştir. Ancak bugün müspet hukuk açısından bunun böyle olmadığı madde ve kenar başlıklarının anayasa hükmünden sayılamayacağı TBMM.'nin 1944 tarihli kararında kabul edilmiş olmakla birlikte bu başlık, bölüm ve benzeri hükümlerin yorumlama açısından ve dogmatik açıdan bir değer ifade ettiği açıktır ve göz önünde bulundurulması gerekir.

⁵⁴³ **MALKOÇ, İsmail:** A.g.e., Cilt I, Ankara 2013, s. 325, Y 2. CD. 22.02.2012 12919/ 3881: Sanığın borcundan dolayı sayacın sökülmesi üzerine, doğrudan bağlantı yaparak elektrik kullanması şeklindeki eyleminde 5237 Sayılı TCK'nın 25. maddesinde düzenlenen zorunluluk halinin koşulları bulunmadığı gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi kararında Yargıtay hırsızlık suçu için TCK m. 147 hükmüne ek olarak ve doğru olarak TCK m. 25 f. 2'deki koşulları aramıştır.

taşımaktadır.⁵⁴⁴ Yapılan “Ağır ve acil bir ihtiyaç belirlemesi” tehlike için yapılan ağırlık ve muhakkaklık kriterine yeni bir unsur ekmediği gibi, bunun da ötesinde TCK m. 25 f. 2’de tehlike için tanımlanan diğer unsurları barındırmaması nedeniyle kötüye kullanıma da son derece açık bulunmaktadır. Ancak, öncelikle belirtmek gerekir ki; başta savunulan görüşü kabul edebilmek için genelde özel nitelik taşıdığı savlanan bir düzenlemenin pek tabi genelin çizdiği temel niteliklerden ayrılmayarak özel bir takım unsurlar içermesi de gerekmektedir. Gerek, TCK m. 92 gerekse TCK m. 147’de zorunluluk hali başlığı altında düzenlenen durumlar, özel nitelikler içermedikleri gibi bu konuda hakimin takdir yetkisine gönderme yapmaktadırlar. Bunun dışında, zorunluluk halinin en temel şartlarından biri olan “tehlike” unsuru ise her iki düzenlemede de gerçek anlamda kendine yer bulamamaktadır. “Söz konusu düzenlemelerde, bir insani durum olan zor durumda bulunma hali ile hukuki bir kavram olan zorunluluk hali birbirine karıştırılmıştır. Bu hükümlere eklenmiş olan “sosyal ve ekonomik açıdan zor durumda bulunanların başvurabileceği” ifadesi ise, hukuka uygunluk sebeplerinin genellik niteliğine aykırıdır. Özel hükümlerde belirtilen ağır ve acil ihtiyaç ya da sosyal ve ekonomik koşullar gibi ifadeler bu düzenlemelerin zorunluluk halinin özel bir çeşidi olduğuna inandırıcı çözümler üretebilmiş değildir. Kaldı ki bu ifadelerin zorunluluk halinin şartlarından olan ağır ve muhakkak tehlike sayılması da mümkün değildir. Kusurluluk ister tabiatçı ister normatif anlamda anlaşılın hukuka aykırılıktan farklı olarak kusurluluğu kaldıran nedenlerin çeşitli ceza kanunlarının genel hükümleri yanında özel hükümlerinde ayrıca düzenlenen özel hallerine rastlanmış değildir. Doktrinde böyle bir savunuya da rastlanmamaktadır.”⁵⁴⁵ Yine bu konuda normun hukuki niteliğinin ne olduğu da

⁵⁴⁴ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.m. “Malvarlığına Karşı..”, s.15.

⁵⁴⁵ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.m., “Malvarlığına Karşı ...”, s.17.

açıklık kazanmamıştır. Çünkü; özel hükümlerdeki düzenlemelerde tanınan aynı anda ceza vermekten vazgeçme veya cezada indirim yapma yetkileri hukuki niteliği net olarak belirlemeyi imkansız kılmaktadır. Bu düzenlemelerin -ceza vermekten vazgeçme nedeni ya da cezadan indirim yapma nedeni olarak ele alınan madde düzenlemelerinin- doktrinde istenemezlik ilkesinin esasını oluşturan farklı zorlama hallerinin bir arada düzenlenmiş hali⁵⁴⁶ olduğu belirtilmektedir.⁵⁴⁷ Yine TCK m. 303’de düzenlenen “düşmanla işbirliği yapmak suçunda” savaş zamanında düşman devlet toprağında bulunup da bu devlet ordusunda “hizmete alınmak mecburiyetinde” kalan vatandaş hakkında bu neden dolayısıyla cezaya hükmolunmayacağı düzenlenmiştir. Bu hükümde de özel bir zorunluluk haline yer verildiği ve bu hallerde failin kusur yeteneğinin kalkıp kalkmadığını hakim araştırması gerektiği savunulmaktadır.⁵⁴⁸ Yukarıda ifade ettiğimiz tüm bu gerekçeler bu hükme de özel bir zorunluluk hali düzenlemesi olarak yaklaşmamızı engellemektedir. Doktrinde, TCK’nın zorunluluk halinden bağımsız olarak düzenlendiği; kanunun 28. maddesindeki “ağır ve muhakkak” ifadesine üçüncü kişi açısından bakıldığında ise bunun üçüncü kişi lehine bir düzenlemeyi içermediği görülecektir. Bunun yanı sıra TCK m. 99 f. 2’de düzenlenen çocuk düşürtme suçuna ilişkin olarak, düzenlemenin ilk cümlesinde tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişinin, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı ifadesi

⁵⁴⁶ **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** “..İstenemezlik İlkesi” s. 367, <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2008-57-03/AUHF-2008-57-03-hafizogullari.pdf>, Erişim Tarihi 03.10.2013.

⁵⁴⁷ **ZAFER, Hamide:** A.g.e., İstanbul 2010, s. 228: Doktrinde bu konuda, belli suçlar bakımından öngörülen zorunluluk hallerinde, özel düzenlemedeki koşulların gerçekleşeceğini belirtmiş olmakla birlikte madde metinlerinde tanımlanan unsurun tipikliğe dahil olduğunun kabul edildiği ifade edilmektedir. Bu hallerin özel bir hukuka uygunluk nedeni olmayıp kusurluluğu etkileyen özel nedenler olması dolayısıyla failin kınanamaması sebebiyle cezalandırılmayacağı veya fiilin haksızlık içeriğinin hafif olmasından dolayı cezada indirim yapılabileceği düşünülmektedir.

⁵⁴⁸ **KOCA- ÜZÜLMEZ:** A.g.e., Ankara 2008, s. 267.

yer almakta iken; düzenlemede bulunan “tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde” ifadesi bu hukuki niteliği tartışmalı hale getirmektedir. TCK’nın cezayı kaldıran ve azaltan 92. ve 147. maddesi göz önüne alındığında; bu düzenlemeler ile Türk Ceza Hukuku’na istenemezlik ilkesinin girdiği, kanun koyucunun zorunluluk hali ile istenemezlik ilkesinin esasını oluşturan halleri birbirine karıştırdığı yönündeki fikir⁵⁴⁹ oldukça isabetlidir. “Örneğin TCK m. 99 f. 2’deki *tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde* ifadesi, maddedeki çocuk düşürtme fiilini, tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde cezalandırılabilir bir fiil olmaktan çıkarmaktadır. Böylelikle genel hükümlerden ayrı yapılan bu düzenlemenin bir unsur olarak tipikliğe dahil edildiği”⁵⁵⁰ şeklinde de yorumlanabilmesi mümkündür. TCK m. 99 f. son’a göre çocuk düşürtme fiili, “tıbbi bir zorunluluk” bulunmaması halinde cezalandırılabilir bir fiil olmaktan çıkmaktadır. Bu düzenlemenin bulunmaması halinde, TCK genel hükümlerdeki zorunluluk hali düzenlemesinden yine aynı sonuca gidebilmek mümkün iken, maddedeki bu düzenlemenin anlamıysa, sadece bu ifadeyi tipikliğe dahil etmek⁵⁵¹ olmuştur. Doktrinde; her ne kadar bunun, bu şartlarda gebe bırakılan

⁵⁴⁹, **HAFIZOĞULLARI, Zeki**: “Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi”, s. 364 vd, <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2008-57-03/AUHF-2008-57-03-hafizogullari.pdf>, (Erişim Tarihi 25.02.2013)d ; **AYDIN, Murat**: A.g.m., “Tıp Ceza Hukuku’nun ...”, s. 381: Bir diğer görüş bu hükümlerle kanun koyucunun özel bir zorunluluk hali düzenleyerek genel zorunluluk halinin koşullarından ayrılmak istediğini savunmaktadır. Yine buradaki zorunluluk halinin genel anlamadaki zorunluluk halini ifade etmeyip vericinin içinde bulunduğu ekonomik şartlar olduğu ifade edilmektedir. Ancak bunun için kendine özgü ve genel düzenlemeye ilave bazı şartların belirlenmesi gerekmektedir. Ayrıca bu hüküm hiç işletilmeden de genel hükümlere başvurmak mümkünken TCK m. 92’nin hukuki niteliğinin ve işlevinin sorgulanması gerekmektedir.

⁵⁵⁰ **ÖZBEK ve Diğerleri**: A.g.e., Ankara 2013, s. 404.

⁵⁵¹ **ÖZBEK-DOĞAN**: A.g.m., “Zorunluluk Halinin ...” s.220, 2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun m.5 f. son bu hallerin tanımlanmasını tüzüğe bırakmıştır. 510 sayılı Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesine ve Denetlenmesine İlişkin Tüzüğün 5. maddesi gebelik süresi 10 haftayı geçmiş olsa bile annede anılan hastalıkların bulunmasını tıbbi zorunluluk kabul etmiştir; **GÜLŞEN, Recep**: “Suç Sonucu Oluşan Gebeliğin Sona Erdirilmesi”, Tıp Ceza Hukuku’nun Güncel Sorunları, **V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, 28 Şubat- 1 Mart 2008 Ankara, s. 1219, 1219: “Kadının çocuğun cinsel istismarı ((TCK m. 103 f. 2) ve cinsel saldırı (TCK m. 102 f. 2) suçlarının mağduru olması halinde de bu düzenleme geçerli olacaktır. Yine bu cezasızlık nedeni cebir, tehdit ve hile olmaksızın 15 yaşını dolduran ancak 18 yaşını doldurmamayan çocuklar arasında rıza ile meydana gelen gebelikler açısından da uygulama alanına sahiptir. (TCK m. 104) Yine örneğin

kadın açısından kusurluluğu kaldıran bir zorunluluk hali olduğu ifade edilse dahi, *maddedeki açık ifade bir “tıbbi zorunluluğa” işaret etmektedir.* Yine zorunluluk hali, bir sistem olarak Alman Ceza Kanunu’ndaki şekliyle alınmadığı için bu yorumun oldukça soyut kaldığını da belirtmek gerekir. Bununla birlikte, gebeliğin sona erdirilmesi kadının rızasına bağlıdır ve bu durumda verilen rızaya rağmen gebeliği sona erdirmemek hukuka uygun değildir. Böyle hallerde, kadının içinde bulunduğu “zorunluluk” halinden açıkladığı rızasına dayalı olarak gebeliği sona erdiren hekim de yararlanacaktır. Böylelikle; bu düzenleme açısından rızanın hukuka uygunluk nedeni değil, kusurluluğu kaldıran zorunluluk haline ilişkin bir şart olduğu ileri sürülmektedir.⁵⁵² Organ ve dokularını satmak zorunda kalan kişiler açısından da hüküm uygulanabilir olmasına rağmen, ayrıca TCK’da özel bir hükmün sevk edilmesinin nedeni kanun koyucunun bu durumda TCK m. 25 f. 2’de düzenlenmiş bulunan zorunluluk halinin ağır koşullarından ayrılmak istemesi olduğu şeklinde yorumlanmaktadır. Yine bu hükmün özel bir zorunluluk hali olduğu doktrinde savunulmakta⁵⁵³ ve bunun dışındaki hareketler açısından bir zorunluluk halinden

ikisi de 16 veya 17 yaşında olan iki gencin cinsel ilişkisi dolayısı ile gebe kalan küçüğün rızasının olduğu bir durumda fail ve mağdurun hangisi olduğu belli olmadığından gebe kalan kızın 20 haftaya kadar çocuğunu aldırıp aldırmama konusunda bir sorunun olduğu ve esasen 104. Madde’deki normun düzenlenişindeki hataların etkisini burada gösterdiği haklı olarak ifade edilmektedir. Yine aile içi rıza dışında gerçekleştirilen ve ancak takibi şikayete bağlı bulunan cinsel saldırı suçu (TCK m. 102 f. 2) açısından gebe kalan kadının eşinin kendisi ile zorla ilişkiye geçerek hamile bıraktığından bahisle 20 haftalık cenini aldırabileceği ve ardından da şikayetinden vazgeçerek kocasını kurtarabileceği belirtilmektedir. Dolayısı ile burada 20 hafta beklemek için hukuken kabul edilebilir bir fiil ve tıbbi nedenin bulunması doktrinde haklı olarak savunulmaktadır.” Eleştirilen bu durum için açık bir yasal düzenleme yapılması yerinde olacaktır. Zira 20 haftalık süre gebelik suç sonucu oluşsa dahi devam etmekte olan bir yaşamı sonlandırmak için yeterli ve makul gerekçeye de sahip olmalıdır.

⁵⁵² **GÜLŞEN, Recep:** “Suç Sonucu Oluşan Gebeliğin Sona Erdirilmesi”, **V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, “Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 28 Şubat- 1 Mart 2008 Ankara, s. 1216: Gülşen burada cezasızlık nedeni olarak özel bir zorunluluk halinin bulunduğu görüşündedir.

⁵⁵³ **KAN AYDIN, Çağrı:** “Organ veya Doku Ticareti Suçu”, **Ankara Barosu Dergisi.**, Yıl 2011/1, s.150,151; **HAKERİ, Hakan,** Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 440: Doktrinde bu maddede kullanılan “zorunluluk hali” ifadesinin ceza hukukundaki genel anlamı itibarı ile kullanılmadığı, burada kastedilenin vericinin içinde bulunduğu ekonomik şartlar olduğu, bu nedenle bu ifadenin kullanılmamasının daha isabetli olacağı belirtilmektedir; **SOYASLAN, Doğan:** “Organ Nakilleri”, **Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler**, İstanbul 2007, s. 138, **HAFIZOĞULLARI- ÖZEN:** A.g.e., Ankara 2009, s.109: Düzenlemede kanunun zorunluluk hali

bahsedilmesinin suçun işlenmesine teşvik niteliği taşıması ve organ ve doku ticareti ile mücadeleyle bağdaşmaması nedeniyle yerinde olmayacağı ifade edilmektedir.⁵⁵⁴

Gerçekten insanın mal olmaktan çıktığı modern çağda normun zorunluluk üzerinden yapılandırılması ile bu durumda insanlığın genel kurallarına tezat olarak ona organ veya dokularını bir mal gibi satma hakkı vermeyecektir.⁵⁵⁵

Mevcut düzenleme ile bu özel düzenleme şekillerinin istenemezlik ilkesinin bir türü olduğunu belirtmiştik. Bu bağlamda düşünüldüğünde, bu haller kusurluluğu kaldırmaktadır. Ancak, kusurluluğu kaldıran haller ile kusurluluğu azaltan haller birbirinden farklı hukuki nitelikte düzenlemelerdir. Bu nedenle madde metnindeki ifadelerin hukuki nitelik konusunda karışıklık yaratmayacak şekilde düzenlenmesi yerinde olacaktır. Zira “yorumla hatayı düzeltme şansı yoktur.”⁵⁵⁶

6. CMK m. 223 Hükmü ile TCK m. 25 f. 2’nin Değerlendirilmesi

Hukuk düzeninin kimi zaman yasaklanan bir davranışa belli bazı koşullar altında izin vermesiyle ortaya çıkan hukuka uygunluk nedenleri, fiille hukuk düzeni arasında bir çatışma olmaması, yahut buradaki hukuki menfaatin yokluğu, üstünlüğü

dediği durum, suçu ortadan kaldıran bir hukuka uygunluk nedeni midir yoksa cezayı azaltan veya kaldıran bir mazeret nedeni midir sorusunu akla getirmektedir. Kanun faille ceza verilmemesinden yola çıkarak hakimın takdirine göre bunun faille ceza verilmediğinde bir mazeret nedeni; failin cezası azaltıldığında da cezayı azaltan bir neden olduğunu düşünmektedir. Kanımızca bir nedenin niteliğinin belirlenmesinin hakimın takdiri aşamasında değil norm aşamasında yapılması gerekir. Normdaki oluşuma göre hakim takdir hakkını kullanacaktır. Kaldı ki takdir hakkı suçun unsurları üzerinde kullanılabilecek bir hak değildir. Verilecek ceza üzerindedir. Hafızoğulları-Özen ise bunun kusurluluğu etkileyen bir neden olarak hukuk düzenine yeni katılan istenemezlik ilkesinin (L’Inesigibilita) bir türü olduğunu düşünmektedirler, **HAFIZOĞULLARI- ÖZEN:** A.g.e., s. 323 vd., Ankara 2010.; **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** A.g.m., “İstenemezlik.” **AÜHFD.**, Yıl 2008, Cilt 57, Sayı 3, s. 338 vd.

⁵⁵⁴ **HAKERİ, Hakan: Ceza Hukuku,** Ankara 2007, s. 236 vd., **AYDIN, Murat: Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu,** Ankara 2008, s. 139; TCK. m. 25 f. 2’de düzenlenen genel nitelikli zorunluluk hali organ veya doku ticareti suçu açısından söz konusu olmayacaktır. Burada genel nitelikte zorunluluk halinin bütün şartları mevcuttur. Ancak, zorunluluk hali dolayısıyla yapılan korunma hareketinin hukuk düzeni ile çelişki içinde olmaması gerekir. Aksi halde, zor durumda olan ve organa ihtiyaç duyan birisinin hayatını kurtarmak için rızası olmayan birisinden organ almakta olduğu gibi, zorunluluk halinden bahsetmemiz mümkün olmayacaktır.

⁵⁵⁵ Bknz. aynı yönde **HAFIZOĞULLARI- ÖZEN:** A.g.e., Ankara 2010, s.109.

⁵⁵⁶ **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** A.g.m, “Malvarlığı ..”, s. 17.

ya da eşitliği esaslarına dayanmaktadır.⁵⁵⁷ Bu durumu gözeterek hareket eden 765 Sayılı TCK'da esasen hukuka uygunluk sebepleri altında yapılan düzenlemelerin hukuki niteliği konusunda yapılmış bir tartışma da bulunmamaktadır. 765 Sayılı TCK m. 49'da amirin emrini ifa ve meşru savunma bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlemiş, f. 3'de ise zorunluluk hali ile üçüncü kişi lehine zorunluluk hali düzenlenmişti. Bu iki kurumun ortak yönleri olduğu kadar, farklı yönleri de mevcuttu. Düzenlenen bu iki ayrı normda, zorunluluk halindeki sùjeler ifade edilmekte; bununla birlikte, failin kendisi ve üçüncü kişi için zorunlu olan fiil de belirlenmeye çalışılmakta idi.⁵⁵⁸ Bu kanunun ardından kabul edilen 5237 Sayılı TCK m. 25'de, meşru savunma ile zorunluluk hali ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler ortak başlığında düzenlenerek, farklı iki hukuki yapı yine aynı mantık ve aynı hukuki düzenleme altında yapılandırılmıştır. TCK m. 25'in gerek hüküm gerekse gerekçedeki örtüşmeyen durumlar dolayısı ile tartışmalı hale gelmesi ile birlikte 5271 Sayılı CMK'nın m. 223 3b⁵⁵⁹ hükmünde 25.05.2005 tarihinde değişiklik yapılarak, hukuki niteliğin kusurluluğu kaldıran hal olduğu yönünde bir nitelendirme yapılmıştır. Ancak; kanun koyucunun zorunluluk halini bir kusurluluğu kaldıran hal olarak görmek istemesine rağmen, bu düzenlemeden sonra kurumun hukuki niteliğinin netlik kazandığını söyleyebilmek mevcut yorum ilkeleri açısından mümkün değildir. Dolayısı ile zorunluluk halinin hukuki niteliği konusundaki tartışmalar soyut nitelikte olmayıp, tartışmaların hareket noktası somut olarak yapılmış bu düzenlemelerden kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte, TCK'da hukuka

⁵⁵⁷ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.e., s. 231, Ankara 2008.

⁵⁵⁸ HAFIZOĞULLARI, Zeki: "Türk Ceza Hukuku Sisteminde Zorunluluk Hali ve III. Kişiyi Kurtarma", AÜHFD. Yıl 1971 Cilt 28 Sayı:1-4, s.124.

⁵⁵⁹ CMK 223 b.3'deki fiillerin işlenmesi halinde kusurun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceği belirtilmektedir. Bu ifade için doktrinde kusurun değil, kusur ehliyetinin bulunmaması şeklinde ifade edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Zira failde kast ve taksirin bulunmaması beraat hükmünün verilmesini sağlamaktadır: DONAY, Süheyl: **Ceza Yargılama Hukuku**, İstanbul 2012, s. 319.

uygunluk nedenlerine veya suçun hukuka aykırılık unsuru diye bir kavrama yer verilmemiştir.”⁵⁶⁰ Kurumun hukuki niteliği konusundaki karmaşa, sadece zorunluluk halinin meşru savunma ile benzer hukuki yapı ve başlık altında düzenlenmesinden doğmamaktadır. Bunun yanında, meselenin çözümü için seçilen yöntem de mevcut sıkıntıyı daha da derinleştirmiştir. Bu yöntem gerekçe ile hukuki nitelik atfetmek ve karmaşanın devam etmesiyle birlikte, başta belirttiğimiz gibi CMK m. 223 3b’ye 25.05.2005 tarihinde zorunluluk halini de kapsayan hükmü eklemektir. Yine, metnin içeriğinde de bazı sıkıntılar göze çarpmaktadır. TCK m. 25’in metnine bakıldığında; metnin birinci ve ikinci fıkrasının yüklemeleri aynı olmasına ve metinde yer alan “ceza verilmez” ifadesi bir kusurluluğu kaldıran hali çağrıştırmasına rağmen meşru savunma ile aynı başlık altında düzenlenmesi zorunluluk hali için kesinlikle meşru savunma hukuka uygunluk nedenidir ama zorunluluk hali kusurluluğu kaldıran haldir demeyi en azından maddenin düzenleniş şekli bakımından savunulabilir kılmamaktadır. Bu duruma açıklama olarak, ‘5237 Sayılı TCK’nın benimsediği suç teorisi ve kurumların Alman Suç Teorisi’nden ve Alman Ceza Kanunu’ndan kaynaklandığı’ ifade edilmekle birlikte bunun gibi bir değerlendirmeyi yapabilmek için, bunların öncelikle tutarlı bir sistem olarak ceza hukuku sistemimize alınması gerekmektedir. ‘Bu nedenle böyle bir karşılaştırma yapabilmek, son derece güçtür.’⁵⁶¹ “Kaldı ki Alman Ceza Hukuku’nda tehlikeden kurtarılabilecek olan değer, zarara uğratılan değere üstünse veya en azından ona eşitse bu halde suç oluşturan fiilin kusurlu olmadığı değil, hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir.”⁵⁶²

⁵⁶⁰ ZAFER, Hamide: A.g.e., İstanbul 2010, s. 227.

⁵⁶¹ DÜLGER, Murat Volkan: “Hukuka Uygunluk Nedenleri İle Mazeret Nedenleri Arasındaki Ayrımın Tarihçesi , Niteliği ve Gerekliliği Üzerine Bir Deneme”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 9, Sayı: 24, Nisan 2014, s. 125.

⁵⁶² HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.e., Ankara 2008.

Esasen, TCK m. 25 hükmünün hukuki niteliği konusundaki tartışmaların temeli, maddenin düzenlediği her iki hukuki kurum; meşru savunma ve zorunluluk hali için de “ceza verilmez” ifadesinin kullanılmasından ve hukuki nitelik üzerinde herhangi bir belirleme yapılmaksızın yapılan düzenlemeden kaynaklanmaktadır. Madde gerekçesinde, zorunluluk halinin kusurluluğu kaldıran bir neden olarak düzenlendiği ifade edilse⁵⁶³ de bu belirleme hukuki nitelik üzerindeki problemi çözmeye yetmemektedir. TCK’da Alman Ceza Kanunu’ndaki gibi açık bir belirleme bulunmamaktadır. Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler ile hukuka uygunluk nedenleri kastedilmekte ise bunun çelişkiye yer bırakmayacak şekilde ifade edilmesi gerekir. Bilindiği gibi hukuka uygunluk nedeni olan bir durumda fiil baştan itibaren bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması dolayısı ile hukuka uygun olarak doğmaktadır. “Kusurluluğu kaldıran nedenler ise suçun oluşumuna değil, faile ceza verilmesine etki eden nedenlerdir.”⁵⁶⁴ Oysa ki; hukuki nitelik üzerindeki belirsizlik madde gerekçesi ile giderilmeye çalışılarak, madde gerekçesinin işlevi bir nitelik olarak belirlenen zorunluluk halinin mevcut durumuna açıklama getirmek iken böyle bir belirleme en azından madde hükmünden net olarak anlaşılamadığı için tam tersi bir durumla kuruma gerekçe üzerinden hukuki nitelik atfı yapılmaya çalışılmıştır. Bu durumu çözebilmek için, ne normun sözünü esas alan gramatik metot ile mantıki metot; ne de amaççı metot açısından yaklaşılsın⁵⁶⁵ böylesine bir sistematik altında zorunluluk halini salt gerekçeye dayanarak kusurluluğu kaldıran bir hal saymak mümkün değildir. TCK’nın sistematüğinden de zorunluluk halinin bu şekilde tespiti mümkün değildir. Söz konusu bu belirsizliğin sebebinin de kanun koyucunun

⁵⁶³ YALVAÇ, Gürsel: Karşılaştırmalı- Gerekçeli TCK, CMK, CGTİK, Ankara 2008, s. 93.

⁵⁶⁴ CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT: A.g.e., İstanbul 2008, s. 355.

⁵⁶⁵ Yorum metotları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. KEYMAN, Selahattin: A.g.e., Ankara 2005, s. 46 vd., GÖZLER, Kemal: Hukukun Genel Teorisine Giriş, Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorum Sorunu, Ankara 1998, s. 166-172.

sistemin tamamını göz ardı ederek yalnızca yabancı kanunların ilgili maddelerini (Örn. Alman Ceza Kanunu) Türk Ceza Kanunu'na dahil etmesi olduğu düşünülmektedir.⁵⁶⁶ Ceza sorumluluğu açısından farklı anlam ifade eden bu kurumları, farklı sistematik içerisinde düzenlemek yerinde bir tavır olacaktır.

Burada dikkat çekmek istediğimiz bir başka problem, genel hükümlerdeki 25. madde ve bu maddenin bağlı olduğu başlık açısından hukuki nitelik belirlemesi ile TCK m. 27 f. 2'deki farklı duruma CMK 223 f. 3 açısından aynı hukuki sonucun bağlanmış olmasıdır. Genel hükümlerdeki nitelik belirlemesi örtüşmesinin olmaması, yalnızca TCK m. 25 f. 2 açısından olmayıp, TCK m. 27 f. 2 'de bir mazeret nedeni görünümü arz eden sınırın aşılması hükmü ile CMK m. 223 f. 3'deki "kusurun bulunmaması dolayısı ile ceza verilmesine yer olmadığı hükmü verilmesi" ile sonuca bağlanması da tezat oluşturmaktadır.⁵⁶⁷

Ontolojik olarak, bir hukuk normu olan "ceza muhakemesi normları uygulanırken, üç aşamadan geçilir. Maddi konu, hukuk normu ve hukuki değer hükmü."⁵⁶⁸ Muhakeme faaliyeti ile hem iddia olunan fiilin işlenip işlenmediği sorunu hem de devletin cezalandırma yetkisi ile sanığın özgürlüğü hakkındaki sorun çözülür.⁵⁶⁹ Bu bağlamda, muhakeme hukuku normu aslında iki gerçeğe hizmet eder. Bunu tek gibi görünmekle birlikte içinde iki gerçeklik içeren "hüküm" ile yerine getirir. Bunlardan ilki, maddi olay hakkındaki karardır. Bu karar, maddi olayla gerçeklik arasındaki ilişkiyi kurar. İkinci karar ise, birinci kararda tespit edilen olayın

⁵⁶⁶ **ÖZBEK ve DİĞERLERİ:** A.g.e., Ankara 2012, s. 372.

⁵⁶⁷ **DÜLGER, Murat Volkan:** A.g.m., s. 176; **DEMİRBAŞ, Timur:** A.g.e., Ankara 2013, s. 254: Mazeret nedenlerinin cezasızlığa yol açan diğer nedenlerden ayrılmasına giden ilk adım suçun yapısal bir unsuru olarak hukuka aykırılığın hukuka aykırılığın, kusurluluktan farklı ve suç genel teorisinde suçun objektif yanını oluşturan bir unsur olduğu görüşünün ilk olarak 1880'li yıllarda Von Lizst tarafından ifade edilmesidir.

⁵⁶⁸ **KUNTER, Nurullah: Muhakeme Hukuku Dahil Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku,** İstanbul 1986, s. 496.

⁵⁶⁹ **KEYMAN, Selahattin:** Ceza Muhakemesinde Savcılık, Ankara 1970, s. 19-20.

hukuki bakımdan değerlendirmesidir.⁵⁷⁰ Böylelikle, muhakeme normları maddi ceza hukukuna, onun gerçeğe uygun bir şekilde yerine getirilmesi için yardım ederler.⁵⁷¹ Hukuk normunun eksik konumlandığı bir noktanın, ceza muhakemesi normları ile düzeltilmesine çalışmak mevcut norma ne yazık ki hukuki nitelik kazandırmaya yetmeyecektir. Zira; *“suç hukuku normunun muhakeme hukuku normuyla örtüşmesinin anlamı; muhakeme hukuku normunun özelliği gereği verilen hüküm bakımından ölçü olmasına değil, muhakeme faaliyeti bakımından ölçü olması gereğine hizmet eder.* Bu durum da hukuki düzen dediğimiz yapının salt hukuki değerlerin toplamından ibaret olmadığı, aksine bu yapının hukuki değerlerin oluşturduğu her parçasının birbirine uygun bir saat gibi ahenkli bir sistematik bütünlük olduğu görüşünü onaylamaktadır.”⁵⁷² CMK’da yer alan hüküm çeşitleri bakımından mevcut yapılanma, her şeyden önce hukuk normları karşısında ifade edilen bir durumdur. CMK m. 223 hükmü açısından TCK m. 25 f. 2 düzenlenmesine bakıldığında kesinlikle maddede ifade olunan hukuki niteliğin CMK ile örtüşmediği görülmektedir. Bu da gayet doğaldır. Çünkü; muhakeme normları maddi ceza hukukuyla ilgili tespit hükmü içermezler. Bu yöndeki hukuki niteleme, maddi ceza hukukunun görevidir. Hükümle birlikte hukuki niteleme yapılırken, bu durum gerek kamu hukukunun bir dalı olan ceza hukuku ve gerekse özel hukuk açısından o hukuk dalının tabi olduğu genel hükümlere göre yapılacaktır. “Usul hukukuna ilişkin olan kanunların asıl amacı ceza sahasındaki asıl hukuk kurallarının uygulanmasına bir vasıta oluşturmaktır.”⁵⁷³ CMK m 223 3b hükmü teknik anlamda “hüküm” verilmesini düzenlemektedir. Usul kuralları ile uygulanacak bir hükmün hukuki

⁵⁷⁰ Aktaran, KEYMAN, Selahattin: **Hukuka Giriş**, Ankara 2005, s. 176.

⁵⁷¹ ÖZBEK ve Diğerleri: A.g.e., Ankara 2014, s. 42.

⁵⁷² KUNTER, Nurullah: A.g.e., İstanbul 1986, s. 496-497.

⁵⁷³ KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU: **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Birinci Kitap**, İstanbul 2009, s. 15.

niteliğinin tespiti ise ayırdına varılmış bir uygulama değildir. Böylelikle, CMK'nın “Duruşmanın sona ermesi ve hüküm” başlığını içeren m. 223 hükmünde zorunluluk halinin hukuki niteliğine maddi ceza hukukunda gerçek anlamda çözüm getirilemediği için bir hüküm koymak ihtiyacı duyulmuştur. Ancak, kanun koyucu hukuki bütünlüğü gözardı etme pahasına doktrinde pek fazla taraftar bulmamış bir düşünceyi CMK m. 223 3b'de hüküm yaparak, zorunluluk halinin kusurluluğu kaldırdığına hükmederek meseleyi çözmemiş aksine derinleştirmiştir.⁵⁷⁴

CMK m. 223 f. 2d'de “Olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması halinde beraat kararına hükmedileceği” belirtilmekle, birlikte bu hukuka uygunluk nedenleri tek tek gösterilmemiştir. Aynı maddenin f. 3b⁵⁷⁵ hükmünde yüklenen suçun zorunluluk hali veya cebir ve tehdit etkisi ile işlenmesi halinde, fail hakkında “ceza verilmesine yer olmadığı” kararı verileceği hükmüne bağlanmış f. 3b'de ise zorunluluk hali için kusurun bulunmaması nedeni ile ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilirken, f. 4'de fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen, faile ceza verilmediği bazı hallerde de yine ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi şeklinde düzenlendiği görülmektedir. *Beraat kararının düzenlendiği m. 223 f. 2c failin kast ve taksirinin bulunmaması halini beraat sebebi saymış iken, zorunluluk halinde kusurun bulunmaması dolayısı ile ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesini açıklayabilmek mümkün değildir.*⁵⁷⁶ Yine CMK m. 223 f. 3b'de “zorunluluk hali” ya da bağlacı ile “cebir veya tehdit etkisi” ile kavramlarına bağlanarak bu birbirinden ayrı iki hukuki kurum nitelik olarak adeta

⁵⁷⁴ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.m., “Malvarlığına Karşı...” s.16.

⁵⁷⁵ 5271 S. CMK m. 223 3b hükmüne göre sanık hakkında a) yüklenen suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması b) yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi sureti ile veya zorunluluk hali veya cebir etkisi ile işlenmesi c) meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması d) kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi hallerinde kusurunun bulunmaması dolayısı ile *ceza verilmesine yer olmadığı kararı* verilir.

⁵⁷⁶ ZAFER, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010, s. 260.

denkleştirilmiştir. Genel hükümlere bakıldığında mevcut maddelerin düzenlenişi itibarı ile birbiriyle mantıki ya da analitik bir bağ içinde bulunmadıkları görülmektedir. Zira, *filin maddi cebre maruz kalana ait olmadığı bu durumda maddi cebre maruz kalan açısından fiilin sübut etmediğine karar verilecektir. Bu durumda da ceza verilmesine yer olmadığına değil “fiilin mevcut olmadığına” karar verilmesi gerekir.*⁵⁷⁷ Nitekim YCGK.⁵⁷⁸ da CMK’daki hükümden hareketle zorunluluk halini “kusurluluğu kaldıran bir sebep” saymaktadır.

Özellikle burada, kişinin fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğini kaldıran veya önemli derecede azaltan nedenlerin bulunması durumunda kusurunun bulunmaması dolayısı ile ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilebileceğine ilişkin hüküm, kastın veya taksirin bulunmaması nedeniyle beraat kararı verileceğine ilişkin hükümle birlikte değerlendirilmelidir. Beraate ilişkin hüküm çeşidi hangi unsurların bulunmaması halinde suçun oluşmayacağını belirtmektedir. Yasa koyucu bu düzenleme ile suçun unsurlarını tipiklik, fiil, kast veya taksirin bulunması, hukuka aykırılık olarak belirlemiştir.⁵⁷⁹ Yine CMK m. 223 f. 9’da⁵⁸⁰ da derhal beraat kararı

⁵⁷⁷ KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür: A.g.e., s. 119.

⁵⁷⁸ YCGK. 26.02.2008-1-281/37, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi, 10.04.2011.

⁵⁷⁹ ZAFER, Hamide: A.g.m., s. 4: Belirtilmelidir ki CMK 223 f.2 b.d’de **fiil** nitelemesi yerine **suç** nitelemesi kullanılmış ve “yüklenen suçun sanık tarafından işlenmiş olmasına rağmen olayda hukuka uygunluk nedeninin bulunması”ndan söz edilmiştir. Dolayısı ile beraat kararı verilebilecek haller düşünüldüğünde ifadedeki hata belirginlik kazanmaktadır. Yargıtay 3. CD., 02.06.2010 674 E. ve 8151 K: “sanık hakkında kasten yaralama eyleminden dolayı TCK m. 86 f. 2, m. 31 f. 2’den dolayı dava açılmış ise de teorik olarak ceza yargılaması hukukunda yaptırımın birinci amacının ödetme, ikinci amacının ise faili yeniden ıslah etme ve topluma akzandırma olduğu, demokratik hukuk devletlerinde yaptırımın başka bir amacının olamayacağı... somut olayda failin tokat ile vurduğu, sanığın bu eylemi haksız tahrik boyutunu aşacak bir saikle gerçekleştirdiği ve eylemin sonucunda mağdurda herhangi bir yaralanmanın meydana gelmediği, sanığın bu eyleminden dolayı tecziyesinin cezanın ödetme ve ıslah amacını aşacağı...eylemdeki **haksızlık içeriğinin azlığı** nedeniyle CMK m. 223 f. 4d uyarınca sanığa takdiren ceza verilmesine yer olmadığına...hüküm kurulmuştur; KOCA-ÜZÜLMEZ, İlhan: A.g.e., Ankara 2014, s. 78: Haksızlık yargısının belirlenmesinde öncelikle fiil üç değerlendirme aşamasından geçmekte ve onun suç teşkil eden haksızlığı oluşturduğu belirlenmektedir. Kusurluluk haksızlığın unsurlarının gerçekleşmesinden sonra fille ilgili olarak fail hakkında verilen bir değer hükmüdür. Haksızlık olmaksızın kusur olamayacağı ancak kusur olmadan haksızlığın olacağı tespiti her ne kadar ayrıştırılmış görünse de irade ve algı (isnat) yetenekleri eşdeğer kılınmıştır.

verilebilecek hallerde ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemeyeceği düzenlenmektedir. 5237 Sayılı TCK kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerle, hukuka uygunluk sebepleri arasındaki ayrımı tanımamıştır. Bunun gerekçesi olarak da TCK’da farklı bir suç teorisinin benimsendiği yönündeki yaklaşım gösterilmektedir.⁵⁸¹ CMK m. 223 bu hallerde ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceğini söyleyerek TCK ile CMK arasında bağlantı kuruyor ise de kurumun hukuki niteliğini değiştirmeyen ancak mahkemeleri bu yönde karar vermeye zorlayan *yasal ama hukuk dışı bir düzenleme getirmektedir*. Yasanın “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenler” başlığını kullanmış olması, hukuka uygunluk sebeplerinin kaldırıldığı şeklinde anlaşılmamalıdır. Bu yalnızca terim konusunda kanun koyucunun anlayış değişikliği olarak kabul edilmelidir. Nitekim CMK m. 223 beraat kararı verilebilecek haller arasında olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmamasını da saymıştır.⁵⁸² Aynı madde içindeki iki norm arasındaki çelişki eleştiriye açıktır.⁵⁸³ Gerekçedeki hatalı düzenlenen ve madde metninde bulunmayan noktaları maddeye katmayı hedefleyen ifadelerle rağmen TCK açısından bu kurum mevcut düzenleme itibarı ile bir hukuka uygunluk nedenidir.⁵⁸⁴

Karşı görüş olarak; ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerin aynı başlık altında düzenlenmesinin bu kurumun hukuki sonuçlarının aynı olduğu, hukuki

⁵⁸⁰ CMK m. 223 f. 9 “Derhal beraat kararı verilebilecek hallerde durma, düşme veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemez.”, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Ankara 2012, s. 606.

⁵⁸¹ KEÇELİOĞLU, Elvan: A.g.m., s. 299- 317.

⁵⁸² ÖZBEK ve Diğerleri: A.g.e., s. 264.

⁵⁸³ ÜNVER, Yener: “YTCK’da Kusurluluk”, **İzmir Birinci Ceza Hukuku Günleri**, 15-16 Nisan 2006, s. 63: Doktrinde TCK’daki mevcut bu düzenlemenin başta Alman Ceza Hukuku olmak üzere bazı ülkelerin tercih ettiği ikili sistemi kabul etmediğinden özellikle hukuka uygunluk ve aykırılığın tüm hukuk dallarında ortak olma özelliğinin sonuçlarını açıklayamadığı belirtilmektedir. Örneğin zorunluluk haline rağmen tazminat sorumluluğunun doğduğu haller açıklanamadığı gibi, bu düzenleme özellikle zorunluluk hali içinde bulunan kişinin tehlikeden kaçarken bizzat tehlikeyi yaratan kişiye zarar verilmesi halinde bir tazminat sorumluluğunun doğup doğmayacağı sorusunu da cevapsız bırakmaktadır.

⁵⁸⁴ ÜNVER, Yener: “A.g.m., “YTCK’da ...” s. 63.

niteliklerinin ise farklı olduğu yolundaki görüşü destekler nitelikte olduğu savunulmakta⁵⁸⁵ ise de ifade etmek gerekir ki; hukuki nitelikleri farklı olan iki hukuk normunun eğer lafzi bir düzenleme hatası yoksa beşeri bir kanun gereği, aynı sonucu doğurmalarına imkan olmaması gerekir. Buna insani nedensellik yasası⁵⁸⁶ da örnek olarak verilebilir. Burada farklı hukuki nitelikteki iki hukuk normunun aynı hukuki sonucu doğurmasını olsa olsa olağan dışı ya da atipik bir sonuç olarak görmek mümkündür. CMK'nın düzenlemesi dikkate alındığında, TCK açısından aynı başlık altında düzenlenen hukuk normlarının hukuki niteliklerine bağlanan sonuçların birbirinden farklı olduğu görülmektedir.⁵⁸⁷

Yine TCK açısından kurumun hukuki niteliğine ilişkin düzenlemenin gerekçe ile sınırlandırılmış olması, gerekçenin bağlayıcı olmayan niteliği karşısında aslında sistematik bir usulle hukuki nitelemeye gidilmesi ihtiyacını hiçbir şekilde ortadan kaldırmamaktadır. *Doğru olan yaklaşım, kurumun hukuki nitelemesinin ceza kanununda somut bir düzenleme ile yapılmasıdır. Ceza kanununda eksik tanımlanan bir hükme, Ceza Muhakemesi Kanunu ile açıklık getirmek kanun tekniği ile bağdaşmamaktadır.* Dahası “ceza verilmesine yer olmadığı” kararı hukukumuz açısından yeni bir kurumdur. Önceleri gerek yerel mahkemelerin, gerekse Yargıtay’ın “ceza verilmesine yer olmadığı kararı” verdiği görülmekte ise de aynı gerekçe ile beraat kararının da verildiği görülmekte idi.⁵⁸⁸ *Aslında bu durum bile Türk Ceza Hukuku açısından Alman Ceza Hukuku’ndan esinlenilerek hukukumuza iştirilen kavramların gerek doktrin gerekse uygulama açısından net bir yerde bulunmadığının da bir göstergesidir.* Kusur ve kusurluluk yargılarının

⁵⁸⁵ Bknz. aynı yönde KEÇELİOĞLU, Elvan: A.g.m. , s. 319.

⁵⁸⁶ TOROSLU, Nevzat: A.g.e., Ankara 2009, s. 131.

⁵⁸⁷ KEÇELİOĞLU, Elvan: A.g.m., s. 319.

⁵⁸⁸ ÖZBEK ve Diğerleri: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2014, s. 750.

konumlanmaları ayrıca bir haksızlık unsuru ve buna ilişkin bir tespiti içermemektedir. Öyle olunca sıklıkla bahsedilen faile kınama yöneltilememesi⁵⁸⁹ ve suçun tüm unsurları ile gerçekleşmiş olması, ceza verilmesine yer olmaması kararı gibi durumlara uygulamada teori ile örtüşecek tam bir karşılık bulunamadığından beraat kararı içinde biçimlendirilmeye çalışılmaktadır.⁵⁹⁰ Bu yönüyle cezalandırmaya engel olan nedenler failin şahsi niteliği, anayasa hukukuna ya da uluslararası hukuka ilişkin gerekler nedeniyle kabul edilen fiilin tipikliğine, hukuka aykırılığına ya da kusurluluğuna etkisi bulunmayan ancak cezalandırmaya engel olan nedenlerdir. Burada fiilin haksızlık niteliğinin devam edeceği⁵⁹¹ ifade edilmektedir. Ancak pek tabi haksızlık yargısının, tespitinin ve bunun kusurla olan bağlantısının bir açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Diğer bir karışıklık ise, CMK m. 223 f. 3'de

⁵⁸⁹ **ÖZBEK ve Diğerleri:** A.g.e., Ankara 2014, s. 750: Kusurun bulunmaması kınanabilirlikle ilgilidir. Fiil tipe uygun ve hukuka aykırıdır. Ancak kınanabilir olmadığından fail cezaya layık bulunmaz. Bu halde kusurluluk tamamen kalkmış olmayıp, önemsiz surette azalmıştır. Artık bu durumda mantık olarak cezalandırmada kamusal bir menfaatin bulunmadığı kabul edilir. Bu nedenle failin kusurunun azlığına ilişkin bir değerlendirme yapılırken mahkeme tarafından şüpheden arındırılmış olarak delillerle tespiti aranmamakta, failin kusurun azlığı nedeniyle tatmin edici bir kanaate ulaşması yeterli görülmektedir; **KOCA-ÜZÜLMEZ:** A.g.e., Ankara 2014, s. 77, 97: Suç haksızlık teşkil eden bir fiil olmakla birlikte her haksızlık suç değildir. Suçun bir unsuru olarak kabul edilen tipiklik dar anlamda tipikliklerdir. (Haksızlık tipi) Her bir suça kendi özelliğini veren ve onun 'haksızlık içeriğini' karakterize eden tanımdaki unsurlar dar anlamda tipikliği oluşturur. **ÖZBEK ve Diğerleri:** A.g.e., Ankara 2014, s. 753: İşlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı fiilin toplumsal uygunluğu ile birlikte değerlendirilmelidir. Bu durum şöyle ifade edilmektedir; işlenen fiilin haksızlık içeriğinin az olduğu durumda aslında failin kusur yeteneği mevcuttur ve fiili de tipe uygundur. Ancak fiil örf adet gereği toplumsal uygunluğa sahip olduğu için suç olarak kabul edilmez. Örneğin açık bulduğu bahçe kapısından girerek çeşmeden su içen kişinin fiili bu şekilde değerlendirilmektedir. Bu gibi hallerde kanun koyucu ceza verilmesini gerekli görmeyerek ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesini kabul etmiştir. *Ancak toplumsal uygunluk aynı zamanda hukuk kurallarının genellik ve objektiflik niteliği ile çatışabileceğinden her durumda kullanılacak bir kriter olarak görünmemektedir.* **ÖZBEK ve Diğerleri:** A.g.e., Ankara 2013, s. 355, 356 : Günümüzde kusurluluk ve haksızlığın aynı şeyler olmadığı fiilin tipe uygun ve haksız olduğunun kabulüyle yalnızca fiilin haksız olduğunun tespit edildiği belirtilmektedir. Yani haksızlık fiilin hukuk düzeninde var olan ve suç tipinin oluşumunu sağlayan davranış normlarının ihlalidir. Kusurlulukta artık toplumun geneli için geçerli olan beklentiler değil, failin kişisel olarak yapabileceği şeyler dikkate alınır.

⁵⁹⁰ CMK'da CMUK'daki hüküm kavramından önemli surette ayrılmış olmasının sebebi, Yeni TCK'da suç ve suçun unsurlarına verilen yeni anlam gösterilmekte ve böylelikle hüküm kavramının farklı bir şekilde düzenlenmek zorunda kaldığı ifade edilmektedir. **ÖZBEK ve Diğerleri:** A.g.e., Ankara 2014, s. 752.

⁵⁹¹ **ÖZBEK ve Diğerleri:** A.g.e., Ankara 2014, s. 750.

düzenlenen “kusurun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı”⁵⁹² kararı ile CMK m. 223 f. 4’de düzenlenen işlenen fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen faile ceza verilmeyen bir “ceza verilmesine yer olmadığı” kararını düzenleyen hükmün bulunmasıdır. Bu hükmün içeriğinde, yine *haksızlık içeriğinin azlığı* da yer almaktadır. “Bu kararın verilmesinin asıl amacı, cezanın birincil amacının ödetme, ikincil amacının ise; failin ıslah edilmesi ve yeniden topluma kazandırılmasıdır.”⁵⁹³ Zorunluluk hali, kusurluluğu kaldırır hal olarak kabul edildiğinde pekala bu durumda işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı da gündeme gelecektir. Bir kurumsal yapı olarak olayda, zorunluluk halinin varlığına hükmedilmesi durumunda dahi, somut olaydaki fiilin haksızlık içeriği tartışmasına dayanması ve hükmün CMK m. 223 f. 4’den⁵⁹⁴ kurulması mümkündür. Dolayısı ile bir şeyin aynı anda iki şey olamayacağı bir fizik kuralını tekrar hatırlamak gerekmektedir.

7. Genel Değerlendirme

Türk Ceza Hukuku açısından zorunluluk halinin yapılanmasını anlamak için Mülga 765 Sayılı TCK’ya, 5237 Sayılı TCK’ya ve bunların temel alındığı anlayışla birlikte zorunluluk hali kurumunun yapılanma şekline bakmak gerekmektedir. 765

⁵⁹² Y. 13. Ceza Dairesi, Esas No: 2014/9942, Karar No: 2014/31481: “Olay günü, çok sayıda kişinin karıştığı kavgada bıçakla yaralanan arkadaşı İmdat Özcan’ı hastaneye yetiştirmek amacıyla ekip aracını çalan sanığın arkadaşını hastaneye götürdüğü, aracın da kolluk kuvvetleri tarafından hemen acil servis önünde bulunduğu anlaşılması karşısında, sanığın eyleminin *TCK’nın 147. maddesinde düzenlenen “zorunluluk hali” kapsamında kaldığı*, bu nedenle sanık hakkında CMK’nın 223/3-b bendi uyarınca *ceza verilmesine yer olmadığına şeklinde karar verilmesi gerekirken, hukuka uygunluk nedeni bulunduğu bahisle yazılı şekilde beraat kararı verilmiş olması, bozmayı gerektirmiş*, katılan vekilinin temyiz istemi bu bakımdan yerinde görülmüş olduğundan, hükmün açıklanan nedenle tebliğnameye aykırı olarak bozulmasına, 11.11.2014 gününde oy birliğiyle karar verilmiştir.”

⁵⁹³ ÜNVER-HAKERİ: *Ceza Muhakemesi Hukuku, II. Cilt*, Ankara 2013, s. 249.

⁵⁹⁴ CMK m. 223 f. 3’deki ifade kusurun bulunmaması yerine, kusurluluğun bulunmaması şeklinde değiştirildiğinde asıl maksadını ifade edeceği belirtilmektedir. Bunun için de kusurluluğu kaldırır hallerin esas olarak algılama ve irade yeteneğini kaldırır haller olup kusurlu hareket edebilmenin ön koşulunu oluşturduğu ifade edilmektedir. **ÖZBEK ve Diğerleri: Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara 2014, s. 752.

Sayılı TCK zorunluluk halinini, hukuka uygunluk sebeplerinden biri olarak birinci kitabın dördüncü bölümünde “Cezaya ehliyet ve bunu kaldıran ve hafifleten sebepler” başlığı altında hükme bağlamıştı.⁵⁹⁵ Kanun koyucu bu hallerde failin cezalandırılmayacağına hükmederek bu durumu 49. Madde’nin 3. Fıkrası’nda kanunun hükmü, meşru savunma ve zorunluluk hali gibi birden çok normu tek bir hükümde düzenleyerek yapılandırmıştı.⁵⁹⁶ Mülga TCK’nın hukuk sisteminde, kanunda yer alan ve almayan hukuka uygunluk nedenleri ayrımı yapılmakta ve meşru savunma ile zorunluluk hali açık bir şekilde hukuka uygunluk nedenleri içinde sistemleştirilmekteydi.⁵⁹⁷ Yine bu TCK’da cezaya ehliyet ve bunu kaldıran ve hafifleten sebepler bir arada düzenlenmişti. Bu başlık altında hukuki hata (m. 44), kast ve taksir (m. 45), isnat yeteneğini kaldıran veya etkileyen haller (m. 46, 47, 48, 53, 54, 55, 57, 58) haksız tahrik (m. 51) ile şahısta hata ve sapma (m. 52) herhangi bir ayırım yapılmaksızın birlikte düzenlenmişti. 765 Sayılı TCK, İtalyan Zanardelli ve Rocco Ceza Kanunları’nın esintilerini taşımakta idi. Bu TCK’da doktrin ve yargı kararlarında 49. Madde’nin ifade ediliş şekli ve hukuki niteliği itibarı ile zorunluluk

⁵⁹⁵ <http://cezahukuku.istanbul.edu.tr/ders-gerecleri/turk-hukuk-reformu-ders-notu.htm>, Erişim Tarihi 11.03.2013: 1889 İtalyan Zanardelli Kanunu döneminin modern kanunlarından biri olmakla birlikte, temelinde 19. yüzyıl ceza hukuku anlayışı yatmaktaydı. Nitekim 765 sayılı TCK da, suç teorisine ilişkin olarak nedensellik bağlantısını esas alan pozitivist-klasik görüşün bir ürünüydü. Bu nedenle Kanunda kusur ilkesine aykırı ve objektif sorumluluğa dayanan pek çok hüküm bulunmaktaydı. **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** A.g.m., “...III. K. K.”, s. 116: Zorunluluk kavramı başlangıçta karşısında dayanılmaz bir güç ya da mücbir sebepten (forza maggiore) doğan bir tür manevi cebir olarak düşünülmüştür. 1808 tarihli Napoli Kanunu mücbir sebepten söz etmektedir. 1819 tarihli Napoli Kanunu ve öteki İtalyan Kanunları “karşı koyamayacağı bir gücün egemenliğine boyun eğen kimsenin fiilinin suç olmayacağını” hükme bağlamıştır. Ancak ilerleyen zamanlarda bu tür bir düzenlemenin kötüye kullanılma endişesi ile 765 sayılı TCK’ya mehz olan İtalyan Ceza Kanunu’nun 49, 50, 51. madde hükümleri doğmuştur. Zorunluluk hali ise Rocco Kanunu olarak bilinen İtalyan Ceza Kanunu’nun 54. Maddesi’nde düzenlenmiştir, <http://www.testolegge.com/codice-penale/articolo-54-2>, Erişim Tarihi, 11.03.2013, **FORNASARI, Gabriele: I Principi Del Diritto Tedesco**, Padova 1993, s. 277: Alman Ceza Kanunu’nda zorunluluk halinin iki ayrı hükümde düzenlenen hukuka uygunluk sebebi ve kusurluluğu kaldıran hal olarak yapılması bugünkü hukuki düzenlemesine 1975 yılındaki hukuk reformu ile kavuşmuştur. İtalyan Ceza Kanunu’nun 54. maddesi ise Alman Ceza Kanunu’nun bu değişimden önceki halidir.

⁵⁹⁶ Metin için bkz. **EREM, Faruk: Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler**, Ankara 1993, s. 403.

⁵⁹⁷ **MAHMUTOĞLU, Fatih Selami**, “5237 Sayılı TCK’da Hukuka Uygunluk Nedenleri”, **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, Yıl:2 Sayı:5, Nisan 2005, s. 45.

hali kurumunun bir *hukuka uygunluk sebebi* olduğu tartışmasız kabul edilmişti. Ancak yürürlükteki TCK'daki m. 25 f. 2 düzenlemesi için aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Zorunluluk hali için gerek gerekçe hükmü ve gerekse özel hükümlerde düzenlenmiş olan zorunluluk hali benzeri yapılanma ile CMK 223 3b düzenlemesi birlikte değerlendirildiğinde, kurumun hukuki niteliğini belirlemek adeta olağan dışı bir durum haline gelmiştir. Çünkü; madde metninde alışılmış olan şekliyle, belirgin bir nitelendirme yapılmadığı gibi mevcut nitelendirmeler de birbiri ile çelişir niteliktedir.⁵⁹⁸ Mevcut TCK'daki bu yapılanmanın, Alman Ceza Kanunu'ndaki anlayıştan esinlendiği iddia edilmektedir.⁵⁹⁹ Bu konuda sağlıklı bir değerlendirme yapılabilmesi için, öncelikle Alman Ceza Kanunu ile İtalyan Ceza Kanunu'ndaki yapıların değerlendirilmesi gerekmektedir. Alman Ceza Kanunu olgular alemine ait olan “zorunluluk” denen durumu, kendi sistemi içinde tutarlı ve sistematik bir şekilde düzenlemiş ve sisteme Alman Ceza Kanunu içinde hukuki bir yapı kazandırmıştır. Bu yapı için, 1975 yılında Almanya'da yapılan hukuk reformunu rasyonalize etmek isteyen yasa koyucu zorunluluk hali konusundaki yapıyı iki ayrı şekilde ve ayrı hukuki düzenlemeyle yapmıştır. Hukuka aykırılık ile kusurluluk arasında yapılan ayrım ise; Alman Ceza Hukuku biliminde suç teorisinin mihenk taşıdır.⁶⁰⁰ Kusurluluğu kaldıran zorunluluk hali için, açık bir orantısızlık kriterinin gerekliliği ifade edilmekte ve bunun da tıpkı iki deniz kazazedesinin hayatta kalmak için içlerinden birini öldürmesi gibi, *eşit düzeydeki haklar arasında*

⁵⁹⁸ Buna örnek olarak kanunun gerekçesindeki kusurluluğu kaldıran hal nitelemesinin hukuki açıdan bağlayıcı olamayacağını, madde başlığındaki düzenlemenin ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler olarak yapılandırılmasından hareketle kanunun sistematüğinden hukuki nitelemenin tespitinin imkansız hale gelmesini ve yine CMK m. 223 b.2'de hukuka uygunluk sebeplerinin bulunması durumunda beraat kararı verileceği ifade edilirken b. 3 hükmünde zorunluluk halinin kusurluluğu kaldıran hal olarak tanımlanması verilebilir.

⁵⁹⁹ Karşı Görüş için bkznz. **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** A.g.e., Ankara 2008, s. 243.

⁶⁰⁰ **TOROSLU, Nevzat:** A.g.e., Ankara 1968, s. 8.

söz konusu olabileceği belirtilmektedir.⁶⁰¹ Hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinde, temel alınan prensip tehlike altındaki insanlar için öncelikli olabilecek ve yaşam dışında bu yöndeki öncelik de değişebilmekle birlikte birtakım değerlerin korunmasıdır. Bu değerler; yaşam, fiziksel bütünlük, özgürlük, onur, adalet ya da hukuki olarak korunan diğer yararlardır.⁶⁰² Yine bu unsurlar içindeki yapılanma da tüm bir ceza hukuku sistemi açısından bütünlük arz etmektedir. Önceleri yalnızca medeni hukuk açısından ve belli hallerde geçerli olan zorunluluk hali, hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hali olarak, Alman Ceza Kanunu'nun 34. Maddesi ile genel bir ilke olarak kabul edilmiştir. Getirilen bu hükümle, daha önce örf ve adet hukukunda yer alıp “yasa hükümlerinin üstünde” bir yere sahip bulunduğu kabul edilen zorunluluk hali pozitif hukuka aktarılmıştır.”⁶⁰³ Alman Ceza Kanunu'nun 49. Maddesi'nin 3. Fıkrası'nda getirilen fiilin uygunluğu ve menfaatlerin tartılarak önemli ölçüde ağır basan menfaatin diğerine üstün tutulması kriterleri, hukuka uygunluk sebebi nitelemesinde kullanılırken; 35. Madde'de zorunluluk halini kusurluluğu kaldıran hal olarak kabul edebilmek için ayrı bir kriter geliştirmiştir. Burada hayat, vücut bütünlüğü ve özgürlüğe yönelen mevcut ve başka türlü bertaraf edilemeyen bir tehlike vardır. Ancak bunun için de kişiler arasında belli yakınlık dereceleri aranmaktadır. Kişi kendisine, ailesine dahil olan bir kişi ya da bir yakını için söz konusu olan tehlikeyi bertaraf etmek için hukuka aykırı bir fiil gerçekleştirirse kusurlu sayılmamaktadır.⁶⁰⁴ Buna göre; zorunluluk halinin varlığından söz edilebilmesi için vücut bütünlüğüne, özgürlüğe, şerefe, mal varlığına veya başka bir hukuki menfaate yönelik olarak, halen bir tehlikenin mevcut olması

⁶⁰¹ CADOPPI-VENEZIANI: A.g.e, Padova 2010, s. 264.

⁶⁰² FORNASARI, Gabriele: *I Principi Del Diritto Penale Tedesco*, Padova 1993, s. 277-278.

⁶⁰³ JESCHECK, Hans Heinrich: *Çeviri İçel- Yenisey- Bayraktar, Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş, Türk Ceza Hukukuna İlişkin Açıklamalar*, İstanbul 1989, s. 25, 26.

⁶⁰⁴ YENİSEY-PLAGEMAN: *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch*, İstanbul 2009, s. 25.

ve bu tehlikenin sadece fail tarafından gerçekleştirilen ve tipe uygun bir hareketle kaldırılabilmesi şarttır. Ayrıca, karşılıklı olarak çatışan menfaatlerin zorunluluk hali ile tehdit altına konmuş bulunan menfaatten, *önemli bir şekilde üstün durumda bulunması* da şarttır. Bu değerlendirme yapılırken göz önünde tutulan unsurlar olan, ilgili hukuki menfaatlerin değeri ile somut olayda gerçekleşmiş bulunan zararın ağırlığı mevcut faktörlerden yalnızca birisi olup, yegane bir unsur değildir. Değerlendirmede; tehlikenin yakınlığı ile ağırlığı, ilgili menfaatlerin fonksiyonel açıdan taşıdıkları önem, meydana gelen zararın giderilip giderilemeyeceğinin irdelenmesi gereği gibi, zorunluluk halinin nihai amacının da göz önünde tutulması zorunludur. Doktrine göre; ACMK 218. maddenin a bendinde belirtilmiş bulunan ve gebeliğin durdurulmasını düzenleyen bütün haller hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk halinin kanunda düzenlenmiş özel bir şeklidir. Ancak, korunan menfaatin değerinin üstün olduğunun açıkça belli olduğu bazı hallerde, zorunluluk hali içinde yapılan hareket haklı görülemez. Zira, Alman Ceza Hukuku'na göre hukuka uygunluk iki açıdan değerlendirmeye bağlıdır. Bu konuda birinci değerlendirme *menfaatlerin mevki farkı* (Rangunterschied), ikinci değerlendirme ise zorunluluk halinde iken yapılan hareketin *sosyal-ahlaki anlamı* göz önünde tutularak yapılan değerlendirmedir. Bu hareketin sadece değeri olduğu gibi koruyan bir hareket olması yetmez, ayrıca “ölçülü” de olması gerekir. Bu fikir 218. Madde'nin birinci fıkrasında yer almıştır. Annenin gebeliğin durdurulmasına rıza göstermesi şarttır. Hukuka uygunluk sebebi olabilen zorunluluk halinde de üçüncü şahıs lehine meşru müdafaada bulunulması mümkündür.⁶⁰⁵ İtalyan Ceza Kanunu'nda zorunluluk hali,

⁶⁰⁵ JESCHECK, Hans Heinrich: A.g.e., İstanbul 1989, s. 26.

hem madde 46'da manevi cebir⁶⁰⁶ ve hem de madde 54'te zorunluluk hali olarak düzenlenmiştir.⁶⁰⁷ İtalyan Ceza Kanunu, zorunluluk halini m. 54 f. 1'de hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlemiş, maddenin ikinci fıkrasındaki manevi cebir halinde de zorunluluk halinin şartlarının uygulanacağı belirtilmiştir. İtalyan Ceza Hukuku Doktrini'nde, hukuka uygunluk nedenleri arasında gösterilen zorunluluk halinin hukuki niteliği konusunda, İtalyan Ceza Hukukçularınca görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Hatırı sayılır bir çoğunluğa göre; kurumun hukuki niteliği hukuka uygunluk sebebi iken,⁶⁰⁸ bazılarına göre; zorunluluk halinin kusurluluğu kaldıran hal gibi ele alınması gerektiği kabul edilmektedir. İtalyan Ceza Kanunu'nun 54. Maddesi'ne bakıldığında ise kurumun niteliğinin hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlendiği görülmektedir.⁶⁰⁹ Alman Doktrini'nde hukuki dayanağı bulunan iki tür

606 <http://www.testolegge.com/codice-penale/articolo-49-2> (Erişim Tarihi 22.02.2013): "Costringimento fisico", İtalyan Ceza Kanunu'nun 46. maddesi maddi cebir durumlarında zorunluluk halini düzenlemiştir. 46. madde vücuda doğrudan doğruya yönelik olan cebir hallerinde uygulanırken "vis absoluta ve vis compulsiva" bir hukuka uygunluk sebebi olarak anlaşılan madde 54 mevcut bir tehlikenin ve tehdidin doğurduğu "manevi cebir" hallerini kapsamaktadır. Bu hükmün uygulanabilmesi için kişiye yönelik ağır zarar tehlikesi "danno grave alla persona" mevcut bulunmalıdır. Bu tehlike sadece vücut ve hayat bakımından söz konusu olmayıp hürriyet, şeref, özel hayatın gizli alanı gibi kişiye ait diğer temel hukuki menfaatleri de kapsamaktadır. İtalyan Doktrini'nde hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hali ile kusurluluğu kaldıran hal olan zorunluluk hali arasında ayırım yapılmamış olması eleştirilmektedir: **JESCHECK, Hans Heinrich: Alman Ceza Hukuku, Kusur İlkesi, Yay. Haz. Yenisey, Feridun**, İstanbul 2007, s. 164, 165.

607 <http://www.testolegge.com/codice-penale/articolo-54-2> (Erişim Tarihi 22.02.2013): "Stato di necessita", İtalyan Ceza Kanunu'nun 54. maddesi şu şekildedir: "Kendisinin bilerek neden olmadığı başka şekilde de kurtulamadığı kişiye karşı ağır bir zarar verecek ve güncel (halen mevcut) bir tehlikeden kendisini ya da başkalarını kurtarmak zorunluluğu nedeni ile fiili işleyen kişi ancak fiil tehlike ile orantılı olmadığı müddetçe cezalandırılabilir.

Tehlikeye katlanma yükümlülüğü olan kişiye karşı bu hüküm uygulanmaz.

Bu maddenin birinci fıkrasındaki hüküm aynı zamanda *manevi cebir dolayısı ile oluşan zorunluluk halinde de uygulanır*. Ancak bu durumda sorumluluk tehdit ile bir fiili işlemeye zorlayan kişidir."

608 **ANTOLISEI, Francesco: Manuale Di Diritto Penale Parte Generale**, Milano 1997, s. 300 vd.

609 MANNA, ortada bir görünüm arzettiği görüşündedir. Dolayısı ile kurumun karma bir yapısının olduğu varsayılmaktadır: **MANNA, Adelmo: Corso Di Diritto Penale, Parte Generale I**, Milano 2007, s. 264; **ANTOLISEI, Francesco: Manuale Di Diritto Penale Parte Generale**, Milano 1997, s. 300, 302 vd; **PADOVANI, Tullio: Diritto Penale**, Milano 2008, s. 171: Zorunluluk halinin hukuki niteliği bir hukuka uygunluk sebebi olup bu konu asla problematik bir durumda da değildir. Bazen her iki hak eşit değerde olabilir ve bazen de her iki hak da kaybedilebilir. Ancak içerik olarak bakıldığında bu bir hukuka uygunluk sebebidir. Haklardan birinin kaybı, bunlardan biri olduğu, denge olduğu sürece tek başına negatif bir durum değildir; **ALIMENA, Francesco: La Colpa Nella Teoria Generale Del Reato**, Palermo 1947, s. 66-67; **GAROFOLI, Roberto: Manuale Di Diritto Penale Parte Generale**, Milano 2006, s. 455: Zorunluluk hali mevcut İtalyan Ceza Kanunu m. 54 sistemine göre bir hukuka uygunluk nedeni olmakla birlikte, kamusal görev çatışmaları ve tıbbi müdahale

zorunluluk hali düzenlemesi kurumu kendi içinde şarta bağlanmış bir görünüm ve tutarlılık arz etmektedir. İtalyan Ceza Hukuku'nda hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilen zorunluluk halinde manevi cebir hallerine de zorunluluk halinin şartlarının uygulanacağı yukarıda belirttiğimiz gibi açıkça 54. Madde'de düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra sıklıkla zorunluluk hali ile karışıklığa sebep olan mücbir sebep (forza maggiore) failin iradesini ortadan kaldırarak onun kast ve taksir dışında serbestçe davranmasını engellemektedir.⁶¹⁰ Hakim doktrin tarafından hukuki yaklaşıma pratik karşılık bulabilmek yani uygulanabilirlik için, fiilin somut bir alternatifinin bulunması gerektiği, haklı olarak ifade edilmektedir.⁶¹¹

Biz, zorunluluk hali içinde işlenen fiilin, baştan beri hukuka uygun olarak doğduğunu düşünüyor ve bu yöndeki nitelemenin, hukuka uygunluk nedeni olarak yapılması lehine görüşümüzü bildiriyoruz.⁶¹² *Zorunluluk halindeki “tehlike” kavramının, failin öznel savlarına dayanan bir kavram olmaması,*⁶¹³ *bunun açık göstergesidir.* TCK m. 25'in gerekçesi bir kenara bırakılırsa, hukuka uygunluk nedenlerinin halen kurumsal anlamda varlıklarını korudukları, CMK m. 223/ 2d bendindeki 'olayda hukuka uygunluk nedeninin bulunması halinde, sanık hakkında beraat kararı verilir.' hükmünden çıkarılabilir. Her ne kadar, dolaylı bir çıkarımla

barındıran aktiviteleri tam olarak karşılamadığı da ifade edilmiştir. Yine istenemezlik ilkesinin geçerli olduğu durumların varlığı da farklı bir zeminde kusurluluğu kaldıran hal zemininde durmaktadır: **VIGANO', Francesco:** A.g.e., s. 133, 134; **MOLARI, Alfredo:** A.g.e., s. 37-38; **GROSSO, Carlo Federico:** A.g.e., s. 240; **CONTIERI, Enrico:** A.g.e., s. 1 vd.; **PADOVANI, Tullio: Diritto Penale,** Milano 2008, s. 145, 171; **GIULIANI, Ubaldo: Dovere di Soccorso e Stato di Necessita Nel Diritto Penale,** s. 1-17; **MANTOVANI, Ferrando: Principi Di Diritto Penale,** Padova 2007, s. 116; **PULITANO, Domenico:** Diritto Penale, Torino 2005, s. 311: Üçüncü kişi lehine zorunluluk hali dışarıda tutulduğunda zorunluluk halinin gerek oran karşılaştırmaları ve gerekse haklar arasındaki denge arayışı açısından kendine hukuka uygunluk sebepleri içinde yer bulacağı söylenebilir.

⁶¹⁰ **ALIMENA, Francesco: La Colpa Nella Teoria Generale Del Reato,** Palermo 1947, s. 66-67.

⁶¹¹ **CADOPPI, Alberto-VENEZIANI, Paolo: Manuale Di Diritto Penale, Parte Generale e Parte Speciale,** Padova 2010, s. 263.

⁶¹² **DÖNMEZER-ERMAN:** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt II, İstanbul 1999, s. 6.

⁶¹³ **ÖZEN, Muharrem:** A.g.e., Ankara 1995, s. 32; **KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür:** A.g.e., s. 50.

sonuca ulaşılabiliyorsa da doğru olan hukuka uygunluk nedenleri adı altında ayrı bir başlığın açılmasıdır.”⁶¹⁴

Türk Ceza Kanunu’na bakıldığında, öncelikle hukuka uygunluk sebeplerinin “Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler” olarak düzenlenmesinin genel hükümler yapılanması içerisinde problem doğuracak nitelikte olduğunu belirtmek gerekir. Hukuka uygunluk sebepleri ceza sorumluluğunu değil, fiilin hukuka aykırılığını kaldırarak fiilin baştan itibaren hukuka uygunluğunu sağlamakta iken; hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluğu kaldıran hallerin aynı başlık altında değerlendirilmesi dogmatik bir çelişki oluşturmaktadır. Yine, ceza sorumluluğunu kaldıran hal terimi, hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluğu kaldıran sebeplerin genel mantığına da terstir. Ceza sorumluluğunu kaldıran haller ise ayrı bir başlığın konusudur. Ayrıca “ceza sorumluluğu” kavramı isnat yeteneğini çağrıştırmakta ve bu konunun da kusurlulukla bir ilgisi bulunmamakta olduğu için, yerinde kullanılmamıştır.⁶¹⁵ Yine bir görüşe göre; zorunluluk halinde aslında cezanın amaçlarından ne özel önleme, ne de genel önleme gerçekleşmemektedir. Bunun nedeni olarak da aynı durumda aynı kişinin aynı şekilde hareket edecek olması gösterilmektedir.⁶¹⁶ Bu konuda bir görüş zorunluluk halinde kişinin ya hakkını kaybetmek ya da bir diğer kişinin hakkını ihlal etmek üzere iki seçenek altında olduğunu belirtir.⁶¹⁷ Seçme hürriyeti ise tam anlamıyla kişinin özgür hareket edebildiği bir ortamda mümkündür. Yine rasyonel bir seçenek olarak seçilen durumun da makul bir kişi tarafından diğerine yeğ tutulabilmesi gerekir. Ancak,

⁶¹⁴ **TANER, Fahri Gökçen:** A.g.m., s. 223, 224.

⁶¹⁵ **ÖZBEK ve Diğerleri:** A.g.e., s. 264.

⁶¹⁶ **HAKERİ, Hakan:** A.g.e., Ankara 2012, s. 340.

⁶¹⁷ **ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA:** A.g.e., s. 524.

ifade etmemiz gerekir ki; burada mevcut şartlar doğrultusunda gerçek anlamda bir seçme hürriyeti bulunmamaktadır.

Zorunluluk hali konusunda yapacağımız nitelime suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı olarak işlenmiş bir fiilin varlığını (TCK m. 40 f. 1) yeterli kılarken; zorunluluk hali kusurluluğu ortadan kaldıran bir hal olarak kabul edildiğinde, failin zorunluluk halinde kalmasından yararlanmayı amaçlayan kişi örneğin; azmettiren iştirak kuralları gereğince suçtan sorumlu tutulacaktır. Çünkü; iştirakte bağlılık kuralı iştirak kurallarının uygulanabilmesini, failin kasti ve “hukuka aykırı” bir fiilinin varlığına bağlamıştır.⁶¹⁸ Bu yönde, hukuka uygun bir fiile katılan kimseler de cezalandırılmayacaktır.⁶¹⁹ Zorunluluk hali bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiğinde ise; azmettiren iştirak kuralları gereğince fiilden sorumlu tutulmayacaktır. Yine, *zorunluluk hali hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilirse, tehlikeden kurtulmak için kendisine yönelik davranışa karşı masum bir kişinin gerçekleştirdiği savunma hareketi meşru savunma kapsamında da görülmeyecektir. Eğer zorunluluk hali, kusurluluğu kaldıran bir hal olarak nitelenirse, masum kişi meşru savunmadan yararlanabilecektir.*⁶²⁰ Ancak burada, zorunluluk halindeki kişinin hareketinin yöneldiği amaç önemlidir. Zorunluluk halindeki fiili işleyen kimsenin hayatta kalma amacına yönelik olarak, fiilinin üçüncü kişinin hayatına yöneldiği bir durumda, üçüncü kişinin savunma fiili açısından bu aslında hukuka uygun bir fiil iken, hukuka uygunluk nedenine karşı işlendiği için hukuka aykırı sayılmaktadır. Bu duruma makul bir açıklama getirme gereği ise, halen devam etmektedir. Üçüncü kişi açısından bakıldığında; failin bu fiilinin tehlike tanımının

⁶¹⁸ AYDIN, Devrim: **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, s.191-197, Ankara 2009; ZAFER, Hamide: A.g.e., İstanbul 2010, s.226.

⁶¹⁹ HAKERİ, Hakan: A.g.e., Ankara 2013, s. 377.

⁶²⁰ MAHMUTOĞLU, Fatih Selami: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanun’unda Hukuka Uygunluk Nedenleri”, **Hukuk ve Adalet**, S.5, Nisan 2005, s. 51-52.

çok ötesinde açık bir saldırı olduğuna kuşku yoktur. Hukuka uygunluk nedenine karşı, hukuka uygunluk nedeni işletilemez. Ancak; üçüncü kişi açısından kendisine karşı yapılan saldırının hukuka uygun olduğunu söylemek de adaletsiz olacaktır. Önceki bölümlerde de yer yer ifade ettiğimiz gibi üçüncü kişi lehine zorunluluk hali ayrıca düzenlenmeli ve failin zorunluluk halinde fiili doğrudan bir başkasının hayatına yöneltmek zorunda kaldığı durumda da üçüncü kişiye kendini savunabilmesi ve savunma fiilinin meşruiyeti için bir istisna hükmü konulması gerektiği kanısındayız. Bu noktanın ayrıca düzenlenmesi gereği açıktır ve bu da ancak zorunluluk halinin içindeki durumları kategorize ederek düzenlemekle çözülebilir görülmektedir. Örneğin; bir patlama sırasında yaralananlara pansuman yapmak için, o civardaki kilitli eczanenin camlarını kırıp, ilk yardım malzemelerini almaya çalışan kişinin davranışlarını gören eczane sahibinin kendini korumak için ateş ederek bu kişiyi yaralaması durumunda, zorunluluk hali hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiğinde tipik fiil hukuka uygun hale geleceğinden eczacının meşru savunmadan yararlanması savunulamaz, meşru savunmanın ön şartı olarak “haksız bir saldırı” yoktur. Zorunluluk hali kusurluluğu kaldıran bir neden olarak kabul edilirse, eczacı meşru savunmadan hukuka aykırı bir fiil olduğu gerekçesi ile yararlanabilecektir. Bu durumda, camların kırılması için sopa veren ya da bu kişiye derhal camları kırıp ilkyardım malzemesi getirmesini söyleyen iştirakçilerin durumu da zorunluluk halinin ele alınışına göre belirlenmektedir.⁶²¹ Yine; kusurluluğu

⁶²¹ **MAHMUTOĞLU, Fatih Selami: A.g.m.,** s. 51-52; **HAKERİ, Hakan: A.g.e.,** Ankara 2013, s. 377: “Zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk sebebi olması halinde zorunluluk halinde olsa dahi bir kimsenin öldürülmesi hukuka uygun kabul edilmemektedir. Buna karşılık zorunluluk halinde bir kimsenin öldürülmesi kusurluluğu kaldıran bir hal olarak kabul edilmektedir. Bunun bir sonucu olarak zorunluluk hali bir hukuka uygunluk nedeni kabul edildiğinde üçüncü kişinin bu nedenle öldürülmesi hukuka uygun görülmezken; kusurluluğu kaldıran sebep olarak kabul edildiğinde üçüncü bir kişinin öldürülmesinin cezalandırılmadığı” ifade edilmektedir. “Bu ayrımın nedeni hukuk düzeninin kişilerin haklarını mutlak olarak koruması ve kendisinden bir saldırı kaynaklanmayan kimsenin öldürülmesinin hukuka uygun kabul edilmemesidir.” Ancak bu bakış açısı zorunluluk halini bir kusurluluğu kaldıran

kaldıran hal olarak ele alındığında, zorunluluk halinde kullanılan bir ruhsatlı silahın müsadèresi mümkün olabilecektir.⁶²²

Zorunluluk halinde işlenen fiilin ortaya çıkardığı sonuç, özel hukuk açısından değerlendirildiğinde, zorunluluk halinin özel hukuk anlamında hakkaniyet sorumluluğu doğuran düzenlemesi, birtakım görüşlerce kusurluluğu kaldıran hal olarak kanunda ifade edildiğini belirttikleri niteliğin bir kanıtı olarak sunulmuştur. Probleme hukuka aykırılık yargısının konusu etrafında bakmak yararlı olacaktır. Zira, hukuka aykırılık yargısının fiil ya da netice bakımından nerede durduğunun belirlenmesi yaklaşımımızı da belirleyecektir. Bu konudaki tartışmalar, hukuka aykırılık yargısının fiilin bütününe mi, yoksa sadece davranış ya da netice alt unsurlarından birine mi yönelik olduğu konusunda yapılmıştır. Ancak bazen salt davranış da hukuka aykırılık yargısının konusunu oluşturabilir.⁶²³ Zorunluluk halinde ise; netice hukuka aykırı değil, zararlıdır. Zarar, başlı başına hukuka aykırılık değildir. Buna göre; hukukun tazminat yükümlülüğü öngörmesi de hukuka aykırılık yargısı ile ilgili olmayıp toplumsal gereklerin bir ürünüdür.⁶²⁴ Ancak, zorunluluk halinin özel yapısı gereği, fiil hukuka uygun olsa da hakkaniyete uygun bir hukuki sorumluluk belirlenmesi bir gerekliliktir. Pek tabi bu, bir aynen tazmin değil bir giderim, bir telafidir. Böylelikle; özel hukuktaki kusur sorumluluğuna değil ama bir nevi hakkaniyet denkleştirmesi olan kusursuz sorumluluğa denk düşmektedir.⁶²⁵

hal olduğunu kabul eden bir bakış açısidir. Yine bu meyanda zorunluluk halinde hareket eden kimseyi azmettiren ya da ona yardım eden cezasızlık sebebinden yararlanamaz.

⁶²² **HAKERİ, Hakan:** A.g.e., Ankara 2013, s. 378.

⁶²³ Yine bu noktada da hukuka aykırılığın salt davranış ile ilgili bir değerlendirme olduğu kabul edildiğinde davranışın yalnızca tehlikeye neden olduğu hipotezler bakımından hukuka aykırılık değerlendirmesinin yapılması da olanaksızlaşmaktadır: **KATOĞLU, Tuğrul:** A.g.e., s. 121.

⁶²⁴ **KUNTER, Nurullah:** A.g.e., İstanbul 1949, s. 103 vd.; **CAVALLO, Vincenzo: Diritto Penale Parte Generale, Volume II , Oggetto Del Diritto,** Napoli 1955, s. 74, 75 vd; **MORO, Aldo: L'antigiuridicità Penale,** Palermo 1947, s. 27-33.; **KATOĞLU, Tuğrul:** A.g.e., s. 119 vd.

⁶²⁵ **ŞEN, Ersan: Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt 1,** Ankara 2006, s. 71.

Norm iki olgu arasındaki “olan” ilişkiyi değil “olması gereken” ilişkiyi göstermekte olduğuna ve davranışla bunun toplumsal sonuçları arasındaki ilişkiyi kendisi kurmakta olduğuna göre, normun yorumlanması uyulanabilmesi için bir gerekliliktir. Yorumlamaksızın bir normu uygulamak mantıken mümkün olmadığı için, modern yasama tekniği de genel ve soyut formülleri tercih etmektedir.⁶²⁶ Gerekçe bir normun yorumlanmasında sadece yol gösterici olup, yorumda tek araç değildir ve bağlayıcılığı da yoktur. Böylelikle, gerekçenin yorumda göz önünde tutulmasının ağırlığını aynı⁶²⁷ zamanda gerekçenin tatmin ediciliği de belirleyecektir.⁶²⁸ Bu konuda ne TCK m. 25 f. 2’nin düzenlenme şekli ve gerekçesinin ne de CMK m. 223 b. 3’deki düzenlemenin ne tek başına, ne de birlikte değerlendirildiğinde zorunluluk halinin hukuki niteliğini ortaya koyabilecek nitelikte olmadığı⁶²⁹ açıktır. Sistematiik yorum kuralları açısından öncelikle TCK m. 25 f. 2’deki normun anlamının düzenlendiği madde başlığının ele alındığı meşru savunma durumu ile birlikte düşünülmesi bir gerekliliktir. Bu bağlamda, sistematiik yorumun temel düşüncesi, düzeni oluşturan normları birbirine bağlayan ilişkilerin olduğu varsayımı⁶³⁰ olduğuna göre; bu varsayım altında da bir hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk halini meşru savunmadan ayırmak, sistematiik yorum kuralları ile bağdaşmayacaktır.⁶³¹ Zorunluluk halinin kusurluluğu kaldıran bir hal olarak kabul edilmesi halinde, CMK m. 223 3b uyarınca kusurun bulunmaması nedeniyle ceza

⁶²⁶ KEYMAN, Selahattin: *Hukuka Giriş*, Ankara 2005, s. 33-35- 45.

⁶²⁷ YERDELEN, Erdal: *Ceza Muhakemesinde Hükümün Gerekçesi*, Ankara 2015, s. 152: Gerekçe kökeni bakımından bir nedendir. Düzenlendiği yere göre karar, hüküm ya da konumuz açısından kanun maddesinin hangi sebebe dayalı olarak tesis edildiğini, mantığa, hukuka uygun bir şekilde açıklayan bir oluşumdur. O halde gerekçe açıklamaya hizmet ettiğine ve bunu da mantık biliminin sınırları dahilinde yaptığına göre hukuki niteliğin gerekçe ile düzenlenmesi öncelikle gerekçenin yapısına-mantığına terstir.

⁶²⁸ ZAFER, Hamide: A.g.e., İstanbul 2010, s. 226.

⁶²⁹ ZAFER, Hamide: A.g.e., İstanbul 2010, s. 227.

⁶³⁰ KEYMAN, Selahattin: *Hukuka Giriş*, Ankara 2005, s. 51.

⁶³¹ KEYMAN, Selahattin: *Hukuka Giriş*, Ankara 2005, s. 52.

verilmesine yer olmadığı kararına; hukuka uygunluk nedeni sayıldığı halde ise suçun oluşmadığı gerekçesi ile CMK m. 223 2d gereğince beraatine karar verilecektir.”⁶³² CMK m. 223 2d’de yer alan beraat kararına ilişkin “...yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunması...hallerinde verilir.” şeklindeki hüküm de hukuka uygunluk nedenlerinin objektif bir etkiye sahip olduğu yönündeki görüşü desteklemektedir.⁶³³ Dolayısıyla, üçüncü kişiye salt zarar verilmiş olması zorunluluk halini düzenleyen hukuk normunun yalnızca bu nedenle hukuka uygunluk sebebi ya da kusurluluğu kaldıran hal olarak nitelememize yeterli değildir. Bu durum, yine ceza normunun emredici ve izin verici yapısından kaynaklanmaktadır. Bireylerin talep yetkisi aslında buna ilişkin bir normdan kaynaklanmaktadır. Örneğin; zorunluluk hali sırasında fail üçüncü bir kişinin mülkiyetine zarar verirse, mülkiyet hakkına ve onun korunmasına ilişkin norm aynı zamanda bir talep yetkisi de doğurur. Üçüncü kişinin sahip olduğu talep yetkisi, zorunluluk haline ilişkin normdan kaynaklanmamakta, somut olay bakımından kanımızca mülkiyete ilişkin normdan kaynaklanmaktadır. O halde bu tespit karşısında, üçüncü kişi açısından ve özel hukuk dayanak noktası alınarak yapılandırılan hukuki temellendirmeler dayanaksız kalmaktadır.⁶³⁴ *Meşru savunma ile zorunluluk hali karşılaştırıldığında meşru savunmada karşılaşmanın kişinin şahsına ilişkin hakkı ile başkasının hukuka aykırı fiili arasında olduğu görülecektir.*

⁶³² **ZAFER, Hamide:** A.g.e., İstanbul 2010, s. 225, 226: Zafer, kusuru ortadan kaldıran zorunluluk halinin Türk Doktrinindeki karşılığının mücbir sebep olduğunu ve ne TCK’da ve ne de CMK’da mücbir nedeni düzenleyen açık bir hükme yer verilmediğini belirtmektedir. Zorunluluk haline ilişkin TCK m. 25 f. 2 hükmünün hem hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halini ve hem de kusurluluğu ortadan kaldıran zorunluluk halinin hukuki dayanağı olarak görüleceğini belirtmektedir. Böylelikle CMK m.223 3b.’deki zorunluluk durumunun bulunması durumunda mahkemenin kusurun bulunmaması dolayısı ile ceza verilmesine yer olmadığına dair kararının TCK’da karşılığının bulunduğu belirtmektedir.

⁶³³ **GÜNGÖR, Devrim:** A.g.e., Ankara 2007, s. 63.

⁶³⁴ Ancak bu konuda ceza normlarının oluşturduğu yükümlülükler karşısında hakların bulunmadığına dair karşı görüşler bulunmaktadır. Ancak bu konuda verilen hayvanların haklarının bulunduğu yükümlülüklerinin bulunmadığı örneğinin hakkın sahibinin birey olması açısından tartışmalı olduğunu düşünüyoruz. Ayrıntılar için bkz. **ÖMEROĞLU, Ömer:** A.g.e., s. 107 vd.

*Zorunluluk halinde ise karşılaşma iki hak arasındadır. Bu haklardan her ikisi de geçerli ve himayeye layıktır.*⁶³⁵

Gerek sistematik açıdan, gerekse normdaki düzenleme açısından, yukarıdaki veriler ışığında değerlendirildiğinde; zorunluluk halinin hukuki niteliğini mevcut düzenleme göz önünde bulundurularak hukuka uygunluk nedeni olarak kabul ettiğimizi ve bu durumda tipik fiilin hukuka uygun hale geleceğini belirtmemiz gerekir. Bu durumda yapılması gereken, TCK m. 25 f. 2'nin CMK m. 223 hükmüyle uyumlaştırılmasıdır. Zorunluluk hali konusunda “Ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler” genel başlığı altında, zorunluluk halinin diğer hukuka uygunluk nedenlerinin yanında hukuki niteliğinin belirtilmemiş olması ve belirlemenin bağlayıcılığı olmayan bir gerekçeye bırakılarak⁶³⁶ sonraki tarihli CMK ile düzenlemeye gidilmesi, kurumun hukuki niteliği konusunda hukuka uygunluk nedeni belirlemesi yapmamıza engel değildir. “Madem Alman Ceza Kanunu’ndan esinlenilmiştir, bu durumda kanunun ruhuna bakılmalıdır. Burada, zorunluluk halinde fiilin hukuka uygun halde görülmesinin temel nedeni çatışan değer ya da menfaatlerin karşılıklı olarak eşit görülmesidir. Nitekim TCK m. 25 f. 2 hükmünde bu eşitliği ya da gözetilmesi gerekli dengeyi sağlamak adına norma bu durumu yansıtmıştır. Zorunluluk halinde işlenen fiilin taşıyacağı şartlar yanında tehlikeden kurtulma zorunluluğu, tehlikenin ağırlığı, konusu ve kullanılan vasıta arasında orantı aranması tam anlamıyla hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk halinin niteliklerini ortaya koymaktadır. Bu durumda, zorunluluk halinin hukuki niteliğini bir hukuka uygunluk nedeni olarak tespit etmek kanunun amacına (ratio legis) en uygun çözüm

⁶³⁵ SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005, s. 380.

⁶³⁶ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.e., Ankara 2008, s. 243.

olacaktır.⁶³⁷ Burada gerekli düzenlemenin yapılarak kavramların açıklığı kavuşturulması en doğru yol olacaktır. *Eğer zorunluluk halinin hukuki niteliğinin hukuka uygunluk nedeni olmadığı, kusurluluğu kaldıran hal olduğu iddia ediliyorsa bunun genel hükümlerde yapılacak olan norm düzenlemesi ile açık, net ve tartışma götürmez bir şekilde yapılması gerekmektedir. Ne gerekçeyle, ne de usul hükümleri ile bu belirlemeye gidilmesi hukuk tekniği ile bağdaşmamaktadır.*

⁶³⁷ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.e., Ankara 2008, s. 232, 233.

İKİNCİ BÖLÜM

ZORUNLULUK HALİNİN ŞARTLARI

I. TEHLİKEYE İLİŞKİN ŞARTLAR

A. BİR TEHLİKENİN BULUNMASI

1. Tehlike Kavramı

“Tehlike” kavramı zorunluluk hali kurumunun esasında ve şekillenmesinde kullanılan temel bir eleman olmakla birlikte sadece zorunluluk hali için kullanılan bir kavram olmayıp aynı zamanda bir hukuk terimidir. Tehlikenin zarardan ayrı bir hukuki kavram olarak ceza hukukunda var olması aslında tehlikenin yöneldiği hukuki değere atfedilen bir koruma kalkanıdır. Nitekim insan davranışı cezalandırılırken dahi “günümüz ceza hukukları geçmişten farklı olarak yalnızca zarar kavramını göz önüne almakla kalmamakta, aynı zamanda bir ‘zarar tehlikesi’ doğurmuş olmasını da göz önüne almaktadırlar. Zira hukuki bir değer ihlali o değer veya menfaatin varlığının olası bir tehlikeye karşı konulması biçiminde de olmaktadır.”⁶³⁸ Buradan hareketle tehlike; korku kavramını da içine alarak faili anormal bir şekilde koşullandıran ve buna eşlik eden durumların var olduğu, hukuki değer atfedilen bir durumu kanun koyucunun da tanıması durumudur.⁶³⁹ Bu anlamda zarar kavramı tehlikeye eşlik eden en işlevsel kavram olarak “tehlikenin gerçekliği ve ciddiliği doğrulayan ve onu yapılandıran bir kavramdır.”⁶⁴⁰ Doktrinde bugün tehlikenin insanın bilgi sınırları içinde gerçekleşen, onun egemen olduğu olumlu ve olumsuz nedensel etmenlerin tümüne bağlı olarak oluşturduğu bir neticenin gerçekleşme ihtimalinin bulunduğu dair bir yargı olduğu ifade edilmektedir.

⁶³⁸ ÖZEN, Muharrem: *Genel Tehlike Yaratıcı Suçlar*, Ankara 2010, s. 7.

⁶³⁹ VIGANO, Francesco: A.g.e., Milano 2000, s. 581.

⁶⁴⁰ VIGANO, Francesco: A.g.e., s. 581.

Ancak tehlike yalnızca bir neticenin gerçekleşme ihtimalinden çok istenmeyen bir netice fikrini de içerdiğinden, genelde gerçekleşmesinden korkulan, hukuka aykırı bir neticenin gerçekleşmesi ihtimali olarak da tanımlanabilir. “Gerçekleşme imkanı” tehlikeyi basit bir imkandan ayırırken bu imkan fiilin ihtimal dahilinde olduğu esasına dayanan matematiksel veya istatistiksel bir kriterin kabul edilmesi anlamında alınmamalıdır.⁶⁴¹ Kavramsal olarak bakıldığında ise tehlike “gerçekleşme olasılığı bulunmakla birlikte istenmeyen, sakıncalı olabilecek nitelikte büyük bir zarara ya da yok olmaya neden olabilecek bir durum olarak tanımlanmaktadır.”⁶⁴² Zorunluluk hali için değerlendirilen tehlikeyi işlenen suçun niteliğine göre de değerlendirmekte fayda vardır. Örneğin soyut tehlike suçu için ele alınan tehlike potansiyel olarak var olan bir tehlikeden ziyade suçun konusu üzerindeki elverişlilik; hava kirliliği yaratma tehlikesi gibi. Somut tehlike suçları içinse bu failin hareketi sonucu korunan hukuki değer somut bir şekilde zarar görme riskidir.⁶⁴³ Kavramın hukuki bir eleman olarak kullanılmasının temel gerekçesi olarak da hukuki değerlerin daha iyi korunabilmesi için cezalandırılabilirlik alanının öne çekilmesi yaklaşımı ile gelişen teknoloji karşısında “zarar” kavramının tek başına hukuki güvenliği ve toplumsal yaşamı korumada yetersiz kalması gösterilmektedir.⁶⁴⁴

⁶⁴¹ **ÖZEN, Muharrem:** A.g.e., Ankara 2010, s. 8-9: Hukuku ilgilendiren kısım ihtimalin rakamsal olarak saptanabilirliği değil, belli bir düzeyde olmak kaydı ile tehlikenin varlığı için gerekebilecek bir dereceden bir ihtimalin yeterli sayılmasıdır. Buradan da tehlikenin aslında nesnel bir şey olmasından belli bir kişinin korku ve heyecanları gibi psikik faktörlerden bağımsız ve deney verilerine dayandığı sonucu çıkmaktadır.

⁶⁴² **Türkçe Sözlük:** Dil Derneği, Ankara 2005, s. 1859; **Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük:** http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.51769151997a99.24050216, Erişim Tarihi, 23.04.2013.

⁶⁴³ **DOĞAN, Koray:** “Tehlike Suçu ile Zarar Suçu Arasındaki suçların İhtimar Sorunu”, **TAAD.**, Y: 5, S.16, Ocak 2014, s. 182, 184; **VIGANO’, Francesco:** A.g.e., Milano 2000, s. 582: Bu konuda karşılaşılabilecek bir diğer durum, tehlikenin fail tarafından varsayılan bir şey olma durumudur. Bir hipotez olarak tehlikenin bulunması durumunda hata hükümleri işletilir.

⁶⁴⁴ **ÖZEN, Muharrem:** Genel Tehlike Yaratan Suçlar, Ankara 2010, s. 5; Yargıtayın tehlike kavramına yaklaşımının görülebileceği bir kararında “genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması

İtalyan Ceza Kanunu m. 54’de *zorunluluk halinde işlenen fiil tanımlanırken kişinin kendisine ya da üçüncü bir kişiye yönelen fiili bertaraf ederken mevcut olan tehlike tek başına değil, kişi üzerinde ağır zarara yol açma olasılığı ile ilişkilendirilmiştir.*⁶⁴⁵ Amerikan Ceza Hukuku’nda gerek Model Ceza Kanunu gerekse eyaletlerdeki farklı düzenlemelerde zorunluluk halinde aranması gereken tehlikenin “ani ve yakın bir tehlike” hali olduğu ifade edilmektedir.⁶⁴⁶ İngiliz hukukunda “defence of necessity” adı ile anılan kurumdaki yine tehlike⁶⁴⁷ kavramının tehdit, ölüm korkusu ya da ciddi bir zarar ile ilişkilendirildiği görülmektedir.⁶⁴⁸

Zorunluluk hali için esas alınması gereken terimsel anlamda kullanılan bir tehlike kavramının olup olmadığı ise kavramın zararlı olan bağının irdelenmesi ile anlaşılacaktır. Zira zararın (il danno) zorunluluk haline ilişkin olan fiilin başladığı anda *gerçekleşmemiş* olması gerekir.⁶⁴⁹ “Modern doktrin tehlikeyi; olasılıkla ilişkili ve insan hayatında sıklıkla tekrarlanan bir kavram olarak ele almaktadır.⁶⁵⁰ Olasılıktan anlaşılan ise herhalde zararın ortaya çıkabilme durumundaki yüksek olasılıktır. Zira tehlikeyi değerlendirdiğimiz durum somut olayın oluşuna göre zamansal farklılıklar içermektedir. Bu bakımdan mantıken zaten zarar doğarsa tehlikenin konusu da tükeneceğinden bu zorunluluk hali anlamında aranan bir tehlike

suçu’nun oluşmadığına ve olayda zorunluluk hali hükümlerinin uygulanması gerektiğine karar vermiştir. Buna göre: “YCGK’nın 17.02.2004 gün ve 26-39 Sayılı Kararı’nda “kendisine saldıran başıboş köpeğe zaruretten dolayı bir el ateş eden”, 24.10.1977 gün ve 332-375 sayılı kararında ise “rastladığı bir kavgayı ve husulü mümkün vahim olayları önlemek ve polisi davet maksadıyla meskun mahalde havaya ateş eden” sanıkların **zaruret hali nedeniyle meskun mahalde nedensiz ateş etmek suçundan cezalandırılmayacakları kabul edilmiştir. Bu kararlarda tehlike ağır ve yakın kabul edilmiştir.**

⁶⁴⁵ <http://www.testolegge.com/codice-penale/articolo-54-2>, Erişim Tarihi 15.06.2013.

⁶⁴⁶ BEKAR, Elif: A.g.e., Ankara 2013, s. 91.

⁶⁴⁷ “An Urgent Situation of Imminent Peril Must Exist In Which The Accused.” <http://www.peterjepson.com/law/LA2-6%20Brooke.pdf>, Erişim Tarihi 15.06.2013.

⁶⁴⁸ ASHWORTH, Andrew: **Principles of Criminal Law**, New York 2009, s 129.

⁶⁴⁹ CONTIERI, Enrico: A.g.e., Milano 1939, s. 30.

⁶⁵⁰ ANTOLISEI, Francesco: **Manuale Di Diritto Penale, Parte Generale**, Milano 1997, s. 229.

olamayacaktır. Örneğin Etna Yanardağı'nın faaliyete geçtiğinin bildirildiği anda Yanardağı'nın çevresindeki yerleşim birimlerinde oturanlar için tehlike vardır. Ancak lavlar püskürmeye ve yerleşim birimlerine doğru hızla ilerlemeye başladığında tehlike artık boyut değiştirmiştir. *Dolayısıyla zorunluluk haline esas alınabilecek tehlike zarar doğurma ihtimali bulunan, TCK'daki ifadesiyle bu ihtimalin ağır ve muhakkak olduğu bir tehlikedir.* Zarar denilen şey maddi dünya bakımından gerçekleşen bir dış değişiklik olup aynı zamanda bu adla anılan suç grubunda suç konusunun zarara uğrama ihtimalidir. Hareketle zarar arasına bir zaman aralığı girebileceği gibi somut tehlike suçlarında hareketin maddi konuya, soyut tehlike suçlarında ise korunan hukuki yarara zarar verebilme ihtimali cezalandırılmaktadır.⁶⁵¹ *Yani fail tehlikeden kurtulurken onu zorunluluk içine sokan şey tehlikeden dolayı zarar görebilme ihtimalidir.* Tehlikenin soyut niteliği nedeniyle salt terimsel olarak tek başına ele alındığında ona belirlilik kazandırmak oldukça zor olduğu için zorunluluk hali için ağırlığını tespit edebilmek için ona bir kavramı kriter almak gerekmektedir. “Zarar” kavramı bu yönde bir işlev sağlayacaktır. “Zarar kavramı aslında olay anındaki yakınlığı dikkate alınarak zorunluluk halindeki tehlikenin yoğunluğunu belirlemeye yarayan bir kavramdır. Bu anlayış tehlikeyi nesnel bir gerçeklik yani bir neticenin gerçekleşmesi ile gerçekleşmemesi arasındaki belirsiz, şüpheli bir fiili durum olarak değerlendirmiştir.”⁶⁵² Tehlike ile zarar arasındaki ilişki bu ilişkideki nedenselliğin ne

⁶⁵¹ ZAFER, Hamide: *Ceza Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı*, İstanbul 2010, s. 147-150; HAFIZOĞULLARI-ÖZEN: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar*, Ankara 2012, s. 5: “Devletin temel görevi herkesin can ve mal güvenliğini sağlayarak kamunun esenliğini tehlikeye veya zarara sokan davranışlara karşı kayıtsız kalmamaktır. Tehlike kavramı ceza hukuku bakımından önemini kavramın Türk Ceza Kanunu'nda ayrı bir suç kategorisi halinde düzenlenmesinden de almaktadır: “Genel Tehlike Yaratıcı Suçlar”. Böylelikle yalnızca belli bir kimse veya kimselerin can ve mal güvenliğini zarar tehlikesine veya zarara sokan fiiller suç sayılmamakta, herkesin can ve mal güvenliğini zarar tehlikesine sokan fiiller de suç sayılmaktadır.

⁶⁵² ÖZEN, Muharrem: A.g.e., Ankara 2010, s. 8.

derece kuvvetli olursa zorunluluk hali açısından öngörülen tehlikeye de o derece yaklaşmış olunmasıdır. Çünkü tehlikenin bir birim ötesi zarardır. Öngörülmeyle çalışılan zarar olasılığını doğurabilecek şey de tehliktir.⁶⁵³ Bunun için de doğru ağırlığı tespit edebilmek adına zaman zaman kavramı formülize etmek gerekebilir. Hukuki olarak bunu esas (la base), ölçüt (il metro) ve derece (il grado) olarak ayırmak ve değerlendirmeye almak mümkündür. Kavramın temelinde soyut konu ile ilgili bulunan olgusal gerçekler, niteliksel ve niceliksel olarak birincil ve ikincil düzeyde önem arz ederek tehlikenin hukuki sonucunu değiştirebilirler. Nitekim bazı durumlarda tehlikenin yoğunluğunu tespit etmek gerçekten karmaşa arz etmektedir. Örneğin, bir gazın patlama seviyesinin büyüklüğünü değerlendirirken gazın niteliksel çeşitliliğine ve karışım seviyesine ya da doyma noktasına ne kadar yakın olduğuna bağlı olarak değerlendirmede bulunulması gerektiği gibi. Ölçüt aşamasında bilimsel verilerin gerçekleşen olguya sınırsal bağlılığına bakılır son aşamada ise bu olasılığın nicemi⁶⁵⁴ (en ufak birimi) değerlendirilir.⁶⁵⁵ *Alman Federal Mahkemesi tehlike terimini bilimsel olarak tanımlamak ve sınırlarını belirlemekten özenle kaçınarak onu gerçekliği olan ancak hukuksal olmayan bir durum olarak kabul etmiştir. Buradan da mahkemenin somut tehlike terimini genel geçerli değil, sadece somut olayın özel ilişkilerine göre belirlenebilir bir kavram olarak nitelendirdiği*

⁶⁵³ Burada çok tartışılan hukuki bir durum olarak zorunluluk dolayısıyla tartışılan ekonomik yoksunluk bağlamındaki fiilleri örneklendirmek mümkündür. **PULITANO, Domenico: Diritto Penale**, Torino 2005, s. 314, 315: Parasal ihtiyaç ya da ekonomik gereksinim (bisogno economico) kavramıyla ilgili olarak getirilen “ağır ve acil bir ihtiyaç durumu” kavramı taşıdığı hukuki değer bakımından İtalyan Yargıtayı tarafından iptal edilmiştir. Bunun gereklilikleri oldukça katı bir şekilde sınırlandırılmış ve bir nevi muafiyet oluşturulmuştur. Ancak ihtiyaç durumunun tartışmalı olarak genişletilmesi yoluna gerek kalmaksızın bazı durumlarda uygun kısıtlayıcı yorumlarla çözümlenebilir. Bu durum barınma hakkıyla ilgili olarak kolaylıkla uygulanabilir gözükmese de tıp hukuku ya da sağlık bakımından tam ve kabul edilebilir bir uygulama alanına sahiptir; **ANTOLISEI, Francesco: Manuale Di Diritto Penale, Parte Generale**, Milano 1997, s. 229: Eski ceza hukukçuları tehlikenin gerçekleşme olasılığı olmakla birlikte, kesinliği olmayan objektif sayılabilecek bir durum olduğunu düşünüyorlardı.

⁶⁵⁴ Nicem: Yayılan ya da soğurulan erkenin en ufak niceliği, en ufak birimi, <http://www.nedirnedemek.com/nicem-nedir-nicem-ne-demek>, Erişim Tarihi, 10.06.2013.

⁶⁵⁵ **PALAZZO, Francesco**: Introduzione Ai Principi Del Diritto Penale, Torino 1999, s. 150-151.

anlaşılmaktadır. Mahkeme, bu durumun oransal ya da yüzdeye dayalı olarak anlaşılması gerektiğini *somut olay bakımından kabul edilebilir bir tehlikenin aranması gerektiği* sonucuna ulaşarak belirtmektedir. Ancak Federal Mahkeme'nin ortaya koymuş olduğu bu yaklaşım da “yakın tehlike” ya da “zarar verme olasılığı” gibi kavramların hakimın yaşam tecrübesine bağlı kavramlar olduğu ve objektif bir ölçü ortaya koyamadığı için eleştirilmiştir.⁶⁵⁶

Böylelikle tehlike konusundaki düşünceler değerlendirildiğinde onun hem sübjektif hem de objektif nitelikte bir kavram olduğu söylenebilecektir.⁶⁵⁷ *Ancak özellikle ifade edilmelidir ki tehlike teknik bir kavram olarak zorunluluk halinin şartları açısından yapılan bir yorumda meşru savunmaya göre oldukça dar yorumlanmalıdır.*⁶⁵⁸ Bununla birlikte TCK anlamında genel olarak bakıldığında tehlike, yalnızca zorunluluk halinin şartlarında ifade edilen bir kavram olmadığı özel hükümlerde ve güvenlik tedbirleri içinde de kullanıldığı içindir ki tehlikenin terimsel olarak anlamını zorunluluk hali bakımından da belirlemek gerekmektedir. Örneğin; güvenlik tedbirleri açısından aynı tehlike kavramı hem gerçek ve fiili, hem de

⁶⁵⁶ **ÖZBEK, Veli Özer:** “Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı ve Fiilin Objektif İsnat Edilebilirliği Sorunu”, **Baki Kuru Armağanı**, Ankara 2004, s. 461- 462: Alman Doktrini’nde kabul edilen “normatif tehlike neticesi teorisi” zarar neticesinin yalnızca tesadüfe bağlı kaldığı yerde tehlikeyi var saymakta tesadüf ise meydana gelmesine güvenilemeyecek bir durum olarak kabul etmektedir.

⁶⁵⁷ **CONTIERI, Enrico:** A.g.e., Milano 1939, s. 29, 30 : Zarar ve tehlike kavramları arasındaki fark açıktır. Zarar aslında bir kayıptır veya bir yararın azalması veya bir menfaatin sınırlanmasıdır. Tehlike objektif olarak düşünüldüğünde kavramsal uygunluğu veya bunun ötesinde bir menfaatin kaybına ya da azalmasına yol açmasıdır. Zarar bu anlamda bir gerçekliktir. Tehlike ise gerçekleşme olasılığı olan bir olabirliktir ki bu pratik hayatta gerçekten gerçekleşebilir. İtalyan Ceza Kanunu’nun 54. Maddesi’ne bakıldığında tehlikenin ağır bir zararı da içermesi anlaşılmaktadır: “pericolo attuale di un danno grave alla persona...” Ancak TCK’nın 25. maddesinin 2. fıkrasındaki ifade tehlikenin ağır ve muhakkak olmasını aramakla birlikte bunu zarar kavramı ile ilişkilendirmemiştir. İtalyan Ceza Kanunu’ndaki ifade dolayısıyla fiilin yapılandırılması daha açık bir ifade ile zorunlu kılınmış fiilin zarar kavramı ile ilişkisi içinde ele alınmıştır. Zarar zorunluluk haline ilişkin fiil işlendiğinde gerçekleşmemiş olmalıdır. BEKAR, Elif, Türk ve Amerikan Ceza Hukuku’nda Zorunluluk Hali, Ankara 2013, s. 91: Amerikan Ceza Hukuku’nda tehlikeye karşı bulunulan kurtulma fiilinin zorunluluk hali kapsamında değerlendirilmesi, *tehlikenin ancak doğa olaylarından kaynaklı bir fiziksel kuvvet ve baskıdan kaynaklanması halinde mümkündür.* Bu konuda verilen bir örnekte kişinin kasırgadan korunmak için izinsiz olarak bir başkasının arazisine girmesi zorunluluk hali kapsamında değerlendirilirken, silahlı soygundan kaçma amacı ile kişi aynı eylemi gerçekleştirdiğinde zorunluluk halinin ileri sürülemeyeceği belirtilmektedir.

⁶⁵⁸ **EREM, Faruk: Ceza Kanunu Şerhi, Genel Hükümler I**, Ankara 1993, s. 408.

duruma göre mümkün ve muhtemel içerikli olarak kullanılmaktadır.⁶⁵⁹ Bunun yanı sıra “*akut yaşam tehlikesi*” tıp hukuku açısından tutuklu ve hükümlüler için özellikle açlık grevlerine yapılacak zorunlu müdahalelerde gündeme gelen bir başka kullanım durumudur. Bu; kişinin özgür iradesinin bulunup bulunmadığına bakılmaksızın infaz kurumuna müdahalede bulunma imkanı tanınan bir durum olup buradaki tehlike yaşam ile birlikte değerlendirilerek müdahale edilmediği durumda ölüm sonucunun doğabileceği tüm halleri kapsamaktadır.⁶⁶⁰ “Yaşamsal bir tehlikenin ise yaşam hakkına saygının yerini hiçbir değer alamayacağından meydana gelecek zararın yoğunluğu ile ölçmenin mümkün olmadığı ifade edilmektedir.”⁶⁶¹ Bu bağlamda kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına tanınan mutlak nitelik gereği ulusal ve uluslararası normlar karşısında zorunluluk hali bakımından söz konusu olan “tehlike”nin rızanın bulunmamasına karşın yapılan tıbbi müdahalelerin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmayacağı ve bu bakımdan buradaki tehlikenin hastanın rızası ile birlikte değerlendirilen bir kavram olduğu düşünülmektedir.⁶⁶² Tehlikenin aynı zamanda manevi de olabileceğine ilişkin verilen bir Fransız Yargıtay Kararı’nda karısı ile arasında boşanma davası bulunan sanığın karısının uygunsuz yaşantısından reşit olmayan kızını korumak için karısının evine giren sanığa mesken masuniyetini ihlalden ceza verilemeyeceğine hükmedilmiştir.⁶⁶³

Tehlikenin kaynaklarına bakıldığında; doğa güçleri ya da bir hayvanın yarattığı tehlike veya bir insanın bir saldırgana direnirken ortaya çıkan tehlikeli durum tehlike olarak kabul edilirken bu konuda yapılan karşı koyma hareketinin ise

⁶⁵⁹ HAFIZOĞULLARI, Zeki: *Ceza Normu*, Ankara 1996, s. 236.

⁶⁶⁰ Aktaran, ERMAN, Barış: *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, Ankara 2003, s. 183.

⁶⁶¹ PALAZZO, Francesco: *Corso Di Diritto Penale, Parte Generale*, Torino 2011, s. 421.

⁶⁶² ERMAN, Barış: A.g.e., Ankara 2003, s. 157.

⁶⁶³ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.e., Ankara 2008, s. 243; Aktaran EREM-ARTUK-DANIŞMAN, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 1997, s. 586.

dışarıdan bir kişiye karşı yapılması aranmaktadır.⁶⁶⁴ Zorunluluk haline sokan bu tehlike faile, üçüncü kişiye ya da bir topluluğa yönelik olabilir. Kendini daha çok savaş, sosyal ya da siyasal karışıklık dönemlerinde gösteren bu tip tehlike için pek tabi savaş altındaki bir ülkedeki tüm suçların zorunluluk halinden yararlanacağı fikri çıkarılmamalıdır. Örneğin; İkinci Dünya Savaşı sırasında Belçika'da Alman Askeri Yönetimi'nin Belçikalıları zorunlu olarak çalışmaya daveti üzerine, Belçikalıların bazı Yahudilerle kimlik belgelerini değiştirerek sahte kimlik vermeleri olayında savcılıklar sahte kimlik verme işleminden dolayı tehlike değerlendirmesi ile takipsizlik kararı vermişlerdir.⁶⁶⁵ Yine kişilik hakları, ahlaki değerler, kişinin haysiyeti, namusu, özel yaşamı ve onun gizliliği, cinsel özgürlüğüne (liberta di sessuale) veya seyahat özgürlüğüne (liberta di movimento) yönelik bir tehlike de tehlike kavramının içindedir.⁶⁶⁶ Yalnızca yaşamsal menfaatlere ya da kişinin vücut bütünlüğüne yönelik bir tehlike ise daha geniş yorumlanmaktadır.⁶⁶⁷ Doktrinde kabul gören geniş sayılabilecek bir bakış açısına göre; sosyal birtakım olaylar da tehlike kavramının içinde sayılmaktadır. Buna; devletler hukukuna, iş hukukuna ilişkin bazı uygulamalar örnek verilmektedir.⁶⁶⁸ Burada yalnızca zorunluluk halinde bulunan kişi açısından değil, üçüncü kişi açısından da bu değerler lehine bir kurtarma

⁶⁶⁴ Doktrinde zorunluluk halinin varlığının kabulü için tehlikeli durumun bir doğa olayından veya bir insan davranışından kaynaklanması arasında fark bulunmadığı ifade edilmektedir. Klasik suç teorisinin etkisi altındaki yazarlarca savunulan ve hukuka uygunluğu kaldıran bir sebep olan zorunluluk hali ile kusurluluğu kaldıran bir sebep olan mücbir sebep arasında yapılan bir ayrımın fiktif bir ayrım olduğunun göz önünde tutulması gerektiği düşünülmektedir: **ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2008, s. 379; **YÜCE, Turhan Tufan: Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, Ankara 1985, s. 43; Bilinçli bir varlık olan insandan gelen tehlikeye saldırı denir.

⁶⁶⁵ **TOROSLU, Nevzat: A.g.e., Ankara 1968, s. 15, CENTEL, Nur: Türk Ceza Hukukuna Giriş**, İstanbul 2008, s. 313; **HAWKINS, Thomas H.: A.g.m., s. 243: Amerikan Mahkemeleri ise hukuk ihlal edilerek gerçekleştirilen ırkçılık karşıtı gösterileri zorunluluk hali kapsamında değerlendirmemiştir.**

⁶⁶⁶ **MANTOVANI, Ferrando: A.g.e., Padova 2007, s. 117; PALAZZO, Francesco: A.g.e., Torino 2011, s. 421.**

⁶⁶⁷ **MANTOVANI, Ferrando: A.g.e., Padova 2007, s. 117; PALAZZO, Francesco: A.g.e., Torino 2011, s. 421.**

⁶⁶⁸ **PALAZZO, Francesco: A.g.e., Torino 2011, s. 421.**

fiilinde bulunulabilecektir.⁶⁶⁹ Bununla birlikte tehlike beşeri bir davranıştan kaynaklanabileceği gibi manevi bir tehlike de olabilir.⁶⁷⁰ Ancak tehlike daima bir hakka yönelmiş olmalıdır. Tehlikenin yalnızca yaşam hakkına veya fiziksel bütünlüğe yönelik bir durumu değil, ahlaki değerlerin ki cezai olarak da kabul edilen fiziksel, ahlaki, cinsel özgürlüğe, onur ve kişisel gizliliğe yönelik şeyleri de kapsadığı haklı olarak kabul edilmektedir.⁶⁷¹ Ancak kavramın yoruma açık bir yönünün de olması, siyasallaştırılmaya açık bazı durumları da beraberinde getirmiştir. Bununla ilgili Amerika’da gerçekleşen bir örnek olayda hücre cezasını çekmekte olan bir mahkumun hapisshaneden kaçma teşebbüsü değerlendirilmiştir. Yargılama sırasında kaçma fiilinin zorunluluk hali dolayısı ile gerçekleştirildiği, hücrenin kurt, böcek ve haşerattan geçilmediği, tuvaletin kullanılamaz durumda olduğu ve taşan suların tüm odayı kapladığı, hücrede ne bir sandalye, ne bir yatak, ne de makul konfor şartlarının bulunduğu ve doymasına yetecek miktarda ekmeğin dahi verilmediği dile getirilmiştir. **Iowa Yüksek Mahkemesi** böyle bir durumu hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmemenin açıklanamaz olduğunu ifade etmekle birlikte, dava sonunda **bu durumda tehlike olmadığını** ve mahkemelerin cezaevlerindeki mevcut ve insanlık dışı koşullara karşı kalkışmayı haklı kılan şekilde karar veremeyecekleri ifade edilmiştir. Ancak olayı “zorunluluk hali olarak nitelemeyen” bu olumsuz tavrın arkasında Amerikan Hükümeti’nin hapisshaneden kaçışların artacağı düşüncesine paralel olarak hukuka uygunluk sebebi

⁶⁶⁹ RAMACCI, Fabrizio: *Corso Di Diritto Penale*, Torino 2007, s. 329.

⁶⁷⁰ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.e., Ankara 2008, s. 243; Aktaran EREM-ARTUK-DANIŞMAN: A.g.e., Ankara 1997, s. 586: Tehlikenin aynı zamanda manevi de olabileceğine ilişkin Fransız Yargıtay Kararı’nda karısı ile arasında boşanma davası bulunan sanığın karısının uygunsuz yaşantısından reşit olmayan kızını korumak için karısının evine giren sanığa mesken masuniyetini ihlalden ceza verilemeyeceğine hükmedilmiştir.

⁶⁷¹ MANTOVANI, Ferrando: A.g.e., Padova 2009, s. 263.

*nitelemesinden kaçınılması bulunmaktadır.*⁶⁷² Bu yüzden kötüye kullanılabilme olasılığı da göz önünde bulundurularak tehlike kavramı *ağırlık, yakınlık, mevcudiyet, gerçeklik ve aciliyet* gibi belli kavramlarla ilişkilendirilmiştir.⁶⁷³ Ancak hapishanelerin işkence değil ıslah kurumları olduğu düşünüldüğünde Yüksek Mahkeme'nin siyasal gerekçelerle tehlikeyi yok saydığı kararına katılamıyoruz. TCK açısından ise zorunluluk hali için tehlike nitelendirilmesi yapılırken maddede ifade edilen nitelikler birlikte değerlendirilmelidir. Tehlike kavramının zorunluluk hali açısından yaratabileceği sıkıntı bizce olasılık (*possibilita*) ve olabilirlik (*probabilita*) kavramları arasındadır. Antolisei'nin belirttiği gibi olasılık bir varsayımdır ve sağlaması benzer olaylar bazında yapılır.⁶⁷⁴

“Tehlike” olabilirliğin dışında bir şey değildir. Hukuk cephesinde bu durum, hukuki olgunun gerçekleşme olasılığı olarak görünür. Rocco gibi bazı yazarlar olabilirlik ile olasılık kavramlarını eşdeğer görürler. Ancak “olabilirlik” (*probabilita*, *almost certain*) kavramı “olasılık” (*possibilita*) kavramına göre umulmayan olguları (*improbabile*) da birbirine bağlaması dolayısı ile çok daha geniş bir kavramdır (*il concetto di piu' ampio*). Tehlike, gerçek ve olası tehlike; doktrindeki bazı yazarlara göre ise aynı anlamda doğrudan ve dolaylı tehlike olarak ayrılmaktadır. Gerçek tehlike, tehlikeli olgunun olma olasılığını içermekle birlikte, fiilin basit bir tehlikeli durumu değildir.⁶⁷⁵ Salt kavramsal olarak kullanılan “olası olmak” ifadesi, bir tabii kanun (*legge di natura*) bulunmadan olgusal anlamda bir belirsizlik yarattığı için kavramın etkisini azaltmaktadır.⁶⁷⁶ *Her ne kadar buradaki belirsizliği ayırmak zor olsa da bununla birlikte ceza hukukunda tek bir tehlike*

⁶⁷² HAWKINS, Thomas H.: A.g.m., s. 241.

⁶⁷³ HAWKINS, Thomas H.: A.g.m., s. 241.

⁶⁷⁴ ANTOLISEI, Francesco: A.g.e., Milano 1997, s. 229.

⁶⁷⁵ ANTOLISEI, Francesco: A.g.e., Milano 1997, s. 232.

⁶⁷⁶ ANTOLISEI, Francesco: A.g.e., Milano 1997, s. 230.

kavramının bulunmadığı ve zorunluluk hali için gerekli olan tehlikenin “somut tehlike suçlarından farklı anlama gelen bir tehlike”⁶⁷⁷ olarak anlaşılması gerektiğini belirtmemiz gerekmektedir.

Böylelikle doğrudan ve dolaylı tehlike ayrımı daha işlevseldir. Bu yönde kullanılan zarar olasılığı da gerçek bir durum olmayıp insan zihninin girdiği bir değerlendirmenin ürünü olduğu için tehlikenin öngörülebilirliği ya da tehlikenin objektifliği konusunda verilen hüküm de neticede subjektif bir değerlendirmenin ürünüdür. Bundan dolayı tehlike kavramı değerlendirilirken onun hem objektif hem de subjektif bir yön taşıdığı gözden uzak tutulmamalıdır. Bundan dolayı zarar doğuran durumun süregelen nitelik taşıdığı durum bir “tehlike” olarak nitelendirilerek zorunluluk halinin etkisiyle işlenmiş fiilde (kurtulma –kurtarma) bulunulabilmesi mümkündür.⁶⁷⁸

2. Mevcut ve Muhtemel Tehlike

Mevcut tehlike, meydana gelmiş olan tehlikedir.⁶⁷⁹ 765 Sayılı TCK m. 49’da bu durum saldırının filhal⁶⁸⁰ olması şeklinde ifade edilmişti. TCK m. 25’de ise

⁶⁷⁷ **ÖZEN, Muharrem:** A.g.e., Ankara 2010, s. 10-11: Somut tehlike suçu tehlikenin suç tipine dahil olduğu suç tipi olduğundan suçun varlığı için tehlikenin mutlak olarak gerçekleşmesi gerekmektedir. Buna karşılık soyut tehlike suçunda tehlike suç tipinde aranmadığından suçun varlığı için tehlikenin gerçekleşmesi aranmamaktadır. Bu suç tipinde esasen hareketin kendisi tehlikeli görülmekte ve cezalandırılmaktadır. Tehlikeyi hareket ve netice olarak değerlendiren görüşte ise soyut tehlike suçunda netice söz konusu değildir. Hukuka aykırılık oluşturan kısım harekettir. Somut tehlike suçlarında doğalcı anlamda netice mevcuttur. Soyut tehlike suçları sırf hareket suçları olduğundan bu suçlarda netice yoktur. Böylelikle somut tehlike suçunda gözetilmesi gereken tehlike aslında “zarar tehlikesi”dir. Yine bu suç açısından kanuni tipteki hareketin gerçekleşmesi için somut bir tehlikeye ya da gerçek bir tehlikeye neden olduğunun araştırılması gerekir.

⁶⁷⁸ **CONTIERI, Enrico:** A.g.e., Milano 1939, s. 29-30-31; **TOROSLU, Nevzat:** A.g.e., Ankara 1968, s. 95 vd: Yine zarar ve tehlike kavramları arasında açık bir fark vardır. Zarar bir gerçeklik, tehlike ise gerçekleşme imkanı içinde bulunulan bir durumdur. Zarar bir kayıp ya da bir menfaatin azalması ile ilişkilendirilip tehlike kavramı içinde değerlendirilirken, tehlikenin içerdiği olasılık onun zihinsel olarak analizini gerektirmektedir. Zarar meydana gelmiş ama tüketilmemiş olabilir. Başka bir ifadeyle zararlı sonuç halen devam ediyor olabilir.

⁶⁷⁹ **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** A.g.e., Ankara 2008, s. 243, **Ed. ÖZİPEK, Bekir Berat: Teorik Ve Pratik Boyutları İle İfade Hürriyeti: ARSLAN, Zühtü, “İfade Özgürlüğünün Sınırlarını Yeniden Düşünmek: ‘Açık ve Mevcut Tehlike’nin Tehlikeleri”,** s. 58-60, Ankara 2003: Açık ve mevcut tehlike kriteri bir kriter olarak Anayasa Mahkemesi tarafından da kullanılmaktadır. Özellikle sosyal olgular açısından tehlike kavramının kullanımını son derece dikkatli ve sınırlı değerlendirilmesi

“mevcut tehlike” ya da “tehlikenin mevcudiyeti” doğrudan belirtilmemiş ancak dolaylı olarak “tehlikenin ağır ve muhakkak olması” tamlamaları ile ifade edilerek ifade yine “başka türlü kaçınma olanağının bulunmaması” yargısıyla da desteklenmiştir. Ancak zorunluluk halinin şartları bağlamında tehlikenin mevcudiyeti de meşru savunma için bulunması istenen mevcudiyetten farklılık göstermektedir.⁶⁸¹ Çünkü tehlike meşru savunmadaki saldırı kavramına göre soyut (astratto) bir kavramdır. Bu nedenle meşru savunma için ifade edilen saldırı ile savunmanın eş zamanlılığı ya da savunmanın saldırı başlamadan önce veya saldırı sona erdikten

kanısında. Hatta bu kavramın kullanılmaması gerektiğini savunanlar da bulunmaktadır. Kriterin bu anlamda otoriter bir görünüm gösteren 1982 Anayasası ile uyumlu olarak Anayasa Mahkemesi tarafından ifade ve örgütlenme özgürlüğü konusunda kısıtlayıcı bir anlayışın ürünü olarak yorumlandığı savunulmaktadır. Tehlike kavramı “sosyal tehlike” anlamında kullanıldığında elbette yoruma açık bir görünüm arz etmektedir. Yorumun hangi kriterlere göre ve zamanın olgusal koşullarına göre yapıldığı bu anlamda soyut bir içerik taşıyan kavramın sınırlarını belirleyebilmek açısından önemlidir. Tehlike konusundaki kabul verilere dayanmalı ve bu hukuksal paradigma yaratacak nitelikte olmamalıdır. Örneğin; yalnızca düşünsel düzeyde kalan bir tehdit kanımızca açık ve mevcut tehlike kriterini karşılamayacaktır. Benzer bir yaklaşımı Fantinata’da da görmekteyiz; **FANTINATO, Luisa: Necessita, Emergenza e Pubblici Poteri: Profili Penalistici**, Tesi Di Dottorato, Università Degli Studi Di Padova 2011, s. 42-44: Devletin kamu gücü kullanımını gerektiren siyasal düzene karşı bir “tehlike” durumunda, özellikle üçüncü kişi lehine zorunluluk hali işletilirken kollektif olarak yorumlanacaktır. Örneğin; İtalya’da Kızıl Tugaylar tarafından kaçırılan Aldo Moro olayında devletin rehinelere kurtarmak için müdahalede bulunmaması (sosyal) ise zorunluluk kapsamında değerlendirilemez. Aldo Moro ülkedeki gladio örgütlenmesi ile ilgili bilgileri deşifre etmesinden çekinildiği için kurtarılmak istenmemiştir. Ancak buradaki tehlike kavramının yorumu siyasallaştırılmaya ve kötüye kullanılmaya elverişli bir yorumdur.

⁶⁸⁰ **ÖZEN, Muharrem:** A.g.e., s. 72, 73: Bu ifadeden anlaşılması gereken halen mevcut bir saldırdır. İfade genellikle geniş anlaşılmaktadır. Buna göre, başlamamış olan ama başlayacağı muhakkak olan ve başlamasına kesin gözüyle bakılan bir saldırı başlamış yine bu yönde bitmiş olmasına rağmen tekrarından korkulan bir saldırının da devam ettiği kabul edilmektedir. Bunun nedeni saldırının gerçekten fiili ve maddi olarak başlamasının arandığı durumlarda savunmayı etkisiz hale getirmesi ya da imkansız kılmasıdır. Aynı yorum tehlike kavramı açısından da yapılabilir. Örneğin 04.11.2013 tarihinde Diyarbakır’da gerçekleşen leopar saldırısı olayında kişinin kendisine koşarak gelen bir kaplana ateş etmesi de zorunluluk hali kapsamında değerlendirilmelidir. Söz konusu olayda kaplan şahsa saldırmıştır. Ancak saldırı gerçekleşmemiş olsa dahi tehlikenin gerçekleşmesi beklenmemelidir. Bu değerlendirme yapılırken de “tehlikenin” konumu, büyüklüğü, kişi ile durumu ve mesafesi değerlendirilmelidir. (<http://www.aa.com.tr/tr/haberler/247521--diyarbakirda-leopar-saldirisi> , Erişim Tarihi 06.11.2013.)

⁶⁸¹ **SOYASLAN, Doğan:** A.g.e., Ankara 2005, s. 380, 381: Meşru savunma fiili bir reaksiyon olmakla birlikte zorunluluk halinde ise bir tecavüz söz konusudur. Yine kaynak açısından zorunluluk halinde kaynağın insan ya da tabiat olması açısından farklılık bulunmamaktadır. Zorunluluk halinde tehlikede bulunan hukuki değer ancak bir başkasının hukuki değerine zarar verilerek korunabilmektedir. Meşru savunmada karşılaşma kişinin şahsına ilişkin hakkı ile başkasının hukuka aykırı fiili arasındadır. Zorunluluk halinde ise karşılaşma her ikisi de geçerli ve himayeye layık iki hak arasındadır.

sonra yapılamayacağı⁶⁸² yargıları tehlike ve bu kapsamda tehlikeden korunma hareketi için söz konusu değildir. “Mevcut tehlikeyi ise o anda mevcut tehlike şeklinde kabul etmek kurumun hukuki yapısına aykırıdır.”⁶⁸³ Bu bağlamda saldırının doğurduğu bir tehlikeden kurtulmak için yapılan fiil bir savunma fiili ise hukuki kurumun niteliği meşru savunmadır.⁶⁸⁴ Ancak fiil tehlikeden kurtulma niteliğinde bir fiil ise kurumun niteliği zorunluluk halidir.

Tehlikenin doğurduğu zarar tehdidinin uzak bir gelecekte gerçekleşme ihtimalinin bulunmasının genellikle tehlikenin halen mevcudiyeti koşulunun varlığını ortaya koymadığı belirtilmektedir.⁶⁸⁵ TCK m. 25 ise bu anlamda “mevcudiyet” kavramını dolaylı olarak meşru savunma kurumunun içinde “saldırı açısından mevcudiyet” ile ilintili olarak tanımlamış bunu da gerçekleştiren, gerçekleşmesinin ya da tekrarının muhakkaklığı kavramları ile ilişkilendirmiştir. *Tehlikenin halen mevcut olması ise* tehlikenin derhal ortadan kaldırılmasının gerekliliği ile ilgili bir durumdur. Böylelikle tehlikeyi ortadan kaldırmak için herhangi bir tedbire başvurulmadığı takdirde bir zararın meydana gelmesi olasılığının yüksek bir yoğunlukta olması gerekir.⁶⁸⁶ Doktrinde mevcudiyet kavramı meşru savunma açısından değerlendirildiğinde saldırının mevcudiyeti kavramının geniş yorumlandığı⁶⁸⁷ görülmektedir. Benzer bir yorumu tehlike açısından da kullanmak mümkündür. Ancak tehlike için yapılan yorumda ayrıca tehlike için kullanılabilir kriterlerin netliği sıkıntısı da bulunmaktadır. Çünkü elbette muhtemel bir saldırının emareleri, muhtemel tehlikeye göre daha belirgindir. Zorunluluk hali başka türlü korunmak

⁶⁸² ÖZEN, Muharrem: A.g.e., s. 72.

⁶⁸³ ÖNDER, Ayhan: *Ceza Hukuku Dersleri*: A.g.e., İstanbul 1992, s. 252.

⁶⁸⁴ ÖZEN, Muharrem: A.g.e., Ankara 2010, s. 74.

⁶⁸⁵ KANGAL, Zeynel: A.g.e., Ankara 2010, s. 219.

⁶⁸⁶ KANGAL, Zeynel: A.g.e., Ankara 2010, s. 219.

⁶⁸⁷ MANZINI, Vincenzo: *Trattato Di Diritto Penale Volume II*, Torino 1961, s. 359; ANTOLISEI, Francesco: A.g.e., Milano 1980, s. 248.

olanağı bulunmayan bir durumda gerçekleşeceğine göre, tehlikenin mevcut olması şartı zaten bu şart içinde mevcuttur. Tehlike her an korunan bir yarara zarar verebilme olasılığının olduğu durumda mevcuttur.⁶⁸⁸ Ancak tehlikenin mevcut olma durumu zorunluluk halinin şartlarından ayrı düşünülemez ve mevcudiyet kelimesi metinde yer almasa dahi, kurumun doğası gereği değerlendirilmesi gereken bir şarttır. Yine *tehlikenin muhakkak olması durumunu da geniş anlamak gerekmektedir*. Gerçekleşmesi büyük olasılık dahilinde olup da henüz gerçekleşmemiş tehlikeyi muhakkak saymak gerekmektedir.⁶⁸⁹ *Mevcudiyettense insanların tecrübe ve deneyimlerine göre doğal olarak gelişen mevcut bir durum sonucu korunma hareketi yapılmadığı takdirde hukukça korunmakta olan yararın zarar görme ihtimalinin büyük olabileceği hal*⁶⁹⁰ *anlaşılmaktadır.*⁶⁹¹ Mevcut tehlike kurumun ruhu gereği olmakla birlikte bu durum muhtemel yani olma olasılığı bulunan bir tehlikenin yeterli olmadığını da ifade etmektedir. *Burada tehlikenin bir zarara yol açacağı konusunda kuşku bulunmamalıdır.*⁶⁹² Hatta bu konuda getirilen kriterlerden birinin failin o anda kanunu ihlal etmekten başka bir seçeneğinin bulunmaması durumu olduğu da ifade edilmektedir.⁶⁹³ Örnek olarak; hamileliğinin üzerinden 10 hafta geçmiş ve doğumuna daha bir hayli zaman varken verem olduğu anlaşılan kadınının

⁶⁸⁸ ÖNDER, Ayhan: A.g.e., İstanbul 1992, s. 252.

⁶⁸⁹ DÖNMEZER, Sulhi: Genel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 2003, s. 177.

⁶⁹⁰ ÖNDER, Ayhan: A.g.e., s. 252.

⁶⁹¹ 765 Sayılı TCK m. 49 f. 2'ye bakıldığında meşru savunma açısından saldırı "filhal mevcut bir saldırı" olarak tanımlanırken bu yargılardan hareketle tehlikenin bulunmasına ilişkin bir şartın da ayrıca belirtilmesine gerek olmadığını söyleyebiliriz.

⁶⁹² CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT: Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2008, s. 314; DÖNMEZER, Sulhi: A.g.e., s. 178: Tehlikenin muhakkak olması ile gerçekleşmesinin muhakkak olması arasında fark vardır. Bununla ilgili Fransa'da gerçekleşen bir olayda evsiz birtakım kişilerin soğuktan donma tehlikesi karşısında kilitleri kırarak boş evlere girmeleri olayı ile ilgili olarak zorunluluk hali kabul edilmemiştir. Bize göre, bu yorumda değerlendirilmesi gereken hareketin gerçekleştirildiği anda donma tehlikesinin olup olmadığıdır. Örneğin gece havanın sıfırın altında 20 derece olacağı duyumu alınsa ve boş meskenlerin camı kırılarak içeri girilse bu durum zorunluluk haline uygundur. Burada hukuka uygunluk devletin sosyal nitelikteki ödevlerini yapmamasından kaynaklanmaktadır. Buna göre donma tehlikesinin oluşması için ille de donma anını yaşamaya gerek yoktur. Tehlike mevcut ve muhakkak kabul edilmelidir.

⁶⁹³ GAROFOLI, Roberto: Manuale Di Diritto Penale, Parte Generale, Roma 2011, s. 735.

doğum yapmasının yaşamsal bakımdan tehlike yaratmasının muhakkak olduğu hallerde henüz bu tehlike fiilen gerçekleşmeden çocuğun alınması hali gösterilebilir. Diğer bir örnek de Fransa’da yaşanan bir olaydan örnek verilebilir. Burada, evsiz kişilerin konut dokunulmazlığını ihlal ederek konutlara girmeleri ile ilgili olaylarda “mevcut ve muhakkak tehlike” *kriterinin var sayılmaması*⁶⁹⁴ olarak verilebilir. Ancak bizce mevcudiyet kriterinin somut olayda olma olasılığı yaratan durumla ilişkili olarak değerlendirilmesi gerekir. Örneğin bu durum hava koşullarının dışarıda donma tehlikesi yarattığı durumlarda farklı yorumlanabilecektir. Tehlikenin mevcudiyetinin temel sebebi de geçmiş ve gelecek tehlikelerin çatışma ihtimali taşımamasıdır. *Mevcut tehlike kavramını sadece o anda gerçekleşen tehlike olarak daraltarak yorumlamak da kurumun yapısına aykırıdır.*⁶⁹⁵

Tehlikenin mevcut ve muhtemel olması ayrımı aslında yine onun zararla ilişkilendirilmesinden ortaya çıkmıştır. Zararın yakın olmasını ya da tehlike ile birlikte gerçekleşebileceğini gösteren birtakım emareler tehlikenin de bu bağlamda yorumlanmasına yol açmıştır.⁶⁹⁶ Bu konuda bir ayrım yapılması gerektiğini düşünen Contieri *bir imkan dahilinde düşünülen zarar kavramının bir “durum” olması ile tehlike kavramının olgusal olmaktan çok “emarelerin sunduğu ve gerçekleşme imkanı olan durum”dan ayırt edilmesi gerektiğini belirtmektedir.* Aynı zamanda tehlike olasılığı olarak alabileceğimiz ve muhtemel tehlike olarak söyleyebileceğimiz

⁶⁹⁴ DÖNMEZER, Sulhi: A.g.e., İstanbul 2003, s. 177; PULITANO, Domenico: A.g.e., s. 314: Bu durum Pulitano tarafından da ifade edilmiştir. Özellikle ekonomik zorunluluklar dolayısıyla gündeme gelen tehlikenin bu şekilde değerlendirilmesini İtalyan Yargıtay’ı da “konut dokunulmazlığı hakkı”nın lehine yorumlamış ve bu durumdaki tehlikeyi kabul etmemiştir.

⁶⁹⁵ ÖNDER, Ayhan: A.g.e., s. 252.

⁶⁹⁶ MANZINI, Vincenzo: *Trattato Di Diritto Penale Italiano, C II*, Torino 1961, s. 407, HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.e., Ankara 2008, s. 243, 244.

bu durum soyut olarak ya da varsayım olarak algılanabilecek bir durumdur. *Ancak ifade edilmelidir ki “tehlike olasılığı” ya da “muhtemel tehlike” tehlike değildir.*⁶⁹⁷

Mevcut tehlike ya da gerçek tehlike (il pericolo effettivo) aslında bir an için beklenip karar verilebilecek bir olgudur. Bu tehlikenin mevcut (presente) ya da geleceğe ilişkin (futuro) olmasını tespit edebilmek, kavramın ya da hareket kavramının değerlendirilerek bunun yerine duran (durağan) bir zarar kavramının üretilmesini gerekli kılmaktadır. Zarar kavramında tehlike geçmişte kalmıştır.⁶⁹⁸ Contieri’ye göre; “tehlikenin varlığı” onun mevcudiyeti içinde farklı bir sınıflandırma içeriğine sahiptir. Bazı yazarlar tehlikenin mevcudiyeti meselesinde onun varlıksal gerekliliğini, onun yakınlığına ya da zararın bunu doğrulama ihtimaline özgülerler. Manzini, bu konuda anılan iki elemanı yeniden yapılandırarak tehlikenin mevcudiyeti meselesinin bir olasılığı barındırdığını ve bunun da zararın çok yakın olması olasılığı olduğunu ifade ederken Contieri bu fikre katılmayarak arada bir korelasyon olduğunu düşünmemektedir.⁶⁹⁹ Bu konuda verilen bir örneğe göre; bir itfaiye aracının ilerlerken yaklaşık 180 metre aşağıda bir evin yanmakta olduğunu görmesi üzerine o anda yanan kırmızı ışığı beklemeden geçmesi düşünülebilir. Kırmızı ışıkta geçme fiili hiç şüphesiz zorunluluk hali kapsamında değerlendirilirken evin o anda yanmakta olması “mevcut tehlikeyi” ifade etmektedir. Bu hareket mazur görülebilir bir hareket olmanın dışında, hukuka uygun bir harekettir.⁷⁰⁰ *Bizce aradaki ilişki bir korelasyonun ötesinde tehlikenin gerçekleşme ve*

⁶⁹⁷ **CONTIERI, Enrico:** A.g.e, s. 32, 33: Fakat etkili olması açısından mevcut ve muhtemel tehlike ayrımının etkili bir yaklaşım olmadığı düşünülmelidir. Çünkü kavramsal anlamda karşımıza çıkan soyutlama zorunluluğu dolayısı ile bir davranış oluşturmak bir hak ya da menfaatin zarara uğramasına yol açabilecektir.

⁶⁹⁸ **CONTIERI, Enrico:** A.g.e, s. 33.

⁶⁹⁹ **CONTIERI, Enrico:** A.g.e, s. 34.

⁷⁰⁰ **SMITH, John C.: Justification and Excuse In The Criminal Law,** London 1989, s. 86-87.

zarar doğurma ihtimalinin ciddiye alınabilirliğini ifade edebilen bir değerlendirmeyi belirtmektedir.

Tehlikenin yakınlığının mı yoksa zararın yakınlığının mı gerekli olduğu sorusuna verilecek cevap mevcut tehlikeden zararın yakın bir gelecekte doğacağını anlaşılmamasıdır. Zarar ölçülebilir bir durumda değilse bu gelecekte ortaya çıkmasının öngörülebilirliğinden ibarettir.⁷⁰¹ Tehlikenin mevcudiyeti meselesini tehlikenin ağır hasar doğurması ya da doğrudan zarar vermesi ile de ilişkilendirenler de vardır. Ağır zarar doğurma ihtimali, doğduktan sonra müdahalenin geç olabileceği bir durumdur. (*Un danno futuro*)⁷⁰² Mevcut şartlara göre tehlikenin her an korunan ve zarar verebilme ihtimalinin mevcut olduğu hallerde tehlike mevcuttur. Bir görüşe göre tehlike mümkün veya ihtimal dahilinde olmamalıdır.⁷⁰³ Zaten bu durum TCK'da tehlikenin ağırlığı ve muhakkaklığı ile ilişkilendirilmiştir. İleride gerçekleşecek tehlike pek tabii mevcut tehlike değildir. Bu durumun mevcut tehlike kapsamında ele alınmamasının nedeni ileride gerçekleşecek tehlikeleri önlemek bakımından toplumun uygun araçlara sahip olmasıdır.⁷⁰⁴ *Tehlikenin halen mevcut bulunması korunma hareketinin yapılmaması durumunda hukukça korunan bir yarara zarar verilecek olmasını ifade eder. Buradan da mevcut tehlikeyi geniş anlamda anlamak*

⁷⁰¹ **MARINUCCI-DOLCINI: Codice Penale Commentato Parte Generale**, Milano 1999, s. 517; Toroslu ve Contieri bu noktada zarar imkanı olarak anlaşılan tehlike ile tehlike imkanını birbirinden ayırmak gerektiğini düşünmektedirler. Bir hak ya da menfaate zarar verecek olguların fiilen gerçekleşmesi ile bu olguların gerçekleşme imkanı aynı şey değildir. Dolayısı ile tehlike imkanı hiçbir zaman tehlike değildir. Ancak bu zararın başlamış olması da değildir ki bu sıradışı bir hipotez olacaktır. Yine zararın da tüketilmemiş olması gerekir: **TOROSLU, Nevzat: A.g.e.**, Ankara 1968, s. 97; **CONTIERI, Enrico: A.g.e.**, Milano 1939, s. 31.

⁷⁰² **VIGANO, Francesco: A.g.e.**, Milano 2000, s. 584.

⁷⁰³ **SOYASLAN, Doğan: A.g.e.**, Ankara 2005, s. 382.

⁷⁰⁴ **ÖNDER, Ayhan: A.g.e.**, İstanbul 1992, s. 253; **CONTIERI, Enrico: A.g.e.**, Milano 1939, s. 28; Ancak burada tartışılması gereken mevcut tehlikeden mutlaka o andaki tehlikenin anlaşıp anlaşılmamasıdır. Tehlikenin mevcudiyetinden bahsedilmiştir ancak bu zararın mevcudiyeti şeklinde anlaşılmamalıdır. Aksi takdirde tehlikenin daha üstünde bir olasılığa sahip olması tehlike değil, zararın kendisi olacaktır. Bundan dolayı zararın gerçekleşme olasılığı yalnızca zarardır. Dolayısıyla mevcut tehlike için zararın başlamış olması gerekmez. Zararın başlamış olması lehine kurulacak bir hipotezin de aşırı olduğunun belirtilmesi gerekmektedir. Bunların hepsiyle birlikte önemle belirtilmelidir ki tehlike; zarar olasılığıdır.

*gerektiğini ifade etmeliyiz. Bu tehlikenin zamansal olarak ille de şimdiki zamanı ifade etmemesi demektir.*⁷⁰⁵ Böylelikle bu kapsama kuvvetle muhtemel olan yakın tehlike kavramını da sokmak gerekmektedir.⁷⁰⁶ Örneğin aşırı yağışta mahsur kalma ihtimali bulunan kişilerin buldukları bir sandalı zaptederek kurtulmaları. Önemle belirtilmelidir ki “olabilirlik” benzer olaylardan edinilen tecrübeyle şekillenen bir varsayımdır. (E’ una congettura) Bu yüzden kavramsal olarak daimi bir değişmezlikten bahsedilmesi ancak bunun tecrübe edilmesi ile ilintilidir. Bu önsel (a priori) olarak bir olgunun gerçekleşmesinin, başka bir olgunun mevcudiyetine bağlanması ya da tehlikenin varlığının hangi ölçüte göre yapılacağı değerlendirmesini içerir. Böylelikle denebilir ki olayların olağan akışı içinde bir “olasılık” hep vardır.⁷⁰⁷ *Kaldı ki, bu konuda bir yaklaşımda bulunabilmek için tehlikeyi mutlaka somut olayda var olan bir ölçüte göre değerlendirmek*

⁷⁰⁵ Devam eden tehlike kavramından her zaman bir hukuksal değer ihlaline yol açabilecek ve fakat hukuksal değer ihlali zamanında somut olarak tespit edilemeyen uzun süreli bir “tehlike tehdidi” durumu anlaşılmalıdır. Bununla ilgili olarak verilen bir örnek Alman Yargı Uygulaması’ndaki “ev şiddeti” vakasıdır. Her akşam düzenli olarak evine alkollü olarak gelen ve karısını döven Anton’un karısı Berta, Anton’dan tek bir şekilde kurtulabileceğini bilmektedir. Bunun için Anton’un tehlikesiz bir durumda bulunmasına rağmen bir akşam O’nun kahvesine ölümüne yol açabilecek derecede zehir zerk eder. Olayda mevcut bir saldırı olmadığından Alman Uygulaması bunu meşru savunma kapsamında değerlendirmemekle birlikte bunu yerinde olarak bir “devam eden tehlike” bağlamında değerlendirmektedir: **HEINRICH, Bernd:** A.g.e., Ankara 2014, s. 276; Bu durum ve “mevcut tehlike”nin bu yönde yorumlanması kötü muameleye maruz kalmış kadın reaksiyonunun bu bağlamda bir meşru savunma mı, yoksa zorunluluk hali mi olduğu noktasında tartışmalı bulunmaktadır. Benzer bir uygulama Amerikan Ceza Yargılaması’nda da tartışmalıdır. Yukarıda Alman Yargı Uygulaması konusunda verilen örnek bu konu için oldukça yetersiz sayılabilecek niteliktedir. ABD Mahkemeleri aile içinde kötü muameleye maruz kalmış kadını kendisine böyle bir muamele, saldırı yokken öldürmesini cezasızlık nedeni olarak kabul etmiştir. Bunu mevcudiyet açısından değerlendirirsek olumsuz sonuca ulaşırken saldırının ya da bu yönde bir tehlikenin kaçınılmazlığı noktasında kısmi bir subjektifleştirme yapılabileceği kanısındayız. Amerikan Mahkemeleri de bu yönde karar vermişlerdir. Buna göre somut olayın tüm koşulları birlikte ele alınmalıdır. Bununla ilgili “kötü muameleye maruz kalmış kadın sendromu” adı altında aslında bir şiddet döngüsünün kurumsallığı terimleştirilmiştir. *Burada hareket noktası burada bir döngü olduğu için kadının kendisini her an gerçekleştirebilecek bir saldırı içinde kabul etmesi ve bu bağlamda şiddeti öngörebilme ve saldırı ya da tehlikeyi değerlendirme yeteneğinin körelmesidir. Kadın için bir öğrenilmiş çaresizlik mevcuttur ve bu da bir nevi duygusal felç getirmektedir. Ancak kadının hareketinin orantılığı yine mevcuttur:* **TASKIN, Ozan Ercan:** “Kötü Muameleye Maruz Kalmış Kadın Reaksiyonu: Meşru Savunma Mı, Mazeret Nedeni Mi?”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 8, Sayı: 21, Nisan 2013, s. 105-108. O halde aynı durumu tehlike açısından da düşünmek mümkündür.

⁷⁰⁶ **DEMİRBAŞ, Timur:** A.g.e., Ankara 2009, s. 282.

⁷⁰⁷ **ANTOLISEI, Francesco:** A.g.e., Milano 1997, s. 230.

gerekmektedir. Kangal, bu durumun ex ante objektif bir değerlendirmeye saptanabileceğini belirtmektedir.⁷⁰⁸ Buna örnek olarak kuduz hastalığı geçiren ve son aşamasında olan kişinin bu hastalığı bulaştırma tehlikesi verilebilir. Burada da tahmin edilebilir ve a priori bir durum söz konusudur. Ancak bu yaklaşımın getirdiği sıkıntı zorunluluk halinin gerçekleştirilebilir hali ile hata sonucu varsayılan zorunluluk halinin ayrımını güçleştirmesidir.⁷⁰⁹ Fail mevcut olmayan bir tehlikenin olacağı kanısına kapılabilir. Eğer failin bu hatası, taksirine dayanıyorsa fail bu hatasından yararlanacaktır.⁷¹⁰ Örnek olarak, haber bülteninde deprem olan yöreyi farklı anlayarak bu yöreye yakın yerlerde oturanların tsunami tehdidi altında bulundukları anonsunu yanlış değerlendiren failin, yola çıkarak durdurduğu bir arabayı gasp ederek kaçması verilebilir.

Böylelikle mevcut tehlikeden;⁷¹¹ tehlike ve kurtarma fiilinin eş zamanlı olması, fiilin gerçekleştirildiği anda tehlikenin halen mevcudiyeti anlaşılır. Fiilin işlendiği sırada yaklaşmakta olan bir zararın bulunması da mevcut tehlike kavramı içinde değerlendirilerek, zarardan bahsedilemiyorsa tehlike de mevcut sayılamayacaktır.

Bu bağlamda tehlikenin kesin olarak ortadan kalkması da artık mevcut olmadığını

⁷⁰⁸ **KANGAL, Zeynel:** A.g.e., Ankara 2010, s. 224-234: **Ex ante** değerlendirmede yer ve zaman dilimi ile sınırlı olan ilgili durum bakımından objektif olarak saptanabilir tüm koşullar önem taşımaktadır. Değerlendirmede failin ya da korunan hukuksal değerın yalnızca ölçü alınan bir kişi (uomo medio) tarafından değil, aynı zamanda olup biten durum içinde gerçekten saptanabilir tüm koşulları söz konusu olmaktadır. Jacops'un ifade ettiği değerlendirmenin failin özelliklerine göre değil, makul bir gözlemcinin özelliklerine göre yapılması yaklaşımına katılmamız mümkün değildir. Çünkü, makul gözlemci ile örneklenen yangın tehlikesi için itfaiyeci, hastalık bakımından hekim aslında makul değil **teknik gözlemcilerdir**. Bu kişilerin normal bir kişiye göre algı ve anlayışları kabul edilmelidir ki daha donanımlı olacaktır.

⁷⁰⁹ **VIGANO', Francesco:** A.g.e., Milano 2000, s. 583: Vigano ex ante değerlendirmede bu değerlendirmeye ilişkin fail somut bir faildir. Bu yaklaşım gerçek zorunluluk halini, hata sonucu varsayılan zorunluluk halinden ayırmayı imkansız kılmaktadır.

⁷¹⁰ **DEMİRBAŞ, Timur:** A.g.e., Ankara 2009, s. 283.

⁷¹¹ **CANESTRARI, Stefano- CORNACCHIA, Giulio De Simone: Manuale Di Diritto Penale,** Bologna 2007, s. 564, 565: Tehlikenin mümkün olması bir başka deyişle varlığı (il pericolo attuale) tabii olgulardan kaynaklanmaktadır. Bu olgular yangın, kasırga gibi tabiat kuvvetlerinden kaynaklanan olgular olabileceği gibi bir insan davranışı da olabilir. Ancak yine belirtilmelidir ki failin buna bilerek sebep olmaması gerekmektedir. Bu konuda ceza hukuku literatürünün klasik örnekleri kişinin kendi mirasını hileli bir şekilde gidermesi ya da karısının şiddetle ihtiyaç duyduğu ilacı temin etmek için hırsızlık yapması verilebilir.

gösterir.⁷¹² Böylece tehlikenin mevcudiyetini geniş anlamda anlamak gerekmektedir. Bazen tehlike geçmişte kalmış ya da gelecekte gerçekleşme ihtimali olabilir. Bu noktada tehlikenin mevcudiyeti kavramı mutlaka tehlikenin ağırlığı ve kaçınılmazlığı ile birlikte yorumlanmalıdır. *Önemli olan bazı şartların devam etmesi durumunda tehlikenin halen mevcut olduğu yorumunun yapılabilmesidir.*⁷¹³ Oldukça sert bir yaklaşım olan bu yaklaşım doktrinde eleştirilmiştir. Ancak tehlikenin pratikte kanıtlanabilirliği ya da doğrulanabilirliği ile tehlikenin mevcudiyeti zamansal olarak mevcudiyetle ilişkilendirilerek tanımlanabilmekle birlikte bunun geçmişe ya da geleceğe ilişkin olmaması için bir sınırlandırma yoktur.⁷¹⁴

B. TEHLİKENİN NİTELİĞİ

1. Tehlikenin Ağırlığı

Tehlikenin ağırlığı, her tehlikenin zorunluluk halinin kabulüne imkan vermediğine işaret etmek için kanuni bir gereklilik olarak belirtilmiştir. TCK'daki ifadeye bakıldığında ağır tehlikenin özellikle “başka türlü korunma imkanı bulunmayan” ve “kaçınılmaz” olan ifadelerle birlikte nitelenerek tamamlandığı görülmektedir. Böylelikle TCK herhangi bir tehlikeyi zorunluluk hali için yeterli görmemiş; tehlikenin hem ağır olmasını, hem de kaçınılmaz olmasını aramıştır.⁷¹⁵

⁷¹² **KANGAL, Zeynel:** A.g.e., Ankara 2010, s. 244.

⁷¹³ Olgusal olarak bu yorum zararlarla ilişkilendirilerek yapılır. Hak ya da menfaatlere zarar verme olasılığının bulunduğu durumlarda tehlike olasılığı vardır. Ancak doktrinde (Rocco, Manzini) bu ister olası tehlike, ister soyut anlamda tehlike, gerçek tehlike, geçmiş, mevcut ya da doğrudan tehlike, tehlikenin tehlikesi ya da müstakbel tehlike olarak adlandırılın tehlikenin mümkün olmasının tehlike kabul edilemeyeceği belirtilmektedir: **CONTIERI, Enrico:** A.g.e., Milano 1939, s. 35.

⁷¹⁴ **CONTIERI, Enrico:** A.g.e., s. 33: Contieri doktrinde bazı yazarların bunu tehlikenin varlığı ya da zararın mevcut verilerle gerçekleşme olasılığı ile ilişkilendirilerek tanımladıklarını belirterek kavramı mevcut ya da devam eden tehlike olarak tanımlamaktadır.

⁷¹⁵ **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** A.g.e., Ankara 2008, s. 245; Yargıtay 9. CD., E : 2010/14308, K : 2011/11846, Tebliğname No : 3 - 2009/190205, “Sanığın emvali ormandan keserek evine getirip yaktığı dosya içeriğinden anlaşılmasına göre TCK. 25. maddesindeki zorunluluk halinin oluşmadığı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi, bozmayı gerektirmiş, müdahil idare vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebepten 5320 sayılı Yasanın 8/1.

Yine madde metninde tehlike kavramını izleyen cümlede “tehlikenin ağırlığı” ile “konu”su ve “kullanılan araç” arasında orantı koşulu kurulmuştur. Ancak değerlendirmede kolaylık sağlaması açısından bu niteliklerin bir unsur kabul edilerek tek tek ele alınmasında fayda bulunmaktadır. Buna göre zorunluluk hali açısından mağduriyetin olayın dışındaki üçüncü kişiler üzerinde de gerçekleşebilmesi sebebi ile kavramlar dikkatle ele alınmalıdır.⁷¹⁶ Öncelikle tehlikenin ağırlığı kavramı zorunluluk hali için gerekli olan tehlikenin belli bir yoğunlukta olmasını ifade eder. Bununla kastedilen hem tehlikenin hem de meydana getireceği zararın ağır olmasıdır. Örneğin yaşama hakkına yönelmiş bir tehlike ağırdır.⁷¹⁷ Ancak tehlikenin ağırlığı bir faaliyetin riskli olması ve yoğun tehlike içermesi ile karıştırılmamalıdır. Bu konuda doktrinde farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Bir kısım görüş tehlikenin ağırlığını “hukuki önemi” nin belirleyeceğini, bir kısım görüş ise bunu “tehlikenin büyüklüğü”nün belirlediğini belirtirken bir diğer yaklaşım ise bunu tehlikenin yönelmiş olduğu hak ve meydana gelebilecek zararın boyutu ile birlikte

maddesi ile yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK'nun 321. maddesi uyarınca istem gibi bozulmasına, 15.09.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.”; Y. 9. Ceza Dairesi, E : 2008/21368, K : 2010/11136, Aksi sabit olmayan savunmasına göre, sanığın kendisini korumak amacıyla saldıran köpeği tüfekle ateş ederek yaralaması şeklinde gerçekleşen olayda, atılı suçun unsurları oluşmadığı ve beraat kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden, suç tanımında yer alan zorunluluk halinin varlığından bahisle ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi, kanuna aykırı olup hükmün bu nedenle bozulmasına, bu hususun yeniden duruşma yapılmaksızın CMUK'nın 322. maddesine göre düzeltilmesi mümkün bulunduğundan, hükümden ‘*eylemin zorunluluk halinden kaynaklanan neden ile gerçekleştiği anlaşıldığından, sanığa 5237 sayılı TCK'nın 25/2 ve 223/3-b maddeleri uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına*’ ilişkin ifadenin çıkartılması ve yerine ‘*suçun yasal unsurlarının oluşmaması sebebiyle*’ sanığın beraatine’ denilmek suretiyle hükmün düzeltilerek onanmasına, 28.10.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”

⁷¹⁶ Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E : 2012/5771, K: 2012/24422'daki muhalefet şerhinde: “...Taksirle yaralama ve trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçlarından müşteki- sanık Y. Y'nin...yapılan incelemede; katılan sanıklardan Ülkü Gülbay'a, gidiş yönüne göre sol şeride geçmeye çalışmak yerine, yolun sağ tarafında bir metrelik banket bulunduğ, bu banketi kullanarak kazayı önlemeye çalışmadığından dolayı kusur izafe edilmiş olması, TCK'nın 25/2. m.'de düzenlenen zorunluluk halinin unsurlarından birinin de “*başka suretle korunma olanağının bulunmaması*” olduğu, bu nedenle olayda, sağ tarafındaki banketi kullanmak yerine sol şeride geçmeye çalışan katılan sanığın eylemlerinde zorunluluk halinin bulunmadığı anlaşılmakla tebliğnamedeki bu hususa ilişkin bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir...”

⁷¹⁷ **ÖZBEK ve Diğerleri:** A.g.e. (Genel Hükümler), s. 384.

değerlendirmektedir.⁷¹⁸ Ancak tehlikeyi hukuki önem olarak sınıflandırmak ciddi bir düşünsel faaliyet meselesidir ki failin olay anında anlık böyle bir değerlendirmede bulunması mümkün değildir. Bu yaklaşımı zaten güç olan tehlikenin tespiti durumunu daha da güçleştireceği için yerinde bulmuyoruz. TCK m. 25'deki ifade ise tehlikeyi ağırlık ve muhakkaklık kavramları ile ilişkilendirmiştir. Bu da tehlikenin sıradan bir tehlike olmamasını gerektirir. Ama bu İCK'nın anladığından daha geniş bir ifadeyi çağrıştırmaktadır. İCK m. 54'de tehlikenin mevcudiyeti (il pericolo attuale) kavramından kasıt *yakın bir tehlikedir*. Örneğin tek bir arının sokma tehlikesi ile kovanları dağıldığı için kaçan 1000 tane arının sokma tehlikesi eşdeğer değildir. Yine Anakonda Yılanı'nın sokma tehlikesi ile sivrisineğin sokma tehlikesi aralarında kıyas götürmez. TCK'da ağırlıkla birlikte aranan tehlikenin kaçınılmazlığı ise kanımızca olasılık kavramının sınırlarını gerçeğe çok yakınlık lehine zorlayan bir çizgide duran bir yorumu gerektirmektedir. Bunun içine başka türlü kurtulma olanağının bulunmaması girmektedir.⁷¹⁹

Yine bu yönde tehlike suçları açısından ileri sürülmekle birlikte⁷²⁰ tehlike kavramı açısından da kullanılabileceğini düşündüğümüz karşılaşılan suç açısından korunan hukuki değer değerlendirilmesi kriteridir. Kunter'e göre somut bir eylem değerlendirilirken tehlikenin varlığı açısından basit bir olanağı yeterli kabul etmemek gerekir. Çünkü; bu durumda olası olmayan bir olanağı dahi tehlike sonucu olarak değerlendirmek gerekecektir. Böylelikle tehlikenin insana verdiği korkunun *basit bir olanak değil, kuvvetli bir olasılık durumunda olması gerektiği* haklı olarak ifade

⁷¹⁸ ÖZBEK ve Diğerleri: A.g.e., (Genel Hükümler), s. 384.

⁷¹⁹ CONTIERI, Enrico: A.g.e., Milano 1939, s. 35-36.

⁷²⁰ ÜNVER, Yener: *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara 2003, s. 943-964.

edilmektedir.⁷²¹ Tehlikenin ağırlığı ile korku kavramının ilişkilendirildiği bu yorum zorunluluk hali dolayısı ile yapılan kurtulma hareketinin meşruiyetini belirlemek açısından önemli bir ölçüttür.⁷²² Bir görüşe göre; tehlikenin ağırlığının tehdit altındaki menfaat ve yaklaşan zararın yoğunluğu ile ölçülmesi gerekmektedir.⁷²³ Konu sözü ile tehlikeye maruz kalan hukuki değer karşısında yer alan suç olan korunma fiilinin ihlal ettiği hukuki değer kast edildiği⁷²⁴ ifade edilmektedir. Doktrinde tehlikenin ağır olmasının tehlikede olan yani zarara uğrama ihtimali olan hakkın kişiye yönelik bir hakkı ifade ettiği ve herhangi sıradan bir hakka yönelik tehlikenin ağır kabul edilemeyeceği de ifade edilmektedir.⁷²⁵ *Yine hukuki değer in değerlendirmesine çıkan bu yaklaşımı yani haklar arasında bu şekilde yapılan sıradan ve nitelikli haklar şeklinde bir hiyerarşiyi doğru bulmadığımızı ifade etmeliyiz.* Hak konusunda birçok tanım olmakla birlikte hak; kişilere irade kudreti tanımak suretiyle hukukça korunan menfaatler olarak tanımlanmaktadır.⁷²⁶ Kanımızca haklar arasında değerlere yönelik yapılan bir ayırım normun koruduğu değer açısından bir sınıflandırmaya tabi tutulmamıştır. Bu zaten hak kavramının tanımına da terstir. Kaldı ki; özel hukuktaki mutlak hak, nispi hak gibi bir

⁷²¹ KUNTER, Nurullah: *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi*, İstanbul 1954, s. 125.

⁷²² Zira burada ağır olan tehlike karşısında büyük bir korku, panik dolayısı ile icrai hareket yaratan bir tehlikedir. Dolayısı ile bu yaklaşımdan hareketle “kocanın iktidarsızlığını karının kendisini aldatması için bir zorunluluk hali saymak” mümkün değildir. Zira tehlike karı açısından ağır sayılabilir ancak korku doğurabilecek ve önüne geçilemez bir tehlike olarak nitelendirilemez: Örneği Manzini’den aktaran EREM, Faruk: *Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler*, Ankara 1993, s. 411.

⁷²³ <http://media.camerapenalemilano.it/200811/2888.pdf>, s. 23, Erişim Tarihi 13.12.2013.

⁷²⁴ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.e., Ankara 2008, s. 246.

⁷²⁵ ZAFER, Hamide: A.g.e., s. 229; ŞEN, Ersan: *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt 1*, İstanbul 2006, s. 71: Yazara göre 25. maddedeki hak kavramının bireyin hukuk düzeni tarafından kabul gören ve güvence altına alınan hak ve hürriyetlerini kapsadığı ve bunun da mutlaka hukuk düzeninin tanıdığı ve üzerinde tartışma olmayan bir hak olması gerektiğini belirtilmektedir. TCK m. 25 hak kavramının sınırlarını 765 sayılı TCK’ya oranla genişletmiş ve bunu “bireye ait bir hak” olarak ifade etmiştir. Metnin gerekçesinde de kanun koyucunun “hak” kavramını geniş tutmak istediği anlaşılmaktadır. Ancak verilen haklı bir örnekte hırsızlık sonucu elde ettiği malı korumak amacı ile kendisini yakalamak isteyen polise ya da malın malikine karşı ateş eden şahsın fiilinde hukuka uygunluk bulunmayacaktır. Böylelikle maddedeki “hak” kavramının belirlenmesinde hukuk düzeni tarafından tanınan güvencenin yer alması yorumunun tutarlılığı da anlaşılmaktadır.

⁷²⁶ GÖZLER, Kemal: *Hukukun Temel Kavramları*, Bursa 2014, s. 154.

sınıflandırma hakkın korunması açısından değil, hakkın sahibine verilen kullanım alanı konusunda oluşturulmuştur. Zorunluluk halini düzenleyen hukuk normun konusu bir hukuki değerdir. Ancak bir hukuka uygunluk sebebinin bu hukuki değeri genel olarak belirlemesinden doğal bir şey olamaz. Yapılacak şey yalnızca somut olay bazında kullanılan tercihin ya da yapılan korunma hareketinin ölçülü olup olmadığının belirlenmesidir. Belirlenebilir olan ise normun hukukiliğidir. Bunun kriteri de hakkın konusunu teşkil eden bir menfaattir. Belirleme genel bir hak kavramı ile yapılmış ise buradan hareketle bu sınıflandırmayı değer üzerinden yaparak bir değer hiyerarşisi belirlenemez.⁷²⁷ Hatta değerlendirme için kişinin somut psikolojik koşullarının yanında, yerine göre sosyolojik koşulların da dikkate alınması gerektiğini düşünmekteyiz. “Korunan hukuki değer yalnızca ceza hukuku tarafından korunmasının şart olmadığı, hukuk düzeni tarafından korunan bir hukuki değer olmasının yeterli olduğu yönündeki görüş bu açıdan yeterli olmakla birlikte bir değer salt örf adet gereğince korunuyor olması zorunluluk halinin uygulanmasını meşru kılamayacaktır.”⁷²⁸ Zaten kanun metnindeki ifade de bunu “hak” olarak belirlemiştir. Belirlemeyi değer değil hak üzerinden yapmak daha yerinde olacaktır. Bir diğer görüş tehlikenin ağırlığından oluşma imkanının değil, oluşma ihtimali bulunan *zararın ağır olmasını anlamakta*, insanın “hakkına” yönelen ve bu hakkın önemli ölçüde kaybına ya da ihlaline yol açan tehlikenin ağır olduğunu belirtmektedir.⁷²⁹ Tehlikenin ağırlığı bir varsayım altında tehlikenin gerçekleşme derecesi ile ilişkili değildir. Ancak bu varsayım tehlike bir zarar olarak

⁷²⁷ Normun konusu ve normun hukukiliğinin değeri konusunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. **GÖZLER, Kemal: A.g.e.**, Ankara 1998, s. 41 vd.

⁷²⁸ **DEMİRBAŞ, Timur: A.g.e.**, s. 283.

⁷²⁹ **MERAN, Necati:** “Yeni Türk Ceza Kanunu ve Türk Medeni Kanunu’nda Meşru Savunma ve Zorunluluk Hali”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Şubat 2007, Sayı: 6, s. 126; **ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA: Ceza Hukuku Genel Hükümler I**, Ankara 2002, s. 163; **ÖNDER, Ayhan: A.g.e.**, İstanbul 1992, s. 253.

düşünüldüğünde geçerlidir. Bu durum da gerçekleşme olasılığı olan zararı ya da zararın neye dönük olduğunu seçmeyi gerektirir. Böylelikle zarara uğramış menfaatler özel bir derecelendirme ile iyileştirilir. Bu derecelendirme “**zararın özel yoğunluğudur**”. Zararın yoğunluğunu belirlemek her bir somut durum açısından tehlikenin failin yaşamına doğrudan yönelmesi ya da üçüncü kişinin yaşamına yönelmesi şeklindedir.⁷³⁰

Tehlikenin ağırlığından ne anlaşılması gerektiği tartışılacak bir konudur. Ancak bu konuda kullanılan zarar kavramı ile tehlike arasında bir gerektirme ilişkisi yoktur. Zarar kavramı tehlike kavramının değerlendirmesinde kullanılan bir *yardımcı kavramdır*. “Bir olayda ise tehlikenin ağırlığı için meydana gelebilecek zararın yoğunluğu ve bunun yaşama yönelmesi” aranmıştır.⁷³¹ Bir diğer örnek dışarıdan bakıldığında kuduz olduğu görülen başkasına ait köpeği bir kimsenin kendisini ısırması için gerekli inceleme yapılmadan öldürülmesini zorunluluk hali içinde değerlendirmektir. Doktrinde tehlikenin kaçınılmazlığının kabulü için zararın da yakın olmasının şart olarak alınmasının doğru bulunmadığı ifade edilmektedir. Buna göre tehlikenin önlenmesi mümkün olmayan bir sebebe yönelmesi yeterli kabul edilmelidir.⁷³² Türk doktrininde de bir kısım yazar tehlikenin ağırlığını zararın

⁷³⁰ **MARINUCCI-DOLCINI:** A.g.e., s. 54.

⁷³¹ Tehlikenin ağırlığı konusunda verilen örneklerden biri de açlıktan dolayı yapılan hırsızlık konusundadır. Ancak bu konuda değişik yaklaşımlar bulunmaktadır. Yalnızca açlığın fiilin meşruiyetini sağlayamayacağı, ölümün kurtulma hareketini gerçekleştiren kişi için kaçınılmaz olması hatta ekonomik anlamda bulunulan zorunluluk halinin zorunluluk hali sayılamayacağı ancak kıtlık gibi bir durumun bu bağlamda ele alınabileceği ifade edilmiştir. Hindistan Ceza Kanunu’nda bu durum açıkça hukuka uygun sayılmamıştır. Verilen bir örnekte yemek yemeden geçirilen 36 saatin zorunluluk hali doğuracağı ifade edilmiştir. Diğer bir örnekte ise kayada asılı kalan bir madencinin hayatta kalmak için diğer arkadaşını yemesi zorunluluk hali kapsamında değerlendirilmiştir. Kanımızca açlık dolayısı ile yapılan fiilleri tehlikenin ağırlığına ve konusuna göre sınıflandırdığımızda her türlü hırsızlığın zorunluluk sayılamayacağı aşikardır. Burada bakılması gereken tehlike karşısında oluşabilecek zararın yakınlığı ve zorunlu kılınmış fiilin ölçülülüğüdür: **WILLIAMS Glanville: Criminal Law, The General Part**, England 1998, s. 734-736, 739.

⁷³² **EREM, Faruk:** A.g.e., Ankara 1993, s. 412.

ağırlığı ile ilişkilendirmiştir.⁷³³ Esasen bu belirleme İCK'nın “zarar” ifadesinden kaynaklanmaktadır. İCK m. 54'de tehlikenin ağırlığı zararlar (un danno) ilişkilendirilmiştir.⁷³⁴ Bu duruma TCK açısından bakıldığında tehlikenin ağırlığının her hak bakımından kabul edildiği ve bu konuda bir kısıta gidilmediği görülmektedir. Yine tehlike cinsel özgürlüğe, sağlığa ya da insan onuruna yöneldiğinde ağır sayılmayacak mıdır? O halde buradan tehlikenin büyüklüğünün kast edildiğini söylemek mümkündür. Tehlike ne kadar büyükse, o kadar ağırdır.⁷³⁵ Tehlike ile zarar arasındaki ayrım tehlikenin bir adım ötesinin zarar⁷³⁶ olmasıdır. Doktrinde tehlikenin ağırlığından ağır bir zarar meydana getirmeye elverişli olmasını anlamak gerektiğini savunan yazarlar bulunmaktadır.⁷³⁷ Tehlikenin ağırlığı bu durumda somut duruma göre incelenmelidir. *Zarar doğurma ihtimalinin büyüklüğünü değerlendirmeksizin tehlikeye ağır demek soyut bir belirleme olacaktır kanısındayız.* Nitekim bu yönde yapılan bir sınıflandırmada tehlikenin ağırlığı tespit edilirken kişi üzerinde meydana gelebilecek zararın ağırlığından bahsedilmektedir.⁷³⁸ Buradaki görelilik yalnızca kişisel farklılıklardan değil, hak ve menfaatlerin doğasından da kaynaklanmaktadır. Örneğin fiziksel bütünlüğe yönelik bir tehlike değerlendirilirken, kişinin güçlü, kuvvetli ve genç olması ile sağlığını kaybetmiş yaşlı bir insan olması tehlikenin ağırlığı ve yoğunluğunu değerlendirmede gözetilmelidir.⁷³⁹ O halde *tehlikenin ağırlığını hem tehlikenin kendisinin, hem de meydana getireceği zararın ağır olması*

⁷³³ ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA: A.g.e., Ankara 2002, s. 163; DEMİRBAŞ, Timur: A.g.e., Ankara 2009, s. 283; KOCA-ÜZÜLMEZ: A.g.e., Ankara 2008, s. 268.

⁷³⁴ <http://www.testolegge.com/codice-penale/articolo-54-2>, Erişim Tarihi, 10.12.2013.

⁷³⁵ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.e., Ankara 2008, s. 244.

⁷³⁶ KOCA-ÜZÜLMEZ: A.g.e., Ankara 2008, s. 267.

⁷³⁷ KOCA-ÜZÜLMEZ: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 268.

⁷³⁸ Örneğin bir ölünün teşhisi için davet edilen ve gebeliği riskli ilerleyen hamile kadının heyecandan bebeğini düşürmesi ihtimali bulunuyorsa gelmemesi durumunda hakkında işlem yapılmamalıdır. Burada tehlikenin ağır ve muhakkak olduğunu kabul zorunluluğu bulunmaktadır: ERDOĞDU, Ahmet, “Zaruret Hali ve Hukuki Neticeleri”, Adalet Dergisi, Yıl: 41, Mayıs: 1950, Sayı: 5, s. 799.

⁷³⁹ PALAZZO, Francesco: A.g.e., Torino 2011, s. 421.

olarak belirlemek daha sağlıklı olacaktır. Tehlikenin ağırlığını ise hakim ex-ante ölçülere göre tespit edecektir.⁷⁴⁰ Hak ve menfaatler bakımından da belli bir değerdeki hak değil, hukuk bakımından hüküm ifade eden her hak değerlendirmeye tabidir. Örneğin hamile bir kadının içine girdiği beslenme yetersizliği yüzünden hırsızlık yaptığını düşünelim. Burada değerlendirilmesi gereken bunun şiddetli bir açlık olup olmadığı, açlık durumu varsa kaç gündür sürdüğü, bu sürenin mutlaka annenin ve çocuğun yaşamını tehdit seviyesine gelip gelmemesinin gerekliliği, hamilelik döneminde salınan hormonların etkisi ile açlık hissinin kişiyi zorunluluk haline sokup sokamayacağı, hırsızlığın beslenme yetersizliğinden mi, yoksa beslenme çeşitliliğini sağlamak için yapıp yapılmadığının tespitinin göz önünde bulundurulması gibi olgular tehlikenin ağırlığını tespitte mutlaka değerlendirilmelidir. *Yine kanımızca tehlikenin ağırlığını tespitte göz önünde bulundurulabilecek bir diğer husus tehlikenin ağırlığını tespit için işlenen suçta bakmaktır.* Bu değerlendirmede göz önüne alınacak husus ise *suçun hukuki konusudur.* Bundan dolayı terör suçundaki tehlike unsuru, hayatta kalmaya yönelik bir suçta tehlike unsuru ile mala yönelik bir suçta tehlike unsurunu farklı değerlendirmek⁷⁴¹ gerekir.

Değinilmesi gereken bir diğer nokta, tehlikenin bir zarar tehlikesi olarak ortaya çıktığı “zarar tehlikesi suçları” ile salt hareketin gerçekleşmesinin yeterli olduğu “şekli tehlike suçları”nda ağırlığının nasıl saptanacağıdır. Zarar tehlikesi

⁷⁴⁰ ÖNDER, Ayhan: A.g.e., İstanbul 1992, s. 253.

⁷⁴¹ Tanık anlatımları ile doğrulanan savunmaya göre, sanık evinin bahçesine girdiğinde arkasında bulunan ahır kısmından başıboş bir sokak köpeği aniden çıkarak sanığa yönelmiştir... İlçede sıklıkla köpek ısırma vakaları yaşanmakta en yakın tarihte de 55 tane köpek ısırma vakasının bulunduğu resmi makamlara bildirilmiştir. Sanık yönünden ağır bir tehlikenin ortaya çıktığının kabulü zorunludur. Uzun süredir evinden uzakta yaylada bulunan sanığın tehlikeye bilerek neden olduğundan söz etmeye olanak yoktur. Sanık tehlikenin yarattığı içgüdü ile ruhsatlı silahını korunmak amacı ile kullanmış, nefesine yönelen saldırıyı bu suretle uzaklaştırmıştır. Bu nedenle sanığın eylemi hukuka uygun olup TCK m. 49 f. 3 hükmü gereğince cezalandırılması olanaksızdır: **YCGK 17.02.2004 gün ve 2004/2-26 E-2004/ 39 K.**

suçlarında bir netice vardır ya da ortaya çıkacaktır. Şekli tehlike suçları –hareketin gerçekte bir zarar tehlikesi yaratıp yaratmadığına bakılmaksızın kendisi bizatihi tehlike sayılmaktadır- yani tehlikenin suçla korunan hukuki yarara zarar verdiği durumlarda örneğin kişinin onuruna yönelik bir saldırı tehlikesi karşısında zorunluluk hali içinde işlediği fiil durumunda tehlike yalnızca harekete geçildiği anda bilinebilen değil, hareket gerçekleştikten sonra da ortaya çıkan durumlar dikkate alınarak tespit edilebilir.⁷⁴²

2. Tehlikenin Kaçınılmazlığı

Tehlike derhal korunma hareketi yapılamadığı takdirde hukukça korunan bir menfaate zarar verebilme olasılığının yüksek olduğu durumda kaçınılmazdır.⁷⁴³ Gerek 765 Sayılı TCK gerekse 5237 Sayılı TCK açısından tehlikede kaçınılmazlık şartı aranmıştır. *Ancak meşru savunmadaki kaçınılmazlık ile zorunluluk halindeki kaçınılmazlık aynı sertlikte yorumlanmamalıdır. Zorunluluk hali anlamındaki kaçınılmazlık kesin ya da kesine yakın bir zorunluluk olarak anlaşılmalıdır. Yine kaçmak suretiyle tehlikeden kurtulma durumu da bu kaçınılmazlığın yorumuna dahildir.* Şöyle ki; bu unsur yorumlanırken meşru savunma açısından kaçınılmazlık unsuru oluşmuş kabul edilebilirse de zorunluluk hali için kişinin emniyet içinde kaçma olanağı varken bu olanağını kullanmaması özellikle masum üçüncü kişinin menfaatlerine zarar verebilme olasılığı sebebiyle bu bakımdan yapılacak yorum kaçınılmazlık unsurunun bulunmadığı yönünde yapılmalıdır.⁷⁴⁴ Örneğin; terör faaliyetlerinin yoğun olarak görüldüğü kırsal alanda ruhsatsız silah taşımak durumunda kaçınılmaz tehlike vardır. Bununla birlikte yine tehlikenin kaçınılmazlığı

⁷⁴² Doktrinde bu suçlar için somut ve soyut tehlike suçları kullanılmaktadır. Biz Özen'in tercih ettiği terimsel kullanımı benimsiyoruz: **ÖZEN, Muharrem:** A.g.e., Ankara 2010, s. 13; **ZAFER, Hamide:** A.g.e., İstanbul 2010, s. 150.

⁷⁴³ **ÖZBEK ve Diğerleri:** A.g.e., Ankara 2012, s. 385.

⁷⁴⁴ **EREM, Faruk:** *Türk Ceza Kanunu Şerh Genel Hükümler, Cilt 1*, Ankara 1993, s. 415.

değerlendirilirken kurtarma hareketi ile üçüncü kişi farklı bir tehlikenin içine kaçınılmaz olarak sokuluyorsa göze alınan tehlikenin gerçekleşebilecek tehlikeden daha büyük olmaması gerektiğini ve lehine kurtarma hareketi yapılan üçüncü kişinin daha büyük bir tehlikenin içine sokulabileceği bir yorumun yapılmasının uygun olmadığı kanısındayız. Örneğin trafik kazasında yaralanan A'yı yoldan geçen ancak alkollü olan şoför B fark edip o anda içinde bulunduğu duruma bakmadan onu hastaneye yetiştirirse tehlikenin kaçınılmazlığı değerlendirmesi yapılırken salt alkollü olma durumu değil kanımızca yaranın durumu ile kurtarma hareketini yapanın ne derece alkollü olduğu da önemlidir. Somut olay bakımından ise yaralıyı fark edebilen kişinin makul düzeyde alkollü olduğu kabul edilebilir.⁷⁴⁵

Zorunluluk hali içinde bulunan kişi iki seçim arasında kalmıştır. Ya tehlikede bulunan kişi olarak bir hakkını kaybedecektir ya da bu hakkını başkasının hakkına zarar vererek kurtaracaktır. Bu noktada zorunlu kılınmış yani zorunluluk halinde işlenen fiilin tespitinde; icra edilen fiilin zorunluluğunun tespitini sağlayan şey karşılaşılan şeyin engellenebilir olup olmadığıdır. Örneğin; iki kazazedenin aynı sala eşit şekilde tutundukları varsayıldığında kaçınılmazlık aynı zamanda buradaki limiti de belirleyecektir.⁷⁴⁶ Bu durum ister istemez haklar arasında bir çatışma doğurarak tehlikeden başka türlü kaçınma imkanının varlığını araştırmayı gerekli kılar. Kişinin üçüncü bir kişinin hakkına zarar verme zorunluluğu yoksa burada çatışan yararların ve zorunluluk halinin varlığından söz edilemeyecektir. Burada gerçekleştirilebilecek tek hareket başkasının hakkına zarar vermektir. Tehlike başka yollardan giderilebilecek ise zorunluluk halinin kabul edilmeyeceği açıktır. Tehlikeden kurtulmak için failin başka türlü hareket etme imkanının bulunup bulunmadığı somut

⁷⁴⁵ Örnek için bkznz. **ÖZBEK ve Diğerleri**: A.g.e., (Genel Hükümler) , Ankara 2013, s. 405,406.

⁷⁴⁶ **PULITANO, Domenico**: A.g.e., Torino 2005, s. 311.

olayın özelliklerine göre ex-ante olarak tespit edilecektir.⁷⁴⁷ Kuşkusuz yapılacak bu tespit tehlikenin kaçınılmazlığıdır. Burada aslında aranan somut olaydaki *fiilin gerekliliğidir*. Buna örnek olarak Fransız Yargıtayı arı yetiştiriciliği ile uğraşan komşusunun yetiştirdiği arıların çocuğunu sokabilmesi ihtimaline dayanarak arıları imha eden kişiyi haklı olarak kaçınılmaz bir tehlike altında hareket etmiş saymamış ve fiilin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir.⁷⁴⁸ Ancak tehlikenin kaçınılmaz mı, olası mı olduğunu belirlemek çok kolay belirlenebilecek bir sınır değildir. Çünkü tehlikenin kaçınılmazlığı göreceli bir kavramdır. Bu nedenle de doktrine göre; tehlikenin mevcudiyetini her zaman tam bir kesinlikle aramanın doğru olmayacağı ifade edilmektedir. Bunun için olayların oluş seyri ve failin zihni durumunun aynı derecede ve önemle dikkate alınması gerekmektedir.⁷⁴⁹ Kaçınılmaz tehlike önüne geçilemeyecek olan tehlikedir. Yakın bir gelecekte gerçekleşmesi kuvvetli olasılık dahilinde olan tehlike de kaçınılmaz tehlike kapsamında değerlendirilebilir. Yalnızca gelecekte gerçekleşme olasılığının varlığı, yapılan hareketin zorunluluk halinde yapılmış olması sonucunu doğurmaz. Bu koşul zorunluluk hali kurumunun temelinde bulunur.⁷⁵⁰ Yakın tehlikeyi de bu kapsamda kaçınılmaz tehlike olarak değerlendirmek mümkündür.⁷⁵¹ *Bu bağlamda kullanılan zararın yakınlığı tehlikenin mevcudiyetine zorunlu olarak içkin değildir. Bu konuda bir ölçüt de değildir. Yalnızca değerlendirmede kullanılan yardımcı bir kavramdır. “Zararın yakın olması tek başına haklı olmak zorunda olduğu anlamına gelmez.”*⁷⁵² Bir başka deyişle

⁷⁴⁷ ÖNDER, Ayhan: A.g.e., İstanbul 1992, s. 254.

⁷⁴⁸ DÖNMEZER, Sulhi: **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul 2003, s. 178.

⁷⁴⁹ EREM, Faruk: A.g.e., Ankara 1949, s. 385; ERDOĞDU, Ahmet: A.g.m., s. 800: Buna göre bir itfaiye görevlisinin ileride yangın çıkarma ihtimaline dayanarak ahşap bir evi yıkması durumunda tehlike kaçınılmaz sayılmayacaktır. Ancak yangın sırasında diğer evlere sirayeti önlemek için evin yıkılması durumunda tehlike kaçınılmaz sayılabilecektir.

⁷⁵⁰ CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT: **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, İstanbul 2008, s. 314.

⁷⁵¹ ÖZBEK ve Diğerleri: A.g.e., (Genel Hükümler), Ankara 2012, s. 385.

⁷⁵² ANTOLISEI, Francesco: A.g.e., Milano 1997, s. 303.

tehlikenin mevcudiyeti için zararın derhal gerçekleşmesi şart değildir. Bununla birlikte tehlikenin ağır ve kaçınılmaz olması mevcut ve sürmekte olan bir tehlike olmasını da gerektirir.⁷⁵³ Tehlike artık zarara dönüşmüş ise zorunluluk halinden pek tabii bahsedilemeyecektir.⁷⁵⁴

C. TEHLİKEYE SEBEP OLMAMIŞ OLMAK

Tehlikeye bilerek neden olmamak en basit şekli ile “bile bile tehlikeye neden olmamaktır.” Buradaki bilerek ifadesi maddi nedensellik ilişkisinin yanında manevi nedensellik ilişkisini de göstermektedir.⁷⁵⁵ Bunu iki açıdan değerlendirmekte yarar bulunmaktadır. İlki; tehlikeye failin bizzat neden olması ve diğeri ise tehlike karşısında kurtarılanın durumudur. Failin bilerek neden olduğu tehlikeler bakımından kusurluluk tartışmaları dışında zorunluluk hali açısından tartışmaya değer olan noktalar ifade edilmiştir. Failin kendisinin neden olduğu tehlikede bir üçüncü kişinin olaya müdahalesi durumunda, fail ile kast ilişkisi yaratan “bilme ve isteme” unsurlarının üçüncü kişiye bir etkisi bulunmayacağı için üçüncü kişi açısından zorunluluk halinin şartları işleyecektir. Buna örnek olarak; hırsızlık yapacak iki kişiden birinin hırsızlığın yapılacağı eve girmesi diğerrinin de onu dışarıda beklemesi olayında içerideki kişi kasten yangın çıkarır ve bunu bilmeyen dışarıdaki kişi de onu

⁷⁵³ **ERSOY, Yüksel:** A.g.e., Ankara 1994, s. 70; **ÖZBEK ve Diğerleri: Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler**, Ankara 2011, s. 72, 73: “Ağır ve muhakkak tehlike bakımından önem taşıyan nokta ağır ve muhakkak tehlikenin şartlarının olayda gerçekleşip gerçekleşmemesidir. Bu tehlikenin varlığından anlaşılması gereken hem tehlikenin hem de meydana getireceği zararın ağır olmasıdır. Ağır tehlikenin kaynakları su baskını, aşırı soğuk gibi doğal olaylar, hayvan hareketleri, insan hareketleri, açlık, savaş ve ölüm tehlikesi olabileceğinden ağır ve muhakkak tehlike tanımına uyan bu durumlarda zorunluluk halinin varlığı nedeniyle göçmen kaçakçılığı (TCK m. 79) suçunun oluşmamış olduğu söylenebilir. Ancak burada zorunluluk halinin kabul ediliş amacına yönelik olarak teleolojik yorum da gözden uzak tutulmamalıdır. Dolayısıyla zorunluluk halinin etkisiyle işlenen suçlarda failin cezalandırılmamasının esası kişinin kendini ve üçüncü kişileri koruma içgüdüsüdür. Ancak özellikle maddi menfaat temini amacıyla hareket eden bir kişinin böyle bir içgüdüyle hareket ettiğini söylemek mümkün değildir.”

⁷⁵⁴ **KOCA-ÜZÜLMEZ:** A.g.e., (Genel H.), s. 325.

⁷⁵⁵ **ÖNDER, Ayhan:** A.g.e., s. 253.

kurtarmaya çalışırsa bu kişi açısından zorunluluk halinin şartlarının işleyeceğini belirtmek gerekir.⁷⁵⁶ Burada diğer kişi açısından hata lehine bir değerlendirmeden ziyade zorunluluk halinin şartları açısından faile yüklenilen ödevin tehlikeye kasten sebep olmamak olmasıdır. Kast pek tabii olarak olayın dışındaki bunu bilmeyen diğer hırsız açısından işletilemez. Yine bu hırsızın diğer arkadaşının bu fiilini bilme zorunluluğu da zorunluluk hali açısından bulunmamaktadır. Benzer şekilde aynı mantığı failin bilerek neden olduğu bir tehlikede üçüncü kişiyi kurtarmak için hareket etmesinde de işletmek gerekir. Örneğin; banyosunda yanan bir gaz lambası var iken eterin kapağını açık unutan ve patlayarak evde çalışan temizlikçinin yaralanmasına sebep olan A yaralıyı hastaneye götürmek için komşusunun arabasını habersiz alsa zorunluluk halinin bulunduğunu kabul etmek gerekecektir.⁷⁵⁷ Örnekte A *eterin kapağını bilerek açık unutmuş olsa* idi A açısından zorunluluk halinin şartları söz konusu olamayacaktı.

“Bilerek” ifadesi hem doğrudan kastı, hem olası kastı, hem de öngörülü taksiri kapsar. “Bir kısım doktrine göre fail doğrudan doğruya tehlikenin nedeni olmak kaydı ile ister kast, ister taksirle tehlikeye neden olmuş bulunsun zorunluluk hali kabul edilemez.”⁷⁵⁸ Bilerek neden olmaktan maksatın kişinin yapmış olduğu davranıştan böyle bir tehlikenin meydana gelebileceğini öngörmesi olduğu belirtilmektedir.⁷⁵⁹ Yani bir başka ifadeyle tehlikenin olması ve oluşmasının failin bilgisi dahilinde olmasını kapsar. Ancak bu tehlike sonucunun failin bilgisi dahilinde olması değildir. Zorunluluk haline vücut veren temel fikir normun

⁷⁵⁶ **EREM, Faruk:** A.g.e., Ankara 1993, s. 414; sigara tiryakisi olan A ağzında sigarayla uyuyup kalsa sigaranın çıkardığı yangın dolayısıyla kendisini can havliyle dışarı attığında o sırada yoldan geçmekte olan B’nin üzerine düşmüş ve B yaralanmıştır. Bu durumda A zorunluluk halinden yararlanır: **ÖZBEK ve Diğerleri:** A.g.e., (Genel H.), Ankara 2012, s. 387.

⁷⁵⁷ **DÖNMEZER-ERMAN:** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Umumi Kısım Cilt II/ 1, İstanbul 1959, s. 134.

⁷⁵⁸ **DÖNMEZER, Sulhi:** A.g.e., İstanbul 2003, s. 179.

⁷⁵⁹ **KOCA-ÜZÜLMEZ:** A.g.e., (Genel H.) s. 377.

yapısında aranılacağına göre⁷⁶⁰ “bilerek” kavramının yapılandırması için norma dayanak olan temel fikri tespit etmek gerekmektedir. TCK m. 25’te normdaki tehlike tanımı “bilerek neden olmama” unsuru ile ilişkilendirilmiştir. Zorunluluk halinin temelinin söz konusu edildiği ve tartışmaların ve görüş birliğinin toplandığı iki temel teori olan “kendini koruma içgüdüleri teorisi” ve “hakların çatışması teorisi” açısından bakıldığında eğer “kast” söz konusu olursa bu teorilerin işlememesi ve kendisi ile çatışma ihtimali bulunmaktadır. Bu çatışma çözüm gerekliliği açısından üstün değere göre daha üstün olanın feda edildiği ve tehlikeye kusurlu olarak yer verildiğinde tehlikenin mazur görülmesi ile sonuçlandırılmıştır.⁷⁶¹ Ancak bu “kusur” kavramının açılımı gerekmektedir. Bilme unsurunu kast içindeki temel yapı bakımından, taksir bakımından ise “öngörülebilirlik” için kullanmamız mümkündür. *Tehlikeye bilerek neden olunduğunun kabulü için yalnızca tehlikeyi doğuran davranışın bilinçli ve iradi olması yeterlidir ayrıca tehlike sonucunun da iradi olması gerekmez.* Ancak; TCK m. 25 f. 2 “bilerek neden olmadığı” tehlikeden söz ettiğine göre, yalnızca tehlike sonucunu oluşturan hareketin iradi olması yeterli olmayıp, ayrıca tehlikeye ilişkin sonucun da bilinmesi gerekir. *Ancak bu bilmenin mutlaka tehlike sonucunu isteme şeklinde olması gerekmeyip öngörülmesi yeterlidir.*⁷⁶² Zira kanımızca isteme gerçekleşirse failin tehlikeye kastla sebep olması söz konusu olacaktır ki bu bizi burada değerlerin üstünlüğü ya da eşitliği fikirleri kabul edilse dahi zorunluluk halinin şartlarının dışına taşıyacaktır. Bir diğer mesele tehlikeye üçüncü kişinin sebep olmasıdır. *Failin tehlikeye bilerek neden olduğu durumlarda zorunluluk hali elbette kabul edilmeyecektir.* Ancak üçüncü kişinin bu tehlikeye

⁷⁶⁰ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.m. “III. Kişiyi K.”, s. 107.

⁷⁶¹ MOLARI, Alfredo: A.g.e., Padova 1964, s. 57; HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.m. “III. K.K.”, s. 108.

⁷⁶² TOROSLU, Nevzat: A.g.e., Ankara 2009, s. 153.

bilerek sebep olduğu durumlar tartışmalıdır. Bir görüş bu durumda tehlike altında olan zorunluluk halini ileri süremeyeceğinden kurtarma hareketinin hukuka aykırı kabul edilmesi gerektiği yönündedir.⁷⁶³ Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise; kurtarma hareketini yapan bu duruma bilerek neden olunduğunu araştırmak durumunda olmadığından, bu araştırma zorunluluk halinin doğasına da aykırı olacağı için failden böyle bir araştırma faaliyeti beklemek zorunluluk hali için mümkün değildir. Diğer bir sıkıntı da kusur değerlendirmesi yapılırken kuruma üçüncü kişi açısından yaklaşıldığında failin kim olacağıdır. Buna göre; zorunluluk halinde bulunan üçüncü kişidir. Onu kurtaran ise faildir. Yararlanacağı norm zorunluluk halinde üçüncü kişiyi kurtarmadır. Üçüncü kişinin zorunluluk halinin sınırlarında yanılması faile etki etmez.⁷⁶⁴ İstek değişik psikolojik durumları içerecek şekilde yorumlanmalıdır. İsteğin “bilme” şeklinde gerçekleşmesi buna eşlik eden bir davranışın tehlike doğuracak sonuca yol açması ile mümkündür. Buradaki bilerek neden olma unsurunun yorumu öngörülebilir bir sonucu davranışta yerine koymaktır.⁷⁶⁵ Bu bağlamda aşağıdaki durumları incelemekte yarar bulunmaktadır.

1. Tehlikeye Kasten Sebep Olunması

Zorunluluk durumunda tehlikenin kaynağını bir insan davranışı oluşturuyorsa fail tehlikeye bilerek sebep olmamış olmalıdır. Failin tehlikeye bilerek neden olmama koşulu kurtarma fiilinin hukuka uygunluğuna ilişkin bağımsız bir koşuldur.⁷⁶⁶ Failin bilerek sebep olduğu tehlikeler zorunluluk halinden sayılamaz. Bu durumda tehlikenin nedeni olan kişi nedeni olduğu tehlikenin sonuçlarına katlanmak zorundadır. Burada kimse kendi kusuruna dayanarak bir hak iddiasında bulunamaz

⁷⁶³ **Enciclopedia Del Diritto**: XXVII, Varese 1958, s. 888.

⁷⁶⁴ Aynı yönde **DEMİRBAŞ, Timur**: A.g.e., Ankara 2009, s. 287.

⁷⁶⁵ **Enciclopedia Del Diritto**: XXVII, Varese 1958, s. 888.

⁷⁶⁶ **KANGAL, Zeynel**: A.g.e, s. 239.

*neden olması ölçüsünü makul bir şekilde değerlendirmek lazımdır. Bu yorumun içine sonucun doğrudan doğruya sebebi olan durumlar girmektedir.*⁷⁷⁰ Bu durumdaki nedenselliği doğal nedensellik ilişkisi içinde ve cezai sorumluluğun sınırlarını genişletecek şekilde yorumlamak mümkün değildir. Elbette ki tehlikeye bilerek neden olmanın içinde olağan dışı ve atipik sonuçlar yerine göre bulunabilir. Ancak konumuz açısından önemli olan ve kastın dışında değerlendirilebilecek olan istisnai nitelikteki sonuçlardır.⁷⁷¹ Örneğin intihara karar veren bir şahsın nefsi için tehlike yaratarak kararını uygulamaya koyması ancak son anda fikir değiştirerek kendini kurtarmak için suç işlemesi durumunda tehlike bilerek yaratıldığı ve bu nedenle başka türlü korunmak olanağı da olduğu için zorunluluk halinden yararlanılamayacaktır.⁷⁷²

2. Tehlikeye Taksirle Sebep Olunması

Kasten neden olunan bir tehlikenin zorunluluk hali açısından değerlendirilmemesinde bir tereddüt bulunmamaktadır. Bununla birlikte kasta ilişkin unsurlardan biri olan “bilme” unsurunun TCK m. 25 f. 2’de kullanılan “bilerek tehlikeye neden olmamak” şeklindeki ifade de gözetildiğinde *bunun yalnız tehlikeyi meydana getiren fiile özgü mü, yoksa fiilden meydana gelecek netice veya neticeleri kapsayıp kapsamadığının belirlenmesi taksirle neden olunan bir tehlikenin sonuçlarını ve etkilerini değerlendirebilmek için gereklidir.* Zira metindeki ifade bu konuda tereddütleri de beraberinde getirmektedir. Failin iradi fiilinin doğrudan tehlikenin sebebi olması halinde tehlikenin yakın ve uzak sebeplerine de bakılacaktır. Fiilin iradiliği ise bir nevi onun öngörülebilirliğini de kapsamaktadır. *Ancak kanun*

⁷⁷⁰ EREM-ARTUK-DANIŞMAN: A.g.e., Ankara 1997, s. 588.

⁷⁷¹ Bknz. benzer yönde EREM ve Diğerleri: A.g.e., s. 588.

⁷⁷² GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: “Suçta Kanuni Unsurun Ortadan Kalkması: Fiilin Hukuka Aykırılığı Kavramı ve Hukuka Uygunluk Sebepleri Konusunda Bazı Mülahazalar”, AÜSBF. Dergisi Cilt XXIII, Mart 1968, No:1-2, s. 209.

iradiliği tehlikeye özgülemekte en azından metindeki ifade olarak onun sonuçlarına bağlamamaktadır. Nitekim İtalyan Ceza Kanunu'ndaki düzenlemede de iradi olarak (voluntariamente) tehlikeye sebep olmama kavramı ifade edilirken kasdi olarak (colposamente) terimi kullanılmamıştır. Zaten aksi durumda fiilin kastın iki unsurunu da kapsaması gerekecektir ki pek tabi bunun içine neticeyi isteme de dahildir. Aksi yöndeki görüş, bilerek ifadesinin yalnızca tehlikeyi meydana getiren fiile değil, tehlikenin sonuçlarına da etkili olduğunu belirtmektedir.⁷⁷³ Metinde geçen “bilerek neden olmama” ifadesinin taksiri ifade ettiği düşünüldüğünde, taksirin basit ya da öngörülü taksir olup olmadığı meselesinin de belirlilik kazanması gerekmektedir. Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi durumunda bilinçli taksir bulunmaktadır. Basit taksirden farklı olarak eylemin sonucu failce öngörülmüş ancak netice istenmemiştir.⁷⁷⁴ Bu yönde bilinçli taksirin varlığı halinde artık bilerek tehlikeye sebep olunduğunun kabulünün gerekeceği ifade edilmektedir. Zira bilinçli taksirde netice öngörüldüğüne göre biliniyor demektir.⁷⁷⁵ “Tehlikeye bilerek neden olmamak” sözü taksirin bilme ama neticeyi istememe unsurunu kapsamaktadır. Ancak öngörülü taksir ifade eden ‘neticeyi öngörme unsuru’ neticeyi bilmeye yakındır. Bu yönde bir öngörme var ise neticenin bilinebilirliğinden de bahsedilebilecektir. Dolayısı ile kanımızca ifade bütün itibarı ile değerlendirildiğinde “öngörülü taksirle tehlikeye sebep olmak zorunluluk hali kapsamında değerlendirilmez iken, basit taksirle tehlikeye sebep olmak zorunluluk hali kapsamında değerlendirilecektir.”⁷⁷⁶ Kusurlu hareketler ise kanunun kullandığı tehlikeye bilerek sebep olmama teriminin kapsamına

⁷⁷³ TOROSLU, Nevzat: A.g.e., Ankara 1968, s. 118, 126, 128.

⁷⁷⁴ KAN AYDIN, Çağrı: Taksirle Yaralama, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006, s. 49 vd.

⁷⁷⁵ ÖZBEK ve Diğerleri: A.g.e., (Genel Hükümler), s. 387.

⁷⁷⁶ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.e. 245.

girmemektedir.⁷⁷⁷ Çünkü bu durumda tehlikeyi oluşturan fiili bilme unsuru gerçekleşmemiş olacaktır. Doktrinde ileri sürülen bir görüş, taksirle neden olduğu tehlikeden kurtulmak için suç işleyen kimsenin bu suçu taksirle işlemiş sayılması gerektiğini ve ona göre cezalandırılması gerektiğini savunmaktadır. Suçun vasıflandırılması o suçun icrasında failin iradesinin neden oluştuğunun belirlenmesini gerektirir. Buna getirilen eleştiri varsayımda kast olarak ortaya çıkan failin iradesinin taksir olarak kabulünün mümkün olmadığı belirtilmektedir.⁷⁷⁸ *Ancak bizim de katıldığımız nokta bu yönde ilk görüşün kabul edilmesinin mümkün olmadığıdır. Zira tehlikeye taksirle neden olmak ayrı şey, suçu kasten işlemek ayrı şeydir. Kasıtlı işlenen bir suç taksirle tehlikeye neden olunmasından ötürü suçun taksirli hali olarak kabul edilemez.*⁷⁷⁹ Yine bu yönde zorunluluk hali kasdi bir suç hukuka uygun hale getirebilir ancak kasıtlı bir suçu taksirli hale getiremez. Bu failin iradesiyle ilgili bir konudur.⁷⁸⁰

D.TEHLİKENİN HUKUKEN KORUNAN HERHANGİ BİR HAKKA YÖNELİK OLMASI

Hak, hukukça korunmuş menfaatlerdir.⁷⁸¹ Kelsen'in ifade ettiği gibi hak objektif hukuk yani hukuk kuralı var olduğu için vardır.⁷⁸² Mülga 765 Sayılı TCK m. 49 b. 3'te hak için "gerek nefisini ve gerek başkasını vukuuna mahal vermediği ve başka türlü tahaffuz imkanı da olmadığı"⁷⁸³ ifadesinde yalnızca "nefis" için ve "başkası yararına" ifadesi birlikte kullanılmakta idi. Bunun için tehlikenin yalnızca

⁷⁷⁷ EREM-ARTUK-DANIŞMAN: A.g.e., Ankara 1997, s. 588.

⁷⁷⁸ DÖNMEZER, Sulhi: A.g.e., İstanbul 2003, s. 179.

⁷⁷⁹ ÖZBEK ve Diğerleri: A.g.e., (Genel H.), Ankara 2012, s. 387: İsnat yeteneği olmayan kişilerin fiilleri ise tehlike olarak değil saldırı olarak kabul edilmeli ve meşru savunma hükümleri uygulanmalıdır

⁷⁸⁰ TOROSLU, Nevzat: A.g.e., Ankara 1968, s. 125.

⁷⁸¹ GÜRİZ, Adnan: *Hukuk Başlangıcı*, Ankara 1996, s. 44-45.

⁷⁸² GÜRİZ, Adnan: A.g.e., Ankara 1996, s. 47.

⁷⁸³ YALVAÇ, Gürsel: *Karşılaştırmalı Gerekçeli TCK CMK CGTİK*, Ankara 2008, s. 91.

nefse yönelmiş olmasının arandığı söylenilmekteydi. Burada zorunluluk haline dayanarak korunabilecek haklar nefis kavramı ile sınırlandırılmıştı. Yalnızca lafzi anlamı ile ele alındığında zorunluluk hali kapsamında korunabilecek hakların kişinin hayatına ve şahsi bütünlüğüne yönelmiş olmasının aranması gerektiği söylenilmekteydi.⁷⁸⁴ TCK m. 25 f. 2'nin metninde ise tehlikenin “*gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelik olması*” aranmıştır. “Hak” kavramının kapsamı konusunda ne madde metninde ne de gerekçede herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Bunun için hak kavramını açıklaması açısından, hakkın kullanımı ve ilgilinin rızasını düzenleyen TCK m. 26'dan yararlanılabilir. Madde gerekçesinde “bir hakkın kanun, tüzük, yönetmelik, genelge gibi nizamlara dayanabileceği ve hukuken tanınmış ve düzenlenmiş olmakla bir mesleğin icrasından da doğabileceği” bununla birlikte bu hakkın doğrudan kullanılan bir hak olması gerektiğinin ifade edildiği görülmektedir. Öncelikle burada zorunluluk hali açısından hak kelimesinden anlaşılması gereken herhangi bir hak değil “hukuken korunan” bir hakkın olması gerektiğidir. Bu hakkın doğrudan kullanılma durumunun ise TCK m. 26 açısından bir önem taşıdığını, zorunluluk hali için ise “hukuken korunan bir hak” olmanın yeterli olduğunu düşünüyoruz. Hangi görüş benimsenirse benimsensin, hakkı hukuka gönderme yapmadan tanımlamak mümkün olmadığına göre; metinde ifade olunan “gerek kendisine gerek başkasına ait bir hak” ifadesinden, hukuken korunmakta olan bir hak anlaşılmaktadır. Cezanın amacı birlikte yaşanacak insani yaşama koşullarını güvence altına almak⁷⁸⁵ ise ihlal de hukuken korunan haklar bakımından söz konusu olacaktır. Bu bağlamda “nefis” kavramının anlamını 765 Sayılı TCK m. 49 açısından meşru savunmadaki tanımlamadan daha dar değerlendirmek gerektiği

⁷⁸⁴ TOROSLU, Nevzat: A.g.e., Ankara 1968, s. 103, 109.

⁷⁸⁵ ÜNVER, Yener: A.g.e., Ankara 2003, s. 37.

doktrinde belirtilmektedir. Çünkü meşru savunmadaki saldırı tanımında nefis ve ırza yönelik olma tanımlaması yapılırken, zorunluluk halinde yalnızca nefis denmiş olmasının kavramın dar değerlendirilerek namus kavramının nefsin dışında değerlendirilmesi gerektiğini ancak böyle bir yorumun da yalnızca kanunun lafzına uygun olacağı belirtilmekte idi.⁷⁸⁶ Ancak 5237 Sayılı TCK m. 25'teki "hak" ifadesi karşısında böyle dar bir değerlendirme yapmak artık mümkün görünmemektedir.⁷⁸⁷ Çünkü kişinin kurtulmak zorunluluğunda olduğu tehlike bir "hak"ka yönelmiş olmalıdır. Korunan hukuki değerın yalnızca ceza hukuku tarafından tanınması ya da korunması şart değildir. Bu değerin hukuk düzeni tarafından tanınması ve korunması yeterlidir.⁷⁸⁸ Ancak bir değerin salt örf-adet gereğince korunması zorunluluk halini mümkün kılmaz.⁷⁸⁹ Bizce değerin hukuk düzenince tanınması ve korunması hem hak tanımının, hem de objektifliği sağlamanın bir gereğidir. Hakkın yorumu noktasında ise tehlikenin yönelmiş olduğu haklar geniş yorumlanmalıdır.⁷⁹⁰ Bunun içine tabii, tıbbi, toplumsal olaylar gibi birçok olay girer. Buradaki hak özel hukuktan doğmuş bir hak olabileceği gibi kamu hukukundan kaynaklanan bir hak⁷⁹¹, anayasal bir hak, BM İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında tanınmış Anayasa'nın 90. Maddesi'nin son fıkrasındaki "usulüne göre yürürlüğe

⁷⁸⁶ **EREM-ARTUK-DANIŞMAN:** A.g.e., Ankara 1997, s. 586.

⁷⁸⁷ TCK m. 25'de yer alan hak kavramına açıklık getirilmesi gerektiği ya da bağımsız bir maddede bunun tanımının yapılması gerektiği belirtilmektedir: **ALAGÖZ, Mehmet: Makaleler, Görüşler, Raporlar, İkinci Kitap**, TBBY., Ankara 2004, s. 249.

⁷⁸⁸ **DEMİRBAŞ, Timur:** A.g.e., Ankara 2009, s. 283.

⁷⁸⁹ **KANGAL, Zeynel:** A.g.e., s. 260.

⁷⁹⁰ **ÖNDER, Ayhan:** A.g.e., s. 252; **DEMİRBAŞ, Timur:** A.g.e., (Genel H.), s. 283: Örneğin tehlike hürriyete yönelik bir hakla da ilgili olabilir. Buna ilişkin verilen bir örnekte deprem sebebiyle evinin önüne büyük bir beton blok düşen kişi evin kapısından dışarı çıkmayınca komşu eve ait balkondan geçerek dışarı çıktığında zorunluluk hali oluşacaktır. Yine buna ilişkin olarak yangından kaçarken bir başkasını yaralayan kişi, ilaç alacak parası olmayınca kaçan kişi, kuduz olduğu halde karantina altına alınmak istemeyen hastayı zorla karantina odasına alan doktorun durumu yine zorunluluk hali bağlamında değerlendirilebilir. Ancak ekonomik zorunluluk durumu için ilaç çalmanın zorunluluğu " ağır ve acil bir ihtiyacı karşılama durumu" da değerlendirilmelidir (TCK m. 147).

⁷⁹¹ **MERAN, Necati:** "Yeni Türk Ceza Kanunu ve Türk Medeni Kanunu'nda Meşru Savunma ve Zorunluluk Hali", **Terazi Hukuk Dergisi**, Şubat 2007, Sayı: 6, s. 126.

konulmuş milletlerarası anlaşmaların kanun hükmünde” olduğunu belirten ifadesine göre bu milletlerarası anlaşmaların yürürlüğe girmesi ile eş zamanlı olarak iç hukukumuzda dahil olmuş herhangi bir hak da olabilir. Dolayısı ile hayata, vücut bütünlüğüne, kişi özgürlüğüne, hürriyete, kişilik haklarına, ahlaki değerlere, şerefe, namusa, özel yaşamın gizliliğine, kişinin cinsel özgürlüğüne, seyahat özgürlüğüne (liberta di movimento), mülkiyet hakkına⁷⁹² yönelmiş herhangi bir tehlike de tehlike kavramının içindedir.⁷⁹³ Yine doktrinde kabul gören ve geniş yorumlanan bir yaklaşıma göre de sosyal birtakım olaylar da tehlike kavramının içinde değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Buna; devletler hukukuna, iş hukukuna ilişkin uygulamalar örnek verilebilir.⁷⁹⁴ Burada yalnızca zorunluluk halinde bulunan kişi açısından değil, üçüncü kişi açısından da bu değerler lehine bir kurtarma fiilinde bulunulabilecektir.⁷⁹⁵ Doktrinde hürriyet ve şeref gibi manevi hakların nefis kavramı içinde yer alamayacağına ilişkin bir görüş⁷⁹⁶ bulunmasına karşın bugünkü düzenleme

⁷⁹² **PULITANO, Domenico:** A.g.e., Torino 2005, s. 314-315: Bu durum ekonomik menfaatler olarak da tanımlanmaktadır. Ekonomik gerekliliklerin varlığının oldukça sert bir şekilde sınırlandırılması İtalyan Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Örneğin yapısal işsizlik gibi bir durumu dar yorumlamak gerekir. Bu konuda yerleşik bir hukuk yaratmak zordur. Ancak sağlıkla ilgili şeyler söz konusu olduğunda mevcut tehlikenin başka türlü kaçınılamayacak olmasını ifade etmek daha kolaydır.

⁷⁹³ **MANTOVANI, Ferrando:** A.g.e., Padova 2007, s. 117, **PALAZZO, Francesco: Corso Di Diritto Penale Parte Generale,** Torino 2011, s. 421, **MAJNO, Luigi:** Ceza Kanunu Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, Ankara 1977, s. 221, 222: Öldürmek için kendisini takip eden bazı canilerin elinden kurtulmak maksadı ile oldukça hızlı koşan bir adamın koşarken yolda rastladığı masum birtakım kimseleri yaralaması halinde zorunluluk hali dolayısı ile o kişiye ceza verilmez. Burada tehlike yaşama hakkına yönelmiştir. Yine bir kimsenin yangın veya deprem tehlikesi dolayısı ile bir tiyatronun yıkılacağı zaman kendini dışarı atmak için koşarken orada bulunan ve kaçmakta olan kimselerin üzerine düşerek boğulmalarına ve ezilmelerine yol açması ya da donmuş kimseleri kurtarmak için yakın bir bahçedeki bir ağacı kesip ateş yakan kişi cezalandırılmaz. Açlık tesiri ile işlenen hırsızlık da çok tartışılmış ve adalet gereği eylemin hukuka uygunluğu kabul edilmiştir. Ancak pek tabi kanımızca kişinin bu açlığa kendi iradesiyle sebep olmaması gerekir.

⁷⁹⁴ **PALAZZO, Francesco:** Corso Di Diritto Penale Parte Generale, Torino 2011, s. 421.

⁷⁹⁵ **RAMACCI, Fabrizio:** A.g.e., Torino 2007, s. 329.

⁷⁹⁶ **TOROSLU, Nevzat:** A.g.e., Ankara 1968, s. 110; **DEMİRBAŞ, Timur:** A.g.e., s. 283: Bu konuda zıt bir örnek ise Demirbaş tarafından savunulmuştur. Tehlike hürriyete de yönelik olabilir. Örneğin deprem nedeni ile evin kapısının önüne büyük bir beton bloğun düşmesi nedeni ile kendi kapısından dışarı çıkamayan kişinin komşusunun evinin balkonundan geçmek sureti ile dışarı çıkması. Bir diğer örnek de şerefe yönelik hakların da zorunluluk hali kapsamında alınabileceğine ilişkindir. Örneğin bir kişinin aleyhine kullanılabilecek resimlerin çekildiğini öğrenmesi üzerine bu resimleri şantaj korkusu ile çeken kişiden çalması.

karşısında hak kavramı dahilinde ele alınabilecektir. Malvarlığına yönelik haklar da zorunluluk hali kapsamında değerlendirilir. Kanunda bu yönde bir kısıt yoktur. Ancak, doktrinde bu konuda dikkatli bir değerlendirme yapılması ve hakkın ekonomik boyutunun büyüklüğünün göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmektedir. Örneğin; bir müzede çıkan yangın sebebiyle buradaki paha biçilemez tabloların yanmasına dayanamayan bir sanatseverin, itfaiye erinin müdahalesine rağmen onu iterek yaralanmasına neden olması durumunda buna rağmen sanatseverin içeriye girip en değerli tabloyu kurtarmayı başarması durumunda olduğu gibi.⁷⁹⁷ İCK m. 54’de “kişiye yönelik ağır bir zarar”⁷⁹⁸ ifadesi ile tehlikenin yöneldiği hakkın yaşam, fiziksel bütünlük, kişinin bireysel ya da cinsel özgürlüğü ve onuru ya da utanma duygusunu zedeleyen herhangi bir hakka yönelik olabileceği ifade edilmektedir.⁷⁹⁹ Tehlike hürriyete, namusa, şerefe ve malvarlığına ilişkin bir hakka yönelik olabilir. Korunan hukuki değer yalnızca ceza hukuku tarafından korunuyor olması gerekmez. Yalnızca hukuk düzeni tarafından tanınıyor ve korunuyor olması yeterlidir.⁸⁰⁰ Ancak herkes tarafından katlanılan tehlikelerin zorunluluk hali bakımından değerlendirme dışında tutulmasına ve olağan güçlüklerin tehlike kavramının içine dahil edilmemesi⁸⁰¹ yerinde olacaktır. Buradaki ölçüyü ise TCK koymaktadır. TCK m. 25’de tehlike başka türlü korunma olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlike olarak ifade edilmiştir.

Tehlikenin yöneldiği hak konusunda üzerinde çok tartışılan meselelerden biri de hekimin tedavi hakkı bağlamında gerçekleştirilecek müdahaleler ve bunların

⁷⁹⁷ DEMİRBAŞ, Timur: A.g.e., Ankara 2009, s. 283.

⁷⁹⁸ “danno grave alla persona”

⁷⁹⁹ RAMACCI, Fabrizio: A.g.e., Torino 2007, s. 330; BETTIOL, Giuseppe: *Diritto Penale Parte Generale*, Padova 1976, s. 333.

⁸⁰⁰ DEMİRBAŞ, Timur: A.g.e., Ankara 2009, s. 283.

⁸⁰¹ DEMİRBAŞ, Timur: A.g.e., Ankara 2009, s. 284.

sınırları konusunda zorunluluk halinin değerlendirilip değerlendirilmeyeceğidir. Kural olarak hekimin tıbbi müdahalede bulunabilmesi hastanın rızasına bağlıdır ve rıza olmaksızın hasta üzerinde herhangi bir fiilde bulunulamaz. Ancak tıbbi müdahalelerdeki varsayılan rızayı zorunluluk haline dayandıran görüşe göre; burada kişinin vücut bütünlüğü, yaşam hakkı ile kendi geleceğini belirleme hakkı arasında bir değer tartımı yapıldığı ileri sürülmektedir. Böylelikle, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının gerektirdiği subjektif iradesi, varsayım yolu ile belirlenerek buna göre davranılmakta, dolayısı ile kişinin vücut bütünlüğü hakkı zedelenerek kendisine tıbbi müdahalede bulunulabilmektedir.⁸⁰² Bu durumda, zorunluluk halinin koşulları ancak hastanın rızasının alınması gerektiği sürede hak sahibine yönelik ciddi bir tehlike yaratmadan alınması olanaklı değilse işletilebilecektir. Kişinin vücudu üzerindeki hakkı ile yaşam hakkı karşılaştığında vücudu üzerindeki hakkına müdahale *hastanın yaşamının aleyhine ortaya çıkan* operasyonel bir durumda operasyonun kapsamı genişletilirken kullanılabilir. Hekime verilen birincil görev insan hayatını kurtarma olduğundan operasyonun kapsamının genişletilmesi zorunlu olabilmektedir.⁸⁰³ Yine bu durumda zorunluluk hali kanımızca yaşam tehlikesi ve sağlığa yönelik ağır tehlikelerin bulunması durumunda işletilebilecektir. AY m. 17’ de “Kimsenin rızası olmadan vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı” hükmü *tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı hallerle* sınırlandırılmıştır. Yine TCK m. 26’da düzenlenen “hakkın kullanılması” hekim kişiye iyileştirme, tedavi, insan hayatını kurtarma gibi görevlerini yerine getirmesine olanak tanımıştır. Bu yönde

⁸⁰² **ERMAN, Barış:** *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, Ankara 2003, s. 145-147.

⁸⁰³ **ERMAN, Barış:** A.g.e., s. 150-151: Burada hastanın bilinci yerinde değilken operasyonu yarıda keserek hastayı uyandırmak ve devam edilmesi yönündeki rızasını almanın, hastaya getireceği yük ve tehlike ile aksi davranışın doğurabileceği hak zedelenmesi arasında iyi bir denge kurmak gerekliliğine işaret edilmektedir.

vücut dokunulmazlığını kaldıran hallerden biri de tıbbi zorunluluklardır.⁸⁰⁴ “Tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olduğunu savunan birtakım yazarlar zorunluluk halini görüşlerine dayanak olarak göstermişlerdir. Bu görüşe göre; hekimin ceza kanununu ihlal etmesine izin verilmesinin sebebi bir arada bulunmaları adeta imkansız olan iki kavramın bir araya gelme durumudur. Bunlardan biri insanın vücut bütünlüğü; diğeri de insan hayatına saygıdır. İnsanın vücut bütünlüğüne saygı gösterilmesi ve bunun ancak yine vücut bütünlüğüne yapılan tecavüzlerle sağlanabilmesi tıbbi müdahalelerde söz konusu olmaktadır. Buna göre; tıbbın uygulanişından kaynaklanan güçlükler ancak zorunluluk hali ile çözümlenebilmektedir. Ancak bu görüş zorunluluk halinin varlığı için gerekli olan “tehlikenin ağırlığı ve mevcudiyeti” şartının tüm tıbbi müdahaleler bakımından söz konusu olmadığını savunmaktadır.⁸⁰⁵ Bu düşünceye getirilen eleştiri bu yaklaşımın zorunlu durumlarda yapılan müdahaleleri ve fiilleri açıkladığı ancak muhtemel bir tehlikeyi önlemek ya da farazi bir durumdan korunmak için yapılan fiillerin hukuka uygunluğunu açıklayamadığı yönündedir.”⁸⁰⁶ Gerçekten zorunluluk halinin özelliği gereği tehlike kavramının daha önce de ifade edildiği gibi özel bir şekilde yorumlanması gerekmektedir. Tehlike meşru savunmadaki saldırı kavramından farklı olarak mevcudiyet ile tanımlanmamış,

⁸⁰⁴ **SOYASLAN, Doğan:** “Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları”, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu , 28 Şubat- 1 Mart 2008 Ankara, s. 331.

⁸⁰⁵ **AYGÜN EŞİTLİ, Ezgi: İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları**, Ankara 2012, s. 76, 77: Hasta rıza gösterdikten sonra tıp mesleğinin icrası için zorunluluk halinin şartlarına bakılacak, şartların oluşmadığı halde hekim fiilinden sorumlu olacaktır. Burada rıza ve zorunluluk hali hukuka uygunluk nedenlerinin arasında *birliktelik değil öncelik sonralık ilişkisinin bulunduğu* savunulmaktadır. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi de konu ile ilgili bir kararında hekimin hekimlik faaliyetini yerine getirirken çeşitli faaliyetlerde bulunduğu, hekimin de bu faaliyetleri yerine getirirken tıp bilimin verilerine uygun hareket etmek durumunda olduğu buna uymayan davranışlarının mesleki kusur kapsamında değerlendirileceği ve bu durumu ne sözleşme ilişkisinin ne tıbbi müdahaleye rızanın ne de zorunluluk halinin etkilemeyeceğini belirtmektedir. Davranış ve illiyet bağının meşruluğu ancak kullanılan amaç ve tüm tedbirlerin alınmasında söz konusu olabilir. Hekim hastanın daha az önemdeki bir hukuki menfaatini tehlikeye ya da zarara sokarken daha büyük değerdeki bir hukuki yarar ancak bu şekilde kurtarılabiliyorsa hekim hukuka aykırı davranmamış olacaktır: (1976/6297 E., 1977/ 2541 K.)

⁸⁰⁶ **BAYRAKTAR, Köksal: Hekimin Tedavi Nedeni ile Cezai Sorumluluğu**, İstanbul 1972, s. 85.

ağırlık ve kaçınılmazlıkla ilişkilendirilmiştir. Buna göre; hasta için o anda müdahalede bulunmamak bir tehlike oluşturmazken, çok yakın bir zamanda ağır bir tehlike ile karşılaşma olasılığı bulunabilir. Zorunluluk halinin şartlarını beklemek hasta için riskli bir durum oluşturabilir. Bu tip durumlarda *izin verilen risk*⁸⁰⁷ kurumu olay açısından değerlendirilebilir. Zorunluluk halinin sınırları doktrinde tıbbi müdahalenin sınırlarından daha dar olarak değerlendirilmektedir. Bu görüşe dayanak olarak da herkesin tıbbi müdahaledeki fiilinin hukuka uygun olması gerekirken bu duruma yalnızca hekimlerin fiillerinde rastlanması örnek gösterilmektedir.⁸⁰⁸

Hekim, tıbbi gereklilik sonucu hamile kadının hayatı riske girdiğinde kürtaj yaparak kadını kurtarabilecek⁸⁰⁹ ve bu hareketi üçüncü kişi lehine zorunluluk hali

⁸⁰⁷ İzin verilen risk kavramı endüstri toplumu ile sıkı bir ilişki içindedir. Toplumsal yaşamda insanlar tarafından yapılan hareketler beraberlerinde “öngörülebilir” nitelikteki tehlikeyi de getirirler. Bu faaliyetler içinde tıbbi müdahaleler de dahil birçok faaliyet bulunmaktadır. Ancak bunlar toplum açısından yararlı ve gerekli olduğu için siyasal iktidarlar tarafından yasaklanmamaktadırlar. İzin verilen riskteki temel düşünce birtakım hareketlerin risk göstergeleri dahi hukuka aykırı olmamasıdır. Yargıtayın verdiği bazı kararlar bakımından izin verilen risk durumunda fiilin hukuka uygun olduğu bunun da zorunluluk haline dayandığı belirtilmektedir (Y. 9.CD. 6.12.1983-. 3253 K. 3114);**DEMİRBAŞ, Timur:** A.g.e., Ankara 2009, s. 287-288. İzin verilen risk kurumunun özelliği tehlike göstergeleri dahi bazı hareketlerin hukuka aykırı sayılmamasıdır. Hatta bunlar bir suç tipine girseler dahi toplumsal gereklilik bakımından bu faaliyetlere izin verilmektedir. Örneğin nükleer faaliyetler. Yine verilebilecek bir başka örnek orman bekçisinin küçük bir kıza vahşi bir hayvanın saldırdığını gördüğü durumda küçük kıza korumak için ateş eder. Ancak mermi küçük kıza isabet eder. Bu tip durumlarda toplumsal uygunluk gösteren ya da izin verilen risk içinde açıklanmış hareketlerin hukuka uygun oldukları kabul edilmektedir. Burada kabul edilen hareket neticeyi meydana getirebilecek risk içinde görülmektedir. **ÖNDER, Ayhan:** A.g.e., İstanbul 1992, s. 262. Kanımızca zorunluluk hali ile izin verilen risk kurumu arasında tehlikenin durumu bakımından farklılık bulunmaktadır. Zira başta da belirttiğimiz gibi izin verilen riskte tehlikenin öngörülebilir olması aranmaktadır. Zorunluluk halinde tanımlanan tehlike ise “ağır ve muhakkak” bir tehlikedir. Olay anında tehlikenin bizzat gerçekleştiği durum ile riskli faaliyetlerin bir arada bulunduğu durumu değerlendirmek gerekmektedir. Gerçekleşen ağır ve muhakkak bir tehlike varsa zorunluluk hali olay açısından öncelikle değerlendirilmelidir. “Yine diğer bir yönü burada kurtarılacak istenenin masum üçüncü kişi değil, olayda doğrudan doğruya tehlike altında bulunan ve kurtarılacak istenen kişi olmasıdır”: **ÖNDER, Ayhan:** A.g.e., İstanbul 1992, s. 262.

⁸⁰⁸ **BAYRAKTAR, Köksal:** Hekimin Tedavi Nedeni ile Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972, s. 86.

⁸⁰⁹ **GÜLŞEN, Recep:** “Hekimlerin Çocuk Düşürmede Oluşan Cezai Sorumluluğu” **Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı**, 7-8 Kasım 2008 Ankara, Ankara 2009, s. 192, 193: Tıbbi zorunluluk nedeniyle kürtaj durumunda da gebe kadının rızası aranır. Ancak Nüfus Planlaması Hakkında Kanun m. 6 f. son uyarınca derhal müdahale edilmediği halde hayatı ve hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde rıza şart değildir. Bundan da belirli durumlarda çocuk düşürtme kadının rızası olmadan gerçekleştirilirse hukuka aykırılığın oluşmayacağı anlaşılmaktadır. Yine TCK m. 99 f. son’da da belirli şartlarla gebelik durumlarına son verilmesi kabul edilmiştir. Bu düzenlemede şartları belirlenmiş özel bir zorunluluk hali öngörülmüştür, **SABATINI, Guglielmo,** Çev. ALABAY Rifat, “Çocuk Düşürmede Zaruret Hali ve Kast”, **Adliye Ceridesi**, Yıl 30, Ankara, Tarihsiz, s.1287-1288.

kapsamında değerlendirilebilecektir. Bu konudaki bir diğer görüş; hekimin kürtajı yapabilmesi için yalnız annenin hayatının tehlikede olmasını yeterli görmemekte, bu tehlikenin cenine de geçmesini aramaktadır.⁸¹⁰ Zira burada korunan hukuki yarar gebe kadının ana olup olmamak konusundaki kişisel hakkıdır.⁸¹¹ Bu görüşün uygulamasının sıkıntılı olabileceğini belirtmek gerekir. Örneğin kanser hastası bir annenin gebeliği beşinci ayda kanserin son evreye girmesiyle birlikte sonlandırılmıştır. Anne o ana kadar gebeliği dolayısıyla tedaviyi reddetmiş bebekte de bir sıkıntı oluşmamıştır. Ancak tedavinin başlamasıyla birlikte ya da kanserin ilerlemesiyle birlikte kaçınılmaz olarak sıkıntıya uğrayacaktır ve dolayısıyla tehlikenin anne açısından ağırlığı yeterli kabul edilmelidir. Zaten tıbbi zorunluluk yoksa çocuğu düşürten hekim cezalandırılmaktan kurtulamaz. Bu bağlamda düşünülebilecek bir diğer durum da zorunluluk hali sebebi ile organ naklidir. Organ vericisinin kaza ve doğal afet nedeniyle uğradığı ağır zarar sebebi ile kişinin yaşamı sona ermeli, yine alıcının yaşamının organ ve doku nakline bağımlı olması, nakilde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunmalıdır.⁸¹² Hekimin tedavi yükümlülüğünün kapsamı, hem tıbbi gereklilikler hem de meslek etiği göz önünde bulundurularak belirlenir.⁸¹³ Bu bağlamda bir ortopedist, uzmanlık alanına girmeyen bir beyin ameliyatını zorunluluk halinin şartları oluşmadığı müddetçe yapamaz.⁸¹⁴ Çocuk

⁸¹⁰ **ÇAĞLAYAN, Muhtar:** “Çocuk Düşürmede Zaruret Hali”, **Adalet Dergisi**, Yıl:46, Aralık 1955, Sayı: 12, s. 1181.

⁸¹¹ **GÜLŞEN, Recep:** **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları** “Suç Sonucu Oluşan Gebeliğin Sona Erdirilmesi”, **V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, 28 Şubat- 1 Mart 2008 Ankara, s. 1223.

⁸¹² **SOYASLAN, Doğan:** “Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları” , **V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu** , 28 Şubat- 1 Mart 2008 Ankara, s. 346.

⁸¹³ **HAKERİ, Hakan:** **Tıp Hukuku**, Ankara 2007, s. 179.

⁸¹⁴ **AYGÜN EŞİTLİ, Ezgi:** A.g.e., s. 76; **AYAN, Mehmet:** **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Ankara 1991, s. 5,6: Hekimler uzmanlık derecelerine göre uzman hekimler ve pratisyen hekimler olmak üzere iki ayrı grupta toplanırlar. Uzman hekimler kendi ihtisas sahalarına göre isimler alırlar ve bu dala ilişkin cerrahi müdahaleler yapabilirler. 1219 Sayılı TŞSTİDK’un 3. maddesi önemli cerrahi müdahalelerin yapılması için ihtisas diplomasını şart koşmuştur. Zorunluluk hali dışında bu müdahalelerin pratisyen hekimlerce yapılması müdahalenin tıbbilik vasfını ortadan kaldıramasa da

düşürmenin tıp hukuku ve TCK anlamında öngörülen sınırları vardır.⁸¹⁵ Bu sınırın aşılabilmesi için ağır, yakın ve kaçınılmaz bir tehlikenin ortadan kaldırılması amacı bulunmalıdır. Örneğin ensest ilişki sonucu babasından hamile kalan 13 yaşındaki mağdurenin çocuğunu iradi olarak düşürmesi durumunda⁸¹⁶ içinde bulunduğu durum zorunluluk hali olarak değerlendirilmelidir. Kanımızca burada esasen haklar açısından yapılan bir değerlendirme değil, tehlikenin ağırlığı açısından yapılan değerlendirme daha baskındır.

Bir diğer mesele ölüm orucu ya da açlık grevleri ve bu kapsamda yapılacak müdahalelerin hangi kapsamda değerlendirileceğidir. İnfaz Kanunu anlamında cezasını çekmekte olan hükümlü için *ölümün bir hak olmaması* dolayısı ile yapılacak müdahale zorunluluk hali kapsamında meşru görülmektedir. (İnfaz Kanunu m. 82) Kişiye ölme hakkının tanınması, yaşama hakkının kişinin kişi olmasına bağlı, vazgeçilmez bir hak ve başlı başına bir değer olduğunu inkar etmek demektir. Ayrıca bu hak kişinin ailesine ve topluma karşı ödev ve sorumluluklarını da içerir.⁸¹⁷ Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının önüne geçen başka hukuksal yararlar, kamusal yararlar bulunduğu takdirde rızası hilafına müdahalede bulunulabilmektedir. Kamusal

hekimin özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil eder. Aynı esas kendi ihtisas alanları dışında cerrahi müdahalelerde bulunan uzman hekimler için de geçerlidir. Ayrıca Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.3'te tıbbi müdahalede zorunluluk hali bulunması durumunda hastaya uzmanlık alanı olmayan hekimin müdahalesinin hukuka uygun olacağı belirtilmektedir.

⁸¹⁵ TCK m. 99 “Rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi beş yıldan on yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır...”, TCK m. 100 “Gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi halinde, bir yıla kadar hapis ve adli para cezasına hükmolunur.”

⁸¹⁶ **GÜLŞEN, Recep:** A.g.m. “Suç Sonucu Oluşan..”, s. 1212: Nitekim Kolombiya Yüksek Mahkemesi’nin kürtajın tecavüz, ensest ya da fetüsle ilgili anormalliklerin varlığı halinde mümkün olabileceğine ilişkin kararından itibaren 25 Ağustos 2006 tarihinde üvey babasının tecavüzüne uğrayan 11 yaşındaki bir kıza hukuki kürtaj uygulanmıştır. **DÖNMEZER, Sulhi: Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, İstanbul 1990, s. 191: Bu durumda çocuğu düşürmenin bedeni bütünlük bakımından bir zorunluluk hali oluşturmayacağını Altavilla ve Battaglini söylemektedir. Bunu bir hukuka uygunluk sebebi değil, bir cezasızlık sebebi olarak görenler Alimena ve Ranieri’dir. Zorunluluk halini şeref ve haysiyeti tehdit eden bir tehlikenin varlığına bağlamaktadırlar.

⁸¹⁷ **SOYASLAN, Doğan:** Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapan Kişilere Müdahale Sorunu, **Yargıtay Dergisi**, Ocak 1975, Yıl : 16, Sayı: 61-62, s. 273.

bir yararın öne çıkarılarak kişinin haklarının sınırlanması Anayasa'nın 13. Maddesi'nde bulunan temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması rejimine uygun olarak gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle yasallık ve ölçülülük ölçütlerinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Böylelikle Anayasal hükümler gereği kişinin rızası olmadan kendisine tıbbi müdahalede bulunulabilmesi için öncelikle o kişinin bireysel haklarına daha üstün gelecek kamusal nitelikte bir hak olmalı veya aynı sonuca daha hafif önlemlerle ulaşılamamalıdır.⁸¹⁸ Yine belirtmelidir ki bireysel hakların sınırlanması ancak şekli bir yasa ile mümkündür.⁸¹⁹ Bu bağlamda zorunlu tıbbi müdahalelerin içinde barındırdığı varsayılan rızanın zorunluluk halinin özel bir görünümü olduğu da ileri sürülmektedir. Buradaki hukuka uygunluk nedeni kişinin yararına gerçekleştirilen pozitif eylemdir.⁸²⁰ Varsayılan rıza kapsamında değerlendirilen sorunlar zorunluluk hali içinde çözümlenmelidir. Varsayılan rıza ile zorunluluk halinin birlikte bulunması durumunda ise zorunluluk haliyle rıza birlikte değerlendirilir.⁸²¹ Esasen bu hukuki kurumların karşılaştığı olgular tıbbi müdahalelerdir. Burada korunan hukuksal değer üçüncü kişiye aittir. Bu karşılaşmada kişinin iradesi ile kurtaran kişinin iradesi arasında bir çatışma doğabilir.

⁸¹⁸ NUHOĞLU, Ayşe: “Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları”, 28 Şubat-1 Mart 2008 Ankara, Ayşe Nuhoglu'nun Tebliği, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, s. 49, 50, 51: Alman Yüksek Mahkemesi 1894 yılında verdiği bir kararında, babasının iradesine aykırı olarak mutlak bir endikasyon tehlikesi mevcutken başarılı bir operasyonla 7 yaşındaki bir çocuğun ayağını kesen hekimin müessir fiil suçunu işlediğini kabul etmiştir. Alman Yüksek Mahkemesi 100 yıldır değişmeyen içtihadında öncelikli olarak hastanın iradesinin ön plana alınması gerektiğini iyileştirme amacı ve sonucun başarılı olmasının önemli olmadığını vurgulamıştır. Böylelikle hastanın beden dokunulmazlığını ihlal eden iyileştirici tedaviler sonucun başarılı olup olmadığına bakılmaksızın müessir fiil oluşturacaktır. Bu konuda bir diğer görüş hekimin rıza hilafına müdahalesinin hukuka uygunluk sebebi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği savunulmakta ve hastanın rızasını açıklamış olup olmaması konusunda ayırım yapmadan genel olarak kanunun vatandaşların birbirine yardım ödevini teminat altına aldığını, bu nedenle kuratılan kişi rıza göstermese dahi zorunluluk halinin uygulanacağı belirtilmektedir. Alman Yüksek Mahkemesi 1927 yılında verdiği bir kararında hamile bir kadının intihar etme eğiliminin ortadan kaldırılmasının tek yolunun kürtaj olması sebebi ile yasal olmayan kürtajı gerçekleştirerek annenin hayatta kalmasını sağlayan hekimin bu hareketinin hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hali olduğunu kabul etmiştir. Türk hukukunda da koşulları uygun düştüğü ölçüde kürtajda zorunluluk hali kabul edilmiştir.

⁸¹⁹ ERMAN, Barış: A.g.e., Ankara 2003, s. 173.

⁸²⁰ ERMAN, Barış: A.g.e., s. 145.

⁸²¹ EKİCİ ŞAHİN, Meral: A.g.e., Ankara 2012, s. 230.

Bu çatışma varsayılan rızanın şartlarının bulunması durumunda bizce zorunluluk hali lehine ortadan kaldırılabilir. Çünkü, üçüncü kişi lehine gerçekleştirilen bu durumun TCK m. 25 f. 2’de karşılığı vardır. *Ancak, tıbbi durumlar dışındaki durumlarda varsayılan rıza-zorunluluk hali ilişkisi çok dikkatli değerlendirilmelidir.* Çünkü ağır ve kaçınılmaz tehlike kavramının yorumu dikkat gerektirmektedir. Kavram maddedeki düzenlemeye tezat bir şekilde genişletilmemelidir. Örneğin; kişinin kendisinin toplamadığı ağacın meyvelerinin çürüyüp gitmemesi için ve rıza göstereceği varsayımı ile bir başkası tarafından toplanmasını zorunluluk hali ile açıklamak mümkün değildir.⁸²² *“Ancak zorunluluk hali ile kişinin rızasının aynı olayda uygulanması gerektiğinde kişinin iradesi öncelikle dikkate alınmalı ve zorunluluk haline ultima ratio (nihai sebep) olarak başvurulmalıdır.”* Bunun istisnası kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği bir hakkın olmasıdır. Bu bağlamda yaşam hakkı kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği ve ihlaline rıza gösterebileceği bir hak olmadığından bu konudaki rıza geçersiz kalacak⁸²³ ve burada da zorunluluk hali işletilebilecektir. Fiilin hukuka uygunluğunu da yaşam hakkına yönelen açık ve yakın bir tehlike sağlayacaktır.

Varsayılan rızada aynı hukuksal konunun süjesine ait değer yargıları bir araya geldiğinden mağdurun ancak açık iradesinin zorunluluk haline uymaması durumunda buna uyulması gerektiği, bunun dışında varsayılan rızada bir değerler tartımının öngörüldüğü ve kişinin ancak sübjektif iradesi bulunduğu buna aykırı olarak tıbbi müdahalede bulunulamayacağı belirtilmektedir.⁸²⁴ Açlık grevinde veya ölüm

⁸²² **EKİCİ ŞAHİN, Meral:** A.g.e., Ankara 2012, s. 239.

⁸²³ **EKİCİ ŞAHİN, Meral:** A.g.e., Ankara 2012, s. 232.

⁸²⁴ **ERMAN, Barış:** A.g.e., Ankara 2003, s. 145; **EKİCİ ŞAHİN, Meral:** A.g.e., s. 223 vd: Varsayılan rıza gerçek rıza ile zorunluluk hali arasında kalan kendine özgü ve bağımsız bir hukuka uygunluk nedenidir. Rızayı fiilin tipe uygun olmasına engel olan rıza ve hukuka uygunluk nedeni olan rıza şeklinde ayırabilirken varsayılan rızanın hukuka uygunluk nedeni olduğuna tereddüt yoktur.

orucunda kişi yaşamına ve vücut bütünlüğüne yönelik kasti bir hareket içindedir. Bu nedenle açlık grevine müdahale CGTİHK m. 82'deki şartlar dahilinde hukuka uygundur ancak bu müdahalenin niteliğı kişinin tehlikeye kendinin sebep olmasından dolayı başkası lehine meşru savunma olup zorunluluk hali değıldir.⁸²⁵ Ancak CGTİHK m. 82 f. 3 uyarınca zorla tedaviyi, Biyo Tıp Sözleşmesi m. 5 sağıık alanındaki müdahalelerin rıza koşuluna bağılayarak sağıık alanındaki müdahalenin sınırını koymaktadır.⁸²⁶ Muvafakat verme yeteneğinin ortadan kalkması ya da olmaması durumunda da müdahale ancak Biyo Tıp Sözleşmesi m. 6'ya göre kişinin doğrudan yararı için yapılabilir. Geliştirilebilecek bir diğeri yaklaşım da kişinin açlık grevine başlayarak tehlikeye kendisinin yol açması durumunda yapabileceğimiz farklı bir yorumdur. Buna göre; irade yeteneğinin sağııklı çalıştığı anda kişi buna karar vermiştir. Ancak bir noktadan sonra açlığın verdiği etkiyle iradenin çalışma şekli isteme unsuru açısından zedelenmiş durumdadır. Bunu tehlikeye kasten sebep olunduğı yerine bilinçli taksirle sebep olunması şeklinde yorumlarsak zorunluluk hali kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Burada değinilmesi gereken bir diğeri sorun ülkemizde pek bulunmamakla birlikte Amerika'nın ve Avrupa'nın gündemini meşgul eden "Yehova Şahitliği" sorunudur. Hayati bir problemle yüz yüze gelen çocuklarına aileler dini inançları yüzünden izin vermeyerek ölmelerine göz yummaktadırlar. Kan nakline izin verilmeyen bu durumda çocuğun hayatını kurtarmak için kan naklinin gerekli bulunduğı hallerde devlet ailelerin dini inancına

⁸²⁵ **FEYZİÖĞLU, Metin:** "Türk Ceza Hukukunda Zorla Tedavi", **Sağıık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım**, Ankara 2007, s. 313, 314.

⁸²⁶ <http://www.biyoetik.org.tr/mevzuat/Uluslararası/Biyotip.htm>, Erişim Tarihi 17.07.2013)

zorunluluk hali dolayısı ile müdahale edebilir.⁸²⁷ Yaşam hakkı söz konusu olduğunda görüldüğü gibi önüne başka bir hak geçmemektedir.

E. TEHLİKEYİ GİDERME YÜKÜMÜ OLMAMAK

Zorunluluk halinin kabul edilebilmesi için kişinin tehlikeye karşı koymak veya onu yok etmek bakımından bir hukuki yükümlülüğünün bulunmaması gerekir. Ancak bu koşul ne 765 Sayılı TCK'da ne de 5237 Sayılı TCK'da belirtilmemiştir. Bu konuda benzer bir düzenleme Alman Ceza Kanunu'nun 35. Maddesi'nde yapılmıştır.⁸²⁸ Bu duruma sebep olarak doktrinde zorunluluk halinin hakların çatışmasını düzenleyen bir kurum olduğu, hakkını tehlike karşısında feda etmek yükümlülüğünde olan bir kişinin artık tehlikeden de kaçamayacağı ifade edilmektedir.⁸²⁹ TCK'da bu konuda açık bir hüküm bulunmamasına rağmen zorunluluk hali tehlikeye göğüs germe yükümlülüğü bulunan kimseye uygulanmaz. Kişinin hukuken yükümlü olduğu bir durum dolayısı ile aynı zamanda zorunluluk içine sokulması bu yükümlülüğü de mantiken anlamsızlaştıracaktır. İşlev ve yükümü tehlikeye göğüs germek olan kişiler bir tehlike ile karşılaştıklarında zorunluluk halinde olduklarını öne sürerek yükümlülüklerinden kaçamazlar. Örneğin; bir kaptanın fırtınada gemiyi herkesten önce terk ederek kaçarken bu konuda bir yükümlülüğü bulunmaktadır.⁸³⁰ “Ancak bu yükümlülüğün teknik anlamda varlığının kabul edilebilmesi için bunun yalnızca ahlaki değil, hukuki olması; kanundan veya

⁸²⁷ **METİN, Sevtap: Biyotıp Etiği ve Hukuk**, İstanbul 2010, s.118-122: Benzer bir durum olan ileri derecede zihin yetmezliği bulunan Ashley vakasında Ashley'e bakım sağlanması için yerine getirilmesi gereken rahim tahliyesinden, göğüslerin alınmasına, cüceleştirmeye, uterusun ve yumurtalıkların alınmasına kadar girilebilecek bir dizi tıbbi müdahale insan onuruna aykırı olduğu için gerekliliği tartışılmış ve zorunluluk hali kapsamında değerlendirilmemiştir.

⁸²⁸ Aktaran, **ÖZBEK ve Diğerleri**: A.g.e., Ankara 2012, s. 389.

⁸²⁹ **DEMİRBAŞ, Timur**: A.g.e., Ankara 2009, s. 285; **ÖNDER, Ayhan**: A.g.e., s. 231.

⁸³⁰ **DÖNMEZER, Sulhi**: A.g.e., İstanbul 2003, s. 179.

sözleşmeden doğmasının gerektiği anlamına gelir.”⁸³¹ Bu yükümlülüğün bir kamu hukuku normundan kaynaklanması gerektiğini düşünülmeyle birlikte özel hukuk sözleşmesi ile kendisine bu görev verilmiş kişilerin de bu durum kapsamında değerlendirilmesi gereği haklı olarak ifade etmektedir. Örneğin bir itfaiyecinin yangına müdahale etme yetkisi ya da bir polisin şüpheliyi yakalama yetkisi gibi.⁸³² Burada önemli olan kişinin müdahalesinin bir yetki ve görev tanımı içinde bulunup bulunmamasıdır. Bunun kamusal yetkiyle ya da sözleşmeyle verilmesi yalnızca uygulanacak kurallardan bir gerekliliktir. Bu bağlamda 1632 Sayılı Askeri Ceza Kanunu m. 46 f. 1’de “vazife ve hizmette şahsi tehlike korkusunun cezayı hafifletmeyeceği” belirtilmektedir. Burada bahsedilen tehlikenin genel bir tehlike olarak ortaya çıkmayıp şahsi bir görünüm taşımasıdır. Nöbet bekleyen askerin düşman saldırısı üzerine bir araç çalıp kaçması zorunluluk hali olarak kabul edilemeyeceği gibi, itfaiyecinin yangından korkup kaçtığı sırada birini ezip yaralaması da zorunluluk hali olarak kabul edilemeyecektir. Ancak; yine itfaiyeci örneği üzerinden gidecek olursak, bir itfaiyecinin mevcut araçlarla yangını söndürmesinin imkansız hale geldiği bir yangın sırasında, hayatını kaybetme tehlikesinden dolayı kaçarken bir başkasının araç ya da mamelekine zarar verirse zorunluluk halinde olduğu kabul edilmelidir.⁸³³ Burada dikkat edilmesi gereken sınır, *görevi ifanın mümkün olabilme sınırıdır. Bizce, somut olay bakımından*

⁸³¹ Madde metninde aranmasa da tehlikeye karşı koyma yükümlülüğünün bulunmamasının zorunluluk halinin koşullarından biri olduğunu kabul eden yazarlar bulunmaktadır. Buna göre; bir kimsenin zorunluluk halinden yararlanabilmesi için tehlikeye karşı koymak bakımından hukuki bir yükümlülüğünün bulunmaması gerekir: TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2009, s. 154; **MERAN, Necati**: “Yeni Türk Ceza Kanunu ve Türk Medeni Kanunu’nda Meşru Savunma ve Zorunluluk Hali”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Şubat 2007, Sayı: 6, s. 127; **ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA**: A.g.e., Ankara 2013, s. 467-468; **KOCA-ÜZÜLMEZ**: A.g.e., Ankara 2013, s. 327; **KANGAL, Zeynel**: A.g.e., Ankara 2010, s. 283 vd.; **BEKAR, Elif**: A.g.e., s. 104 vd.; **DEMİRBAŞ, Timur**: A.g.e., s. 285; Aktaran, **ÖZBEK ve Diğerleri**: A.g.e., s. 389.

⁸³² **PALAZZO, Francesco**: **Corso Di Diritto Penale**, Parte Generale, Torino 2006, s. 418.

⁸³³ **MERAN, Necati**: “Yeni Türk Ceza Kanunu ve Türk Medeni Kanunu’nda Meşru Savunma ve Zorunluluk Hali”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Şubat 2007, Sayı: 6, s. 128.

değerlendirilmesi gereken nokta; hukuki anlamda bir görevle yükümlenilen bir durumun, makul bir yoğunluğun ötesine geçip geçmediğidir. Bundan dolayı hiçbir görev, yaşama hakkından kutsal ya da öncelikli kabul edilemez. Buna ilişkin olarak, Amerika'nın Arizona Eyaleti'nde çıkan büyük bir yangında görevlerini ifa eden 19 itfaiyecinin yaşamını yitirmesi olayında, bu itfaiyecilere yaşam hakkının kutsallığı gereği haklı olarak hayatları pahasına yangın söndürmek yükümü gibi ağır bir yükümlüğün yüklenemeyeceği ifade edilmiştir. İtfaiyeciler bu durumda mücadele etmek yerine kaçsalar dahi kendilerine zorunluluk halinin uygulanması mümkün olacaktır.⁸³⁴ Bu durum AY m. 17' de "herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu" biçiminde düzenlenmiştir. Aksi yorum Anayasa'ya aykırılık taşıyacaktır. Doktrinde bu kişiler kendilerine yüklenen görevlerini, ağır ve muhakkak bir tehlikeden kendilerini veya başkalarını kurtarmak için yerine getirememiş iseler; bu kişilerin cezalandırılmalarının söz konusu olamayacağı ifade edilmektedir. Örneğin; bir yangında itfaiye erinin kendisinin de yanma tehlikesi varsa böyle bir görev faile pek tabii olarak yüklenemez.⁸³⁵ Bu yükümlülüğün kanundan veya sözleşmeden doğması gerekir. Dolayısıyla, ahlaki bir yükümlülük, bu kapsamda değerlendirilemez.⁸³⁶ Bu konuda TCK'da bir düzenleme yapılmasına gerek kalmaksızın işin doğasından bu koşulun çıkarılması mümkündür. Karma nitelikteki sözleşmeler açısından da uygulama alanı bulan bu durum için aslolan hukuki bakımdan bir sorumluluğun olmasıdır. Yaptırım bakımından incelendiğinde belirtilen görev tanımı kamu hukuku dahilinde verilmiş ise esasen bu ayrı bir suçtur. Kişi TCK m. 257'de tanımlanan "görevi kötüye kullanma" suçunu

⁸³⁴ <http://www.haberler.com/abd-de-kirsal-alanda-yanigin-19-itfaiyecisi-oldu-4784980-haberi/>, Erişim Tarihi, 03.07.2013.

⁸³⁵ KOCA-ÜZÜLMEZ: A.g.e., s. 270.

⁸³⁶ DEMİRBAŞ, Timur: A.g.e., Ankara 2009, s. 284.

işlememek için görev sınırlarının gerektirdiği gibi davranmak durumundadır. Ancak; bu kişiler bakımından üçüncü kişi lehine zorunluluk hali de söz konusu olabilir. Tehlikeye göğüs germe yükümlülüğü olan kişileri kurtarmak için üçüncü kişi lehine hareket eden kişilere zorunluluk hali uygulanmaz. Örneğin; geminin cankurtaranını kurtarmak için yolcuyu denize atan kişi zorunluluk halinden yararlanamayacaktır.⁸³⁷ Bu açıdan “oran” değerlendirmesi kesinlikle zorunluluk halinin ekonomik ve faydacı bir ekseninde özellikle üçüncü kişiye karşı alan kaybettiği düşünülen hukuka uygunluk zemininin inşasında ve üçüncü kişinin menfaatlerinin zorunluluk hali bakımından ihlalinin tayininde değerlendirilir. Hatta; “failin fiilinin oranlılığı”nın toplam etkideki rolü ya da en azından onun denk oluşunun tespitinde oran tek başına rol oynar.⁸³⁸

Bu noktada değinilmesi gereken ve zorunluluk hali içinde de değerlendirilebildiği için değinilebilecek bir durum “görevlerin çatışması”dır. Esasen bu durum ilki; olayların çatışması anlamında aslında norm içindeki yasal bir çatışkıyı ifade eden durum⁸³⁹ ve ikincisi de; anayasal organlar arasındaki ve bu organların kendi içindeki teknik anlamdaki görev çatışması⁸⁴⁰ı ifade eden durum olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. İkinci durum konumuz dışındadır. *Görevlerin çatışması bakımından konumuz açısından mesele bunun zorunluluk hali kapsamında bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilip edilmeyeceğidir.* Bir görevin yerine

⁸³⁷ **TOROSLU, Nevzat:** A.g.e., Ankara 2009, s. 154; Ancak pek tabi bunun için görevin getirdiği yükümlülükleri yerine getiren kişiler için genel bir zorunluluk halinin hiçbir koşulda uygulanamayacağı vargısı yaratılamaz. Tehlikenin boyutu, mesleki katlanma ya da insani olarak dayanabilme sınırlarını aştığı andan itibaren zorunluluk hali şartlar dahilinde düşünülebilecektir.

⁸³⁸ **PALAZZO, Francesco:** A.g.e., Torino 2011, s. 418.

⁸³⁹ Hartian terminolojide yer alan ve daha kullanışlı olan bir kesişme noktası tek başına fiilin cezalandırıcı normun ötesinde bir dışallığa sahip olmamasıdır: **VIGANO’, Francesco:** A.g.e., Milano 2000, s. 479.

⁸⁴⁰ Norm alanındaki çatışma tartışması bu çalışmanın kapsamı dışında olduğu için değinilmemiştir. **VIGANO’, Francesco:** A.g.e., s. 478-480: Mantovani bu durumda norma katılım, normların yarışması ve normların çelişmesi durumlarını birbirinden ayırmaktadır. Bazen bir normda birbirine zıt iki durum birleşebilir bunun için ayrı bir cezalandırma disiplini hazırlanabilir ya da ikinci olarak norm için aynı davranış zıt kurallarla sınıflandırılır. Ancak; normlar arasında kuralcılığın ölçüsüne dair bir sınıflandırma uygunsuz bir içerik olacaktır. Örneğin emir normu ya da yasak normu gibi.

getirilmesi İtalyan Ceza Hukuku'nda bağımsız bir hukuka uygunluk nedeni olarak düşünülmektedir. Bu ilk bakışta bir hukuka uygunluk nedeni olarak görünmekte ve amaca özel olarak da görevlerin çatışmasını içermektedir. Bunun varlığı mevcut tehlike ve tehlikenin kaçınılmazlığı ile ilişkilendirilmiştir.⁸⁴¹ Hukukumuzda benzeri bir bakış açısını Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun verdiği hekimin adli otopsiye gitmemesi konusundaki bir kararında da görebilmek mümkündür. Burada hekimin hayatta olan kişinin sağlığını, ölü ile ilgili otopsiye yeğlemesinin temel dayanağı olarak zorunluluk halindeki tehlikenin ağırlığı ve kaçınılmazlığı düşünülmüş olsa gerektir. Yargıtay bu kararında aslında bir nevi karşılaşılan iki görevden daha az önemli olanın ihmal edilmesi durumunda fiili hukuka uygun kabul etmiş⁸⁴² ve bir nevi görevlerin çatışmasını zorunluluk hali içinde değerlendirmiştir. Bazen bu karşılaşma norm bazında meydana gelebilir. Örneğin; İtalyan Ceza Kanunu'nda yer alan tanıklık yapmak zorunluluğu ile başkasının saygınlığını ortadan kaldırma yasağı çatıştığında, normlar arasında meydana gelebilecek görev çatışması durumunun çözümünde çatışan görevlerden biri ya da diğerinin somut olarak ihlal edildiği yargısına, hareket için gereklilik durumu ve ihlal anındaki fiili durumu değerlendirilerek gidilecektir.⁸⁴³ Ancak görevlerin çatışması, kusurluluğu kaldıran bir neden olarak ortaya çıktığında fail burada hukuka aykırı davranmış ve görevlerin derece ilişkisinde yanılmışsa bu durum zorunluluk halinin şartları üzerinde hata olarak dikkate alınır. Bununla birlikte derece ilişkisinin kabul edilmediği durumlar

⁸⁴¹ **VIGANO, Francesco:** A.g.e., s. 512, 513.

⁸⁴² CGK.12.10.1981, 4-281/338 : Köyde sağlık ocağında çalışan ve aynı zamanda adli tabiplik de yapan hekim A, köyden hasta olarak getirilen ve aynı ilçede diş hekimi olarak görev yapmakta olan kardeşinin muayenehanesine yatırılan annesine iğne yapmak olduğu sırada bir ölümlü trafik kazasına otopsi yapması için çağrılır. Hekim A annesinin tedavisi bittikten sonra geleceğini söylemesi üzerine cumhuriyet savcısı başka bir hekim bularak otopsiyi gerçekleştirir. Bu durum üzerine hekim hakkında TCK/ m.230 f.1'den dava açılır ve yerel mahkeme mahkumiyet hükmü verir. CGK. verdiği bozma kararında hekim A'nın görevi ihmal kastının bulunmadığına dayanmıştır.

⁸⁴³ **VIGANO', Francesco:** A.g.e., s. 514-515.

insan yaşamına ilişkin durumlardaki görevlerin yerine getirilmesi ile ilgilidir.⁸⁴⁴ Örneğin; aynı anda boğulmakta olan iki kişiyi kurtaramayan cankurtaranın tek kişiyi kurtarması ya da yüksek irtifa dağcılığı yapan üç kişiden ikisinin oksijen tüplerinin kayalıklardan düşmesi üzerine tek oksijen tüpü ile dönüşü gerçekleştiremeyecek olan dağcının oksijen tüpünü paylaşmak için kalan iki dağcıdan birini diğerine tercih etmesi durumu. Bu örneklerden de anlaşılacağı üzere failin değerler karşılaştırması yapabildiği durum zorunluluk hali kapsamında hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilebilmekte, eşit değerlerden birini diğerine seçme yönünde bir hak bahsedilmediği için bu yöndeki fiilin kusurluluk kapsamında değerlendirileceği ifade edilmektedir.⁸⁴⁵ Ancak böylesi bir yorumun da zorunluluk haline eşit ve üstün değer ayrımı içinde yaklaşan bir hukuki düzenleme çerçevesinde anlam bulacağını belirtmek gerekir. Zira hukuk sistemimiz açısından her “hak” genel olarak korunmaya değerdir. Önem sıralamasından çok somut olay bakımından öncelik-aciliyet sıralaması yapılması kanımızca daha anlamlıdır. Çatışan değerler arasında bir farklılık varsa hukuki açıdan çok ciddi bir problem yoktur. Asıl mesele çatışan değerlerin eşdeğer olması durumunda ortaya çıkmaktadır. Görevlerin çatışmasının kusurluluğu kaldıran bir neden olarak görülebildiği durumlar çoklukla tıbbi uygulamalar ve hekimin tedavi fiilidir. İyileştirmeye yönelik tıbbi müdahalelerde bir

⁸⁴⁴ **DEMİRBAŞ, Timur:** A.g.e., Ankara 2009, s. 289- 290: Örneğin bir kasabada hükümet tabibi olarak çalışan doktor annesinin köyden çok hasta gelmesi üzerine ona bakmak için dış hekimi olan kardeşinin muayenehanesine giderken Cumhuriyet savcısının kendisini otopsi yapmak üzere çağırması üzerine acilen annesinin yanına gitmesi gerektiğini söylüyor. Bunun üzerine görevi ihmalinden kendisine dava açılıyor. Ceza Genel Kurulu 12. 10. 1981, 4-281/338 tarihinde verdiği kararında doktorun görevi ihmal kastının bulunmadığı sonucuna varmıştır.

⁸⁴⁵ Görevlerin çatışması gerçek ve görünüşte çatışma olarak ayrımlanabilir. Gerçek çatışmada kişinin çatışan her iki görev bakımından hukuki yükümlülüğünün bulunması gerekir. Fail bu çatışmada değeri fazla olan yararı kurtarmış ise fiilinin hukuka uygun olduğu kabul edilir. Örneğin; bir yangında kamu malını kurtarmak yerine insanları kurtarmak gibi, diğeri ise bir olayda belirli bir görevin yerine getirilmesi ile birlikte kanunun açık hükmünü yerine getirilmesi bu olasılığa örnektir. Örneğin hekimin sır saklama yükümlülüğü (Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 4, Hasta Hakları Yönetmeliği m. 20, 23) ile sağlık mesleği mensuplarının ihbar yükümlülüğünün(TCK m. 280) karşılıklı olarak birbirini sınırlaması: **ÖNDER, Ayhan:** A.g.e., İstanbul 1992, s. 263-264.

görüş uyarınca fiilin tipikleştirilmediği daha rahat söylenebilir. Bu değerlendirme yapılırken de fiilin öngörülemez sonuçları veya her ne olursa olsun sağlık açısından kaçınılmaz sonuçları ex ante olarak ele alınmalıdır. Hastanın tedaviyi reddettiği hipotez hastanın oto determinasyonuna ve hekimin koruma yükümlülüğüne göre değişir. Bu noktada çatışkı nasıl çözümlenecektir? Gerçek şudur ki hastanın seçim özgürlüğü kendisinin iradi olarak tedaviye katlanmama özgürlüğüdür. Burada cevaplanması gereken soru yaşam ile bireyin seçim özgürlüğünün karşılaştığı durumdur. Her ne kadar kavramsal bir bakış altında tehlike durumunda üçüncü kişiye yardım yükümlülüğü varsa da bu yükümlülük başkalarının özgürlüğüne zarar verme yasağı ile karşılaşır. Doktrinde bu durumun ortaya çıktığı durumun da hiyerarşi ile çözümlenmeye çalışıldığı görülmektedir. Burada iki subjektif durum arasında bir hiyerarşi olacağı ve ihtilaf durumunda sosyal, hukuki, ekonomik gereklilikler gibi ölçütlerin bu konudaki temel hukuk kurallarının sınırlarının belirlenmesinde kullanılabileceği belirtilmektedir.⁸⁴⁶ Bu konuda tartışılan bir diğer örnek siyam ikizlerinden birini yaşatmak için diğerinin yaşamına son vermek zorunda kalınmasının hukuka uygunluğu yönündeki değerlendirmedir. Yine bir diğer örnek akciğerlerinden problem yaşayan ve aynı anda gelen iki hasta için tek bir solunum cihazının bulunması veya bir babanın aynı anda denize düşen ve boğulmakta olan iki çocuğundan birini kurtarması durumlarıdır. Burada hiçbir hukuk kuralı iki kişiyi kurtarma kapasitesi bulunmadığı için onlardan en azından birini kurtarmamanın fail aleyhine olduğu yönünde yorumlanamaz. Zaten bu yönde geliştirilebilecek bir kural da işlevsiz olacaktır. Çünkü görevi yerine getirme zorunluluğunun da uygulanabilir olması gerekmektedir. Bu aynı zamanda hiçbir hukuk süjesi tarafından yerine

⁸⁴⁶ Bu durum İtalyan Anayasası'nın 32. maddesinde yapılandırılmıştır: <http://www.dirittosanitario.net/quadernidett.php?quadid=20> (Erişim Tarihi 16.07.2013), VIGANO, Francesco, a.g.e., s. 521- 527.

getirilemeyecek olan bir durumu ifade etmektedir.⁸⁴⁷ Doktrinde görevlerin çatışması bir kimsenin aynı anda yerine getirmesi gereken hukuki yükümlülüklerden birini diğerini ihmal ederek yapması olarak tanımlanmaktadır. Örneğin; hastaneden acil bir ameliyat için çağrılan bir doktor hastaneye giderken yolda karşılaştığı trafik kazasında yaralılarından birine müdahale ederken gecikse ve hastanedeki hasta ölse doktor görevini ihmalden sorumlu olmayacaktır.⁸⁴⁸ Kanımızca burada hukuka uygunluğu zorunluluk hali kapsamında bir yaşamın kurtarılmasının feda edilmesi durumunda oluşacak iki ölüm sonucundan bir ölüm sonucunun daha tercih edilebilir olması sağlamaktadır. Bu konuda İtalyan doktrininin yaklaşımı daha işlevseldir. Çünkü; örnek olaylarda üçüncü kişiyi kurtarma bakımından tam olarak bir ihmalden söz etmek mümkün değildir. Fiili imkansızlık durumu değerlendirmelidir. Bu da eylemin kusurluluğu kaldıran bir hal olmasını değil, hukuka uygunluk nedeni olmasını sonuçlar. Ancak her bir görev çatışması kendine özgü olduğu için somut olay bazında değerlendirme yapmak hukuki bir gerekliliktir. Tehlikeye göğüs germe yükümlülüğünde olan kimseler görevsel çatışmaya girerlerse bu çatışma içinde zorunluluk halinin değerlendirilmesi ise ayrı bir mesele oluşturmaktadır. Görevli olan kişinin aynı zaman içinde yerine getirilmesi gereken iki görev karşısında bunlardan birisini yerine getirerek diğerini yapmamış olması yapılmayan bu görev dolayısı ile sorumluluk doğuracak mıdır?⁸⁴⁹ Bu sorunun cevabı zorunluluk halinin şartları değerlendirilerek verilecektir. Yargıtay bu durumda haklı olarak bahsettiğimiz 1981 tarihli kararında zorunluluk halinin şartları varsa bunun işletilebileceğini kabul etmiştir.

⁸⁴⁷ VIGANO', Francesco: A.g.e., s. 532- 548-549.

⁸⁴⁸ DEMİRBAŞ, Timur: A.g.e., Ankara 2009, s. 289.

⁸⁴⁹ ÖNDER, Ayhan: A.g.e., s. 263.

Bu konu dahilinde üzerinde durulabilecek durumlardan biri de tehlikeden kaçarak kurtulma olanağının varlığıdır. Failin tehlikeden kaçarak kurtulma imkanı varken başkasına ait bir hukuki değere zarar vermesi meşru savunmadan farklı olarak zorunluluk hali kapsamında farklı değerlendirilir.⁸⁵⁰ Kavramın gönderme yaptığı şart “gereklilik” durumudur. Gereklilik ise failin içinde bulunduğu durum açısından tahmine dayalı bir ex-ante değerlendirme ile tespit edilir.⁸⁵¹ Zorunluluk halinde tehlikeden kaçarak kurtulmak mümkün ise ve fail kaçmak yerine üçüncü bir şahsa ya da bu şahsın malına zarar vermiş ise burada meşru savunmada belirlendiği oranda bir zorunluluk sınırı kabul edilmeyecek ve fail zorunluluk halinden yararlanamayacaktır. Ancak failin kaçma imkanının da güvenli yollardan gerçekleşebilecek durumda olması gerekir.⁸⁵² Bir babanın çıkan yangından çocuğunu kurtarmayıp kaçması durumunda, tartışılması gereken kurtarma fiili yerine niçin kaçma fiilinin tercih edildiğidir. Eğer tehlikeden başka türlü korunma imkanı yoksa, yangının büyüklüğü ve itfaiyenin yangına müdahale etme durumu da değerlendirildiğinde babanın kaçması zorunluluk hali kapsamında değerlendirilebilecektir. Diğer bir örnek bir ormanda karşısına çıkan ayının saldırısından kurtulmak için kaçarken yol üstünde rastladığı evin kapısının açılmaması üzerine kapının kırılarak içeri girilmesidir. Failin kalıp ayı ile mücadele etmesi normal şartlarda beklenemez bir durumdur.⁸⁵³ Sonuç olarak kanuni olarak kendisine yüklenen veya içinde bulunulan şartların

⁸⁵⁰ ÖZBEK-DOĞAN: A.g.m., s. 209.

⁸⁵¹ Jacops’tan aktaran, ÖZBEK-DOĞAN: A.g.m., s. 211.

⁸⁵² EREM, Faruk: A.g.e., Ankara 1949, s. 388.

⁸⁵³ EREM- ARTUK- DANIŞMAN: A.g.e., Ankara 1997, CGK. 17.10.1938: Kendini kovalayan hasımlarından kurtulmak için pasaportsuz başka bir devletin topraklarına sığınan kimsenin, pasaportsuz seyahat etmesi nedeni ile cezalandırması doğru değildir; MANTOVANI, Ferrando: **Diritto Penale Parte Generale**, Padova 2009, s. 265: Burada kişinin zarara katlanmak ya da zarara sebep olmak gibi bir seçimi vardır. Ancak bu daha katı bir şekilde anlaşılmalıdır. Örneğin; bir kaya tırmanıcısının kaçınmasına rağmen son derece ender bir hayvanın ölümüne sebebiyet vermesi ya da bir ilaç hırsızlığı olayında vücudun bu ilaca acilen ihtiyaç duyması. Ancak bu durum kurtarma zorunluluğu olan kişilerde uygulanmaz. Geminin kaptanı kendini değil yolcuyu kurtarmak zorundadır

gerektirdiği bir kurtarma durumu var ise bu zorunluluk hali dışında değerlendirilecektir. “Doktrinde meşru savunma için belirlenen zorunluluk ile zorunluluk hali açısından belirlenen zorunluluk arasında fark bulunduğu ifade edilerek zorunluluk hali açısından bu “zorunluluğun” kesin ya da kesine çok yaklaşan bir zorunluluk olarak algılanması gerektiği haklı olarak dile getirilmektedir.”⁸⁵⁴ Buradaki sınır görev gereği de olsa failden beklenemeyecek olan kendini koruma içgüdüsüne de ters düşen bir kendini feda etme durumudur.

II. KORUNMA FİİLİNE İLİŞKİN ŞARTLAR

A. KORUNMA FİİLİ OLMALI

Tehlikeye karşı koyma ya da korunma fiilinin zorunluluğu aslında önceden beri bilinen bir kavram olup bu durum ahlaki ve hukuki sorumluluğun kökleri açısından değerlendirilmekte idi. Odissea yazmalarına bakıldığında “zorlama altında verilen karşılığın” bir suçsuzluk vesilesi olduğu ve henüz ahlak felsefesinin doğumundan önce dahi adapte edilerek kabul edildiği görülmektedir.⁸⁵⁵ Bugün bu fiil zorunluluk hali içinde işlenen tehlikeden zorunluluk halinin şartları içinde fail tarafından tehlikeden kurtulmak ya da başkasını kurtarmak zorunluluğu altında işlenen fiildir. Failin tehlikeyi bertaraf etmek için başvurduğu bu fiil “korunma fiili” *son çare* niteliğinde olması gereken bir fiildir. Bu nedenle tehlikeden kurtulmak için başka imkanlar; hukuk düzeninin sağladığı koruma vasıtaları ya da devletin yardımına ulaşma imkanı mevcut olduğu halde fiil gerçekleştiriliyorsa suç sayılan hareketi

⁸⁵⁴ EREM, Faruk: *Türk Ceza Hukuku Cilt 1 Genel Hükümler*, Ankara 1949, s. 388.

⁸⁵⁵ PULITANO, Domenico: *Diritto Penale*, Torino 2005, s. 310.

gerçekleştiren kişi zorunluluk halinden yararlanamaz.⁸⁵⁶ Anılan bu durum aslında failin başkasının hakkına saldırıda bulunmaksızın tehlikeden kaçınma ve kurtulmasının mümkün olmamasını ifade eder. Ancak bu durumu meşru savunmadaki; savunmada zorunluluk bulunması durumundan da daha dar bir şekilde anlamak⁸⁵⁷ yerinde olacaktır. Örneğin; vahşi ve nesli tükenme tehlikesi altında bulunan bir hayvan ava giden bir avcının önüne çıksa, avcının hayvanı ürkütterek kaçırma ihtimali bulunmasına rağmen, hayvanı öldürmeyi seçmesi durumunda zorunluluk hali somut olayda değerlendirilmeyecektir. Ayrıca avcı böyle bir ortamda bulunmakla bu riski zaten üstlenmiştir. Bu koşul aynı zamanda “maddi cebir ile zorunluluk hali”ni ayırmaya da olanak sağlamaktadır. Zorunluluk halinde fiil içinde bulunduğu şartlar açısından failin bir nevi seçiminin bir sonucudur. Cebir halinde ise, failin kanuna uyması olanaklı değildir. Resmi makamlara başvurarak tehlikenin bertaraf edilmesinin mümkün olduğu hallerde, zaten zorunluluk hali söz konusu olmaz.⁸⁵⁸ Ağır ve kaçınılmaz tehlikeden başka türlü korunma olanağının bulunmadığı hallerde, failin bu durumdan kurtulmak için yaptığı hareketin kasten ya da taksirle yapılmasının önemi bulunmamaktadır.⁸⁵⁹ Bu şart zorunluluk hali durumunda kullanılan amaç-araç ilgisini saptamakta sıklıkla kullanılmaktadır. Amerikan Adalet Bakanlığı’nın kaynaklarında verilen bir olayda çıkan bir isyan sırasında D’nin dükkanı polis tarafından kontrol altında tutulmaya çalışılan bir

⁸⁵⁶ **ARTUK-GÖKCEN- YENİDÜNYA:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009, s. 525; **EREM, Faruk:** A.g.e., Ankara 1993, s. 415: Buradaki zorunluluk içinde tehlikeden kurtulmak için herhangi bir suçun değil, zorunlu olan suçun işlenmesi mazur görülebilir. Dolayısı ile failin iradi ve serbest bir seçim imkanı bulunduğu bir durumda suç fiilini seçmemesini ifade eder; **MANTOVANI, Ferrando:** A.g.e, Padova 2009, s. 263, 265: ‘Tüm giysileri çalınan yaşlı ve aynı zamanda ıslak bir vaziyette bulunan kişinin onurunu korumak için bir başka kişinin giysilerini çalması’ durumunda kurtulma fiilinde zorunluluk bulunmaktadır. Ancak geminin kaptanı açısından önce kendisini değil yolcuyla kurtarma zorunluluğu bulunmaktadır.

⁸⁵⁷ **DEMİRBAŞ, Timur:** A.g.e., Ankara 2009, s. 285.

⁸⁵⁸ **DÖNMEZER, Sulhi:** A.g.e, İstanbul 2003, s. 179.

⁸⁵⁹ **ÖNDER, Ayhan:** A.g.e., İstanbul 1992, s. 526.

bölgede olmasına rağmen yağmalanmıştır. D olaydan sonra gelecek muhtemel bir yağmalama olayı için birtakım ses bombaları imal etmiştir. Tehlike kapsamında burada cevaplanması gereken soru, “*korunma fiili kapsamında değerlendirilebilecek bu durumun*” ne zaman ya da ne zamana kadar hukuki olduğudur? Jüri tarafından D’nin kastının yalnızca bir saldırı karşısında polisin kontrolünde olmayan zamanlarda mülkünü korumak olduğunun anlaşılması durumunda bu fiilin hukuki bir argüman olarak (zorunluluk hali kapsamında) kullanımının mümkün olduğu belirtilmiştir.⁸⁶⁰ Tehlikeden korunma fiilinin zorunluluğunu belirleyen argümanlardan biri de “*tehlikenin yakınlığıdır*”. Ancak bu yakınlık kavramı beraberinde cevaplanamamış soruları da barındırmaktadır. Bu sorular tehlikeden korunmada zorunluluk bulunmasının hangi an itibarı ile kabul edilebileceği ile buradaki yakınlığın maddi-fiziksel bir yakınlık mı yoksa psikolojik bir yakınlık mı olduğudur? Örneğin bir kadının daha önce şiddete uğradığı olay yerinde bulunmasından dolayı haklı bir korkusu bulunduğu düşünüldüğünde, aslında bu korkunun da soyut olmayıp geçmişten kaynaklı ve gelecekte de bir ihtimale dayanan bir durum olduğu göz önüne alındığında (bu eski partnerinin onu gelecekte öldürebilme ihtimali ya da bu ihtimalin yakınlığı gibi somut bir olay kaynağına dayanan bir korku olması) bu tip durumlarda kadının fiili, korunma fiili kapsamında görülebilecektir. Ancak; buradaki temel mesele, *bu yakınlık duygusunun ne zaman gerçek bir korku ya da algı olacağıdır?* Daha açık bir ifadeyle; bunun ne zaman ağır ve muhakkak bir tehlike olarak kabul edilebileceğidir? Bunu tespit ederken ölçü, partnerinin en yakın zamanda kadını uykusunda öldürebileceği an mıdır? Burada; tehlikenin yakınlığını tespit edebilmekteki asıl ölçü bizce de bir kadının hayatı için tehlike oluşturabilecek bir durumu (korkuyu) önlemenin mümkün olup olmayacağı

⁸⁶⁰ HAWKINS, Thomas H.: A.g.m., s. 120.

sorusuna verilecek cevaptır.⁸⁶¹ Özellikle, trafik kazalarından doğabilecek durumlarda zorunluluk hali gittikçe artan bir öneme sahip bulunmaktadır. Olası bir tehlike durumunda, hukukun ihmal ya da dikkatsizlik dolayısı ile ihlalinin meşru kabul edilebilmesi için, zorunluluk halinden yararlanacak korunma hareketini gerçekleştirenin tehlikeden korunmak amacıyla gerekli önlemleri alması da gerekmektedir. Aksi halde; içinde bulunduğu zorunluluk bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmeyecektir.⁸⁶² Doktrinde bu durum, zorunluluk halinin etkisiyle işlenmiş fiilin engellenebilirliği ile de ifade edilmektedir.⁸⁶³

Korunma fiili değerlendirilirken, failin tehlikeden kurtulmadaki özel bilgisi de tehlikenin tespitinde göz önünde bulundurulacaktır.⁸⁶⁴ Çünkü korunma fiilinin değerlendirilmesi açısından önemli olan failin tehlike karşısındaki konumudur. Tehlikenin objektif varlığı ile failin bunu değerlendirmesi ve bu değerlendirmenin gerçek bir değerlendirme olması yeterlidir. Örneğin; Bir kişinin atar damarı kesildiğinde bir doktorun bu duruma tepkisi ile normal bir insanın tepkisi farklı olabilir. Kalp krizi durumunda da aynı şey geçerlidir. Failin bu özel değerlendirmesi üçüncü kişinin tehlike karşısındaki konumunda da dikkate alınmalıdır. Zira burada muhatap kurtarma fiilinde bulunan faildir.

⁸⁶¹ **HAWKINS, Thomas H.:** A.g.m., s. 120; Karşı görüş olarak **KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür:** “Ceza Hukukunda Örselenmiş Kadın Sendromu”, **Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2015, S: 1/ 1, s. 577; Her ne kadar karşı tarafın haksız fiilinden doğuyor gibi görünse de burada kriter olarak alınması gereken elbette doğrudan karşı tarafın haksız fiili değildir. Aksi halde bu argüman zaten zorunluluk hali açısından kullanılamaz. Burada kriter olarak alınması gereken fiilin ortaya çıkma tehlikesinin yarattığı psikolojik durumdur. Biz bu durumun ağır tehlike bağlamında yorumlanabileceği kanaatindeyiz. Buradaki esas sıkıntı tehlikenin yakınlığı bağlamındaki ölçüyü tespit edebilmektir.

⁸⁶² **HAWKINS, Thomas H.:** A.g.m., s. 242.

⁸⁶³ **PULITANO, Domenico:** Diritto Penale, Torino 2005, s. 311.

⁸⁶⁴ Benzer yönde bkzn. **KANGAL, Zeynel:** A.g.e., s. 238

B. KORUNMA FİİLİNİN ÖLÇÜLÜ OLMASI

Ölçülülük koşulu da denilebilecek bu koşul, korunma fiilinin tehlike ile ilişkisini ve bu bağlamda aslında makul bir denge düzeyini de ifade etmektedir. 765 Sayılı TCK'da düzenlenmeyen bu koşul, 5237 Sayılı TCK m. 25 f. 2'de ise açıkça düzenlenmiştir. Buna göre; zorunluluk halinin etkisiyle işlenen fiilin, zorunluluk hali içinde değerlendirilmesi tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmasına bağlanmıştır. Bu orantı koşulunun, “korunan hakkın feda edilen haktan üstün ya da en azından her iki hakkın eşitliği kriterini getirdiği belirtilmektedir. Örneğin; korunan hakkın yaşam hakkı ve yine feda edilen hakkın yaşam hakkı olması ya da korunan hakkın yaşam hakkı ve feda edilen hakkın mülkiyet hakkı olması gibi. Bu oranın varlığı soyut olarak hakim tarafından belirlenecektir.”⁸⁶⁵ Aslında tehlike açısından getirilen “oran” kriteri, zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk sebebi olmasının bir yansımasıdır. Bu bize hukuki açıdan değerlendirme yapabilmek için de doğal bir zemin sağlar. Bunun için mamelek, hak, menfaat ya da ölçüt bu açıdan az sayılabilecek bir önem teşkil etmektedir.⁸⁶⁶ *Burada belirtmek istenen aslında haklar arasında bir değer tartımından ziyade korunma fiilinin tehlikenin ağırlığı ve korunma fiilinde kullanılan araç bakımından ölçülülüğüdür.* Madde metninde kullanılan ifadede bu durum “orantı bulunmasına” bağlanmıştır. Oran kavramına bakıldığında; onun fiil

⁸⁶⁵ **ÖZBEK ve Diğerleri:** A.g.e., Ankara 2012, s. 388; Ayrıca failin gereklilik koşulunun bir sonucu olarak failin hükümde konu ve kullanılan vasıttan söz edildiği için başkasına ait hukuki değerlere en az zararı verecek davranış ve aracı seçme zorunluluğu bulunmaktadır; **ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA:** A.g.e., Ankara 2013, s. 466; **KOCA-ÜZÜLMEZ:** A.g.e., Ankara 2014, s. 328; Doktrinde bu ifade ile anlaşılması gerekenin değerler mukayese edildiğinde korunan değer feda edilen değerden üstün değilse veya en azından birbirine eşit değil ise zorunluluk halinden söz edilemeyeceği belirtilmektedir. Buna karşılık kişi eşit olan değerden birini ya da daha üstün bir değeri korumak için hareket etmiş ise iradesinin etkilenmiş olduğunu mormatif olarak kabul etmek gerekir. Böyle bir oranın bulunup bulunmadığını ise hakim ortak hayat tecrübelerine ve somut olayın özelliklerine göre takdir edecektir.

⁸⁶⁶ **VIGANO’, Francesco:** A.g.e., s. 596.

tarafından tolere edilebilecek dışsal sınırlarının olmadığı görülecektir. Örneğin; ekonomik bir tehlikenin rolü düşünüldüğünde “ekonomik olarak ağırlık” durumu daha çok kanıta dayalı bir kriterdir. Dolayısıyla fiil ve bunun değerlendirilmesindeki tepki de tehlikenin niteliği, yoğunluğu ve yakınlığıyla uyum içindedir.⁸⁶⁷ Burada anlatılmaya çalışılan daha objektif değerlendirmelerin yapılabilirdiği durumlar açısından bu ve benzeri orantı karşılaştırmalarını yapmanın mümkün olmasıdır. Ancak bu haklar arasında matematiksel bir karşılaştırma yapıp yapılamayacağı sorusunu da haklı olarak düşündürmektedir. Alman Ceza Kanunu m. 34 f. 2; *“tehlikenin savuşturulması için fiilin ölçülü bir araç olması”* koşulunu da beraberinde getirmektedir. Bununla birlikte ölçülülük koşulunun yalnızca dar bir uygulama alanına sahip olduğu da ifade edilmektedir. Çünkü; çoğunlukla ölçüsüz tepkiler önceden değerlerin ve menfaatlerin tartımı alanı dışına çıkmaktadırlar.⁸⁶⁸ Alman Ceza Kanunu’nda yer alan zorunluluk hali yapılandırması içinde haklar arasındaki matematiksel karşılaştırmanın doğurabileceği sakıncaları dengelemek adına birtakım kriterler ve bakış açıları getirilmeye çalışılmıştır. Aksi halde salt haklar açısından bakıldığında acil ve önemli bir ameliyat için yapılan her banka soygununun hukuka uygun bulunabilme riski ile karşı karşıya kalınabilecektir. Ağır tehlike altında olan bir hakkın korunmaya muhtaç olup olmadığına karar veren

⁸⁶⁷ **VIGANO’, Francesco** A.g.e., s. 597; Örnekler için bkznz. **ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2013, s. 405: Bu yönde verilen bazı suç mağdurlarının maruz kaldığı suça ilişkin suç delillerini yok edebilmesinin zorunluluk hali bağlamında değerlendirilebileceği ifade edilmiştir. Örneğin cinsel suç mağduriyeti bulunan kişinin kirlenmişlik duygusunun da etkisiyle suç delillerini yok etmesi her ne kadar bizce zorunluluk hali değilse de bu kapsamda değerlendirilebilir. Yine bu yönde genç bir kadın aralarında henüz evlilik birliği oluşmadan cinsel birliktelik yaşadığı kişi hakkında cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlamasıyla sahte suç duyurusunda bulunabilir. Ancak biz bu durumu yukarıdaki durumdan ayırarak kişinin mevcut fiili bir durumun ruhunda yarattığı travmanın ağırlığının tehlike kapsamında değerlendirilebileceğini ancak salt çevre baskısıyla iftira ya da yalan tanıklıkta bulunulmuş ve ortada tehlike kapsamında değerlendirilebilecek bir fiil yoksa zorunluluk halinin koşullarının oluşmadığını düşünmekteyiz. Aksi durum mağduriyetlerin artışına yol açacaktır.

⁸⁶⁸ **HEINRICH, Bernd:** A.g.e., Ankara 2014, s. 286: Bununla birlikte ölçülülük koşulu Alman Ceza Kanunu’ndaki uygunluk koşulu ile de karşılaştırılarak zorunluluk halinin toplumsal etik sınırlarına bakılabileceği ifade edilmektedir.

kriterlerden özellikle Alman Ceza Kanunu'na konu olmuş “korunan hak-feda edilen hak kriteri” matematiksel bir kriterdir. “Zira iki yaşam hakkının aynı olayda karşılaştırıldığı durumda birinin diğerine üstünlüğünün söz konusu olmadığı, nitelik ve nicelik olarak değerler karşılaştırmasına konu olmadığı ifade edilmektedir.”⁸⁶⁹ Bu durum kuramsal olarak geçerli olsa da pratikte aslında böyle değildir. Çok sık verilen deniz kazazedesi ya da dağcı örnekleri üzerinden gidilecek olursa karşılaşılan iki yaşam hakkından hayatta kalma kabiliyeti taşıyan hak bize göre diğerinden önceliklidir.⁸⁷⁰ Deniz kazazedelerinden sağlıklı olan kazazede zayıf olanın zorunluluk hali dolayısı ile hayatına son vermektedir. Dağcı örneğinde de ipi kesmesi mantıki illiyet sınırlarında olan dağcı pek tabii ipin yukarısında bulunan dağcıdır. Dolayısı ile hayatta kalma kabiliyeti açısından diğerinden önceliklidir. Ancak; hayatta kalma kabiliyetlerinin taraflar açısından denk olduğu olaylar bakımından olayın kanımızca hukuka uygunluk sebeplerinin sınırları içinde kalıp kalmadığının da belirlenmesi gerekmektedir.

Korunma fiilinin ölçülülüğünü tespit ederken “tehlikenin ağırlığı” ile “konu” ve “kullanılan vasıta” kavramlarını birbirinden ayrı değerlendirmek gerekmektedir. İtalyan Yargıtayı bu konuda tehlikenin ağırlığı konusundaki değerlendirmede kişinin bireysel ve içsel olarak bağlı bulunduğu ahlaki durumla ilgili görünümünün de ağır tehlikenin içinde düşünülmesi gerektiğini belirtmektedir.⁸⁷¹ Bu bir nevi kişinin tehlikenin ağırlığını nitelemesine yarayan bakış açıları ve inanç sistemi ve psikolojik durumlarının da göz önünde bulundurulması demektir. Örneğin kişinin mensup olduğu din ya da doktrin kalıplarının tehlikenin özellikle manevi bütünlüğe yöneldiği

⁸⁶⁹ DEMİRBAŞ, Timur: A.g.e., Ankara 2009, s. 286.

⁸⁷⁰ Bu durum “eşit olmayan şans dağılımı” ve “tehlike toplumu” ile de ifade edilmektedir. Yine bu konuda yaşam hukuksal değerinin mutlak biçimde korunduğu kalite, sayı veya yaş bakımından bir tartımın söz konusu olmadığı da ifade edilmektedir: HEINRICH, Bernd: A.g.e., s. 283.

⁸⁷¹ PADOVANI, Tullio: A.g.e., Milano 2008, s. 172.

durumlardaki değerlendirilmesi tamamen zihinsel deneyiminin de bir ürünü olacağından bu konudaki İtalyan Yargıtayı'nın görüşünü yerinde bulduğumuzu ifade etmek isteriz. Alman Ceza Kanunu m. 34'de ise m. 32'ye ilişkin olarak sık sık hukuka uygunluk nedeninin ortadan kalkmasını sonuçlayan bir “gereklilik araştırması”nın yapılması gerekmektedir. Bu gereklilik aslında kanunda tehlikenin başka türlü bertaraf edilemez oluşuna atfen “seçme olanağı bulunan”ın en hafif aracı seçmek zorunda olma gerekliliğidir. Alman Ceza Kanunu'nda gereklilik değerlendirilmesi aynı zamanda m. 34'de belirtilen menfaatler tartımına göre yapılmaktadır. Hareketin gerekliliği değerlendirmesi yapıp ancak gerekli olduğu sonucuna ulaşıldıktan sonra, menfaatlerin tartımına geçilecektir. Yine birbirinden farklı araçların seçimi söz konusu ise, zorunluluk halinde işlenen fiil için en hafif araç seçilmek zorundadır.⁸⁷² Özellikle eş şiddeti vakalarında somut olay bazında şiddetin düzenli artış eğilimi gösterdiği bir durumda, tehlikenin önceki yaşanmışlıklardan elde edilebilen somut verileri bulunmaktadır. Böylelikle gelecekte ortaya çıkması kuvvetli bir ihtimal dahilinde görülebilmektedir. Ancak şiddet içeren davranışın ortaya çıkma tehlikesinin bulunduğu ve kadın açısından henüz vücut dokunulmazlığının ihlal edilmediği aşamada oran durumunu tam olarak değerlendirebilmek mümkün değildir. Çünkü “soyut bir durum” söz konusudur. Bu konuda ‘Alman Ceza Kanunu’nda hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali söz konusu olduğunda menfaatlerin tartımı kriterinin ortadan kalkacağı ifade edilmektedir. Bu görüşe göre; bir eşin vücut dokunulmazlığı diğer eşin yaşamından ağır basmaktadır.⁸⁷³ Böylelikle; menfaatlerin matematiksel tartımının anlamlı

⁸⁷² HEINRICH, Bernd: A.g.e., Ankara 2014, s. 278, 279: Bir köpek saldırısına uğrayan Anton'un bundan bir şemsiye yardımıyla kurtulması mümkündür. Başkasına ait şemsiye ile tehlikeyi savuşturan Anton zorunluluk hali içerisinde hareket etmiştir.

⁸⁷³ HEINRICH, Bernd: A.g.e., s. 280.

olmadığını belirtebiliriz. Menfaatlerin tartımı ilgili hukuksal değer açısından soyut olarak gerçekleşmekte, nihai aşamada ise yine somut bir değerlendirme gerektirmektedir. Alman Ceza Hukuku’nda kullanılan bu ilkenin zorunluluk hali açısından işlevselliği tartışılmalıdır.

TCK m. 25 f. 2 açısından “konu” ifadesinin taşıdığı anlam belirsizdir. Burada “tehlikeye maruz kalan hukuki değer” karşısında zorunlu kılınmış fiilin ihlal ettiği yani “üçüncü kişinin hukuki değeri” kastedilmektedir.⁸⁷⁴ Kanun yalnızca çatışan değerler arasındaki orana bakmamış aynı zamanda konu yanında kullanılan aracın da orantılı olmasını istemiş ve bu durumu da “ve” bağlacı ile bağlayarak ifade etmiştir. Burada iki değer olarak kast edilen konu ve aracın birlikteliğidir.⁸⁷⁵ Korunma fiilinin hem konusu, hem de korunmada kullanılan vasıta tehlikenin ağırlığı ile orantılı olacaktır. Orantı kavramı ise yine bir başka tartışmaya yol açabilecek niteliktedir.⁸⁷⁶ Madde üzerinde 30.06.2004 tarihinde yapılan Adalet Komisyonu görüşme raporlarında “orantı” kavramı üzerinde meşru savunma açısından durularak orantılı fiilin saldırıyı etkisiz kılacak derecede olduğundan bahsedilmiştir. TCK m. 25 f. 2’deki ifade, “tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiiller” şeklindedir. Ancak; Adalet Komisyonu’ndaki görüşme tutanaklarında, “zorunluluk hali açısından” bir tartışma açılmadığı ve değerlendirmenin meşru savunma bakımından yapıldığı göze çarpmaktadır.⁸⁷⁷ Madde’de “zorunluluk hali” Türkçe olarak da oldukça kötü tanımlanmıştır. Tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunması ibaresi

⁸⁷⁴ Bknz. benzer yönde **HAFIZOĞULLARI, Zeki**: A.g.e., Ankara 2008, s. 246.

⁸⁷⁵ **HAFIZOĞULLARI, Zeki**: A.g.e., s. 246.

⁸⁷⁶ **ALAGÖZ, Mehmet: Makaleler, Görüşler, Raporlar İkinci Kitap**, Ankara 2004, s. 249: Orantı koşulu hayatın gerçekleri ile bazen ters düşebilir. Bu kelimenin yerine daha esnek bir kelimenin konulmasının yerinde olacağı bu esnekliğin de hakime olay hakkında daha geniş değerlendirme ve takdir yetkisi vereceği belirtilmektedir.

⁸⁷⁷ **Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu**: Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara 2005.

dilbilgisi açısından anlamsızdır. Bunun dışında tehlike ile konu veya kullanılan vasıta arasındaki “orantı”nın da nasıl kurulacağı konusunda bir belirleme de bulunmadığından bir belirsizlik taşımaktadır.⁸⁷⁸ TCK m. 25 f. 2’de zorunluluk hali açısından tehlikenin ağırlığı, konusu ve kullanılan araç arasında orantı aranmasına karşılık, tehlike ve korunma eylemi arasında bir orantı aranmadığı gibi, tehlike içinde bulunan hukuksal değer ile korunma hareketi yapılırken ihlal edilen hukuksal değerler arasındaki orantıya değinilmemiştir.⁸⁷⁹ Bu “orantı” ifadesinden, tehlikenin kişiye vermesi muhakkak olan zarar ile üçüncü kişiye verdiği zararın orantılı olmasının aranmak istendiği de ifade edilmektedir.⁸⁸⁰ Yine, madde metninde ifade edilen bu orantı aslında bir oran mıdır ya da matematiksel anlamda teknik bir orantı mı esas alınıp bu matematiksel ayrım dahilinde mi hareket edilecektir bu da belirsizdir. *Eğer orantı kelimesinden oranın anlaşılması gerekiyor ise bunun madde metninde düzenlenmesi yerinde olacaktır.*

TCK m. 25’in gerekçesinde, madde metnindeki gibi tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan araç arasında orantılılık aranırken, fiiller arasındaki orantılılık ile hukuksal değerler arasındaki orantılılık unutulmuştur. Yine, kanuni sonuçların doğması açısından bu orantının nasıl olacağının kanun metninde belirtilmemesi önemli bir hata ve eksikliktir. Çünkü tehlikenin ilişkin olduğu hak ihlali olasılığının, bu hal içindeyken yapılarak ihlal edilen haktan daha önemli/ ağır olması gerektiği açıkça vurgulanmalıydı. Yalnızca tehlikenin ağır ve muhakkak olmasına ilişkin işaret edilmesi yeterli değildir. Bu durumda basit tehlike durumunda zorunluluk hali kurumu işletilemez. Oysa, hukuksal değerler çatışmasının bir türü olan bu halde ihlal

⁸⁷⁸ **TOROSLU-ERSOY:** “Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı”, Makaleler, Görüşler, Raporlar, **Türkiye Barolar Birliği İkinci Kitap**, Ankara 2004, s. 11

⁸⁷⁹ **ÜNVER, Yener:** “YTCK’da Kusurluluk”, **İzmir Birinci Ceza Hukuku Günleri, 15-16 Nisan 2006**, “s.63.

⁸⁸⁰ **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** A.g.e., s. 245.

edilenle ihlal tamamen veya kısmen kurtarılan veya kurtarılmak istenen lehine önem değeri karşılaştırması içeren bir orantı aranmalıydı.” Bu noktada Ünver; gerekçede bu kurumun tehlike nedeniyle hareket eden herkes hakkında uygulanacağına ilişkin genel ifadelerin yerinde olmadığı kanısındadır.”⁸⁸¹ Madde gerekçesi aynı zamanda özel hukuktaki kusursuz sorumluluk ve fedakarlığın denkleştirilmesi kurumlarını göz ardı ederek kaleme alınmıştır.

İCK m. 54. f. 1 tehlike ile fiil arasındaki ilişkiyi oldukça açık bir şekilde kurmuştur. Kişinin kendisinin bilerek neden olmadığı başka şekilde de kurtulamadığı, kişiye karşı ağır bir zarar verecek ve halen mevcut bir tehlikeden kendisini ya da başkalarını kurtarmak zorunluluğu nedeni ile fiil işlemesi durumunda fiili işleyen kişinin cezalandırılmasını ancak *fiilin tehlike ile orantılı olmaması* şartına bağlamıştır. Orandan anlaşılması gereken; tehlike ile zorunlu kılınmış fiil arasında bulunması gereken denge⁸⁸² ve bunun sonucunda ortaya çıkan değerdir. Bu bir ölçüyü ifade etmektedir. Örneğin failin onurunun zedelenme tehlikesine karşı bir kişinin hayatına son vermesi⁸⁸³ durumunda ayrıca kişinin yasal olarak başvurabileceği yollar da bulunduğu için bu oran şartı sağlanmamıştır. Bu sebeple zorunluluk hali kapsamında değerlendirilemez.

Fiilin orantılı olup olmadığını tespit için kullanılacak bir kriter de *failin tam bir seçim özgürlüğüne sahip olup olmadığıdır*. Fail esasen insan tabiatı gereği kendisini yüzüstü bırakan bir seçim yapamaz.⁸⁸⁴ Bunun içine kanımızca failin fiili işlerken psikolojik anlamda seçim özgürlüğüne sahip olup olmadığı da dikkate alınmalıdır. Bir diğer kriter de haklar ve menfaatler arasındaki değerlendirmedir.

⁸⁸¹ ÜNVER, Yener: “YTCK’da ...”, A.g.m., s. 64.

⁸⁸² GAROFOLI, Roberto: A.g.e., s. 735.

⁸⁸³ Örnek Garofoli’den esinlenilmiştir, bkz. s. 735.

⁸⁸⁴ CADOPPI-VENEZIANI: *Elementi Di Diritto Penale Parte Generale*, Padova 2010, s. 240-241.

Buraya inandırıcılık derecesi de değerlendirmeye alınmalıdır.⁸⁸⁵ Bu konudaki bir diğer yaklaşım ise oranın yalnızca hukuki koruma altında olan haklar bakımından gözetilmesi gerektiğini savunmaktadır.⁸⁸⁶ Örneğin; azılı bir sapığın cezaevinden kaçtığını düşünelim, yer yer gazetelerde haberleri ve fotoğrafları basılmış olsun. Yalnız başına olan ve geceleyin bir parktan tek başına geçmekte olan genç kız A kendisine doğru koşarak gelen sapığı herhangi bir saldırı olmaksızın ama gerçekleşebilecek, büyük ve ağır bir tehlike içeren hareket dolayısı ile öldürmüş olsun. Buradaki korunan menfaat olarak kişinin cinsel onuru, kızın yaşı ve durumu ile tehlikenin derecesi hareketin meşruiyetini tespitte değerlendirilebilecektir.

Zorunluluk hali olarak belirtilen kişinin kendisi için söz konusu olan *ağır tehlike ya da üçüncü kişiler üzerindeki ağır tehlike* İCK m. 46'da maddi cebir tanımlaması kapsamında verilmiştir. Bunu şu şekilde ayırmak mümkündür: Kaçınılmaz bir kuvveti somut olayda bertaraf etmek ahlaki ve görelî bir seçim özgürlüğüdür ki bu özgürlük soyut olarak bir olabilirlik (mümkünlik) somut olarak ise bir zorunluluktur (zorunluluk hali). Manevi cebir tanımlaması ise İCK. m. 54 f. 3'de verilmiştir.⁸⁸⁷ Tehlikenin ağırlığından maksat, tehlikenin tehdit ettiği hakkın hukuk düzeninde sahip olduğu önemdir.⁸⁸⁸ Buna örnek olarak bahçesini meyve yemek isteyen çocuklardan ya da bahçesine girecek kedilerden korumak isteyen bir kimsenin bahçesinin etrafına elektrikli tel çekerek etrafına hendekler kazması gösterilebilir. Hendeğe bir çocuğun düşmesi ya da elektrikli tellere dokunarak elektriğe kapılması olayında tehlikenin tehdit ettiği hak ile korunma fiili arasında ölçü olmadığı görülecektir. Korunmak istenen hak veya değer, zarar verilen hak veya

⁸⁸⁵ CADOPPI-VENEZIANI: A.g.e., s. 241.

⁸⁸⁶ FIANDACA-MUSCO'dan Aktaran, CADOPPI-VENEZIANI: A.g.e., s. 241.

⁸⁸⁷ RAMACCI, Fabrizio: A.g.e., Torino 2007, s. 333.

⁸⁸⁸ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.e., s. 245.

değere eşit ya da daha üstün ise koruma hareketi ile tehlike arasında oran bulunduğundan söz edilebilir. Feda edilen değer, korunmak istenen değerden daha üstün olması durumunda zorunluluk halinin olayda bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. Örneğin; yokuştan inmekte olan kamyonun freninin patlaması sonucu kişinin araca zarar vermemek için bir insana çarpıp ölümüne yol açması durumunda zorunluluk hali bulunmazken; aynı kişinin kamyonu bir insanı ezmek için bir başka araca yöneltip durdurması sonucu araca zarar vermesi durumunda zorunluluk halinin varlığı kabul edilir. Korunmak istenen hak veya değer ile tehdit edilen hak veya değer arasındaki denge değerlendirmesi ise hakim tarafından objektif ölçüler gözetilerek yapılmalıdır.⁸⁸⁹ Konuya yaklaşılrken korunan hukuksal değer hukuksal anlamı içinde yaklaşmak daha doğru olacaktır. Hukuk sistemi ceza hukuku normlar sistemi aracılığıyla yalnızca somut hukuksal değer objelerini değil, ayrıca hukuksal değerlerin güvenlik alanını da korumakta ve böylece hukuksal değer sahibine müdahale ve yararlanma olanağı sunduğu⁸⁹⁰ ifade edilmektedir. Ancak bu durum korunan veya ihlal edilen değer ile üçüncü kişi açısından sınırların çizilmesinde kullanılabilir. Ancak zorunluluk hali içindeki fail açısından böyle bir değerlendirilmenin yapılabilmesi bizce mümkün değildir. Fail anlık bir tepkimeyle hareket etmekte ve bu değer belirlemesini zihnen yapmamaktadır aslında. TCK bakımından normun düzenlenmesi bağlamında elimizde buna ilişkin bir kriter olmasa da böyle bir kriterin bulunması gerektiğini, tehlikenin ağırlığı ile konusu ve bunun için kullanılan vasıta arasında orantı bulunmasından da çıkarabilmek mümkündür. İfadenin ise yeniden düzenlenerek ölçülülük şeklinde değiştirilmesi yerinde olacaktır.

⁸⁸⁹ **MERAN, Necati:** A.g.m., “...Zorunluluk Hali”, s. 128, 129.

⁸⁹⁰ **ÜNVER, Yener:** A.g.e., Ankara 2003, s. 964.

C. KORUNMA FİİLİNİN SINIRI

765 Sayılı TCK'da zorunluluk haline konu olan hak yalnızca bireyin vücut bütünlüğü olarak ifade edilmiş iken, 5237 Sayılı TCK m. 25 f. 2 ile bireye ait tüm haklar zorunluluk halinin kapsamına alınmıştır. Bu nedenle zorunluluk halinin etkisiyle işlenen *tehlikeden korunma fiilinin hukuka uygunluğunun kapsamı değerlendirilirken temel kriter, hukukumuzdaki düzenlemeden de çıkarılacağı üzere hakkın niteliği değil, tehlike karşısında gösterilen fiilin ağırlığıdır*. Bu bakımdan tehlikenin ağırlığı ile fiil ve kullanılan araç arasında orantı bulunmasından kasıt aslında korunma veya kurtulma hareketi olan fiilde bir denge bulunmasıdır.⁸⁹¹ Asıl mesele tehlikeden korunma hareketi ile tehlikenin seviyesi arasında böyle bir dengenin kurulup kurulmadığıdır. Zira, kanun söz konusu tehlikeyi nitelerken ağırlığın yanında şartlar da aramaktadır. Çünkü; zorunluluk halinin hukuka uygunluğunu sağlayan sebeplerden biri insanların tabii olarak sahip oldukları kendilerini koruma içgüdüğü karşısında, tehlikeye karşı kişinin kendini korumasından vazgeçmesinin istenemeyecek olması fikrinin, belirli sınırlar içinde meşru olmasıdır. Ancak bu hukuka uygunluğun sınırını belirlemek için hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenin sınırlarının belirlenmesi, bunun için de tehlike ile bu tehlikeyi uzaklaştırmak için icra edilen korunma fiilinin orantılı olması gerekmektedir. Bu bağlamda, fiilin sınırlarının tespiti bakımından hakların çatışması teorisine, kanunda açıklıkla ifade edilmese dahi belirleme yapabilmek bakımından

⁸⁹¹ Örneğin fail bir trafik kazası sırasında aracının maddi hasara uğramaması için yolun sağına girip kaldırıma çıkarak yayalara çarptığında ve yayalardan biri hayatını kaybettiğinde zorunluluk hali iddiasında bulunamayacaktır: **ŞEN, Ersan: Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt 1**, Ankara 2006, s. 70. Bununla birlikte bir kimsenin özel resimlerini çekerek açıklamakla tehdit eden kimseden şeref ve haysiyete yönelik tehlike nedeni ile resimlerin bu kişiden çalınması durumunda zorunluluk hali bulunmaktadır: **MERAN, Necati: A.g.m.**, s. 126.

yer verilmiştir.⁸⁹² Denge araştırılırken de ister istemez ölçüyü tespit edebilmek adına hukuksal değer değerlendirilmesine gitmek gerekecektir. Korunma fiili ile tehlike arasındaki ağırlık, tehlikeye maruz kalan kişinin kaçınılmaz olarak kişisel bir belirlemesini içerir. Kişisel belirlemede o anki duygu durumun etkileri vardır. Bununla birlikte, yargıcın failin yerine kendini koyarak girişeceği belirleme de her durumda “tali” bir belirleme olacaktır. Ancak; yargıç tarafından böyle bir değerlendirmenin, failin yol açtığı sosyal zararın oldukça ağır olması durumunda yapılabileceği ifade edilmektedir.⁸⁹³ *Esasen kanımızca tehlikenin ağırlığı değerlendirmesi için sübjektif bir nitelikten tamamen özerk bir belirleme yaratmak mümkün değildir.* Doktrinde ifade bulan bir fikre göre; ceza hukuku anlamında yasaklanan her insan davranışı aslında o davranışla ihlal edilen hukuksal değer tehlikeye sokulması ile ilintilidir. Bu açıdan, maddede ifade edilen orantılılık kavramı da *soyut bir orantılılık olmayı, bundan kast edilenin tehlikeden korunma fiili ile değerler arasındaki orantılılık olduğu ifade edilmektedir.* Bu orantı gözetilmediği takdirde, sınır aşılabacaktır. Kişi, olayın heyecanı ve duyarlılığı içinde *ölçülülük sınırını* istemediği, halde aşabilir. Bu orantı korunmasa ve sınır kasten aşılsa dahi, kişinin davranışlarını bir makine gibi ayarlaması ve orantılı bir tepki vermesi beklenemez. Zira; failin içinde bulunulan durum dolayısı ile davranışlarını sağlıklı ve kusursuz bir biçimde yönlendirme ve denetleme yeteneği son derece azalmıştır. Yine bu durum dolayısı ile sınırın aşılması durumunda, kusurun bulunmadığını savunan yazarlar bulunmaktadır.⁸⁹⁴ Öncelikle burada tehlike altında bulunan hukuksal değer hukuken korunmasının gerekip gerekmediği meselesini açıklığa kavuşturmak gerekmektedir. Hukuka uygunluk nedenleri açısından bakıldığında birçok ülke ceza

⁸⁹² TOROSLU, Nevzat: A.g.e., Ankara 1968, s. 47.

⁸⁹³ VIGANO', Francesco: A.g.e., s. 596.

⁸⁹⁴ MALKOÇ, İsmail: A.g.e., s. 189.

hukuku uygulamasından da hareketle bu değerlerin mutlaka “ceza hukukunca korunan bir değer” olmasının gerekmediği ifade edilmektedir. Yine tehdit edilen hukuksal değer bireye ait bağımsız bir değer olabileceği gibi bir kişi topluluğuna ya da devlete ait bir değer de olabilecektir. Ancak bu değer somut bir değer olmalı ya da soyut değer somut düzlemde gerçekleşebilmelidir. Örneğin; trafik kurallarına uymamanın meşru savunma anlamında “saldırı” sayılabilmesi için, bu uymamanın insanları ve eşyayı tehlikeye sokması gerekmektedir.⁸⁹⁵ *Madde metni bu değerlendirmelerin tamamını, açıklığa kavuşturan bir belirleme içermektedir: “Hak”. Bu bağlamda, kanımızca hukukun hangi alanı tarafından korunduğundan çok, hukuken korunup korunmadığı önem taşımaktadır. Özellikle tehlike içinde bulunan hak ile korunma hareketi gerçekleştirilirken ihlal edilen hak arasındaki orantılılık belirlenirken temel problem dengenin nasıl ve kime göre saptanacağıdır. Kanunumuzda bu yönde bir kısıt olmadığından, değerler dengesi yönünden yapılacak bir değerlendirme ya da tartmanın kanunilik ilkesi açısından sıkıntı yaratacağı kanısındayız. Kuşkusuz değerlendirme, hakim tarafından ve objektif kıstaslara göre yapılacaktır. “Ancak; hakim bu değerlendirmeyi yaparken, korunan yararın o kişi bakımından gösterdiği önemi göz önüne alacak, yine; tehlikede bulunan kişinin korumak istediği yarar ile üçüncü kişiye verdiği zarar arasında bir orantı halini gözetecektir.”⁸⁹⁶ Burada bir hukuksal değer kurtarılması için başka bir*

⁸⁹⁵ ÜNVER, Yener: A.g.e., Ankara 2003, s. 989.

⁸⁹⁶ ÖNDER, Ayhan: A.g.e., s. 255; Yargıtay 15. CD. 12.09.2012 tarih 2011/ 15579 E. ve 2012/ 41142 K sayılı kararında; “sanığın kasık fıtığı rahatsızlığı olup, ameliyat olması gereken ve herhangi bir sosyal güvencesi olmayan oğlu M.'yi, akrabası olan A.'nın yeşil kartını alarak, A.'ya ait sağlık karnesi ile hastaneye başvuruda bulunup ameliyat ettirmiş, kamu kurumu olan Iğdır Devlet Hastanesi'ni zarara uğrattığı iddia olunarak hakkında dava açılmıştır. Sanık savunmasında 9 aylık çocuğu M.'nin hastalandığını ve **acil olarak** hastaneye götürdüğünü ameliyat olması gerektiğinin söylenmesi üzerine zorunlu olarak akrabaları A.'nın yeşil kartını aldığını, maddi durumlarının iyi olmadığını bildirmiştir; gerçeğin kuşkuya yer vermeyecek şekilde ortaya çıkartılması için hakim, hastalığa ilişkin muayene ve tedavi evrakı gösterilmek suretiyle ameliyatı yapan doktorun dinlenerek ameliyatın acil nitelikte olup olmadığını belirlemesi, sanığın suç tarihi itibarıyla ekonomik ve sosyal

hukuksal değerin ihlali gerekmektedir. Başka birinin hukuksal değerin ihlali dolayısı ile bir başka hukuksal değerin kurtarılması olanağının doğabilmesi için kaçınılmaz bir durumun olması gerektiği ifade edilmektedir.⁸⁹⁷ Bu durumda elbette maddedeki “değerin ihlal edildiği an” fail açısından değerlendirilecektir.⁸⁹⁸ Ancak bu konuda kurtarılan hukuksal değerin ihlal edilen hukuksal değere göre daha değerli olması gerektiği yönündeki görüşe katılmadığımızı; değerlendirmenin kurtarılan ve feda edilen hak bağlamında değil kurtarma fiilinin tehlike karşısındaki somut değerlendirmesiyle ulaşılmasının daha uygun olduğunu ifade etmek isteriz. Nitekim örnek olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin bu konudaki değerlendirmesini somut olay kriterlerine göre yaptığı bir kararını verebiliriz. Mahkemenin dokuz karşı on oyla verdiği kararında İngiltere şüpheli üç IRA teröristinin yaşam haklarının ihlal edilmesinden dolayı tazminata mahkum edilmiştir. Burada değerlendirmede mahkeme öldürücü güce başvurmayı büyük ölçüde en aza indirmek ölçüsü ile birlikte, *şüphelilere saygı gösterilmesi gereken ölçünün* de aşıldığına hükmetmiştir.⁸⁹⁹ Doktrinde, maddedeki ifadede yalnızca orantıdan söz edilmiş olduğu ifade edilerek bunun korunma fiilinin tehlikeye uygunluğunu ifade ettiği, korunan yarar ile zarar verilen hukuki yarar arasında bir sınırlama getirilmediği ve bunun iki eşdeğer hukuki yararın çatışması halini de kapsadığı ifade edilmektedir.⁹⁰⁰

Korunma fiili ile tehlike arasında bulunması gereken orantının aslında tehlikenin konusu ve ağırlığı arasındaki orandır.⁹⁰¹ Oran konusundaki temel fikrin

durumunun araştırılarak yeşil kart alma şartlarını taşıyıp taşımadığının tespit edilmesi” ve bunların sonucunda hakim olayı somut olaydaki çocuğu acilen ameliyat edilecek baba bakımından değerlendirmesi gerekmektedir.

⁸⁹⁷ ÜNER, Yener: A.g.e., s. 993.

⁸⁹⁸ ÜNER, Yener: A.g.e., s. 994.

⁸⁹⁹ HAWKINS, Thomas H.: A.g.m., s. 124.

⁹⁰⁰ ÖZBEK-DOĞAN: A.g.m., s. 217.

⁹⁰¹ Üçüncü kişi bakımından kendini koruma içgüdüğü teorisini uygulamanın olanağı olmadığına göre ister istemez hakların çatışması teorisi kullanılacaktır.

meşru savunmadaki yaklaşımdan kaynaklandığı ve hukuka uygunluk nedenlerinde söz konusu olabilen bu yaklaşımın Alman Ceza Kanunu'nda zorunluluk hali için korunduğu ifade edilmektedir. Somut olayda tehlikeden başka türlü kurtulma imkanının var olup olmadığını (Kurtarılabirlik-kurtulma umudu) failin o anda içinde bulunduğu ruh halini de dikkate alarak hakim değerlendirecektir.⁹⁰² Aynı zamanda kurtarılan hak ya da menfaat ile kullanılan kurtarma aracının da ölçülü olması gerekmektedir. Aracın seçimi özenli olmalı ve araç mağduru en az zarara uğratacak nitelikte olmalıdır.⁹⁰³ Zorunluluk halinin hukuki niteliğinden ve esasından çıkan bu koşulun değerler arasında bir karşılaştırma yapılmasını gerektirdiği belirtilmektedir. Buna göre; trafikte yasak olan bir yerde bir yayayı çiğnememek için sollama yapan şoförün hareketinde sosyal yarar lehine bir orantı olduğu örneği verilmektedir.⁹⁰⁴ Verilen örnek açısından bu yaklaşım makul görünmekle birlikte olaya salt yarar karşılaştırması açısından baktığımızda ortaya akıl almaz sonuçların da çıkabileceği aşıkardır. Yine bu bakış açısı altında korunan ve ihlal edilen yararların eşitliği halinde ne olacağı da başka bir tartışma konusudur. Bu tartışma da herhangi bir yararın lehine sonuçlanmamıştır.⁹⁰⁵ Doktrinde feda edilen değerlerin korunmak istenen değerden üstün olması durumunda zorunluluk halinin kabul edilmeyeceği belirtilmektedir. Bu yönde verilen örnekte antika arabasını yanmaktan kurtarmak için failin aracını kalabalığın içine sürmesi verilmekte ve zorunluluk halinin kabul edilmeyeceği ifade edilmektedir.⁹⁰⁶ *Ancak burada kriter alınacak şey değerler karşılaştırmasından çok korunma fiilinin ölçülü olup olmadığıdır. Failin saiki ile kastı karıştırılmamalıdır. Zira örneğe içinde bulunduğu aracın yanmasını*

⁹⁰² KOCA-ÜZÜLMEZ: A.g.e., Ankara 2008, s. 270.

⁹⁰³ DEMİRBAŞ, Timur: A.g.e., Ankara 2009, s. 286.

⁹⁰⁴ DÖNMEZER, Sulhi: A.g.e., s. 180.

⁹⁰⁵ DÖNMEZER, Sulhi: A.g.e., s. 180.

⁹⁰⁶ DEMİRBAŞ, Timur: A.g.e., s. 286.

durdurmak için yanmakta iken kalabalığın üzerine sürülmesi olarak bakmak mümkündür. Hiç kimse insan hayatına hatta kendi hayatına antika bir arabayı tercih etmez. Burada yararlar arasındaki değerler dengesinin saptanmasında hangi ölçütün kullanılacağı temel bir sorundur. Bu yöndeki bir görüşe göre; değerler arasındaki karşılaştırmada hakimnin bu oranı saptarken kendini tehlikede bulunanın yerine koyması ve onun bakışı ile olayı incelemesi gerektiği belirtilmektedir.⁹⁰⁷ Bu durumun içinde değerlendirilebilecek bir diğer konu izin verilen risk kavramıdır. Toplumsal yaşam içinde yer alan önceden öngörülebilir nitelikteki tehlike içinde belli bir risk barındırır (barındırılan riskler). Ancak fiilin toplumsal uygunluğu kuramı suç ve cezada kanunilik ve fiil ceza hukuku yerine fail ceza hukuku anlayışını getiren belli riskler barındırmaktadır.⁹⁰⁸ Birtakım hareketler risk göstergeleri dahi hukuka aykırı değildir. Örneğin; üç avcının timsah avlamak için bir nehrin kenarında kamp yaparken avlanma sırasında içlerinden birinin timsahın saldırısına uğradığı olayda, böyle bir tehlike karşısında diğer avcılarının ateşli silahla yanıt vermeleri hem kaçınılmaz hem de tehlikeden kurtulma fiili ile tehlikenin konusu arasında orantılı olacaktır. Bu şart aynı zamanda tehlikeden korunma fiili ile kullanılan vasıta arasında orantı bulunmasını da ifade eder. Haklar arasındaki dengenin amaç bakımından aşılması da mümkündür. Ancak; bu durumda dengeyi bozan derecede bir zarar istendiği için, fiil suç teşkil edecektir. Dengenin taksirle aşılması durumunda, ancak suç taksirle işlendiğinde cezalandırılabiliriyorsa suç olacaktır.⁹⁰⁹ Gereklilik koşulunun bir sonucu olarak failin başkasına ait haklara en az zarar verecek davranışı ve aracı seçme zorunluluğu vardır.⁹¹⁰ Bir görüşe göre; vasıtanın tek başına anlamı yoktur.

⁹⁰⁷ DÖNMEZER, Sulhi: A.g.e., s. 180.

⁹⁰⁸ DEMİRBAŞ, Timur: A.g.e., s. 288.

⁹⁰⁹ SOYASLAN, Doğan: A.g.e., Ankara 2005, s. 383.

⁹¹⁰ ÖZBEK-DOĞAN: A.g.m., s. 211.

Vasıtaya anlam veren hareket olduğuna göre; bu ifadenin bu şekilde kullanılması doğru değildir.⁹¹¹ Elbette failin tehlikeden başka türlü korunma imkanının olmaması gerekir. Devletten yardım alınabilecek yerde kişinin kendisini koruması zorunluluk halinden yararlanmasına engel oluşturur.⁹¹²

D. KORUNMA FİİLİNİN ÜÇÜNCÜ KİŞİ LEHİNE OLABİLMESİ

Korunma fiilinin üçüncü kişi lehine olabilmesi ya da üçüncü kişi lehine zorunluluk hali, zorunluluk halinin şartları içerisinde işlenebilecek korunma fiilinin bir başkası lehine gerçekleştirilebilmesidir. Bu durum 765 Sayılı TCK m. 49 f. 3'te yer almış, 5237 Sayılı TCK m. 25 f. 2'de de aynı şekilde yapılandırılmıştır. Ancak TCK'da korunma fiilinin üçüncü kişi lehine gerçekleştirilmesi durumunda zorunluluk halinin şartlarının ötesinde bir şart ya da sınır aranmamıştır. Korunma fiilini üçüncü kişi lehine yerine getiren kişi faildir. Üçüncü kişi ise burada kurtarılan konumundadır. "Failin üçüncü kişi lehine müdahalede bulunmasının aslında toplumsal kaynaklı bir durum olduğu ve bu durumda tipik davranışın özgecil bir dürtü ile meşru kılınmakta olduğu"⁹¹³ ifade edilmektedir. Bu; failin bir hak ya da menfaatinin zarara uğramamasına rağmen korunma fiilinin üçüncü kişi lehine işlenebilmesidir. Bu hipotez altında adlandırılan bu durum üçüncü kişiyi kurtarma olarak da anılmaktadır. Korunma hareketinin failin kendisi dışında bir kişi lehine olmasının, zorunluluk hali içinde bir yapı olarak düzenlenmesi doktrinde beraberinde birtakım tartışmaları da getirmiştir. Bu durum, öncelikle suçun hangi ögesine etki edildiği çerçevesinde tartışılmış her iki kurumun benzer veya ortak yönleri

⁹¹¹ SOYASLAN, Doğan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2005, s. 383.

⁹¹² ÖZBEK-DOĞAN: *A.g.m.*, s. 211.

⁹¹³ MOLARI, Alfredo: *Profili Dello Stato Di Necessita*, Padova 1964, s. 109.

olmasından hareketle suçun kusurluluk ögesine etki ettiği ileri sürülmüştür.⁹¹⁴ Fiilin haklılığının değerlendirilmesinde üçüncü kişinin kurtarılmayı isteyip istememesinin önemi bulunmayıp tehlikenin kurtarma hareketini yapan tarafından bilinmesi yeterlidir.⁹¹⁵ Bu duruma en sık verilen örneklerden biri doğum esnasında gelişen anormal bir durum dolayısı ile bebeğin hayatının yerine annenin hayatının kurtarılmasıdır.⁹¹⁶

Yabancı literatürde de sıklıkla tartışılan üçüncü kişi lehine zorunluluk hali farklı ceza kanunlarında farklı şekillerde kendine yer bulmaktadır. Bu bağlamda İCK'da da düzenlenmiştir. İCK'da kullanılan soccorrere⁹¹⁷ fiili aslen yardımına gelmek, yardımına koşmak ve benzeri anlamda olan yardımcı olmak anlamlarına gelmektedir. Soccorso ise yardımına koşulan kişi anlamındadır.⁹¹⁸ ACK ise m. 35'de üçüncü kişi lehine yapılacak fiilin içeriği fail bakımından sınırlandırılmış ve bu fiilde bulunabilme yetkisi yalnızca *failin akrabaları ya da faille bir yakınlığı bulunan kimseler* bakımından tanınmıştır. ACK bu sınırlamayı kusurluluğu kaldıran zorunluluk hali düzenlemesi için öngörmüştür.⁹¹⁹ Bu içerik sınırlanması üçüncü kişi lehine meşru savunmada da aynı şekilde düzenlenmiştir.⁹²⁰ Hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali için ise *ACK m. 34' de üçüncü kişi açısından herhangi bir kısıta*

⁹¹⁴ **MARINUCCI-DOLCINI:** A.g.e., Milano 1999, s. 513.

⁹¹⁵ **DEMİRBAŞ, Timur:** A.g.e., s. 287.

⁹¹⁶ Alman Hukuku'nda hekime yetki veren yasal bir düzenleme olmadığı müddetçe hastanın özgür iradesiyle açıkladığı tedaviyi red talebine hekimin uymak zorunda olduğu ve bunun yaşam tehlikesinin geçerli olduğu ve aksine davranışın hekimin yaralama suçundan sorumluluğunu doğuracağı kabul edilmektedir. Alman Yüksek Mahkemesi 1984 yılında verdiği bir kararda babasının iradesine aykırı olarak mutlak bir endikasyon tehlikesi mevcutken başarılı bir operasyonla 7 yaşındaki bir çocuğun ayağını kesen hekimin müessir fiil suçunu işlediğini kabul etmiştir. Alman Yüksek Mahkemesi bu konuda hastanın iradesinin ön planda olması gerektiği ve iyileştirme amacının veya sonucun önemli olmadığını vurgulamıştır. Aktaran, **NUHOGLU, Ayşe:** a.g.m., "Tıp Ceza Hukukunun..." s. 49.

⁹¹⁷ Soccorso di necessita

⁹¹⁸ **TANIŞ, Asım:** Büyük İtalyanca Türkçe Öğretici Sözlük, İstanbul 2004, s. 1140.

⁹¹⁹ **KANGAL, Zeynel:** A.g.e., s. 472.

⁹²⁰ **ÖZEN, Muharrem:** A.g.e., Ankara 1995, s. 134: Üçüncü kişi lehine meşru savunma failin yalnız bazı yakın akrabaları açısından kabul edilmiştir.

rastlanmamakta, zorunluluk hali içinde failin tehlikeyi yalnızca kendisinden ya da bir başkasından uzaklaştırması olarak ifade edilmektedir.⁹²¹ Bu düzenleme de son derece tutarlıdır. Zira hukuka uygunluk sebebi olarak yapılan bir düzenlemede failin fiili içinde bulunulan şartlarda herkes için aynıdır. İCK m.54'e bakıldığında ACK m. 34'ün aksine fiil ve tehlike arasındaki bağ ve fiilin niteliğinin sıkı koşullarla belirlenmediği görülmektedir.⁹²² Burada üçüncü kişi lehine zorunluluk halinin koşulları genel olarak belirlenmiş; özel olarak bir akrabalık, duygusal ilişki ya da arkadaşlık ilişkisi ile yapılandırılmamıştır. Kurum tamamen objektif biçimde tanımlanmıştır. Böylelikle kurtarıcının kurtaracağı menfaat daha üstün veya (feda edilenle) eşdeğer bir menfaat olabilecektir.⁹²³ İngiliz Ceza Hukuku'nda üçüncü kişi lehine zorunluluk hali “duress of circumstances” adı ile düzenlenmiştir.⁹²⁴ Bunun için mahkemenin belirlediği üç kriter bulunmaktadır: Zorunlu kılınmış fiilin (korunma fiili) somut olayda *conditio sine qua non* (olmazsa olmaz unsur) olması, tehlikeden kaçınmak ya da tehlikenin önüne geçmek için yapılan fiilin makul ve tehlike ile orantılı olması ve son olarak da üçüncü kişinin ölümünün önlenmesidir. Bunun dışında kurum açısından bir belirleme yapılmadığı görülmektedir.⁹²⁵

Zorunluluk hali için belirlenmiş üç meseleden ilki, kişinin genellikle *hayatta kalma üzerine kendi içinde maruz kaldığı* şiddetli manevi bir baskıdır. Bu konuda sıklıkla verilen “Carneade'nin Salı” örneği ile yaşama tutunmaya çabalayan mürettebatın içlerinden en zayıfını yemesi gösterilmektedir. Aslında burada ölüm

⁹²¹ **FORNASARI, Gabriele: I Principi Diritto Penale Tedesco**, Padova 1993, s. 278; **KANGAL, Zeynel: A.g.e.**, s. 342; **ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku'nda Meşru Müdafaa**, Ankara 1995, s. 134.

⁹²² **FORNASARI, Gabriele: A.g.e.**, s. 280.

⁹²³ **PALAZZO, Francesco: A.g.e.**, s. 419.

⁹²⁴ 1995 yılında İngiliz Temyiz Mahkemesi tarafından kurumun ölüm ve vatana ihanet dışında uygulanacağı ifade edilmiştir: **VINCIGUERRA, Sergio: Diritto Penale Inglese Comparato I Principi**, Padova 2002, s. 366, 367.

⁹²⁵ **VINCIGUERRA, Sergio: A.g.e.**, s. 366, 367: Kendi kusuru ile tehlikeye sebep olan üçüncü kişinin durumuna ilişkin bir uygulama bulunmamaktadır.

anına kadar bir direnme, öldürmemek için bir dayanma ve ölüm olgusunun karşısında yer alma söz konusudur. İkinci argüman, bir karmaşa durumuna atılma konusunda faile bir dürtü vermektedir. Bu failin içsel aleminde oluşan bir durumdur. Bu durum içinde yer alan pek çok olay da ceza vermeye layık bir durumu düşündürmez. Üçüncü argüman ise; İCK m. 54 f. 3’de ifade edilen tehlike altındaki üçüncü kişileri kurtarma hipotezidir. 54. Madde açık olarak iki hipotez içermektedir: Zorunluluk hali hipotezi ve tehlike altında bulunan üçüncü kişileri kurtarma hipotezi. Tehlikeye maruz kalan failin önündeki seçim özgürlüğü zorunlu olarak sınırlanmış bir seçim özgürlüğüdür.⁹²⁶ Tehlikeye maruz kalan üçüncü kişiyi kurtarma açısından ise failin durumunun bir kusurluluğu kaldıran hal olarak ele alındığı düşünülmektedir. İlk hipotez tehlikenin herhangi bir doğa olayı ya da insan davranışından kaynaklanmasına göre farklılaşmaz. Tehlikenin fizyonomisi ile ilgili olan diğer iki hipotez için ise dikkate alınması gereken şey hakim bu durumda daima tehlikenin fail üzerindeki etkisini doğru değerlendirmesi gereğidir.⁹²⁷ Burada zorunluluk halinin etkisiyle işlenen fiil, fail tarafından dolaylı olarak yerine getirilmektedir. Failin herhangi bir hak ya da menfaati tehlikede olmayıp fail fiili üçüncü kişi yararına gerçekleştirmektedir.⁹²⁸ Dolayısı ile tehlikeye maruz kalan ile korunma fiilinin muhatabı farklı olduğu için bu tehlike ile korunma fiili arasındaki bağı ve ölçüyü iki farklı durum için de aynı şartlarla düzenlemek bizce de sağlıklı değildir.

Üçüncü kişi lehine zorunluluk halinin temeli doktrinde sosyal faydanın yokluğu, manevi cebir ilkesinden hareketle kusurluluk ögesinin kalkması ve temelini

⁹²⁶ Necessariamente limitata la liberta di scelta

⁹²⁷ MARINUCCI-DOLCINI: *Manuale Di Diritto Penale, Parte Generale*, Milano 2009, s. 257.

⁹²⁸ CONTIERI, Enrico: A.g.e., s. 89.

çatışma kuramına dayandıran farklı görüşlere dayandırılarak açıklanmaktadır.⁹²⁹

Tehlike kavramı değerlendirilirken dikkat edilebilecek en önemli nokta kişinin kendisine yönelik tehlikenin ağırlığı ile üçüncü kişiye yönelmiş tehlikenin ağırlığının ortak olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğidir. Doktrinde üçüncü kişinin bu tehlikeden kurtarılmayı isteyip istememesinin veya bu tehlikeye kendisinin bilerek sebep olup olmamasının önemli olmadığı ve tehlikeye maruz kalan istemese de onu tehlikeden kurtaran korunma hareketlerinin suç oluşturmayacağı belirtilmektedir.⁹³⁰

Ancak Anglo Sakson ve Anglo Amerikan Hukuku'nda tartışılan “manevi cebir kuramı” üçüncü kişiyi kurtaran açısından mevcut fiili duruma sonradan katılması sebebi ile rasyonel değildir. Yine üzerinde durulan istenemezlik⁹³¹ kuramı da dar anlamda zorunluluk halini açıklayabilirken, üçüncü kişi lehine zorunluluk halini açıklayamamaktadır. TCK m. 98'in üçüncü kişiye yardım ve bildirim yükümlülüğü de getirmesinden hareketle bu konudaki normun kaynağının ceza hukukumuz açısından “toplumsal dayanışma” duygusu olduğu belirlemesi kanımızca tutarlıdır. Bu duygu aynı zamanda toplum üyelerini bir arada tutma ve sosyal birlikteliğin de temelini oluşturmaktadır.⁹³² Tıpkı meşru savunmadaki gibi hukuk düzenleri toplumda var olan dayanışma duygusunu görmezden gelemeyiz. Kanunlar da bu duruma değer atfederek hem meşru savunma hem de zorunluluk hali açısından üçüncü kişinin lehine yapılan fiili tanımlardır.⁹³³ Korunma fiilinin ölçülülüğü

⁹²⁹ **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** A.g.m. “III. K.K.”, s. 125.

⁹³⁰ **ZAFER, Hamide:** A.g.e., İstanbul 2010, s. 231.

⁹³¹ L'inesigibilita kelimesi ile kullanılmaktadır. **TANIŞ, Asım: Büyük İtalyanca Türkçe Sözlük,** İstanbul 2004, s. 381: Esigere; istemek, gerektirmek kökünden türeyen esigibilita; istenebilirlik kelimesinin olumsuz ekle kullanımı olan “istenemezlik” kullanımını Türk Ceza Hukuku Doktrini'ne Hafizoğulları kazandırmıştır. Bknz. a.g.m.(üçüncü kişiyi kurtarma)

⁹³² Benzer yönde bknz. **ÖZEN, Muharrem:** A.g.e., Ankara 1995, s. 134; **MANTOVANI, Ferrando:** A.g.e., Padova 2007, s. 117: Benzer bir uygulama İtalyan Ceza Kanunu'nun 593. Maddesi'nde de mevcuttur. Bununla birlikte Mantovani bu üçüncü kişi lehine zorunluluk hali durumunun bir zorunluluk getirmediğini ve seçimlik bir durum olduğunu belirtmektedir.

⁹³³ **ÖZEN, Muharrem:** A.g.e., s. 134-135.

açısından farklı menfaatler arasındaki oran ciddi bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Bu değerlendirme ise hukuka uygunluk konusunda meşru savunmadan daha hassas bir hukuka uygunluk belirlemesini gerektirmektedir. Üçüncü kişi lehine zorunluluk hali de tam olarak bu zorluğu içermektedir. Zira üçüncü kişinin tehlike ile ilişkisini değerlendiren faildir. Ancak amaca yönelik yorum yapacak bu fail açısından olursak bazı kısıtlar içermektedir. Örneğin; ‘bu durum faile aynı anda tehlikede olan iki kişiden birini kurtarıken, diğerinin hayatını feda etme yetkisi vermemektedir.’⁹³⁴ Fail bu değerlendirmeyi yaparken kendisini üçüncü kişi yerine koyarak aynı tehlikeye maruzmuş gibi değerlendirmelidir.⁹³⁵ Ancak bu failin olayın dışında olması bakımından doğal olarak bazı sakıncalar doğurabilecek niteliktedir. Yine bu konuda haklı eleştirilerden biri de failin tehlike ile ilişkisini değerlendirecek yegane kişinin hakim olmasıdır.⁹³⁶ Hakimin failin bu değerlendirmesinin doğruluğunu araştırırken değerlendirmedeki objektif ölçütü nasıl koyacağı ise belirsiz bir görünüm arz etmektedir. Hukuka uygunluk sebepleri açısından söyleyebileceğimiz fiilin ağırlığını ve failin konumunu tam olarak belirlemek mümkün olmadığı için, yabancı ceza kanunları bununla ilgili olarak korunma fiilini yerine getirecek belli kişiler açısından kısıt getirmiştir.

Üçüncü kişi lehine zorunluluk hali için üzerinde durulması gereken bir diğer mesele zorunluluk halinin etkisiyle işlenen fiili işleyen “kurtaran” ile “kurtarılanın iradesi” arasındaki ilişkidir. Zorunlu kılınmış fiil ile fail arasındaki bağ TCK m. 25 f. 2’deki zorunluluk hali yapılanmasına göre sağlanacaktır. *Ancak burada asıl sıkıntıyı yaratan üçüncü kişinin iradesi ile kurtaran arasındaki ilişkiyi belirleyen bir normun*

⁹³⁴ **MOLARI, Alfredo: Profili dello Stato Di Necessita**, Padova 1964, s.103-118; **Enciclopedia Del Diritto**: C: XXVII, Varese 1958, s. 891.

⁹³⁵ **MARINUCCI-DOLCINI**: A.g.e., Milano 1999, s. 513.

⁹³⁶ **MARINUCCI-DOLCINI**: A.g.e., Milano 2009, s. 257.

yokluğudur. Bu durum aynı zamanda sınırın aşılması açısından da farklı yaklaşımlarda bulunabilmenin önünü tıkamaktadır. Pek tabi kişinin korunma hareketini kendisinin lehine yaparken duyduğu telaş ile üçüncü kişi lehine kurtarma davranışında bulunurken duyduğu telaşın aynı olmayacaktır.⁹³⁷ Bunun yanısıra fail tehlikeyi bir başkası adına değerlendiren bir görünüm arz etmektedir. Bu yönde bir görüş bu kurtarma hareketinin dayanışma güdüsü dolayısıyla yapıldığını belirtse de bu kapsam hiçbir şüphe götürmeksizin zorunluluk halinin sübjektif bakış açısını yansıtmaktadır.⁹³⁸ Kurtarma hareketinin insani dayanışma güdüsüyle yapıldığı açıktır. Ancak bu yaklaşım madde bazında tehlikeyle birebir karşı karşıya kalan kimse açısından bir belirlilik sağlanmasını da gerektirir. TCK açısından bakıldığında kendine özgü özellikleri bulunan bu iki ayrı kurum ayrı ayrı düzenlenmemiştir. “Burada yapılacak olan her iki kurumu suça etki şekillerini birbirinden ayıran ayrı iki norm halinde düzenlemektir. Çünkü zorunlu kılınmış fiile kurtaran açısından yaklaşıldığında ayrı, kurtarılan açısından yaklaşıldığında ayrı çözümlemeler üretilmesi gerekmektedir.”⁹³⁹ Doktrinde Hafizoğulları tarafından belirtilen bu yaklaşımı yukarıda ifade ettiğimiz gerekçelerle oldukça tutarlı bulmaktayız.

Üzerinde durulması gereken bir diğer problem kurumun zorunluluk hali ile aynı hukuki temele oturtulması ve onun da hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmesidir. Üçüncü kişi lehine zorunluluk hali kurumunun kusurluluğu mu, hukuka uygunluğu mu kaldırdığı meselesi mevcut kanun düzenlemesinde bir çatışma doğurmasa da hukukilik değerlendirilmesinde doktrinde zorunluluk halinin “fiil”,

⁹³⁷ Benzer yönde **TANER, Fahri Gökçen:** A.g.m. , “Meşru Savunma ..”, s. 234.

⁹³⁸ **MARINUCCI-DOLCINI:** A.g.e., Milano 1999, s. 513, 514.

⁹³⁹ **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** A.g.m., “III. K.K.”, s. 132 : Doktrinde bu noktada ya müesseselerin kendilerine özgü özelliklerinin bir yana itilerek zaruri fiil esas alınarak bir düzeltme yapılması ya da her iki kurum birbirlerinden ayrılarak ortak özelliklerinin sonucu bir üst kavramda birleştirilmesi gerektiği düşünülmektedir.

diğerinin ise “fail”i esas alan bir değerlendirme ile açıklanabildiği belirtilmektedir. Böylelikle üçüncü kişi lehine zorunluluk hali kurumu öznel kuramların benimsenmesini gerekli kılmaktadır.⁹⁴⁰ Doktrinde birbirinden farklı bu iki kurumun farklı ratiolara sahip oldukları ve bunları aynı normda birleştirmenin gereksiz bir dogmatik çaba olduğu da ifade edilmekle birlikte aslında buradaki gelenekselleşmiş problem, *farklı ratiolar arasındaki seçim problemidir*. Çünkü; davranışın ortaya çıkmasını sağlayan dürtü, sosyal açıdan kabul edilebilen ve normun amacı ile birlikte düşünüldüğünde kusurluluğu dışlayabilen bir dürtüdür.⁹⁴¹

*Üçüncü kişiyi kurtarma fiilinin kanun ve emirlerin yerine getirilme zorunluluğu ile üçüncü kişiyi kurtarma zorunluluğundan da ayrılması gerekmektedir.*⁹⁴² Esasen bu durum bir zorunluluk olup⁹⁴³ zorunluluk hali değildir. “Kurtarılan kişi (la persona soccorsa) bu konuda kendi lehine hukuki etkileri üretmekten yoksun olan bir kişi ya da bu durumun varlığını değerlendiremeyen ve kavrayamayan bir kişi olabilir.”⁹⁴⁴ Ancak üçüncü kişinin bu kurtarma fiiline muhalefet etmesi zorunluluk halinin etkisiyle işlenmiş fiilin gerekliliğini ortadan kaldıracaktır. Bu nedenle üçüncü kişinin kurtarıcının müdahalesine istekli olması gerektiği düşünülmektedir.⁹⁴⁵ Ancak bunu tüm durumlar açısından genellemek mümkün değildir. Rıza beyanının alınmasının mümkün olduğu durumlarla acil ve ani gelişen durumlar arasında bizce ayırım yapılması gerekmektedir. Bir diğer görüş “üçüncü kişinin kurtarılmayı isteyip istememesinin öneminin bulunmayıp tehlikenin kurtarma hareketini yapan tarafından

⁹⁴⁰ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.m., s. 131-132.

⁹⁴¹ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.m. “III. K. K.”, s. 125; MOLARI, Alfredo: A.g.e., Padova 1964, s. 110.

⁹⁴² Enciclopedia Del Diritto: XXVII, Varese 1958, s. 891; MARINI, Guiliano: Lineamenti Del Sistema Penale, Torino 1993, s. 398; RAMACCI, Fabrizio: A.g.e., Torino 2007, s. 332; MARINUCCI-DOLCINI: A.g.e., s. 514.

⁹⁴³ Dovere di soccorso

⁹⁴⁴ CONTIERI, Enrico: A.g.e., Milano 1939, s. 90.

⁹⁴⁵ CONTIERI, Enrico: A.g.e., s. 90; Enciclopedia Del Diritto: XXVII, Varese 1958, s. 891.

(Zorunluluk halinin meşruiyetini ortadan kaldıracaktır.)

bilinmesinin yeterli” olacağını ifade etmektedir.⁹⁴⁶ Bu duruma en sık verilen örneklerden biri doğum esnasında gelişen anormal bir durum dolayısı ile bebeğin hayatının yerine annenin hayatının kurtarılması verilmektedir.⁹⁴⁷

Üçüncü kişinin tehlikeye bilerek neden olması karşısında yapılacak değerlendirmenin biçimi de ayrı bir tartışma konusudur. Buna göre; tehlikeye bilerek neden olmamak zorunluluk halinin değil, zorunluluk halinin etkisiyle işlenen fiilin ön koşulu olduğuna göre, çatışma altında himaye edilen haklardan yalnızca birinin daha değerli olduğunun kabulü hiçbir zaman kanun koyucuya bilerek tehlikeye atılan bir varlığın bir başka deyişle himaye edilmeyen bir varlığın himaye edilene kıyasla daha az değerli olduğu anlamına gelmeyecektir.⁹⁴⁸ Üçüncü kişi başkası tarafından kurtarılacağı umuduna dayanarak kendisini bilerek tehlikeye atmaz. Bu nedenle de tehlikeye yer vermekten mümkün olduğu ölçüde kaçınacaktır böyle bir olasılığın içinde yer almayacaktır. Bu da üçüncü kişinin tehlikeye bilerek yer vermemesi demektir. Bu bakış açısı altındaki bir sistematikte de bu durumu ona mal etmek güçtür.⁹⁴⁹ Bu konu üzerine yapılan yorumlar korunma fiilinin⁹⁵⁰ sınırlarının olması gerekenden daha çok ya da daha az olması konusunda ve genellikle birbirine denk olan yorumlardır. Korunma konusunda ortaya çıkacak farklı durumların kanun

⁹⁴⁶ **DEMİRBAŞ, Timur:** A.g.e., Ankara 2009, s. 287.

⁹⁴⁷ Alman Hukuku’nda hekime yetki veren yasal bir düzenleme olmadığı müddetçe hastanın özgür iradesiyle açıkladığı tedaviyi red talebine hekimin uymak zorunda olduğu ve bunun yaşam tehlikesinin geçerli olduğu ve aksine davranışın hekimin yaralama suçundan sorumluluğunu doğuracağı kabul edilmektedir. Alman Yüksek Mahkemesi 1984 yılında verdiği bir kararda babasının iradesine aykırı olarak mutlak bir endikasyon tehlikesi mevcutken başarılı bir operasyonla 7 yaşındaki bir çocuğun ayağını kesen hekimin müessir fiil suçunu işlediğini kabul etmiştir. Alman Yüksek Mahkemesi bu konuda hastanın iradesinin ön planda olması gerektiği ve iyileştirme amacının veya sonucun önemli olmadığını vurgulamıştır: Aktaran, **NUHOĞLU, Ayşe:** “Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları”, **V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, 28 Şubat-1 Mart 2008, Ankara 2008, s. 49.

⁹⁴⁸ **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** A.g.m. “III. K. K.”, s. 108; **MOLARI, Alfredo:** *Profili Dello Stato Di Necessita*, Padova 1964, s. 67.

⁹⁴⁹ **MOLARI, Alfredo:** A.g.e., s. 70-71.

⁹⁵⁰ Çalışmamızda kurtarma fiilini aynı anlama gelecek bir başka terim korunma fiili olarak düzenlediğimizden yapılan çevirilerdeki terimler de bu yönde uyarlanmıştır.

tarafından hükme bağlanmadığı düşünüldüğünde başkalarının kaderi üzerinde hakem rolünü üstlenmek ve bunu hükme bağlamanın çok da adil olmaması gerçeğiyle hareket etmek gerekmektedir.⁹⁵¹ Üçüncü kişinin kendini zorunluluk haline sokması durumunda da zorunluluk hali kurtaran açısından uygulanacaktır.⁹⁵² Teorik olarak üçüncü kişiyi kurtarmak için yapılan kurtarıcının müdahalesinde, tehlikenin nasıl ve neye göre belirleneceği ve hangi tehlikenin kişiye bu konuda görev yükleyeceği bir sorundur. Pratikte ise tıbbi operasyon sırasında bir hekim zaten hastanın hayatını kurtarmakla yükümlüdür. Aynı şekilde, masum bir üçüncü kişiye zarar gelme ihtimaline yönelik olarak örneğin hayati tehlikesi olan bir yaralıyı kurtarmak için bir otomobil gasp edilse bu durumun hukuka uygun olduğu da şüphe götürmez.⁹⁵³ Tıbbi anlamdaki müdahalelerin salt üçüncü kişi lehine zorunluluk hali bakış açısı altında çözülebilmesi mümkün değildir. Salt bu açıdan bir bakış tamamı ile operasyonel müdahale yapan sağlık mesleği mensubunu anlamamıza yetmemektedir. Çünkü hastaya gerekli müdahalenin tam olarak ne olduğunu ve bunun içeriğini yasal olarak tanımlamak oldukça zorlayıcı bir durumdur. Tıbbi müdahale açısından meşru bir operasyonel görevi hastanın rızası göz ardı edilerek yerine getirmek de ancak olağanüstü durumlarda mümkün olsa gerektir.⁹⁵⁴ Özellikle tıbbi müdahalelerde zorunluluğu belirleyen temel kavram rızadır. Rızanın alınmasının mümkün olamadığı durumlarda ise *hastanın en lehine olan durumun uygulanması* temel bir kriter şeklinde yorumlanabilir. Rıza kriterinin doğurması beklenen muhtemel bir sorun da özellikle tıbbi müdahalelerde mağdurun rıza göstermesine karşın, üçüncü kişinin bu

⁹⁵¹ RAMACCI, Fabrizio: A.g.e., Torino 2007, s. 332.

⁹⁵² MANTOVANI, Ferrando: A.g.e., Padova 2009, s. 263; SMITH, John. C.: **Justification and Excuse In The Criminal Law**, London 1989, s. 27: Amerikan Doktrini'nde hukuka uygunluk sebebi ve kusurluluğu kaldıran hal arasında ayırım yapılırken bir başkasının üçüncü kişiyi kurtarma davranışı göstermesi ve bunun kusurluluğu kaldıran hal olarak ele alınmasının mazur görülemeyeceğini hukuka uygunluk sebebi olarak ele alınması gerektiği ileri sürülmektedir.

⁹⁵³ **Enciclopedia Del Diritto**: XXVII, Varese 1958, s. 890.

⁹⁵⁴ PULITANO, Domenico: A.g.e., Torino 2005, s. 315.

rızayı yanlış yorumlayarak kurtarma hareketine girişmesidir. Burada mağdurun rızasının meşru hale getiremeyeceği davranışlar yönünden bir sorun yoktur. Rızaya muhalif olan ya da hukuka uygun olmayan bu davranışlar karşısında tehlike ağır ve muhakkak kabul edilebilecektir.⁹⁵⁵ Bununla birlikte tıbbi müdahaleler kendine özgü olup gerek hukuki gerek cezai açıdan önemli birtakım görünümüleri yansıtır. Birçok branş bulunması ve her branşın kendine göre kriterlerinin olması bunların yanısıra; icra edilen duruma göre çok farklı bağlamlarda sonucun çıkabilmesi tıbbi müdahalelerin karmaşıklığını arttırmaktadır.⁹⁵⁶ Ancak; bunu tüm tıbbi müdahalelerde geniş olarak yorumlamak bazı istenmeyen sonuçları doğurabilir. Yine de bu bize nasıl bir zorunluluk tarafından hukuka uygunluğun şekilleneceği konusunda soru işaretleri bırakmaktadır.⁹⁵⁷ İCK m. 54'deki düzenlemeye bakıldığında bunun da üçüncü kişi lehine zorunluluk hali açısından kabul edilemez çözümlere açık görüldüğü ifade edilmektedir. Eğer tıbbi müdahalenin durdurulmasını onun yerine bir başka hastanın tedavisi açısından sorgulayacak olursak verilecek cevap birinci hastaya tıbbi müdahalede bulunma zorunluluğu ile çelişir. Pek tabi üçüncü kişi lehine zorunluluk hali de kurtarma konusundaki görevlerin açık ihlalini meşrulaştırmak için bir garantör olarak ileri sürülemez.⁹⁵⁸ İCK açısından yapılandırılan üçüncü kişi lehine zorunluluk hali ile TCK m. 25 f. 2 arasında kurumun düzenlenmesi açısından yapısal olarak bir farklılık bulunmaması ve her iki ceza kanununda da kurtarıcı ile üçüncü

⁹⁵⁵ Benzer yönde **TANER, Fahri Gökçen**: “Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 5, Sayı:12, Nisan 2010, s. 234.

⁹⁵⁶ **BARTOLI, Roberto**: Responsabilita' Penale e Rischio Nelle Attivita' Mediche e D'Impresa, “**Paradigmi Giurisprudenziali Della' Responsabilita Madica**”, Firenze 2010 (Firenze University Press), s. 78-79

⁹⁵⁷ **ERIN A. Charles-OST Susann**: “Euthanasia and The Defence of Necessity: Advocating a More Appropriate Legal Response”, *The Criminal Justice System And Health Care*, New York 2007, s. 90-108.

⁹⁵⁸ **PULITANO, Domenico**: *Diritto Penale*, Torino 2005, s. 316.

kişi arasında özel bir ilişkinin varlığının aranmamasından hareketle aynı görüşün⁹⁵⁹ kanımızca TCK açısından da değerlendirilebilmesi mümkündür. Burada bir görüş çatışan değerler arasındaki en uygun dengenin bulunması ve hangi fiilin insan öldürme veya intihara yardım ve teşvik hangi fiilin kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına saygı gösterilmesinin gereği olan bir davranış olduğunun saptanması⁹⁶⁰ gerektiğini belirtmektedir.

Anglo Amerikan Doktrini'nde uygulanma sıklığı da düşünüldüğünde tartışma alanı bulan bir diğer durum “ötenazi”dir. Hukukumuzda kasten insan öldürme olarak sınıflandırılan ötenazi Kıta Avrupası Hukuku'nda hekimin hastasına ötenazi uygulaması dolayısı ile çeşitli şekillerde tartışılmıştır.⁹⁶¹ Burada özellikle “dolaylı ötenazi” görünümü gösteren bazı durumlar tartışmalıdır. Hastanın daha az acı çekmesi amacı ile ilaç dozajının arttırılması ancak birtakım istenmeyen yan etkilerin meydana gelmesi aslında tıp mesleğinin doğasında olan bir durumdur. Kastı belirlemek açısından özellikle gerekli olan dozun zorunluluk sınırının belirlenmesine gidilmektedir. Bir örnekle açıklanılacak olursa doktorun kastı x sonucunun meydana gelmesidir. Umulmayan etkilerle y sonucunun meydana gelmesi de aslında kastın içindedir. X sonucunun y sonucu ortaya çıkmaksızın meydana gelmesi oldukça

⁹⁵⁹ CONTIERI, Enrico: A.g.e., Milano 1939, s. 89.

⁹⁶⁰ ERMAN, Barış: **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, Ankara 2003, s. 164,165: Bu bağlamda çözümlenmesi gereken hukuksal sorun hekimin hastayı iyileştirme hakkının yükümlülüğünün kapsamının ne şekilde belirlenebileceğidir. Böyle bir yükümlülük ortadan kalktığında artık hekimin hastaya aktif bir müdahalede bulunması hukuki bir gereklilik olmadığından eylem hekime yüklenemeyecek ve müdahalede bulunulmaması da herhangi bir suç doğurmayacaktır. ASHWORTH, Andrew: **Principles of Criminal Law**, New York 2009, s. 207: Ancak ani gelişen bazı olgularda Amerikan Temyiz Mahkemesi makul insan kriterini (sober person) kişinin kişilik özellikleri, cinsiyeti, gebeliğinin olup olmadığı, ciddi bir fiziki engellilik ya da tanınmış bir psikiyatrik durumunun bulunup bulunmadığı dikkate alınarak belirlenmesi gerektiğini düşünmektedir. Böylelikle ani intihar vakalarında hekim kişinin sağlıklı karar verme yetisinin ortadan kalktığını ve makul bir insan gibi düşünemediği gereklerine dayanarak üçüncü kişi lehine zorunluluk halinin koşullarından yararlanabilecektir.

⁹⁶¹ Kıta Avrupası'nın bu konuda daha katı bir yaklaşımı benimsediğini belirtmekte yarar bulunmaktadır: ERIN A. Charles-OST Susanne:, “Euthanasia and The Defence of Necessity: Advocating a More Appropriate Legal Response”, **The Criminal Justice System And Health Care** New York 2007, s. 90-108.

memnun edici olsa da bu durum y sonucunun kastın bir parçası olmadığı anlamına gelmez. Bu öngörülebilir yan etki olarak nitelendirilmektedir. (Foreseen side effect) Bu durum etrafında ötenazi uygulamasının mahkeme kararlarında manevi cebir etrafında çözüldüğü görülmektedir. (Diminished responsibility) Çünkü doktoru hastanın acılarını azaltıcı doz uygulamaya iten şey içinde bulunduğu durumun zorladığı psikolojik koşullardır. Burada bunun için kullanılan kriter yine makul insan (sober person) kriteridir.⁹⁶² Çözüm için üçüncü kişi lehine zorunluluk hali (“duress of circumstances”, “ soccorso di necessita”) de kullanılmaktadır. Bu durum Amerikan Ceza Hukuku’nda manevi cebir ve zorunluluk halinin iç içe geçtiği genellikle tıbbi zorunluluk, trafik kazaları gibi durumlarda karşımıza çıkmaktadır. Burada zorunluluk hali değerlendirmesinin sağlıklı yapılabilmesi için mahkemelerce birtakım katı kriterler kullanılmaktadır. Bu kriterler artık zorunluluk durumunda girilen durumdan başka bir şey yapmanın imkansızlığı kriteri ile zorunlu olarak kaçınılan tehlikeli durumun tehlikenin yol açacağından daha fazla zarara yol açmaması gibi kriterlerdir. Bu bağlamda uyuşturucu bağımlısı birinin uyuşturucu kaçakçılığı yapması hukuka uygun kabul edilmezken, ailelerinin muhalafetine rağmen birbirlerinden ayrılmalari gereken ve bu durumda birinin büyük olasılıkla öleceği “siyam ikizlerinin ayrılması” (Dudley and Stephans) vakasını mahkeme üçüncü kişi lehine zorunluluk hali kapsamında değerlendirmiş ve hukuka uygun kabul etmiştir.⁹⁶³ Gerçekten de üçüncü kişi lehine zorunluluk hali için müdahalenin gerekliliğini ve sınırlarını belirleme konusunda bulunan güçlükler karşısında bu kriterler işlevsel görünmektedir. Yasal tanımdaki belirsizlikler dolayısı ile eğer başkalarına bu yönde ve belirsiz bir amaca yönelik davranma yetisi verilirse geniş

⁹⁶² ERIN A. Charles-OST Susanne: A.g.m., s. 90-108.

⁹⁶³ http://sixthformlaw.info/01_modules/mod3a/3_40_gen_defences/03_duress_and_circs.htm, Erişim Tarihi 15.01.2014 (Pdf); ASHWORTH, Andrew: A.g.e., New York 2009, s. 133.

yorumlarla birtakım farklı sonuçların doğmasına yol açabilir. Örneğin T ağır derecede yara almış olan C'yi hastaneye taşımak için S'nin arabasını çalsa bu fiil üçüncü kişi lehine zorunluluk hali dolayısı ile hukuka uygundur. Bu konuda daha az makul bulunan diğer bir örnek T'nin S'yi tüm direnmelerine karşı S olmaksızın hayatta kalma imkanı bulunmayan C'yi kurtarmaya götürmesidir. Bizce değerlendirme için somut olayda S'nin mesleki konumu da dikkate alınmalıdır. Son örnek açısından S'nin bir cerrah olduğunu ve C'nin de atar damarının kesildiğini düşünelim. Bu durum TCK'ya göre üçüncü kişi açısından zorunluluk halidir. *Ancak meşru fiil burada doğrudan kurtarma fiili değil, bir başkasını üçüncü kişiyi kurtarmaya zorlama fiilidir.* Bu konuda TCK'da bir kısıt olmadığına göre T açısından da kıyas yoluyla bu fiili meşru kabul etmemiz mümkündür. Zira T olmaksızın S'nin C'nin aşırı kanamasını fark etme olanağı bulunmamaktadır. Verilen iki örnek üçüncü kişiyi kurtarma kurumunun yorumlanmasında hakların durumu açısından kurtarılan ve zarara uğrayan haklar açısından eşitlik olmasından dolayı makul bir yaklaşım getirilemeyen örnekler olarak sınıflandırılmakla birlikte somut olay bazında yapılacak değerlendirme hakları matematiksel olarak tartmaktan daha sağlıklı olacaktır. Bu yönde getirilen bir eleştiri de başkalarının kaderi üzerinde hakem rolünü üstlenerek doğal evrimi, fiil ve onun seçimi açısından düzenlemenin dürüstçe bir yaklaşım olarak kabul edilmediğini ifade etmektedir. Bu durum tamamen takdiri (arbitraría) bir durumdur. Dolayısı ile direk ya da dolaylı olarak kanunla sınırlanamaz. Burada hukuka uygunluğu sınırlamak için ayrıca *kurtaran ile kurtarılan arasında duygusal bir bağın aranması* önerilmektedir.⁹⁶⁴ Ancak bizce belirsizlik TCK'daki doğrudan zorunluluk hali düzenlemesi içinde buna ilişkin bir belirlemenin yapılmamış olmasından kaynaklanmaktadır. Hukukumuz açısından

⁹⁶⁴ RAMACCI, Fabrizio: A.g.e., Torino 2007, s. 332.

benzer bir başka örnek Ceza İnfaz Kanunu açısından verilebilir. İnfaz Kanunu’nda hükümlü ve tutukluların zorla beslenmesi ve zorla tedavi edilmelerine ilişkin hükümler bulunmaktadır. Hükümlünün açlık grevi veya ölüm orucu şeklinde beslenmeyi reddettiği durumlarda hayatının tehlikeye girdiğinin veya bilincinin bozulduğunun hekim tarafından tespit edilmesi halinde muayene, teşhis, tedavi ve besleme tedbirleri uygulanacaktır.⁹⁶⁵ Uygulamada bu hipotez bir yaralının hayati tehlikesi bulunduğu bir doktorun ona müdahalesi ya da uyuşturucu bağımlısı birinin rehabilite edilmesinin gerektiği durumlarda, kişinin psikolojik bağımlılığının nüks etme tehlikesini önlemek için sıklıkla kullanılır. Bu durumlarda kişi özgürlüğünün sınırlı olduğu⁹⁶⁶ yönünde yorum yapılmaktadır. Baskın doktrine göre; tehlike altındaki menfaat kriteri her zaman kullanılmaya uygun bir kriter değildir.⁹⁶⁷

İtalyan Ceza Kanunu kurtarıcı ile üçüncü kişi arasında özel bir ilişkinin varlığını; ailesel bir ilişki ya da arkadaşlık ilişkisi gibi bir ilişkiyi aramamaktadır.⁹⁶⁸ Türk Ceza Kanunu da üçüncü kişiyi belirtilen koşullarda tehlikeden kurtarmak için işlenen fiili zorunluluk halinde işlenmiş kabul etmektedir. TCK’ya göre bunun için üçüncü şahsın failin belirli derecedeki akraba ve yakını olması da gerekmez. Bununla birlikte üçüncü kişinin tehlikeden kurtarılmasına karşı koyması veya kurtarılmaya rıza göstermemesinin bir etkisi de bulunmamaktadır. Üçüncü kişinin tehlikeye bilerek neden olması durumunda normal şartlarda bilmenin zorunluluk halinin oluşma şartlarını ortadan kaldırması gerekir. Ancak kurtaranın üçüncü kişinin bu

⁹⁶⁵ **FEYZİOĞLU, Metin:** “Hükümlü ve Tutukluların Muayene ve Tedavilerini Engelleme...”, **Marmara Üniversitesi Sempozyum Özel Sayısı**, Sağlık Hukuku Sempozyumu 17 Kasım 2006, s. 146 vd.

⁹⁶⁶ **MARINUCCI-DOLCINI:** A.g.e., Milano 1999, s. 531.

⁹⁶⁷ **MARINUCCI-DOLCINI:** A.g.e., Milano 1999, s. 531: Aslında İCK m. 54’deki sıralama doğrudan bir menfaatin bir hakkı ne olursa olsun sahibinin iradesine aykırı olarak koruması şeklindedir.

⁹⁶⁸ **CONTIERI, Enrico:** A.g.e., s. 89; **RONCO, Mauro:** (**Opera Diretta Da**) **Il Reato**, Torino 2007, s. 679.

durumunu bilmesi mümkün olmayacağından zorunluluk hali bu durumda da kurtaran açısından geçerli olacaktır.⁹⁶⁹ Dahası bu durumda kurtarma hareketini yapanın bu durumun kaynağının doğruluğunu o an için araştırması mümkün olmayacağından zorunluluk halinden yararlanması gerektiği yönünde görüş belirten doktrine⁹⁷⁰ katılıyoruz. Üçüncü kişi lehine zorunluluk halinde kurtarılan, tehlikeye kendi kusurlu hareketi ile sebep olsa dahi bu durumu bilmeyenin fiili yine hukuka uygun sayılacaktır. Çünkü kurtaran kişinin üçüncü kişinin tehlikeye bilerek sebep olup olmadığını araştırma zorunluluğu yoktur.⁹⁷¹ Bugün tıp hukuku içerisinde özellikle organ naklinin ve biyo mühendisliğin gelişen kusursuz teknikleri ile beraberinde bazı hassas sıkıntıları da getirdiği ve bu sıkıntıların anayasa hukuku ve insan sağlığına ilişkin bazı temel düzenlemelerle aşılmakta olduğu ifade edilmektedir.⁹⁷² AY m. 17 bu durumu tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı hallerle sınırlamıştır. Bir diğer durum “zorunluluk halinde işlenen fiilin faili ile korunmak istenen hukuki değerın sahibinin aynı kişi olmaması halinde yani üçüncü kişi lehine kurtarma hareketi gerçekleştirildiğinde failin kusurlu olan ön fiilinin değerlendirme dışı tutulması gerektiği konusunda ileri sürülen görüştür. Bu görüşün olması gereken hukuk ve adalet duyguları açısından savunulabileceği ancak TCK m. 25 f. 2 ‘nin açık ifadesi karşısında benimsenmesinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Bu yönde yapılacak yorumun da değerlerin karşılaştırılıp kurtarılmaya çalışılan değerın, feda

⁹⁶⁹ DÖNMEZER, Sulhi: A.g.e., s. 180;

⁹⁷⁰ ÖZBEK ve Diğerleri: A.g.e., s. 386; ÖNDER, Ayhan: A.g.e., s. 256; DEMİRBAŞ, Timur: a.g.e., Ankara 2009, s. 287; TOROSLU, Nevzat: A.g.e., Ankara 1968, s. 128.

⁹⁷¹ NUHOĞLU, Ayşe: “Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları” 28 Şubat-1 Mart 2008, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara 2008, s. 52.

⁹⁷² GROSSO, C. F.- MODONA, G. N.- VIOLANTE, L.: *Giustizia Penale e Poteri Dello Stato*, Torino 2002, s. 251: İtalyan Anayasası’nın 32. maddesi şu şekildedir: “Devlet temel bir hak olan sağlıkla ilgili bireysel ya da kamuyu ilgilendiren önlemleri alır. Yoksulların ücretsiz bakımını garanti eder. Yasalarca gerekli olmadıkça kimse belirli bir tıbbi tedaviye zorlanamaz. Yasa hiçbir durumda insan olmanın saygınlığını getirdiği sınırları ihlal edemez, http://www.jus.unitn.it/cardoza/obiter_dictum/cost/art32.htm, Erişim Tarihi, 14.09.2013.

edilen değerden üstün olması halinde yumuşatılmasının mümkün olduğu savunulmaktadır.⁹⁷³ Buna örnek olarak ağır yaraladığı bir kişiyi ölmemesi için hastaneye götürürken aşırı sürat yapan kişinin durumunu verebiliriz. Bu durumda kişinin kusurunun üçüncü kişi lehine işlenecek fiil açısından etkisi TCK açısından da düzenlenmemiştir. Ancak tehlikenin doğrudan nedeni olmanın, zorunluluk halinden yararlanan kişi için geçerli olduğu yargısına kanunen ulaşmak mümkündür. Dolayısı ile değerlendirilmesi gerekenin hakların karşılaşması ve değerlerin üstünlüğünün değil failin kusurunun kast ya da taksir derecesi ve doğrudan ya da dolaylı olması durumu olduğunu düşünüyoruz. Bir diğer tartışmalı nokta doktrinde zorunluluk hali bakımından iki durum arasında çelişki bulunduğu yönündeki savdır. Zorunluluk halinin meşru savunmadan farklı olarak tüm rastlantısal durumları da içine alarak önceden hesaplanması mümkün olmayan bir tarzı içermesi⁹⁷⁴ dolayısıyla bunun karşısında üçüncü kişi lehine zorunluluk hali kurumunun problematik keskinlikler içerdiği ve bireyin anayasal haklarının göz önünde bulundurularak olaylara uygulanması ve bunun bir kusurluluğu kaldıran hal olması gerektiği haklı olarak ileri sürülmektedir.⁹⁷⁵ Her ne kadar TCK açısından değer karşılaştırması yapma olanağı yoksa da son tahlilde en azından failin fiili ile tehlike arasındaki oranı belirleyebilmek açısından anayasal haklar bakımından yapılacak bir değerlendirme kanımızca kuralın belli durumlarda yumuşatılmasını da sağlayabilecektir. Özellikle tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu konusunda beliren bu durumda bireyin haklarına yapılacak kamusal müdahalelerde toplumun genelini ilgilendiren yeterli bir

⁹⁷³ KANGAL, Zeynel: A.g.e., s. 271; DEMİRBAŞ, Timur: A.g.e., s. 285.

⁹⁷⁴ Örnek Palazzo'dan alıntılanmıştır, PALAZZO, Francesco: A.g.e., Torino 2011, s. 417.

⁹⁷⁵ CARACCIOLI, Ivo: *Manuale Di Diritto Penale Parte Generale*, Torino 2005, s. 414.

nedenin olup olmadığına bakılmalıdır.⁹⁷⁶ Burada AY m. 13'deki sınırlama nedenlerine uygun davranılması gerekecektir. Ancak meydana gelecek bir değerler çatışması durumunda yaşam ve vücut bütünlüğü hakkının ayrılmaz bir parçası olan “kendi geleceğini belirleme hakkı” diğer değerlerden üstün tutulmalıdır. AY m. 17 f. 2 ise bireyin vücut bütünlüğüne dokunulmasını bu konuda tıbbi zorunluluk bulunmasına ve kanunda yazılı hallere bağlamıştır. Böylelikle bireyin özerkliği ve sahip olduğu seçim özgürlüğü karşısında *üçüncü kişi lehine zorunluluk hali kurumunun sınırlarının belirlenmesinin gereği açıktır. Özellikle tıp hukuku ile ilgili meselelerde beliren zorunluluk halinin etkisiyle işlenen fiilin hangi anda geri çevrilebileceği yani kurtarılan üçüncü kişinin bu fiile karşı karşı koyma fiili varsa bunun zamanlaması* İtalyan Ceza Hukuku'nun da temel problemlerinden biridir. Bu bir mahkumun açlık grevinin devamı yönündeki fiili olabileceği gibi, bir uyuşturucu bağımlısının kendini toplumdan soyutlama yönündeki isteği için bağımlılığını devam ettirmek istemesi de olabilir. Bu düzenlemenin temelleri “*bireyin onuru*” ve “*bireyin özgürlüğü*”dür. Tehlike karşısında kendine zarar vermeyi seçmek de bu konuda son noktayı koymaktadır. Burada kabul edilebilir olan kısım özel durumlar için bulunması gereken insani noktanın ötesinde bize devletin otoriter ve paternalist yanına yol verdiği durumdur. Ancak bazı durumlardaki kamusal gücün müdahalesinin kabulü zorunludur. Açlık grevi yapan tutukluların zorla beslenmesi buna örnek olarak verilebilir.⁹⁷⁷ Tehlikeye maruz kalan üçüncü kişinin hakkının korunması için bu kişinin rızasının bulunmasının gerekmeyeceği⁹⁷⁸ yönündeki

⁹⁷⁶ **ERMAN, Barış:** A.g.e., s. 72, 73, 76: Yine tıbbi müdahalelerin geneli üzerinde bir hukuka uygunluk nedeni yaratabilecek bu durum belirli bir tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlamaya tek başına yeterli olmayacaktır.

⁹⁷⁷ **PULITANO, Domenico:** A.g.e., Torino 2005, s. 316: Burada anlatılmak istenen otoriter bir tutumla rıza bulunmamasına rağmen yapılan fiili uygulamanın meşrulaştırılmaması gereğinin altını çizmektir. Ancak bazı durumlarda rıza hilafına olması gereken insani durum tercih edilebilecektir.

⁹⁷⁸ **KOCA-ÜZÜLMEZ:** A.g.e., Ankara 2008, s. 269.

belirleme ise kanımızca genel durumlar için geçerlidir ve rıza alınmaksızın müdahalede bulunulamayan tıbbi durumları kapsamaz. Yargıtay kararına konu olan bir olayda sanığın pencereden atlamak isteyen şahsı engellemek amacıyla üstüne atlayarak düşürmesi ve düşen kişinin başını komodine vurarak hayatını kaybettiği olayda *Yargıtay 765 Sayılı TCK'ya göre sanığın eyleminin tadbirsizlik olarak nitelendirilemeyeceğini belirterek sanığın kusurunun bulunmadığına karar vermiştir. Somut olay 5237 Sayılı TCK'ya göre yorumlandığında başkasının hayatını kurtarma eylemi üçüncü kişi lehine zorunluluk hali olarak nitelendirilebilecektir.*⁹⁷⁹ Masum birini kurtarmak için yapılan üçüncü şahısların müdahalesinde de tehlikenin nasıl ve neye göre belirleneceği ve hangi tür tehlikenin kişiye böyle bir görev yükleyeceği bir sorundur. Doktrinde tehlikenin farklı özellikteki kişilerin durumlarının dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Örneğin fiziki açıdan güçlü ve genç bir insanın fiziki bütünlüğüne verilen zarar ile sağlığı yerinde olmayan yaşlı birine verilecek zarar denk değildir.⁹⁸⁰ Üçüncü kişi lehine zorunluluk hali aynı anda tehlikede olan iki kişiden birini kurtarıken, bir diğerinin hayatını feda etme yetkisini bize vermemektedir.⁹⁸¹ *Üçüncü kişiyi kurtarmak adına diğer kişiye yapılan müdahalenin sınırının neye göre belirleneceği de yine belirsizlik taşımaktadır. Tıp hukukuna ilişkin örneklerde yaklaşımda bulunmak nispeten daha kolaydır. Örneğin yaralıyı hastaneye yetiştirmek için sokaktaki bir otomobilin kilidi açılarak yaralının hastaneye yetiştirilmesi kabul edilebilir bir durumdur. Ancak tıp hukuku paralelinde birinin hayatını kurtarmak için başka birinden zorla kan almak örneği için aynı yaklaşımla bakmak mümkün değildir. Benzeri bir diğer örnek kişinin zorlanarak üçüncü kişiyi kurtarmak için bir organını vermesinin kabul ettirilmesidir. Üçüncü*

⁹⁷⁹ TOPAÇ, Hami Tahir: *Türk Hukukunda Taksir*, Ankara 2013, s. 200, 201.

⁹⁸⁰ PALAZZO, Francesco: A.g.e., Torino 2011, s. 421.

⁹⁸¹ *Enciclopedia Del Diritto*: XXVII Varese 1958, s. 890, 891.

kişi lehine zorunluluk halinin söz konusu olduğu bu tip olaylara kişiselleştirilmiş bir açıdan örneğin bir tıp doktoru açısından bakılması yerinde olacaktır. Böylelikle yürürlükteki hukuk açısından net bir cevap vermek mümkün olabilecektir. İtalyan Anayasası'nın 32. Maddesi'nde, bu durum ile ilgili hiç kimsenin yasal olmayan bir şekilde bir diğer kimsenin hayatını kurtarmak zorunluluğunda olmadığı ifade edilmekte⁹⁸² ve bu konudaki ölçütün yasal düzenleme ile olması gerektiğine atıf yapılmaktadır. Anayasamızın 17. Maddesi ise *kişinin vücut bütünlüğüne dokunulmasını ancak tıbbi zorunluluk durumuna ve kanunda yazılı hallere bağlamıştır.*⁹⁸³

Eğer tehlike altındaki kişi ile kurtarıcı arasında bir irade uyumsuzluğu varsa burada kurtaranın fiilinin haklılığı üçüncü kişinin hak üzerinde tasarruf yetkisinin olup olmamasına göre değişmektedir. Bu durum meşru savunmadaki benzer bir çözümü de akla getirmektedir. Ancak bazı durumlar salt tasarruf yetkisiyle çözülememektedir. Yine tasarruf yetkisi olan hakkın içeriğinin önem derecesi de bu durumun haklı olarak değerlendirilip değerlendirilmemesinde etkilidir.⁹⁸⁴ Buna verilebilecek en sık karşılaşılan örnekler ötenazi ve açlık grevine zorunlu müdahaledir. Ötenazi konusunda söz konusu müdahalede bulunan hekimin üçüncü kişi lehine zorunluluk halinden yararlanacağı kabul edilmektedir. Buradaki yaklaşım hastanın yaşamının kısılmasının hastanın çektiği katlanılamayacak düzeyde ağır acı ve ızdıraplara tercih edilmesidir. Bu konuda bazı hukukçular öldürme kastının yokluğuna bazıları izin verilen risk ilkesine dayanırken baskın görüş bir hukuka uygunluk sebebi olarak zorunluluk halinin koşullarının gerçekleşmesidir. Alman

⁹⁸² **Enciclopedia Del Diritto:** XXVII Varese 1958, s. 890, 891.

⁹⁸³ Üçüncü kişi lehine zorunluluk halinden faydalanan şahsın hukuki sorumluluğu BK 410 ve devamında düzenlenen vekaletsiz iş görme hükümlerine göre belirlenir.

⁹⁸⁴ **Enciclopedia Del Diritto:** XXVII Varese 1958, s. 891.

Ceza Hukukunda 34. Madde bağlamında hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali olarak değerlendirilen bu müdahalelerde onurlu ve acı çekmeksizin bir ölüm yani ötenazi hastanın rızası veya varsayılan rızasına göre daha uzun bir yaşamdan üstün tutulmaktadır.⁹⁸⁵

Üçüncü kişi lehine zorunluluk halinin ayrı bir hukuki kurum mu yoksa zorunluluk halinin ardılı durumunda ya da ona bağlı bir kurum mu olduğunu tespit edebilmek için onun dayandığı hukuki niteliğe bakmak gerekmektedir. Bu bağlamda üçüncü kişi lehine fiil suçun kusurluluk ögesi ile mi, yoksa hukuka aykırılık ögesi ile mi ilişkilidir? Doktrinde zorunluluk hali ile üçüncü kişi lehine zorunluluk halini aynı hukuki temele bağlamaya çalışma çabasının gereksiz bir zorlama olduğu ifade edilmektedir.⁹⁸⁶ Zorunluluk hali bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiğinde, zarar gören üçüncü kişinin kendine yönelik fiile karşı gösterdiği savunma hareketi, meşru savunma kapsamında görülmeyecek bu durumda yine zorunluluk hali dikkate alınacaktır. Fakat zorunluluk hali bir kusurluluğu kaldıran hal olarak görüldüğünde üçüncü kişi meşru savunmadan yararlanabilecektir.⁹⁸⁷ Üçüncü kişiyi kurtarma değerlendirmesini yapmak ve değerlendirmenin salt öznel ya da nesnel olarak nitelendirilebilmesi için değerlendirmenin hareket noktasını belirlemek gerekmektedir. Yalnızca “zorunlu kılınmış fiilden” hareket eden bir niteleme nesnel bir değerlendirmeyi zorunlu kılarken, yalnızca “fail” açısından yapılacak bir niteleme öznel bir değerlendirmeyi sonuçlar.⁹⁸⁸ Bunlara ek olarak “zorunluluk halinin etkisiyle işlenen fiil ve failin” birlikte düşünüldüğü bir değerlendirme hem öznel hem de nesnel bir değerlendirmeyi gerektirir. Bizim tercihimiz de bu yöndedir. Yine bu

⁹⁸⁵ NUHOĞLU, Ayşe: “Tıp Ceza Hukukunun...”, A.g.m., s. 60.

⁹⁸⁶ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.m., (III. Kişiyi Kurtarma), s.125.

⁹⁸⁷ MAHMUTOĞLU, Fatih Selami: “5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Hukuka Uygunluk Nedenleri”, *Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi*, Yıl:2 Sayı:5 Nisan: 2005, s.51.

⁹⁸⁸ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.m., “III. K.K.”, s.123.

konuda hukuki temellendirmenin yapıldığı teorilerden hangisinin seçildiği de öznel ve nesnel eğilimi belirleyecektir. Buna göre; üçüncü kişi lehine zorunluluk halini istenemezlik ilkesi ile yapılandırmak mümkün olduğu gibi, çatışma kuramı ile de yapılandırmak mümkündür. TCK sistemi açısından düşünüldüğünde makul ve tutarlı gelen “çatışma kuramı”dır. Burada kastettiğimiz TCK sistemi içinde yapılandırılmayan bir çatışma kuramından ziyade üçüncü kişiyi kurtarmada çatışmakta olan fail, üçüncü kişinin menfaati ile tehlikeye sebep olan karşı taraftır. Kanımızca fail ile üçüncü kişinin menfaatleri eşitlenmiş durumdadır ve fail üçüncü kişinin yerine hareket etmektedir. Bu yetkisini de TCK m. 25 f. 2 ile m. 98’deki yapılanmalardan almaktadır. Burada tartışılması gereken zorunluluk halinin etkisiyle işlenen fiilin meşruiyetinin kabulüdür. Hafizoğulları, bu fiilin meşru ve mazur görülmesinin onun suç teorisindeki yeri ile aynı olmadığını haklı olarak belirtmektedir. Zorunluluk halinin etkisiyle işlenen fiilin meşruiyeti TCK m. 25 f. 2’den kaynaklanmaktadır. Yine burada fiilin suç teorisindeki yeri tespit edilirken tercih ettiğimiz yapılanma fail ve fiilin birlikte değerlendirildiği bir yapılanmadır. Bu da bizi yine başladığımız yere “çatışma kuramına” götürecektir. Zorunluluk hali bakımından tehlike olgusunun tanımlanmasına yol açabilecek değerler üçüncü kişi açısından da söz konusudur. Ancak bir başkası lehine ortak değerlerden hareketle kurtarma hareketine girildiğinde kendini koruma içgüdüğü fikrinin zorunluluk halinin en azından bu kısmını yapılandırmada yetersiz kaldığı da kabul edilmelidir.⁹⁸⁹ İstenemezlik kuramı ise zorunluluk halini açıklamakla birlikte üçüncü kişi lehine zorunluluk halini açıklayamamaktadır.⁹⁹⁰ Bunun nedeni kişiden bulunduğu ağır şartlar altında istenebilen hareketin, üçüncü kişi bakımından istenememesidir.

⁹⁸⁹ RAMACCI, Fabrizio: *Corso Di Diritto Penale*, Torino 2007, s. 329.

⁹⁹⁰ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.m., “III. K. K.”, s. 111.

Çatışma kuramındaki karşılaşma, müdafaa edilen menfaatle zarar verilen menfaate ilişkin olduğu için üçüncü kişi lehine zorunluluk halinin yapılandırılmasında kullanılabilir. Burada temel fikir üstün değerdeki menfaati korumak için aşağı değerdeki menfaatin feda edilmesi ise de bizce değerlerin karşılaşmasında asıl belirleyici olan faile ya da üçüncü kişiye ilişkin değerler değil, *fiil ile hukuk düzeni arasındaki çatışma fikridir*. Üçüncü kişi lehine zorunluluk hali kurumunun hukuka uygunluğu, yine kurtarma fiilinde bulunan fail açısından değerlendirileceğinden “çatışma kuramı” kurumu temellendirmekte kullanılabilecektir. Kuram bir menfaatler çatışması olarak ele alınırsa toplumsal hayatı düzenleyen normlarla bireysel menfaatlerin çatışması varsayımı altında üçüncü kişi lehine zorunluluk hali için fail açısından ele alabileceğimiz bireysel menfaatin yapılandırılması gerekecektir. Fail niçin kurtarma davranışında bulunmaktadır? Buna verilecek ilk müspet cevap “insan olma güdüsüdür.” İnsanda tanımadığı bir insanı kurtarma ancak “yardım güdüsü” ile açıklanabilir ki bu kurtarma güdüsü bazı hayvanlarda da görülebilmektedir. Türk Ceza Kanunu açısından 98. madde⁹⁹¹ sorumuza ikinci müspet cevabı verebilecek niteliktedir. Zira üçüncü kişiye yardım yükümlülüğü faile “hal ve koşulların elverdiği yardım” olarak yüklenmiştir. Yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda “yaptırım” öngörülmektedir. Dolayısı ile menfaatler çatışması kuramındaki failin bireysel menfaatinin yapılandırılması da TCK açısından karşılığını bulmaktadır. Burada asıl tartışılması gereken, zorunluluk halini gerçekleştiren failin bunu üçüncü kişi bakımından

⁹⁹¹ YALVAÇ, Gürsel: *Karşılaştırmalı Gerekçeli TCK Ankara 2008*, TCK m. 98 “Yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen ya da durumu derhal ilgili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.” Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilememesi dolayısıyla kişinin ölmesi durumunda, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

gerçekleştirdiğinde *normun dışında olup olmadığıdır*. Mevcut zorunluluk haline dışarıdan müdahale eden fail zorunluluk halinde bir kimseyi kurtarmak için fiili işlemektedir.⁹⁹² Aslında bu fail norm içinde tanımlandığından kendisine norm tarafından bir yetki bahşedilmiş olan ve normun içinde bulunan faildir. Bunu TCK m. 25 f. 2 yapılanması içinde olduğunu söylemek mümkündür. Yine bu tartışma TCK m. 98 açısından da karşılığını bulduğunu belirtmiştik. Üçüncü kişiyi kurtarmaya cevaz vermiş olan TCK m. 25 f. 2, TCK m. 98 ile birlikte düşünüldüğünde fail norm içindedir. Normda tanımlanmış ifadeyi yorum yolu ile aşmak bizce şekli kanunilik ilkesinin kabul edildiği bir hukuk düzeninde mümkün değildir. Çatışma kuramı yalnızca çatışmanın çözümü ile ilgili olup, çatışmayı ortaya koyan sebebin niteliği ile ilgili değildir.⁹⁹³ “Nitelik” yönüne farklı bir yaklaşım bunun izin verilen risk ilkesiyle bağdaştırılması fikridir. Doktrinde bir görüş üçüncü kişi lehine zorunluluk hali durumunda olayla ilgisi olmayan masum bir kişiye karşı bir fiil işlendiği ve fail tarafından yapılan hareket de tehlikede bulunan üçüncü kişi üzerinde sonuçlandığı için, bu durumu zorunluluk hali, kastın yokluğu veya hareketin tipik olmadığı durumlarla açıklamak yerine “izin verilen risk kavramı” ile açıklamanın uygun olduğu düşünülmektedir.⁹⁹⁴ Hekimin rıza hilafına müdahale etmesi halinin izin verilen risk dolayısıyla suçun manevi unsurunun oluşmadığı ve hukuka uygun olduğu belirtilmektedir.⁹⁹⁵ Kuşkusuz anılan bu durumun asıl dayanağı

⁹⁹² HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.m., “III. K.K.”, s.111.

⁹⁹³ MOLARI, Alfredo: A.g.e., s. 62.

⁹⁹⁴ DEMİRBAŞ, Timur: A.g.e., s. 289.

⁹⁹⁵ NUHOĞLU, Ayşe: “Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları”, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart 2008 Ankara, s. 52, 53: İsviçre’de Ölümcül veya Ağır Yaralı Hastalara İlişkin Tıbbi Yardım Konusundaki Tıbbi Etik Yönerge’de bilinci kapalı hastanın bilinci açıkken belirtmiş olduğu iradesinin bağlayıcı olduğu hüküm altına alınmıştır. Alman Hukukunda ise Alman Tabipler Birliği’nin Ötenazi Yönergesi’ne göre; tıbbi müdahale ve tedaviye ilişkin vasiyetname somut tedavi durumuyla ilgili ise hastanın artık vasiyetnamenin geçerli olmadığına ilişkin hiçbir koşul öngörmemekte ve bağlayıcı olduğu kabul edilmektedir. Ancak yine Alman Hukuku’nda vasiyetnamenin mutlak bağlayıcılığına karşı çıkmıştır.

faili varsayılan rızayı değerlendirmeye ya da izin verilen riski değerlendirmeye iten şey zorunluluk ve üçüncü kişi lehine zorunluluk halinin şartlarıdır.

Üçüncü kişi lehine kurtarma fiilinin bazı durumlarda faile ihmali açıdan bir sorumluluk yükleyip yüklediği tartışması ise kurtarma fiilinin bir görev olarak müdahalede bulunma yükümü yükleyip yüklediği düşüncesi etrafında şekillenecek bir tartışmadır.⁹⁹⁶ Örneğin hastanın bilincinin kapalı olduğu ve yakınlarının rızasının alınmasına zaman bulunmadığı durumlarda hekimin yaptığı müdahalenin varsayılan rıza ve zorunluluk hali dolayısı ile hukuka uygun olacağı düşünülmektedir.⁹⁹⁷ Görev bağlamında değerlendirilmekle birlikte zorunluluk hali açısından dikkati çeken bir diğer tartışma hekimin tedavi ve tıbbi müdahale konusunda hastasını aydınlatması ve bu konuda hastanın rızasını⁹⁹⁸ alma yükümlülüğüdür. Ancak bu aydınlatma hasta üzerinde olumsuz bir etki yapacak ve hastanın tedaviyi reddetmesine yol açacaksa aydınlatma yükümlülüğünün üçüncü kişi lehine sınırlandırılabilmesi de belirtilmektedir.⁹⁹⁹ Hayat kurtarmak için

⁹⁹⁶ **HAKERİ, Hakan:** “İhmali Suçlar”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:2, Sayı:3, Nisan 2007, s. 167: “İhmali bir hareket emredilen bir hareketin mümkün olması halinde hukuka aykırıdır. Bu bakımdan hareket etme kararı vermenin hukuken mümkün olması şart değildir. Her ne kadar kişi kendi hareketiyle kurtarıcı hareketi yapamaz ise de soyut yetenek başkalarının devreye sokulabileceği hallerde var kabul edilir. Örneğin yüzme bilmeyen bir kişi yardım isteyebiliyor ve yüzme bilenleri getirebiliyorsa bu soyut yetenek mevcuttur. Yine birden fazla hareket kurtarma bakımından alternatif olarak elverişli ise, birden fazla soyut yetenek mevcuttur. Bir evdeki yangında genişlemesini bizzat önlemek suretiyle veya ev sahibinin ya da itfaiyenin uyarılması yoluyla mücadele edilebilir. Bu bakımdan bir ihmalden bahsedebilmek için alternatif olarak mümkün olan bütün hareketlerin yapılmaması gerekir.”; “Dovere di soccorso”; burada yasal olarak üçüncü kişi lehine getirilmiş ve oldukça genel bir bakış açısını yansıtan yardım zorunluluğu bulunmaktadır. Bu belirlenmiş hukuki konumdaki yardım yükümlülüğü dışında üçüncü şahıslara aktif müdahale dikkate alınmamaktadır. “Dovere di giuridico” görev dolayısı ile zorunluluk olup İtalyan Ceza Kanunu’nun 54. Maddesi’nde düzenlenmiştir: **RAMACCI, Fabrizio:** A.g.e., Torino 2007, s. 333; **NUVOLONE, Pietro: Il Sistema Del Diritto Penale**, Padova 1982, s. 214.

⁹⁹⁷ **NUHOĞLU, Ayşe:** A.g.m., “Tıp Ceza..”, s. 53.

⁹⁹⁸ “Tıbbi müdahaleleri hukuka uygun hale getiren nedenin kişinin rızası olduğu görüşü Alman Ceza Hukuku uygulama ve doktrininde neredeyse tartışmasız olarak kabul edilmektedir. Kendi geleceğini belirleme hakkına sahip olan özgür ve onurlu birey bedeni üzerinde gerçekleştirilecek tıbbi müdahalelere rıza gösterebilir”: **EKİCİ ŞAHİN, Meral:** A.g.e., Ankara 2012, s. 307.

⁹⁹⁹ Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 19. maddesinde de bu durum farklı bir şekilde ifade edilmektedir. <http://www.saglik.gov.tr/TR/dosya/1-15943/h/hastahaklariyonetmeli.pdf>, Erişim Tarihi 18.07.2013. Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 19. maddesi şu şekildedir: Madde 19- Hastanın manevi yapısı üzerinde

aydınlatma yükümlülüğünün sınırlandırılması için haklı sebepleri olan hekim bu nedenle yapmadığı aydınlatmadan sorumlu olmamalıdır. Bu durumda da üçüncü kişi lehine zorunluluk hali uygulanarak hekimin cezalandırılmaması gerekir. Hatta istisnai hallerde zorunluluk halinin unsurları oluşmuş ise insan üzerinde deneme gerçekleştirilebileceği belirtilmektedir. Hekimin tüm standart yöntemleri denemiş olmasına karşın hastanın iyileşmemesi üzerine hayati tehlikenin baş göstermiş olduğu ve ilgilinin bilgilenme hakkından vazgeçtiği durumlarda bilgilendirme olmaksızın ve son çare olarak hasta üzerinde deneysel bir yöntem denenebilecektir. Burada hukuka uygunluğu sağlayan hususun hastanın bilgilenme hakkından vazgeçmesi değil, zorunluluk halinin koşullarının oluşması olduğu ifade edilmektedir.¹⁰⁰⁰ Bu durum, varsayılan rızanın koşullarının oluştuğu durumda mümkündür. Hekimin ani gelişen ve rızanın alınamayacağı durumlardaki müdahalesi zorunluluk hali koşulları kapsamında değerlendirilebilir.¹⁰⁰¹ Ancak insan üzerinde

fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir. Hastaya veya yakınlarına, hastanın sağlık durumu hakkında bilgi verilip verilmemesi, yukarıdaki fıkrada belirtilen şartlar çerçevesinde tabibinin takdirine bağlıdır. Tedavisi olmayan bir teşhis, ancak bir tabip tarafından ve tam bir ihtiyat içinde hastaya hissettirilebilir veya bildirilebilir. Hastanın aksi yönde bir talebinin bulunmaması veya açıklanacağı şahsın önceden belirlenmemesi halinde, böyle bir teşhis ailesine bildirilir.

¹⁰⁰⁰ **AYGÜN EŞİTLİ, Ezgi:** A.g.e., Ankara 2012, s. 78, 79.

¹⁰⁰¹ Doktrinde bir görüş tıbbi müdahalelerin hukuka uygun kabul edilmesinin nedenini zorunluluk halinin bulunması ile açıklamaktadır. Zorunluluk halini esas alan görüşe göre tıbbi müdahalede bulunan hekim hastanın yaşamını kurtarmak ve onu tedavi etmek için hareket ettiğinden tıbbi müdahaleleri zorunluluk hali içinde ele almak gerektiğini ileri sürmektedir: **EKİCİ ŞAHİN, Meral:** A.g.e., s. 308, 309. Ancak kanımızca ihlal edilen somut suç açısından salt saikin hukuka uygun olmasının suç kastı üzerinde doğrudan etkisinin bulunmaması gerekir. Saik failin harekete geçmesine yol açan sebeptir ve ceza hukuku buna bir sonuç bağlamamıştır. Dolayısı ile doktorun miğde ameliyatı sırasında gördüğü böbrekteki kist üzerine böbreğin birini alması yaralama suç tipi açısından önemli değildir. Ancak bizce her bir somut olay açısından değerlendirilmesi gereken saikin hekim açısından bir farklılık arz ettiği. Örneğin kan gütme saiki ile harekete geçen fail kız kardeşini öldürdüğünde buradaki saik suç tipini gerçekleştirmeden önce failde bulunan ve kastın ön evresini oluşturan ve bunun etkisi ile kasta hizmet eden bir yapıdadır. Ancak hekimin durumundaki saik hastanın hayatını kurtarmaktır ve bu yönde müdahalede bulunmaktadır. Hekimin hastanın hayatına son verme kastı yoktur. Bu nedenle rıza oluşmadan yapılmış ani bir müdahalenin yarattığı suç tipine ilişkin manevi unsurun somut olaya göre değerlendirilmesi gerekmektedir; **NUHOĞLU, Ayşe:** “Tıp Ceza Hukukunda Zaruret Halinin Sınırları”, **V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 28 Şubat-1 Mart 2008 Ankara, s. 67, Ankara 2008; Yazar bu durumda hastanın aydınlatılmış onamının bir başka deyişle rızasının alınmasından sonra müdahalenin

deneme ve deney insan hayatı üzerinde öngörülemeyen birtakım sonuçları da içinde barındırmaktadır. Varsayılan rıza üzerine yapılan tartışmalardan biri de onu izin verilen risk kurumuna dayandırılarak yapılandırılmaktadır. Bu durumda gerçek rızaya ulaşılamayan durumlarda hak sahibinin rızasının beklenmesinin yol açacağı risk ile hak sahibinin iradesine aykırı davranmaktan doğacak riskin tartılarak en lehine olanın seçilmesi gerektiği belirtilmektedir.¹⁰⁰² İnsan üzerinde deney ve deneme niteliğindeki durumların ise adı üstünde doğuracağı risk öngörülememektedir. Belirsiz bir durumda bu değerlerin değerlendirilmesi yapılamayacaktır. Tıbbi müdahalede böyle bir durumda varsayılan rıza ile müdahale zorunluluk halinin koşulları ile birlikte değerlendirildiğinde bizce salt zorunluluk halinin koşullarının bulunması işlemi hukuka uygun hale getiremeyecektir. Zira TCK'nın 90. maddesi bu bağlamda rıza şartını yeterli görmeyerek sağlam kişilerde dahi deneyin hukuka uygun yapıldığının kabul edilmesinde yedi bent halinde sıralanan şartların tamamının yerine getirilmesini aramıştır.¹⁰⁰³ Doktrinde de bu

yapılabileceğini ancak ölüm tehlikesinin bulunduğu durumlarda yaşam hakkının söz konusu olmasından dolayı hekimin müdahalesinin üçüncü kişi lehine zorunluluk hali uyarınca hukuka uygun olduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Hatta hastanın bu yönde daha önce düzenlenmiş bir vasiyetnamesi olsa dahi bunun mutlak bağlayıcılığının kabul edilmemesi ve bu konunun hekimin takdirine bırakılması gerektiğini ifade etmektedir. Hekimin de bu konuda hastanın menfaatlerini düşünmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bizce tıbbi müdahaleler de kendi arasında birçok bransa ayrıldığı için ani ve tek seferlik tıbbi müdahaleler açısından insan yaşamının kutsallığı ilkesi uyarınca hekimin bu tip bir yaklaşımı kabul edilebilirse de iyileşmenin bir süreç ve bu sürecin içinde de bir sürü tıbbi müdahalenin gerektiği durumlarda hastanın açık rızası olmaksızın böyle bir müdahalede bulunulamayacağı kanısındayız.

¹⁰⁰² **ERMAN, Barış:** A.g.e., Ankara 2003, s. 148, 149.

¹⁰⁰³ **BARTOLI, Roberto: Responsabilit  Penale e Rischio Nelle Attivit  Mediche e D'Impresa,** "Paradigmi Giurisprudenziali Della Responsabilit  Medica", Firenze 2010 (Firenze University Press), s. 76: Tıbbi müdahale niteliği ve yapısından kaynaklanan sebepler nedeniyle oldukça karmaşık ve kişiselleştirilmesi zor olan bir alandır. Bu ilişkinin doktrinde bir yaklaşım olarak dört büyük kategoriye ayrılarak incelenebileceği ifade edilmektedir. Hekim ile hasta arasındaki ilişki ve bu ilişkinin aniden değişebileceği durumlar, hekimler ile hastaların sahip oldukları ilişkiye ilişkin bilimsel nedenler, felsefi boyutu, ceza hukuku ile yakın ilişkisi olan yönü. Hekim ile hasta arasındaki ilişkide hastanın hekime direkt olarak rızasının bulunup bulunmadığını bildirmesi, hastanın zayıf olduğu durumlar ki burada patolojik bir durum yaratacak bir tehlike söz konusu olmayıp hastanın acı çektiği ve bu durumu doktor eli ile sonlandırmak istediği durumlar burada hekimin bilimsel verilerle bunu çözmesi gerekmektedir. Bir diğer durum ise hekimin bizzat kendi tarafından bu ilişkide karar verebileceği durumlardır (paternalistico).

konuda hastanın bilincinin yerinde olmaması sebebi ile hasta yakınının rızası alınmaksızın doktoru tarafından acil olarak uygulanan denenmemiş bir tedavi yönteminin uygulanmasının TCK'nın 90 maddesini ihlal edeceği görüşü savunulmaktadır.¹⁰⁰⁴ Ancak tedaviden olumlu sonuç elde edilirse, üçüncü kişi lehine zorunluluk hali kapsamında hukuka uygun kabul edilecektir. Kurtarılan üçüncü kişinin bu duruma rıza göstermesi şart değildir. Bu durumda zorunluluk halinden yararlanan kişinin hukuki olarak vekaletsiz iş görme hükümlerine göre sorumlu olacağı düşünülmektedir.¹⁰⁰⁵ Ancak kendi içinde özellik gösteren tıbbi müdahaleler bakımından bu görüş savunulamaz niteliktedir. Nitekim Alman Federal Mahkemesi de tıbbi müdahalelerin tipik olduğu ve geçerli rızaya dayanmayan tıbbi müdahalelerin hukuka aykırı olacağı, varsayılan rızanın zorunluluk halinin bir türü olmadığı görüşünü benimsemiştir.¹⁰⁰⁶ Varsayılan rızanın zorunluluk halinin bir türü olmadığı yönündeki görüş tarafımızca da tutarlı bulunmaktadır. Zira özellikle acil tıbbi müdahalelerde bir arada bulunabilen bu iki hukuka uygunluk nedeninin kendine özgü şartları vardır. Salt varsayılan rızanın bulunduğu ancak zorunluluk halinin şartlarının oluşmadığı bir durumun zorunluluk hali ile açıklanması teknik anlamda tutarlı değildir. Özellikle üçüncü kişi lehine yapılan müdahalelerde bunun yaratabileceği problem “ağır ve kaçınılmaz tehlike” kavramının çok geniş yorumlanarak kişilik haklarının önüne geçebilmesidir.¹⁰⁰⁷ Yine bu üçüncü kişi için

¹⁰⁰⁴ **ŞEN, Ersan:** “Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları”, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat- 1 Mart 2008 Ankara, TBBB Yay., Ankara 2008, s. 623.

¹⁰⁰⁵ **ÖZBEK ve Diğerleri:** A.g.e., s. 386.

¹⁰⁰⁶ Aktaran **EKİCİ ŞAHİN, Meral:** A.g.e., Ankara 2012, s. 233, 302.

¹⁰⁰⁷ Zorunluluk hali ile kişinin rızası hukuka uygunluk nedenlerinin aynı olayda uygulanması gerektiğinde zorunluluk halinin en son dikkate alınması gerektiği önemli olanın kişinin iradesi olduğu belirtilmektedir. Ancak yaşam hakkı kişinin üzerinde tasarruf edemeyeceği bir hak olarak kabul edildiğinde burada kişinin iradesinin dikkate alınmayabileceği belirtilmektedir: **EKİCİ ŞAHİN, Meral,** a.g.e., s. 232.

faille arasında akrabalık ilişkisi bulunması gerekmemektedir.¹⁰⁰⁸ Bu durumda getirilebilecek bir kısıt hekimin müdahalesi açısından sıkıntı yaratacak niteliktedir.

Anılan tüm bu nedenler dolayısı ile bu durum kanımızca kesinlikle zorunluluk halinden ayrılarak ayrı bir başlık altında ve hukuki niteliği kusurluluğu kaldıran hal olarak düzenlenmesi yerinde olacaktır.



¹⁰⁰⁸ ÖZBEK ve Diğerleri: A.g.e., s. 386.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ZORUNLULUK HALİNDE SINIRIN AŞILMASI VE HATA

I. ZORUNLULUK HALİNDE SINIRIN AŞILMASI

A. GENEL OLARAK

Hukuka uygunluk sebeplerinde failin fiilinin hukuka uygunluk sınırları içinde bulunmasını sağlayan sebeplerden biri kuşkusuz failin o anda içinde bulunduğu olgusal şartlardır. İçinde bulunulan hukuki kurumun özelliklerince belirlenen bu şartlar aşıldığında artık ne bir ödevin yerine getirilmesinden, ne de kanuni bir yetkinin kullanılmasından bahsedilebilecektir.¹⁰⁰⁹ “Zorunluluk halinde sınırın aşılması denildiğinde fail artık gerek kalmamasına rağmen fiiline devam etmekte veya zorunluluk halinin şartları ile orantılı olmayan bir fiili işlemektedir.”¹⁰¹⁰ Elbette “fiil kendisini hukuka uygun kılan gereklerle ölçülü olmalıdır.”¹⁰¹¹ Ancak belirtilmesi gerekir ki fail burada hatadan farklı olarak zorunluluk halinin şartlarının içindedir. Tanımda ifade edildiği üzere, sınırın aşılmasından tam olarak bahsedebilmek için bu yönde bir ölçülülük değerlendirmesi yapılmasının gerekliliğidir. Bu bağlamda, “ölçülülük genel anlamda hukuka uygunluk nedenlerinin tamamında geçerli olan bir ilke, ölçü şartı ise bu nedenlerin bünyesinde bulunan ve ona içkin olan şartlardır.”¹⁰¹² Hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarındaki bu aşılma, her somut olayda şartlar ve olayın gerçekleşme biçimi dikkate alınarak değerlendirilecektir.¹⁰¹³ *Sınırın aşılması durumunda, hukuka*

¹⁰⁰⁹ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: A.g.m., (Suçta Kanuni Unsurun) s. 210.

¹⁰¹⁰ TOROSLU, Nevzat: A.g.e, Ankara 1968, s. 161.

¹⁰¹¹ MAHMUTOĞLU, Fatih S.: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Hukuka Uygunluk Nedenleri”, *Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi*, Yıl: 2, Sayı 5, s. 57; ZAFER, Hamide: A.g.e., Ankara 2010, s. 243.

¹⁰¹² MAHMUTOĞLU, Fatih S.: A.g.m., s. 57; ZAFER, Hamide: A.g.e., Ankara 2010, s. 243; GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: A.g.m., “Suçta Kanuni Unsurun..”, s. 210.

¹⁰¹³ KOCA-ÜZÜLMEZ: A.g.m, “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması”, s. 48.

uygunluk sebebinin varlığı konusunda bir tartışma noktası bulunmamaktadır. Burada gerçekte var olan bir hukuka uygunluk nedeninin ölçüsü taşırılmıştır. Bununla ilgili olarak iki ihtimal akla gelebilir. Fail ya kullandığı araçlar dolayısı ile makul ve halin icap ettirdiği sınırlar içinde kalmış ve ölçüsüz hareket etmemiştir. Ancak istenmeden ortaya çıkan bir netice ile ölçülülük şartı ihlal edilmiştir ya da bilerek veya isteyerek ölçüsüz vasıta kullanılmıştır.¹⁰¹⁴ Asıl sorun “hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması durumunda failin bu aşan kısım bakımından hangi esaslar dahilinde sorumlu olacağıdır.”¹⁰¹⁵ İtalyan Ceza Kanunu’nda sınırın aşılması kurumunun yalnızca meşru savunma açısından değil, diğer hukuka uygunluk sebeplerine hatta özel hukuka uygunluk sebeplerine (*scriminanti speciali*) de uygulanabilen ortak bir maddede (İCK art. 55) düzenlendiği görülmektedir. Bu hukuka uygunluk sebeplerinin içinde zorunluluk hali de yer almakta ve sınırın aşılması için bir indirim öngörülmemektedir.¹⁰¹⁶

TCK m. 27 ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler terimi ile hukuka uygunluk nedenlerinden söz etmeden bu kavramı da içerecek şekilde sınırın taksirle aşılması durumunda ne yapılacağını düzenlemektedir.¹⁰¹⁷ Buna göre; ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde fiilin taksirle işlendiğinde de cezalandırılabilmesi gereği ile bu durumda taksirli suç için yazılı cezanın indirilerek hükmolunacağı belirtilmektedir. Mazur görülebilecek bir

¹⁰¹⁴ **GÖLCÜKLÜ, Feyyaz:** A.g.m., “Suçta Kanuni Unsurun..”, s. 211.

¹⁰¹⁵ **KOCA-ÜZÜLMEZ:** A.g.m., “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması”, s. 39.

¹⁰¹⁶ **MANTOVANI, Ferrando:** A.g.e., Padova 2007, s. 273: Yazar bu çıkarım için özel bir norm düzenleme gereksinimi olmaksızın İCK’nın 42, 43 ve 47. Maddelerinden de esasen böyle bir sonucun çıkarılabileceğini ifade etmektedir; <http://www.altalex.com/index.php?idnot=2205> (Erişim Tarihi 25.04.2014); Burada 51,52, 53 ve 54. Maddelerde tasvir edilen hukuka uygunluk sebeplerinin sınırını taksirle aşan faile fiil eğer taksirle işlendiğinde de cezalandırılabiliyorsa taksirli suça ilişkin hükümlerin uygulanacağından bahsedilmekte ve bu konuda Türk Ceza Kanunu’nun 27. Maddesinin birinci fıkrasında öngörülen indirim gibi bir düzenlemenin bulunmadığı dikkati çekmektedir.

¹⁰¹⁷ **BAYRAKTAR, Köksal:** A.g.m., s. 21: Bu durumda da Türk hukukunda uzun zamandır Yargıtay kararları ile belirlenen sınırın kasten aşılması durumunda cezanın TCK m. 50 uyarınca indirilmesi eğilimine son verilmektedir. Yeni düzenlemenin gerekçesinde çok genel bir belirleme ile sınırın kasten aşılmasının ceza indirimi ile karşılanamayacağı ortaya konulmaktadır.

korku heyecan ve telaş durumunda sınırın aşılması dolayısı ile ceza verilmemesi ise meşru savunma ile sınırlanmıştır. Gerekçede ise bu düzenlemenin ceza sorumluluğunu kaldıran tüm nedenlerde geçerli olduğu belirtilmiş iken maddenin birinci fıkrasında kullanılan “fiil” ifadesi ile gerekçedeki bunun bir saldırı sırasında sınırın aşılması olarak açıklanması çelişik bir durum oluşturmuştur. Bunun yanı sıra yine gerekçede maddenin ikinci fıkrasının hukuka uygunluk sebeplerini kapsayacak şekilde düzenlendiği ve heyecan korku ve telaşın sadece meşru savunmada söz konusu olabileceği dolayısıyla bunun da metnin başına eklenen meşru savunmada ibaresine yapılan bir açıklama olduğu cümlesi tam anlamı ile fikri bir çelişkidir.¹⁰¹⁸ Sınırın aşılmasının bu şekilde yalnızca meşru savunma durumunda mümkün olabileceğini ifade eden TCK m. 27 f. 2, İsviçre Ceza Kanunu m. 33 f. 2 ile büyük bir benzerlik taşımaktadır. Ancak; heyecan, korku ve telaşın saldırının etkisi ile meydana gelmesi hali İsviçre Ceza Kanunu’nda özel olarak aranmaktadır.¹⁰¹⁹ Bunlar gibi psişik faktörler esasını tehlike kavramından alan ve failin bunlardan etkilenmesi anlamında aslında zorunluluk hali için de pek tabii olarak karşılaşılabilecek dahası insan psikolojisinin doğasında olan olgulardır.¹⁰²⁰ *Bu tabii sürecin etkisi altında insanın karar ve davranış süreçlerinde heyecan, korku ve telaş dolayısı ile bazı değişikliklerin görülmesi ise yalnızca meşru savunmaya özgülenemeyecek kadar olağan psişik durumlardır.* Bu duruma normatif önermelerin işlevleri açısından yaklaşıldığında burada *kişiye yöneltilebilecek bir kınama yargısının olmadığı* ve

¹⁰¹⁸ **Türk Ceza Hukuku Mevzuatı:** Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Ankara 2013, s. 180, 181.

¹⁰¹⁹ **BAYRAKTAR, Köksal:** “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Hukuka Uygunluk Nedenleri”, Erdoğan Teziç’e Armağan, İstanbul 2007, s. 22.

¹⁰²⁰ Birey başa çıkamayacağı bir durumla karşı karşıya kaldığında bu organizmada stres yaratır ve kanına kortizol hormonu salgır: <http://tr.wikipedia.org/wiki/Kortizol>, Erişim Tarihi, 17.06.2013

failin bu sebeplerle söz konusu fiili gerçekleştirmesinin alternatifi olan “daha doğru” bir fiilin olmadığı da görülecektir.¹⁰²¹

TCK m. 27’de sınırın aşılması halinde, yalnızca cezanın indirilme şekli belirtilerek, sınırın ne şekilde aşılabacağına ilişkin bir açıklığa ise yer verilmemiştir.”¹⁰²² Maddenin bu içkin şartlar konusunda 765 Sayılı TCK m. 50’de ifade edildiği “kanunun, selahiyettar makamın ya da zaruretin tayin ettiği hudut” gibi dolaylı olarak dahi bir belirlemeye gitmenin tercih edilmediği görülmektedir. Bu konudaki bir belirlemede, hukuka uygunluk sebeplerinde *görev, savunma ya da korunmanın sınırı aşıldığında bunun bir sınır aşımı olacağı ve sınır aşıldığı oranda fiilin hukuka aykırı olacağı ifade edilmektedir.*¹⁰²³ Buna göre Yargıtay sınırın araçta aşılmasını sınırın aşılması olarak değerlendirmekte ise de sınırın aşımını salt araçla sınırlandırmak eksik bir değerlendirme olacaktır. Zira aslında sınırın aşılması daha geniş olarak tanımlanmalıdır. Buna göre; “bir hukuka uygunluk sebebinin şartlarının mevcut olmasına rağmen failin içine sürüklendiği *şaşkınlık, korku veya panik gibi istisnai bir psikolojik durumun sonucu olarak kullanılacak aracın seçimi, kullanılış tarzı, oranı ya da zamanlaması ile ilgili olarak*”¹⁰²⁴ gösterilmesi gereken savunma ya da korunma hareketinin sınırlarının aşılması “**sınırın aşımı**” olarak nitelenmektedir. Yargıtay aynı zamanda; failin karşılaştığı koşullarla ölçülü olmayan araçlarla fiili icra etmesi; yani aracın ölçsüzlüğü failin o an içinde bulunduğu durum da gözetilerek değerlendirilmesi ve bu durumda sınırın aşılmasına ilişkin hükmün uygulanması gerektiğini düşünmektedir.¹⁰²⁵ *Sınırın aşılması böylelikle oranda,*

¹⁰²¹ Aktaran KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür: A.g.e., s. 78.

¹⁰²² KOCA-ÜZÜLMEZ: A.g.m., “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması”, s. 39.

¹⁰²³ ÖZEN, Muharrem: A.g.e., Ankara 1995, s. 156.

¹⁰²⁴ DEMİRBAŞ, Timur: “Türk Ceza Kanunu’nda Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması”, Hayri Domaniç’e Armağan, İstanbul 1995, s. 281.

¹⁰²⁵ CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT: A.g.e., İstanbul 2008, s. 340: Örnek olayda meşru savunma için maktülün sanığı anormal cinsel ilişkiye zorlaması karşısında sanığın maktülün elindeki bıçağı alarak

amaçta ve zamanda aşılma olarak gerçekleşebilmektedir. Konumuz açısından cevaplanması gereken en temel soru, *hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması durumunda aşılan kısım bakımından failin hangi şartlar altında sorumlu olacağı ve hangi noktadan itibaren sınırın aşılmış olduğunu belirlemenin arz ettiği güçlüktür. Özellikle sınırın aşılması halinde artık bir hukuka uygunluk sebebinden söz edilemeyeceğinden bu hareketlerin haksız saldırı olarak değerlendirileceği ve bu hareketlere karşı meşru savunma hükümlerini uygulamanın mümkün olduğu*¹⁰²⁶ da belirtilmektedir. Yine bu bağlamda, sınırın aşılması ile bir tehlikeye yol açılmışsa üçüncü kişi açısından şartları dahilinde zorunluluk hali de düşünülebilecektir. Bu bakımdan sınırın aşılmasını temel olarak iki başlık altında incelemek işlevsel olacaktır. Bunlardan ilki *oranda-amaçta sınırın aşılması*, diğeri ise *zamanda sınırın aşılmasıdır*.¹⁰²⁷ “Oran” sınırın aşılması konusundaki meşruiyeti sağlamaya tek başına

onu etkisiz hale getirmekle yetinmeyip bıçağı maktüle üç kez saplamasını sınırın aşımı olarak nitelemiştir. Ancak olayın harareti ile aslında mağdur olan kişinin korunma fiilinin sınırını içinde bulunduğu ruhi durumun etkisiyle milim milim tespit etmesi oldukça zordur. Bu konuda Yargıtay’a katılmıyoruz. Bize göre; sanığın hareketi çok ciddi oranda korunma tepkisinin dışına çıkmış ise sınır aşılmış sayılabilir. Örneğin sanığın 10 kez bıçak sallaması.

¹⁰²⁶ **TANER, Fahri Gökçen:** A.g.m., s. 238.

¹⁰²⁷ **DEMİRBAŞ, Timur:** “Türk Ceza Kanunu’nda Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması”, **Hayri Domaniç’e Armağan**, İstanbul 1995, s. 280: Sınırın aşımında ölçüyü değerlendirmek için Yargıtayın verdiği bir kararda, Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 2011/1-436 , 2012/190, 2011/59127: “Görgü tanığı bulunmayan olay, sanığın aksi kanıtlanamayan savunmasına göre ışıkları yanmakta olan bir okulun ve evlerin yakınında ve yol üzerinde meydana gelmiştir. Olay yerinin özellikleri de göz önüne alındığında, sanığın üzerinde taşıdığı bıçağı göstermesi ya da bir veya birkaç bıçak darbesi ile kurtulma olanağını değerlendirip, bu yollardan birisine başvurması gerekirken, kolunu tuttuğu sırada pantolonu ayaklarına düşmüş vaziyette bulunan, yürüyemeyen, geriye doğru gitmekte olan ve başka bir saldırıda da bulunmayan mağdura, *üçü yaşamsal tehlikeye neden olacak ve basit bir tıbbi müdahale ile giderilemeyecek nitelikte yaralanmayla sonuçlanan onbir bıçak darbesi vurması karşısında*, eylemlerini haksız tahrik altında gerçekleştirdiği ve eylemin saldırı ve savunmaya ilişkin diğer koşulları taşımasına karşın, sanığın gece yarısı, kendisinden otuz yaş büyük olan, fiziksel olarak güçlü olduğunu ve aralarında herhangi bir dostluk bulunmadığını beyan ettiği mağdurla, herhangi bir korku veya endişeye kapılmadan dışarı çıkması ve şehrin تنها bir bölgesine gitmesi ile kendisine yönelen, yalnızca sözde kalan ve devam etmeyen bir saldırı karşısındaki eylemlerinde; “gerçekleştirilen savunma hareketinin, maruz kalınan saldırıyı defedecek ölçüde olması” diğer bir anlatımla “saldırı ile savunma arasında oran bulunması” ve “sınırın aşılmasının mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmesi” koşulları gerçekleşmediğinden, meşru savunma ya da meşru savunmada sınırın aşılması şartlarının oluştuğundan söz edilemez. Zira mağdurun, ırza yönelik olan, yalnızca sözde kalan ve devam da etmeyen saldırısı karşısında, sanığın savunma hakkının doğduğunun kabul edilmesi gerekmekte ise de; sanığın, vücudunun ölümcül bölgelerine vurmak suretiyle mağduru yaşamsal tehlike oluşturacak şekilde yaralaması eyleminde “savunma ile saldırı

yeterli olmasa da bunu büyük ölçüde sağlamaktadır. Burada ayırt edilmesi gereken nokta, *hukuka mefruz uygunluk hallerinde* sınırın aşılmasından bahsetmenin mümkün olup olmayacağıdır. Fail bu durumda mevcut bulunmayan şartları var sayarak bu şartlar karşısında kendine göre ölçülü davranmıştır. Ancak bu hukuka uygunluk kapsamında değil, kusurluluğu etkileyen subjektif sebepler kapsamında ele alınması gereken bir meseledir.”¹⁰²⁸ Sınırı zaman bakımından aşan failin sınırın aşılması kurumundan yararlanıp yararlanmayacağı Türk ve Alman Doktrini’nde tartışmalıdır. Bu konuyu tespit etmek, gerçekten güçlük arz etmektedir. Alman Ceza Kanunu çerçevesinde bu konuda yapılan tartışmalar, iki görüş etrafında toplanmaktadır. Birinci görüş; kanunun lafzının açıkça halen mevcut olan bir “*saldırının*” varlığını gerektirdiği, bu nedenle henüz başlamamış ya da sona ermiş bir saldırı veya tehlike için sınırın aşılması hükmünden yararlanılamayacağıdır. Bu daraltıcı bir yorumdur. Bu yorum karşısında genişletici bir yorum olarak, sınırın aşılması konusundaki hükmün sınırın zaman bakımından aşılması hallerini de kapsadığı; sanılanın aksine bu konuda bir kısıt olmadığı, karşı koyma ya da savunma davranışı yapılırken sınırın zaman ya da içerik olarak aşılması arasında bir fark bulunmadığı da savunulmaktadır. Farklı bir görüş de burada “*saldırı sonrası*” sınırın aşılması ile “*saldırı öncesi*” sınırın aşılmasını ayırmakta ve sınırı aşma hükmünün yalnızca saldırıdan sonra sınırın aşılması için mümkün olabileceğini savunmaktadır.¹⁰²⁹

arasındaki dengenin savunma lehine bozulmuş ve dolayısıyla ölçülülük ilkesinin ihlal edilmiş olması” nedeniyle meşru savunma ve meşru savunmada sınırın aşılması koşulları bulunmamaktadır. Bu durumda sanık savunmaları doğrultusunda olayın nasıl bir yerde meydana geldiği hususu da yeterince aydınlığa kavuşturulmuş bulunduğundan, anılan hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağının tartışılması amacıyla olay yerinde keşif yapılmasına gerek bulunmadığı kabul edilmelidir.”

¹⁰²⁸ **GÖLCÜKLÜ, Feyyaz:** A.g.m., “Suçta Kanuni Unsurun...” s. 210; **ÖNDER, Ayhan:** A.g.e., s. 265.

¹⁰²⁹ **Aktaran BOZBAYINDIR, Ali Emrah:** “Meşru Savunmada Sınırın Aşılması”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:7, Sayı:18 Nisan 2012, s. 123, 124; Alman Federal Mahkemesi uygulamasına bakıldığında mahkemenin meşru savunmada sınırın zaman bakımından aşılmasında bir saldırı söz konusu olmadığı gerekçesi ile bu konudaki maddeyi uygulamayı reddettiği görülmektedir.

Ancak; zorunluluk hali bakımından, bu görüşlerin işlevi bizce bulunmamaktadır. Zira sınırın aşılması konusundaki TCK m. 27 düzenlemesinin, içerik ve zaman arasında bir ayırım yapmamakla birlikte, zorunluluk hali açısından tehlike ortaya çıkmadan önceki aşamada da kurumun hukuki niteliği dikkate alınarak meşru savunmadan farklı olarak sınırın aşılmasının düşünülemeyeceği fikridir.

B. TCK MADDE 27’NİN UYGULANMA ŞARTLARI

Bilindiği gibi “madde metninde, ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılmasından bahsedilmektedir. Dolayısıyla, Kanunun bu sistematigi, m. 27 f. 1’deki düzenlemede geçen “ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler” ibaresini, hem hukuka uygunluk nedenlerini hem de kusurluluğu etkileyen halleri kapsar şekilde anlaşılmaya müsait hale getirmiştir. Bir başka deyişle, bu düzenlemeden; hem hukuka uygunluk sebeplerinde, hem de kusurluluğu etkileyen hallerde sınırın aşılmasının mümkün olduğu ve böyle bir durumda m. 27 f. 1’e göre sorunun çözülmesi gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır.”¹⁰³⁰ Böyle olmakla birlikte, aksi yöndeki görüş suç teorisine ilişkin esaslar dikkate alındığında, madde ile ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın aşılmasından bahsedilmekte ise de burada kastedilen ve amaçlananın sadece hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılmasını düzenlemek olduğu” sonucuna varılmak gerektiğini¹⁰³¹ belirterek ceza

¹⁰³⁰ **KOCA-ÜZÜLMEZ**: “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması”, **EÜHFD.**, C: XI, S:1-22, Yıl: 2007, s. 41.

¹⁰³¹ **BAYRAKTAR, Köksal**: A.g.m., s. 21; **KOCA-ÜZÜLMEZ**: “Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Aşılması”, **EÜHFD.** Yıl: 2007, C: XI, S:1-2, s. 40-41; **ÖZGENÇ, İzzet**: A.g.e., Ankara 2006, s. 357: “Zira suçun yapısal incelemesini, haksızlık ve kusur olmak üzere iki başlığa indirgediğimizde, maddede suçun haksızlık yapısı içinde yer alan kast ve taksir kavramlarından bahsedildiğini görüyoruz. Gerçekten maddenin birinci fıkrasında, sınırın kast olmaksızın aşılması halinde failin fiilin taksirli şeklinden cezalandırılacağı öngörülmektedir. Suçun yapısında kastın kapsamına giren unsurlar, suçun kanuni tanı- mında yer alan bütün unsurlardır. Bir başka ifadeyle,

sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın aşılması yerine hukuka uygunluk nedenlerinde ve hukuka aykırılığı kaldıran nedenlerde sınırın aşılması nitelendirilmesinin doktrine daha uygun olacağını savunmaktadır.¹⁰³² Yine bu savı destekler görünen ancak onunla çelişir nitelikte TCK m. 27 f. 1'in kapsamında zorunluluk hali ve diğer nedenlerin de yer aldığının düşünülebileceği TCK'nın bölüm başlığına bakıldığında ise hem hukuka uygunluk nedenlerinin, hem de ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerin birbirini izlediğinin görüldüğü ancak buna rağmen hükmün hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması şeklinde anlaşılması gerektiği belirtilmektedir.¹⁰³³ Çünkü; bu madde hem hukuka uygunluk nedenlerinden hemen sonra düzenlenmiştir, hem de sorumluluğu kaldıran ve azaltan diğer nedenlerin yapısı ve niteliği gereği sınırı aşmaya elverişli değildir.¹⁰³⁴ *Ancak bu yorum, madde nitelemesini bu şekilde yapabilmek için yeterli değildir. TCK m. 27'ye*

haksızlığın tüm unsurları failin bilgisinde olmalıdır. Bununla birlikte, haksızlığın taksirli şekli de istisnai olarak kabul edildiğinden (TCK. m. 22/1), haksızlık alanında kalan unsurlar bakımından kastın kalkması, fiilin taksirli şeklinden dolayı cezalandırmaya engel değildir. Bu nedenle, ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler arasında yer alan kusurluluğu etkileyen haller, haksızlığın dışında kalmakta ve doğrudan kastın konusunu oluşturmamaktadır. Dolayısıyla, aslında maddede düzenlenmek istenen husus, hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın kast olmaksızın aşılması halidir.”; **ÖZGENÇ, İzzet: A.g.e.**, Ankara 2013, s. 413: Zorunluluk halini bir hukuka uygunluk sebebi kusurluluğu kaldıran hal olarak ele alan yazar bu durumda kişinin yalnızca davranışlarını yönlendirme yeteneğinin etkilendiğini ve zorunluluk halinde kişinin kasten hareket ettiğini belirtmektedir. Dolayısıyla olayda hem kasten işlenen bir suçtan hem de sınırın taksirle aşımından bahsedilemeyeceği için kusurluluğu kaldıran nedenlerle ilgili olarak sınırın aşılmasının söz konusu olmadığını belirtmektedir.

¹⁰³² **ZAFER, Hamide: A.g.e.**, s. 243; **KEÇELİOĞLU, Elvan: A.g.m.**, s. 300: “Yasanın özellikle sınırın aşılması, hata vb. madfdelerdeki sistematiği incelendiğinde bunları yalnızca madde bazlı değişiklikler olarak yorumlamak son derece yetersiz bir yorum olur. Özellikle haksızlık teriminin suç teorisindeki anlamı gözetildiğinde Yasa Koyucunun Alman Ceza Hukuku'na paralel bir seyir izlediği gözlemlenmektedir.” Bizce bu konuda iradi tasarruf hakkı olan kanun koyucunun esinlendiği iddia olunan literatürden hukuki kurum ya da yapı itibarı ile değil birtakım kavramsal değişikliklerle bunu yapmaya çalıştığı ve gerekçelerdeki oldukça ayrıntılı açıklamalardan da anlaşılacağı üzere hukuki norm bazında çözemediği hukuki nitelik sorunsalını gerekçe ile yapılandırmaya çalıştığı izlenimini vermektedir. Tabir yerinde ise iyi bir ceza kanunu bir orkestranın oluşturduğu anlamlı ses bütünlüğüdür. Herhangi bir enstrümandan çıkamayacak bir ses gerekçede bu sesin çıkması gerektiği şerkinde yazılsa dahi niteliğe bir etkisi olmayacaktır. Çünkü nitelik aslında epistemolojik bir sorundur. Varlığın olgusal olarak tartışıldığı ikircikli bir yapıda belirlenen açıklamalar da aslında bu sorunun örtülü olarak kabul edildiğinin de en açık göstergesidir.

¹⁰³³ **MALKOÇ, İsmail: Açıklamalı İçtihatı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu Birinci Cilt**, Ankara 2008, s. 185.

¹⁰³⁴ **KOCA, Mahmut: “YTCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri”**, Ceza Hukuku Dergisi, 15-16 Nisan 2006, İzmir Birinci Ceza Hukuku Günleri, s. 146.

bakıldığında, sınırın aşılmasının iki ayrı fıkra halinde iki ayrı durum öngörülerek düzenlendiği görülmektedir. Bunlardan ilki; sınırın kast olmaksızın aşılması ve bu durumun ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler için öngörülmesi, diğeri ise; meşru savunmada sınırın aşılmasının mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmesi halidir. Alman ve İtalyan Ceza Hukuku uygulamasında mevcut olan belli psikolojik sebeplerle sınırın aşılması TCK'da da hüküm altına alınmıştır. Ancak TCK'da anılan diğerk kanunlardan farklı olarak hukuki mahiyetleri birbirinden farklı iki ayrı sınırın aşılması durumuna yer verilmiştir.¹⁰³⁵ TCK m. 27 hem ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde kast olmaksızın sınırın aşılmasını hem de meşru savunmada mazur görülebilecek bir korku ve telaş sebebiyle sınırın aşılmasını düzenlemektedir. Bununla birlikte TCK m. 27 f. 2'de sınırın aşılmasının yalnızca meşru savunma bakımından kabul edilmiş olması doğal olarak bu durumun sadece meşru savunmaya özgü olmadığı ve hukuka uygunluk nedenleri açısından da düzenlenmesi gerektiği düşüncesiyle haklı olarak eleştirilmektedir.¹⁰³⁶ Bu duruma gerekçe olarak ise meşru savunmanın diğerk hukuka uygunluk nedenlerinden ayıran vasıflara sahip olmasından kaynaklandığı zira failin heyecan, korku veya telaşa kapılmasını ortaya çıkaran haksız bir saldırı olduğu¹⁰³⁷ bununla birlikte sınırın aşılması konusunda failin lehine bir düzenleme yapılmış olduğu çünkü hem İtalyan

¹⁰³⁵ **BOZBAYINDIR, Ali Emrah:** A.g.m., "Meşru Savunmada...", s. 117.

¹⁰³⁶ **MALKOÇ, İsmail:** Açıklamalı, İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu Birinci Cilt, Ankara 2008, s. 187; **ÖNDER, Ayhan:** A.g.e., s. 265: 765 sayılı TCK da sınırın aşılmasını dört hukuka uygunluk sebebi ile sınırlamıştı. Esasen Yargıtay bu durumu anılan hukuka uygunluk sebepleri ile sınırlasa dahi bu hükmü eleştirerek herhangi bir hukuka uygunluk sebebinde de uygulanmasını düşünmek mümkündür.

¹⁰³⁷ **BOZBAYINDIR, Ali Emrah:** A.g.m., s. 119; Maddenin gerekçesinde ikinci fıkrada özel bir sınırın aşılması halinin düzenlendiği ancak hükümet tasarısında maddenin ikinci fıkrasının tüm hukuka uygunluk sebeplerini kapsayacak şekilde düzenlendiği görülmektedir. ; **ÖNDER, Ayhan:** A.g.e., İstanbul 1992, s. 265; **KOCA-ÜZÜLMEZ:** A.g.m., "Hukuka Uygunluk...", s. 41: "Bu düzenleme gerekçede de belirtildiği gibi yalnızca meşru savunma ile sınırlıdır. Heyecan, korku ve telaş haksızlık üzerinde değil ancak kusurluluk üzerinde etkili olan unsurlardır. Zira burada fail heyecan ve korku nedeniyle saldırgana karşı aşırı bir tepkide bulunacağının bilincindedir. Ancak içinde bulunduğu ruhsal durumdan dolayı hukuk düzeni onun bu aşırı tepkisini mazur görmektedir."

Ceza Kanunu'nda yer alan taksirle sınırın aşılması hem de Alman Ceza Kanunu'ndaki belli psikolojik tesirlerle sınırın aşılması durumunda faile ceza verilmeyeceği öne sürülerek bu durum bu iki ülkeyle kıyaslandığında meşru savunmada sınırı aşan fail lehine bir düzenleme yapıldığı ifade edilmektedir.¹⁰³⁸ Öncelikle psikolojik anlam ifade eden bazı iradi unsurların yalnızca failin bir tehlike karşısında değil de saldırı karşısında bu duygusal durumlara kapılacağı gerekçesi ile açıklanması tutarlı değildir. Faile; haksız bir saldırı karşısında heyecana kapılabilirsin, eğer bu bir vahşi hayvan saldırısı ise ya da bir tehlikeden kaynaklanıyorsa heyecana, telaşa, korkuya kapılma hakkın yok demek mantık dışıdır. Kaldı ki hayatın olağan akışı da böyle bir sınıflandırmaya engeldir. Kişi tehlikenin büyüklüğü ile orantılı olarak bu anılan psikolojik durumlara kolaylıkla girebilir. *Dolayısı ile bu sınırlamanın yalnızca meşru savunmayla sınırlandırılmasını ceza hukukunun gerekleriyle bağdaşır bulmuyoruz.* Yine sınırlama yalnızca meşru savunmaya özgülenmek isteniyor ise de bunun rasyonel gerekçelere dayandırılması gerekmektedir. Her ne kadar bir görüş olarak ifadesi mümkün ise de mevcut şekliyle böyle bir sınıflandırma bilimsel dayanaktan yoksun olacaktır.

Esasen TCK m. 27 hukuka uygunluk nedenlerinden söz etmeden ancak ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler terimi ile bu kavramı da içerecek şekilde sınırın taksirle aşılması durumunda ne yapılacağını düzenlemektedir.¹⁰³⁹ Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenlerde sınırı aşan nedenler fiil taksirle işlendiğinde dahi cezalandırılabilirse taksirli suç için yasada öngörölmüş ceza ile cezalandırılır.

¹⁰³⁸ **BOZBAYINDIR, Ali Emrah:** A.g.m., s. 117.

¹⁰³⁹ **BAYRAKTAR, Köksal:** A.g.m., s. 21: Bu durumda da Türk hukukunda uzun zamandır Yargıtay kararları ile belirlenen sınırın kasten aşılması durumunda cezanın TCK m. 50 uyarınca indirilmesi eğilimine son verilmektedir. Yeni düzenlemenin gerekçesinde çok genel bir belirleme ile sınırın kasten aşılmasının ceza indirimi ile karşılanamayacağı ortaya konulmaktadır.

Ancak bu ceza altıda birinden üçte birine kadar indirilerek hükmolunur.¹⁰⁴⁰ Hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması durumunda bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı ya da mevcudiyeti ile ilgili bir sorun yoktur. İşlenen fiil bütünüyle hukuka aykırı olmayıp sınırı aşan hareketler hukuka aykırıdır.¹⁰⁴¹ Çok sık düşülen yanlışlıklardan biri de hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması ile hatayı birbirine karıştırmaktır.¹⁰⁴² Doktrinde kimi yazarlara göre; ‘hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması, hataya ilişkin bir sorundur.’¹⁰⁴³ Bu yöndeki görüşe göre; zorunluluk halinin sınırının bilinçsiz olarak aşılmasını hukuka uygunluk sebeplerinde fiili hataya uyarlamamanın mümkün olduğu, kast olmaksızın bir hukuka uygunluk nedeninin şartlarında sınırın aşılmasının ise; hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hatanın bir görünümünü oluşturduğu ifade edilmiştir.¹⁰⁴⁴ Oysa ki; hata, failin bir hukuka uygunluk nedeni bulunmamasına rağmen yanlışlıkla bir hukuka uygunluk nedeni olduğuna inanması ile gerçekleşir.¹⁰⁴⁵ Hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılmasındaysa gerçekte var olan bir hukuka uygunluk nedeninin sınırı aşılmıştır. Bu durumda sınırın dışında kalan hareketler hukuka aykırı olmaya devam eder.¹⁰⁴⁶ Dolayısı ile bu görüşe katılamıyoruz. Yine hukuka uygunluk nedenindeki sınırın aşılması ile yeni bir suç oluşumunu karıştırmamak

¹⁰⁴⁰ **CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT:** A.g.e., s. 342; **KOCA-ÜZÜLMEZ:** A.g.m., s.40-41; **KANGAL, Zeynel:** A.g.e., s. 376; **ÖZGENÇ, İzzet:** A.g.e., s. 387; **KOCA, Mahmut:** YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:1, Sayı:1, Ekim 2006, s. 141 vd: Bu görüşün aksi yöndeki görüş ise TCK m. 27 f. 1 ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın aşılmasını düzenlediği madde başlığı değişmedikçe de bu düzenlemeden yalnızca hukuka uygunluk sebeplerinin anlaşılması gerektiği yönündeki görüşlere katılmanın mümkün olmadığı ifade edilmektedir.

¹⁰⁴¹ **ÖZGENÇ, İzzet:** A.g.e., Ankara 2013, s. 413.

¹⁰⁴² **KOCA-ÜZÜLMEZ:** “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması”, **Erzincan Ü. Hukuk Fak. Dergisi**, C.XI, S.1-2 (2007), s. 41: “Bir hukuka uygunluk sebebinin sınırının kast olmaksızın aşılması failin yanlışlığı anlamına gelmektedir. Dolayısı ile TCK m. 27 f.1’de hukuka uygunluk sebeplerinin sınırında yanlış hali düzenlenmiştir. Düzenlemeden de anlaşılacağı üzere bu hata kastı kaldırmaktadır. Zira buradaki mesele suçun haksızlık unsuruna ilişkin bir meseledir.”

¹⁰⁴³ **ÖZTÜRK-ERDEM-ÖZBEK:** Uygulamalı Ceza Hukuku, Ankara 1998, s. 132.

¹⁰⁴⁴ **KOCA-ÜZÜLMEZ:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011, s. 242.

¹⁰⁴⁵ **TOROSLU, Nevzat:** A.g.e., Ankara 1968, s. 169.

¹⁰⁴⁶ **KUNTER, Nurullah:** A.g.e., “Kanuni Unsur..”, s. 159; **ÖZGENÇ, İzzet:** A.g.e., Ankara 2013, s. 387.

gerekmektedir. Bu da hukuka uygunluk şartlarının sağlanmadığı durumlarda işlenen fiillerde görülebilir. Özellikle tıbbi müdahalelerde hukuka uygunluğu sağlayan unsurlar titizlikle değerlendirilmelidir.¹⁰⁴⁷ Burada göz önünde bulundurulması gereken hatanın failin kastını kaldıracak derecede olup olmadığı ve bu noktada failin taksir derecesinde bir kusurunun bulunmasıdır. Failin cezai sorumluluğunun ortadan kalkması ise ancak failin taksir derecesinde dahi bir kusurunun olmaması ile mümkün olacaktır. Fail hukuka uygunluk nedenlerinde fiili hata durumundadır ve bunun sınırlarında hukuki hataya düşmüştür.¹⁰⁴⁸

Hukuka uygunluk nedenlerinde sınır kasten, taksirle ya da mücbir sebeple aşılmış olabilir.

C. FAİLİN SINIRI KASTEN AŞMASI

Sınırın kasten aşılması durumunda bir sınır aşımından bahsedilemeyeceği açık olmakla birlikte bu başlık altındaki açıklamaların yapılmasının temel sebebi hukuka uygunluk nedeninin taksirle aşılması ile kasten aşılması arasındaki ölçü ve özellikle ölçüyü kullanılan araç bakımından değerlendirebilmektir. *Sınırın kasten aşılmasında artık ortada bir hukuka uygunluk nedeninde sınır aşımı hükümlerinin uygulanabileceği alan bulunmamaktadır. Ancak hukuka uygunluk nedeninin taksirle aşılması ile kasten aşılması arasındaki ölçü ve özellikle kullanılan araç bakımından mevcut ölçüyü değerlendirebilmek için bu tespitin yapılması da gereklidir.* Failin zorunluluk halinde sınırı bilerek ve isteyerek aşması sınırın kasten aşılması olarak tanımlanmaktadır. Ancak özellikle hangi andan itibaren sınırın kasten aşılmış

¹⁰⁴⁷ **AYGÜN EŞİTLİ, Ezgi:** A.g.e., s. 148: “Örneğin insan üzerinde deney suçu neticesiz bir suçtur. Deneyin hukuka uygun olması halinde fiil suç oluşturmaz.”Ancak insan üzerinde deney suçunu hukuka uygun hale getiren rızanın sınırları, zorunluluk hali oluşturmaz bir durumda kasten aşıldığında hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması hükümleri uygulanmayacak ve fail TCK m. 90’den sorumlu olacaktır.

¹⁰⁴⁸ **ERMAN, Ragıp Barış:** Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2006, s. 288.

sayılacağı ve kullanılacak ölçünün tespiti konusunda bir belirlemeye ihtiyaç duyulmaktadır.

Fail tehlike karşısında gösterdiği korunma ya da tehlikeden kurtarma hareketindeki sınırı bilerek ve isteyerek aşmış olabilir. *Failin bir hukuka uygunluk sebebinin uygulanma şartlarının bulunmadığını bilerek hareket etmesi durumunda* sınırın kasten aşılmasından söz edilir ve fail artık gerçekleşen bu neticeden tamamen sorumlu tutulur.¹⁰⁴⁹ Hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılmasında fiili hukuka aykırılığa taşıyan şey aslında orantılılık ilkesinin aşılmasıdır.¹⁰⁵⁰ Fail hukuka uygunluk sebebini amaçta aşmaktadır. Böylelikle korunmak istenen değer ile zarar verilen değer arasındaki sınır kasten aşılmaktadır.¹⁰⁵¹ Örneğin meyve bahçesine meyve koparmak için giren üç çocuk ağaca çıktıkları esnada failin av tüfeği ile ateş etmesi sonucu kurşunlardan birinin çocuğun başına isabet ederek onun ölümüne sebep olması. Failin bu durumunun, özellikle korunan değerın mamelek olduğu durumlarda, sınırın aşılması durumunda bile bile can kaybına sebep olunmasının sıklıkla tartışma alanı bulabileceği kanısındayız.¹⁰⁵² Sınırın kasten aşılmasında hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması hükmünün uygulanıp uygulanamayacağı konusunda 765 Sayılı TCK m. 50’de tartışmalar bulunmakta idi. Burada aracın ölçüsüzlüğü sebebiyle sınırın kasıtlı olarak aşılması halinde *oran*

¹⁰⁴⁹ DEMİRBAŞ, Timur: A.g.e., s. 283.

¹⁰⁵⁰ İÇEL-SOKULLU/AKINCI-ÖZGENÇ-SÖZÜER-MAHMUTOĞLU-ÜNVER: Suç Teorisi, İstanbul 2000, s. 190; İÇEL-ÜNVER: Suç Politikası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5: “ÖZDEMİR, Hande: ‘Kusur ile Hukuka Uygunluk Nedenleri ve Hukuka Aykırılık İlişkisi’, Ankara 2006, s. 510.”

¹⁰⁵¹ SOYASLAN, Doğan: A.g.e., Ankara 2005, s. 385.

¹⁰⁵² TEZCAN-ERDEM: “Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi’nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu”, Türkiye Barolar Birliği, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Ankara 2004, s. 344: Karşılaştırmalı hukukta İsviçre Ceza Kanunu ve Alman Ceza Kanunu failin şaşkınlık, korku ve telaşla sınır aşması durumunda failin bu durumunu mazur görülebilecek ve ceza verilmeyebilecek bir kategoride değerlendirmektedir. Özellikle İsviçre Ceza Kanunu’nda sınır aşımı durumunda hakim serbest takdirine göre “ceza vermeyebilir”. Sınırın kasten ya da taksirle aşılması konusunda bir ayrıma gidilmeyen karşılaştırmalı hukuktan farklı olarak TCK’da sınırın kasten aşılması durumunda failin hukuka uygunluk nedeninden yararlanamaması ve sınırın aşılması suretiyle işlediği suçun tam cezası ile cezalandırılması sonucuna yol açacaktır.

şartının ihlal edildiği açıkça ifade edilmekte idi¹⁰⁵³ Aracın ölçüsüzlüğü bu konuda kullanılabilecek bir kriterdir. Bu konuda sınırın kasten aşılıp aşılmadığını tespitte en elverişli kriter kullanılan araç olmakla birlikte suç anında var olan tüm diğer şartlar birlikte değerlendirilmelidir.¹⁰⁵⁴ Yalnızca hukuka uygunluk sebeplerine yer veren 765 Sayılı TCK m. 49’da yazılı hukuka uygunluk sebeplerinden yararlanılırken sınırı aşanların cezalarından yapılacak indirimden bahsedilmiş ancak sınırın kasten mi, taksirle mi aşılabileceği konusunda bir açıklama yapılmamıştı. Kanunun bu tutumu doktrinde farklı görüşlerin oluşmasına yol açmıştı. Doktrinde bir kısım görüş bu hükmün sınırın taksirle aşılması durumunda şayet suçun taksirli şekli de cezalandırılıyorsa uygulanabileceğini savunmakta ve 5237 Sayılı TCK’da da bu görüşün benimsenmiş olduğunu ileri sürmekte¹⁰⁵⁵ iken diğer bir kısım görüş tarafından; sınırın kasten veya taksirle aşılması durumunda m.50’nin uygulanabileceğini, sınırı kasten aşan faile kasıtlı suçun cezası verildikten sonra ise m. 50’ye göre indirim yapılabileceği belirtilmiştir.¹⁰⁵⁶ TCK m. 27’nin sınırın kast olmaksızın aşılması durumunda uygulanabileceğine ilişkin olan bir diğer değerlendirmede ise doktrin tarafından yorum yoluyla benimsenmiş görüşün fiili olarak uygulama alanı bulduğu ifade edilmektedir. *Böylelikle açık olarak yapılan bu düzenleme karşısında sınırın kasıtlı olarak aşılmasının ceza kanunu tarafından himaye edilebilir bir hal olduğunu ileri sürmenin mesnetsiz kaldığını ve sınırı kasıtlı aşan bu kimselerin fiilleri hangi suça vücut veriyorsa o fiilden dolayı*

¹⁰⁵³ ÖZEN, Muharrem: A.g.e., s. 164.

¹⁰⁵⁴ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: “Suçta Kanuni..”, A.g.m. s. 212.

¹⁰⁵⁵ KOCA, Mahmut: A.g.m., s. 147.

¹⁰⁵⁶ KOCA, Mahmut: A.g.m., s. 147; DEMİRBAŞ, Timur: “Türk Ceza Kanunu’nda Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması”, Hayri Domanic’e Armağan, İstanbul 1995, s. 280: Failin sınırı kasten aşmasında fail gereğinden fazla zarar vermeyi bilerek ve isteyerek hareket ettiğinden işlediği suçun cezası herhangi bir indirim yapılmaksızın verilir.

yargılanacakları belirtilmektedir.¹⁰⁵⁷ Bir diğer görüş; sınırın kasten ya da taksirle aşılması noktasında bir ayrıma gidilmesinin olanaksız olduğunu belirterek, karşılaştırmalı hukukta da böyle bir ayrımın yapılmadığı gözetildiğinde, önemli olanın meşru savunma bakımından sınırın “şaşkınlık, korku ve telaşla” aşılp aşılmadığının değerlendirilmesi¹⁰⁵⁸ olduğunu ifade etmektedir. Ancak, TCK m. 27 f. 1 bu tartışmaları, sınırın kast olmaksızın aşılması ile sınırlandırarak çözmüştür. 765 Sayılı TCK’da sınırın aşılmasına ilişkin m. 50’deki düzenlemede sınırın aşılması bakımından, kanunun veya yetkili makamın veya zorunluluğun belirlediği sınırı aşma hali için, sınırın araçta aşılmış olmasının çıkarılabilmesi daha net¹⁰⁵⁹ ise de 5237 Sayılı TCK m. 27 bakımından böyle bir tespitin yapılabilmesi, maddenin düzenlenişi itibarı ile mümkün değildir. Sınırın aşılması mevcut düzenlemede kast, taksir ve mücbir sebep açısından yapılandırılmıştır. Bu konuda 765 Sayılı TCK döneminde dikkati çeken bir tartışma; m. 27 f. 1’de öngörülen “faile taksirli suç için kanunda yazılan cezanın indirilerek hükmolunmasının bir nevi ‘özel tahrik hali’ olduğu”nun belirtilmesidir. Ancak bu tartışma, TCK m. 27’deki düzenlemenin cezalandırmayı ve buna ilişkin yapılacak indirimi suçun taksirli hali varsa yapılacağı yönündeki belirlemesinden sonra, mülga kanun döneminde yapılan bir tespit olarak kalmıştır.¹⁰⁶⁰ Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde teknik anlamda sınırın aşılması; TCK m. 27’de sınırın *kast olmaksızın aşılması* olarak tanımlanmıştır.¹⁰⁶¹

¹⁰⁵⁷ TANER, Fahri Gökçen: A.g.m., s. 238.

¹⁰⁵⁸ TEZCAN-ERDEM: “Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu”, *Türkiye Barolar Birliği, Makaleler, Görüşler, Raporlar*, Ankara 2004, s. 344.

¹⁰⁵⁹ EREM-ARTUK-DANIŞMAN: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 1997, s. 590.

¹⁰⁶⁰ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: “Suçta Kanuni Unsurun Ortadan Kalkması Fiilin Hukuka Aykırılığı ve Hukuka Uygunluk Nedenleri Konsunda Bazı Mülahazalar”, *SBFD.*, Cilt: 23, Yıl: 1968, s. 211, 212; ÖZEN, Muharrem, a.g.e., s. 160, 161, 162.

¹⁰⁶¹ TOROSLU-ERSOY: “Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı”, *Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği İkinci Kitap*, Ankara 2004, s. 11,12: “Maddenin birinci fıkrasının Türkçe açısından taşıdığı yanlış ifade bir tarafa bırakılacak olursa, sınırın kast olmaksızın aşılması halinde

“765 Sayılı TCK m. 49’da da sınırın aşılmasının asıl ilişkin olduğu ihtimal sınırın taksirle aşılmasıdır. Eğer failin işlediği suç yalnızca kasıtlı işlenebilen suçlardan ise söz konusu madde kasıtlı aşmaları kapsamadığından fail sınırı aşmış olmasına rağmen cezalandırılmaz.”¹⁰⁶² TCK m. 27’de¹⁰⁶³ sınırın aşılması için hukuka uygunluk nedenlerinde kast olmaksızın sınırın aşılması kriteri getirilmiş ve fiilin taksirle işlendiğinde cezalandırılabilirdiği duruma da uygulanacağı belirtilmiştir. Doktrinde bu noktada zorunluluk halinde failin kasten hareket ettiği bu nedenle bir olayda hem zorunluluk halinin varlığından, hem de taksirle işlenen bir suçtan söz edilemeyeceği belirtilmekte ve kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerde sınırın aşılmasının mümkün olmadığı ifade edilmektedir.¹⁰⁶⁴

Maddedeki “fiil” ifadesi *tipik fiil yani zorunluluk halinde işenen fiil değil, suçun işlendiği kategoriye ait olan fiildir*. Dolayısı ile tipik fiil gerçekleşmekte ve yalnızca zorunluluk hali dolayısı ile hukuka uygun sayılmaktadır. İşlenen fiilin suç tipi içerisinde taksirle işlenebilme hali varsa bu o suçun taksirli halinin cezalandırılabilirdiği anlamına gelir. Dolayısı ile insan öldürme suçu açısından “fiil” ya da mala zarar verme suçu açısından “fiil” bu suça ilişkin olan tipik fiildir. Bu suça ilişkin tipik fiil kastla işlenmiş ancak zorunluluk hali dolayısı ile hukuka uygun kabul edilmiştir. Böylelikle maddenin 2. cümlesindeki ibare bakımından bu fiile bakmak

failin taksirden dolayı sorumlu olacağı ifadesi failde taksir olmasa dahi yine de sorumlu olacağı sonucunu ortaya çıkarabilmesi açısından sıkıntılıdır.”

¹⁰⁶² DÖNMEZER-ERMAN: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım Cilt II*, İstanbul 1986, s. 152, 155.

¹⁰⁶³ Madde 27- (1) Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altıda birinden üçte birine kadar indirilerek hükmolunur.

(2) Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez. <http://www.cezakanunu.net/tck-madde-27/>, Erişim Tarihi 13.12.2013

¹⁰⁶⁴ ÖZGENÇ, *İzzet*: A.g.e., s. 387; TOROSLU-ERSOY: A.g.m., s. 12: TCK m. 27’nin ikinci fıkrasında meşru savunma için kabul edilen cezasızlığın zorunluluk hali için niçin kabul edilmediği anlaşılamamıştır.

gerekecektir.¹⁰⁶⁵ Sınırın kasten aşıp aşılmadığının belirlenmesi için hangi kriterin kullanılacağı ve hangi kriterin daha elverişli olduğu konusunda TCK m. 27 f. 1 bakımından iki sübjektif unsurun tetkiki gereklidir. Öncelikle failin sınırı kasten aşp aşmadığı tespit edilecektir. Zira maddedeki “kast olmaksızın” ifadesinden maddenin kasti durumlar karşısında uygulanamayacağı açıkça anlaşılmaktadır. Taksir durumunun değerlendirilmesi için de somut olayda sınır aşımı sırasında taksir kalıbının unsurlarının bulunup bulunmadığı değerlendirilecektir. Burada suçun kasten ya da taksirle işlenmesi ile sınırın aşılması arasında doğrudan bir ilişki yoktur. *Değerlendirilmesi gereken nokta suçun kasten ya da taksirle işlenmesi değil, sınır aşımını ortaya çıkaran fiildeki taksir olgusudur.* Örneğin failin etkili eylem kastı olmasına karşın darbenin abdominal bölgeye ya da baş bölgesine isabetinden dolayı mağdurun iç kanamadan veya beyin kanamasından hayatını kaybetmesi durumu gibi.¹⁰⁶⁶ Gerekli dikkat ve özen değerlendirmesi ise kanımızca normal bir durum ile zorunluluk hali ve meşru savunma açısından biraz daha esnek değerlendirilmelidir. Çünkü failin psikolojik olarak ciddi baskı altında bulunduğu bu durumlarda failden net bir dikkat ve özen değerlendirmesi beklemek kanımızca adaletsiz olacaktır.

¹⁰⁶⁵ **ŞEN, Ersan:** A.g.e., İstanbul 2006, s. 77; **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** A.g.e., Ankara 2008, s. 246: Heyecan, korku, telaş gibi psikolojik faktörlerin meşru savunma ve zorunluluk hali bakımından ayrı görülmesini anlamaya imkan bulunmamaktadır. TCK m. 27 f. 2 düzenlemesinin yalnızca meşru savunma açısından yapılması doktrinde eleştirilmiştir. Buna göre; bu fıkra düzenlemesi tüm hukuka uygunluk sebeplerini kapsayacak şekilde yapılmalı veya bu düzenlemeye hiç yer verilmeyerek sınırın aşılmasında yalnızca 27. maddenin birinci fıkrası hükmünün kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Zira 2. fıkra da sayılan psikolojik özellikler insan olmanın doğası ile ilgilidir ve meşru savunma ile sınırlanmasının haklı bir gerekçesi de bulunmamaktadır. Meşru savunmadan farklı olarak zarar görenin üçüncü kişi olması da gözetilen bu farkı açıklayamamaktadır; **YALVAÇ, Gürsel: Karşılaştırmalı Gerekçeli TCK CMK CGTİK,** Ankara 2008, s. 94: 765 Sayılı TCK m. 50’de yalnızca zaruretin tayin ettiği sınırın aşılmasından bahsedilirken 5237 Sayılı TCK’nın 27. madde düzenlemesinin 2. fıkrasında meşru savunmada sınırın aşılmasını mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaş durumunda ceza verilemeyeceğini belirtmiştir. Bu İtalyan Ceza Kanunu’ndaki sınırın taksirle aşılmasının gereğinin hukukumuzda yansımadır. Ancak bu düzenlemenin içine zorunluluk halinin dahil edilmemesinin gerekçesini anlayabilmek güçtür.

¹⁰⁶⁶ Aktaran **BOZBAYINDIR, Emrah:** A.g.m., s. 131: “Alman Federal Mahkemesi kararına konu olan bir olayda fail kendisine saldıran üç kişinin saldırısını bertaraf etmek üzere iki el uyarı ateşi açmış olmasına rağmen üzerine gelmeye devam eden saldırganları caydırmak amacıyla yere ateş etmek isterken namlunun ucunu yere doğrulttuğu sırada silah ateş alması sonucu ölmüştür.”

İCK'da kabul edilmiş hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması m. 55'de düzenlenmiştir. Buna göre; uyulması gereken sınırları taksirle aşmış olan fail, taksiri cezalandıran bir hüküm mevcut ise taksirinden dolayı cezalandırılır. Şaşkınlık, korku veya panik halinde kusurun tam olarak ortadan kalkması kabul edilmemiştir ama taksir değerlendirmesi yapılırken astenik, şiddetli ve tabi ki ani heyecanlar da göz önünde bulundurulacaktır.¹⁰⁶⁷ Sınırın aşılması m. 54 düzenlemesinde yer alan zorunluluk hali için de söz konusudur. Buna göre; zorunluluğun koyduğu sınırların taksirli olarak aşılması durumunda fiilin eğer taksirli suç olarak öngörölmüş bir tanımı varsa bu suça ilişkin hükümlerin uygulanabilir olacağı ifade edilmektedir.¹⁰⁶⁸ Alman Ceza Kanunu, İtalyan Ceza Kanunu'ndan farklı olarak yalnızca meşru savunmada sınırın aşılmasına ilişkin özel bir hüküm içererek diğer hukuka uygunluk sebeplerine uygulanacak bir düzenlemeye yer vermemiştir.¹⁰⁶⁹ TCK m. 27 f. 2'deki heyecan, korku¹⁰⁷⁰ ve telaş unsurları Alman Ceza Hukuku'nda astenik heyecan olarak tanımlanmaktadır. Bunun yanında *kızgınlık, intikam, kavga etme isteği gibi duygular stenik heyecan* olarak tanımlanmakta olup bu durumlarda sınırın aşılması kabul edilmemektedir.¹⁰⁷¹ Bu vargıya katılmakla birlikte burada diğerlerinden ayrılması gereken duygular; *öfke, hiddet ve elem duygularıdır*. Bu duygular da yine heyecan içeren duygulardır. *İntikam ve kavga etme isteği ise* içerisinde bu yönde bir kastı barındırması gereken ve belli bir düşünsel faaliyetin sonucu ortaya çıkan

¹⁰⁶⁷ JESCHECK; Hans Heinrich: A.g.e., İstanbul 2007, s. 166.

¹⁰⁶⁸ <http://www.testolegge.com/codice-penale/articolo-55-2>, Erişim Tarihi 30.04.2013, Articolo 55: Eccesso colposo, "Quando, nel commettere alcuno dei fatti preveduti dagli articoli 51, 52, 53 e 54, si eccedono **colposamente** i limiti stabiliti dalla legge o dall'ordine dell'Autorità ovvero imposti dalla necessità, si applicano le disposizioni concernenti i delitti colposi, se il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo."

¹⁰⁶⁹ BOZBAYINDIR, Ali Emrah: "Meşru Savunmada Sınırın Aşılması", **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:7 Sayı:18, Nisan 2012, s. 116.

¹⁰⁷⁰ BOZBAYINDIR, Ali Emrah: A.g.m., s. 127: **Korku**, Alman Ceza Hukuku'nda basit bir korku olarak değil daha çok panik duygusuna yaklaşan şiddetli bir heyecan olarak tanımlanmaktadır.

¹⁰⁷¹ Aktaran BOZBAYINDIR, Ali Emrah: A.g.m., s. 126, 127.

duygulardır. Dolayısı ile, “kast” içeren bu duyguları, diğerlerinden farklı ikinci bir ayrıştırmaya tabi tutmak kanımızca yerinde olacaktır. Yine, değerlendirme sırasında kullanılacak, duygunun isminden ziyade, ortaya çıkış şekli ve bunun niteliği ile ilgili bir ayrım, Türk Ceza Hukuku açısından bize daha fazla yardımcı olacaktır. Ancak sınırın aşılması konusunda stenik olarak nitelendirilen heyecan çeşitlerinin rol oynaması durumunda, haksız tahrik hükümlerinin yardımcı olacağı ileri sürülmekte¹⁰⁷² ise de, haksız tahrikin insanın kendisinden kaynaklanması ve haksız tahrik fiilinin merkezinde failin işlediği suçtan ziyade mağdurun haksız fiilinin yer alması sebepleriyle bu fikir bize uzak gelmektedir.¹⁰⁷³ Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenlerde sınırın aşılması ile haksız tahrik hükmü aynı olayda uygulanamaz. TCK m. 27 konusunda yapılması gereken bir diğer ayrım ise olası kast-bilinçli taksir ayrımıdır. Burada zorunluluk hali bakımından yanlış bir değerlendirme yapılmaması için tehlike ile kurtulma hareketi arasındaki oranın mutlaka gözetilmesi gerekmektedir.¹⁰⁷⁴ Birden fazla heyecanın bulunduğu durumlarda ise astenik heyecan nitelemesi bize yardımcı olacaktır.¹⁰⁷⁵ Zarar ve tehlike altındaki değer için maddi değer karşılaştırılabilmesi durumunda, sınırın aşılması açısından daha sağlıklı bir sonuca ulaşılabilecektir. Ancak; her durumda ekonomik değeri saptamak ne olanaklı bir durumdur ne de sırf ekonomik değer açısından yapılan bu karşılaştırma sağlıklı bir tutumdur. Yargıtay bu konuya, bazı

¹⁰⁷² Aktaran BOZBAYINDIR, Ali Emrah: A.g.m., s. 126, 127.

¹⁰⁷³ AYDIN, Devrim: “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik”, AÜHFD. Yıl: 2005, Sayı:1, s. 227, 228: “Haksız tahrikin özü, haksız bir hareketin doğurduğu hiddet veya elemin etkisi altındaki failin davranışlarını denetleme yeteneğinin azalması ve kendini tepki suçu işlemekten alıkoymaması nedeniyle cezasının indirilmesidir.”

¹⁰⁷⁴ YCGK. 31.03.2009 2008/1-201 2009/81 (ÖZBEK TCK İzmir Şerhi: s. 498-499); Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu meşru savunmanın sınırının aşılması konusunda verdiği bir kararda failin herhangi bir hedef gözetmeden kalabalıktaki kişilerin üzerine rastgele ateş ettiği ve **sınırın kastla aşıldığı sabit olan bir vakada** TCK m. 27 f. 2 koşullarının oluştuğunu kabul etmiştir. Genel Kurul somut olayın koşullarını değerlendirmek üzere failin savunmada sınırı mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaşla aştığına karar vermiştir.

¹⁰⁷⁵ BOZBAYINDIR, Ali Emrah: A.g.m., s.129.

durumlarda özel hukuk uyuşmazlığı açısından yaklaşarak, hukuksal değerlerin karşılaştırılması metodunu uygulamış ve burada daha önemli bir hukuksal değeri kurtarmak için, daha az önemli bir hukuksal değeri ihlal eden hareketin hukuka aykırılık unsuru taşımadığı sonucuna varmıştır.¹⁰⁷⁶

Sınırın kasten aşılması halinde fail hukuka uygunluk sebeplerinin sınırını bilerek ve isteyerek aştığı için ortada artık sınırın aşılması değil, yeni bir suç vardır.¹⁰⁷⁷

D. FAİLİN SINIRI TAKSİRLE VEYA MÜCBİR SEBEPLE AŞMASI

Hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın taksirle aşılmış olması halinde ceza sorumluluğuna gidilebilmesi için failin taksirli şeklinin de suç olarak tanımlanması gerekmektedir. TCK m. 27 f. 1’de sınırın kast olmaksızın aşılması ifadesinden sınırın taksirle aşılmasının kastedildiği şüpheye yer bırakmayacak derecede ifade edilmiştir.

¹⁰⁷⁸ Bu aslında doğal bir ceza hukuku ilkesinin; “taksirli sorumluluğun istisnai oluşunun” metne alınmış halidir. Failin sınırı taksirle aşması durumunda hukuka uygunluk sebeplerinin şartları dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık veya bir başka ifadeyle bir takım taksir kalıplarına uyulmaması dolayısıyla ihlal edilmektedir. 5237 Sayılı TCK m. 27 f. 1’in ilişkin olduğu olasılık sınırın taksirle aşılması ve suçun taksirli şeklinin de öngörülmüş olmasıdır. Benzer bir hüküm İtalyan Ceza Kanunu m. 55’de sınırın taksirle aşılması olarak düzenlenmiştir.¹⁰⁷⁹ Bu düzenleme, meşru

¹⁰⁷⁶ Karar için bkz. ÜNER, Yener: A.g.e., s. 993.

¹⁰⁷⁷ SOYASLAN, Doğan: A.g.e., Ankara 2005, s. 385 : Ancak sınırın aşılmasında failin cezasının haksız tahrik dolayısı ile de indirilebileceği savunulmaktadır. Bu konuda verilen örnek Yargıtay kararında mütecaviz maktüle karşı yapılan savunmadan sonra maktülün yere düşmesinden yararlanan ve maktülün üzerindeki silahı alarak onun ölümüne yol açan failin hareketini ağır haksız tahrik altında işlenmiş sayarak failin cezasının indirilmesi gereğine işaret etmiştir.

¹⁰⁷⁸ ÖZGENÇ, İzzet: A.g.e., Ankara 2008, s. 388.

¹⁰⁷⁹ <http://www.testolegge.com/codice-penale/articolo-55-2>, Erişim Tarihi, 01.05.2013, Diritto Penale Italiano, Articolo 55: Eccesso colposo. Quando, nel commettere alcuno dei fatti preveduti dagli articoli 51, 52, 53 e 54, si eccedono **colposamente** i limiti stabiliti dalla legge o dall’ordine

savunmada sınırın aşılması olarak, tüm hukuka uygunluk sebeplerine uygulanacak şekilde düzenlenmiştir.¹⁰⁸⁰

Taksirle sınırın aşılmasında sınır amaçta değil, “araçta” aşılmaktadır. Araçta aşım; ölçüsüzlük, dikkatsizlik ve özensiz kullanım sebebiyle olmaktadır.¹⁰⁸¹ Buna göre; “aracın ölçüsüz kullanılması sebebiyle sınırın kasıtlı aşılması halinde, oran şartının ihlal edildiği kabul edilmiş denilebiliyorsa, sınırın taksirli aşılması halinde de oran şartının ihlal edildiğini söylemek mümkün değildir.”¹⁰⁸² *Ancak, failin araçta değil de, amaçta sınırı tecavüz etmesi durumunda artık hukuka uygunluk sebebinin de dışına çıkmış olması dolayısıyla fail suçun tam cezası ile cezalandırılacaktır.*¹⁰⁸³

Fail kasıtlı fiili ile zorunluluk halinde korunma ya da kurtulma fiilini gerçekleştirmiş ancak bunu gerçekleştirirken taksirle sınırı aşmış olabilir. Örneğin, ayı saldırısından korunmak amacıyla kaçan ve ormandaki kulübenin kapısına abanarak kırılmasına sebep olan fail, kapıyı kırmaya evleviyetle yetecek ölçüde oldukça büyük bir kalasla kapıyı kırarken, bu sırada ev sahibinin üzerine düşen kalasla yaralanmasına sebep olmuş olabilir. Zira; madde metninde belirtilen fiilin taksirle işlendiğinde cezalandırılabilmesi, fiilin taksirli halinin bulunmasıyla ilgili bir durumdur. Meşru savunmada anılan heyecan, korku ve telaş sebebi ile sınırın aşılması pekala zorunluluk halinde de mümkündür.¹⁰⁸⁴ *Sınırın taksirle aşılmasına ilişkin önermenin*

dell'Autorità ovvero imposti dalla necessità, si applicano le disposizioni concernenti i delitti colposi, se il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo.

¹⁰⁸⁰ **MANTOVANI, Ferrando:** A.g.e., Padova 2011, s. 281-282.

¹⁰⁸¹ **SOYASLAN, Doğan:** A.g.e., s. 385.

¹⁰⁸² **ÖZEN, Muharrem:** A.g.e., s. 164.

¹⁰⁸³ **DÖNMEZER-ERMAN:** A.g.e., İstanbul 1959, s. 143.

¹⁰⁸⁴ TBMM 22. Dönem S. Sayısı 664, Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/ 593), 434: İleriki aşamalarda Hükümet Tasarısı halini alan Dönmezer Tasarısı'nda, mazur görülebilecek heyecan, korku ve telaş nedeniyle sınırın aşılması yalnızca meşru savunma için değil tüm hukuka uygunluk nedenleri için kabul edilmişti. Dönmezer tarafından hazırlanan tasarıdaki tüm hukuka uygunluk sebepleri için mazur görülebilecek heyecan, korku ve telaşın ancak meşru savunmada söz konusu olabileceği bu nedenle söz konusu psikolojik durumların ve davranış biçiminin ancak meşru savunmada bulunabilmesi varsayımına dayanarak bunun meşru savunma için kabul edildiği açıklanmıştır.

normatif işlevine bakıldığında, faile bir kınama yargısının yöneltilemeyeceğini ve bu duygular (heyecan, korku ve telaş) etkisinde yapılan fiilin alternatifi, ideal bir önermenin konulamayacağı görülür. Burada, ortada aşılmış bir sınır olduğu için hukuka uygunluk değerlendirmesi yapılamaz. O halde kusurluluk ya tam olarak ya da kısmi olarak kalkacaktır. Böylelikle; kusurluluk, yukarıdaki fiilin alternatifi öngörülebilir bir fiil, mantiken bulunamayacağından tam olarak kalkacaktır.

TCK m. 27'nin meşru savunmayı 2. fıkrada niçin ayırtmış olduğunun rasyonel ve hukuki bir gerekçesini bulabilmek güçtür. TCK'daki düzenleme mevcut şekli ile ölçüt alındığında zorunluluk halinde sınırın aşılması çözümsüz kalacaktır. Bu durum pek tabii kabul edilemez. Kanun koyucunun bunu özellikle düzenlemediği yorumu yerine gözden kaçırmış olabileceği yorumunu varsaymayı yeğliyoruz. Dolayısı ile bu görünüm yalnız meşru savunma açısından değil, zorunluluk hali açısından da uygulanabilecektir. Ancak bu durum TCK m. 27 f. 2 düzenlemesinde norm açısından öngörülmediği için *bir kıyas değerlendirmesi yapılması* gerekecektir. Buna göre; ceza hukukunda kıyasın hukuka uygunluk sebeplerinde yapılabileceği¹⁰⁸⁵ bilinmektedir. Bu konuda kural olarak bir engel bulunmamaktadır. TCK m. 2 açısından yasaklanan, suç ve ceza içeren hükümlerin kıyasen uygulanmasıdır. Suç ve ceza içermeyen hükümlerin kıyasen uygulanmasında, kanuni bir engel bulunmamaktadır. Bundan dolayı; fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran

¹⁰⁸⁵ **CENTEL, Nur:** A.g.e., s. 54: "Failin lehine kıyası kabul eden yazarlara göre kıyas yasağının amacına aykırı olmaması sebebiyle, failin lehine kıyas kabul edilebilir. Örneğin 765 sayılı TCK'da eksik teşebbüsü düzenleyen hükümde gönüllü vazgeçen failin kural olarak cezalandırılmaması öngörülmüş ancak tam teşebbüsten söz eden hükümde buna yer verilmemişti. Etkin pişmanlık denilen bu durumda failin yararına dayanılarak, kıyas yoluyla yine gönüllü vazgeçme hükmünün uygulanması önerilmekte idi. Öldürmek amacıyla denize attığı yüzme bilmeyen kişiyi sonradan pişman olarak kurtaran faile öldürmeye teşebbüsten ceza verilmemesi gibi."

nedenlerle, suç ve cezayı ortadan kaldıran normlar gibi sanığın lehine olan normlarda da kıyas işlemi yapılabileceği kabul edilmektedir.¹⁰⁸⁶

Sınırın aşılması konusunda, iki kriter getirilmiştir. Bu kriterler; sınırın “oranda–amaçta aşılması” ve “zamanda aşılması” kriterleridir.¹⁰⁸⁷ Sınırın taksirle aşılması halinde ise; oran şartının ihlal edilmiş sayılmayacağı düşünülmektedir.¹⁰⁸⁸ Sınırın aşılması bakımından, somut olayda failden yapılması beklenemeyecek hareket, sınır aşımının sınırlarını tespitte dikkate alınamaz.¹⁰⁸⁹ Yine; zorunluluk sınırının aşılp aşılmadığı değerlendirmesinde bulunurken sanığın içinde bulunduğu ruh hali de dikkate alınmalıdır.¹⁰⁹⁰ Örneğin eve giren hırsızın hayatına kast etmesinden büyük endişe duyan ev sahibi faili başka türlü bertaraf etmesi mümkün iken, onu ağır biçimde yaralamış ise sınır oranda aşılmıştır. Bununla birlikte, *devletin resmi makamlarının uyması gereken kurallara uymamalarından kaynaklanan sınırın aşılması halleri taksir olarak yorumlanamaz*. Zira bu konumdaki görevliler öncelikle mesleğin gerektirdiği durumları bilmekle yükümlüdürler. Dolayısı ile kolluk görevlilerinin hakim kararında *işyerinde arama yapılması yazılmış iken* kişinin izni olmaksızın *dikkatsizlikle konutta arama yapılmasının*”¹⁰⁹¹ sınırın taksirle aşılması olarak yorumlanamayacağını düşünüyoruz. Örneğin İngiltere’de meydana gelen bir olayda¹⁰⁹² kamu görevlisi olan fail yerinde olarak sınırın taksirle değil, kasten

¹⁰⁸⁶ TOROSLU, Nevzat: A.g.e., Ankara 2009, s. 62.

¹⁰⁸⁷ DEMİRBAŞ, Timur: “Türk Ceza Kanunu’nda Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması”, Hayri Domaniç’e Armağan, İstanbul 1995, s. 280.

¹⁰⁸⁸ ÖZEN, Muharrem: A.g.e., Ankara 1995, s. 164.

¹⁰⁸⁹ YCGK. 26.12.1979, 527/ 93 “ ...maktülün elinde ateşli silah bulunmasına ve belirtilen ciddi bir tehlikeye maruz kalmasına göre, bu anda sanıktan soğukkanlılıkla tabancasını maktülün hayati önemi haiz olmayan bir bölgesine tevcihi beklenemez. Olayda zaruretin tayin ettiği sınır aşılmamıştır. Sanık maktülü etkisiz hale getirdikten sonra atışa devam etmemiştir. Sanıkta AY’nın 14. maddesinde teminat altına alınmış bulunan yaşama hakkını koruma endişesi bulunmaktadır. Bu nedenle olayda TCK’nın 50. maddesinin uygulanmasına olanak yoktur.”

¹⁰⁹⁰ YCGK. 10.6.1985, 364/ 345, YCGK. 24.10.1995 1995/1-263 E-1995/ 306 K.

¹⁰⁹¹ Örnek için bkz. ÖZGENÇ, İzzet: A.g.e., s. 388.

¹⁰⁹² “İngiltere’nin Wiltshire kentinde, 23 Kasım 2013’te yerel saatle 02.00’de gerçekleşen olayda, bir gece kulübünde alkollü halde gözaltına alınan 23 yaşındaki Daniel Dove, polis merkezine götürülmüş

aşılmasından ortaya çıkan neticeye göre sorumlu olmuştur. Bu kast doğrudan kast ya da olası kast olabilir. *Ancak failin sınırın aşılması anındaki taksiri kendisinin cezalandırılmasına yol açabilirse de bunun için suçun taksirli şeklinin suç tanımında yer alması gerekmektedir.*¹⁰⁹³ İlginç bir örnek olarak 11 Eylül olaylarından sonra Almanya’da Hava Güvenliği Kanunu adında bir kanun çıkarılarak hava kuvvetlerine insanlara karşı kullanılmak üzere uçak düşürme konusunda bir yetki verilmişse de Alman Anayasa Mahkemesi tarafından bu durum bir hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmemiş, uçakta masum kimselerin de bulunabileceği gerekçesi ile Alman AY’nın yaşama hakkını ve insan onurunu düzenleyen hükümlerine dayanılarak düzenleme iptal edilmiştir.¹⁰⁹⁴ Ancak birden fazla kişinin hayatının kurtulması için mevcut bir haktan yararlanan kimsenin hayatını feda etme de sınırın kasten aşılması olarak değerlendirilebilen ve kabul edilemez nitelikte bir durumdur. Örneğin yoğun bakımda yer olmaması gerekçesiyle 98 yaşındaki hastanın solunum cihazından çıkarılarak, trafik kazasında ağır yaralanan 18 yaşlarındaki üç gençten birine takılması gibi. *Taksiri belirlemek için yalnızca fiile bakmak yeterli değildir. Taksir; istenen bir davranışın istenmeyen neticesinden sorumlu olmak olduğuna göre;*¹⁰⁹⁵ *fiilin ve neticenin, zorunluluk halinin şartları ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.* Buna göre; olayda hem zorunluluk halinin objektif şartları, hem de sınırın aşılmasının sübjektif şartları gözetilmelidir. Ancak; faili taksir durumuna

o andan itibaren de hücredeki güvenlik kamerasına dakika dakika kaydedilmişti. Bu andan sonra üst araması için tamamen soyulan şüphelinin soyunurken çorabını polise doğru tutmasıyla 50.000 Woltluk elektrik akımının kurbanı oldu.” <http://sozcu.com.tr/2014/dunya/polisin-elektrikli-iskencesi-kamerada-500073/>, Erişim Tarihi 01.05.2014. Polisin yetkilerini kullanırken üst aramasının sınırını aşması ve elektrik tabancasını şüpheliye belli bir sürenin üzerinde ve savunma ya da yetki sınırları içinde düşünülebilecek bir eylem yokken kullanması bizce sınırın kasten aşılmasıdır. Hukuka uygunluğu ortadan kaldırır. Söz konusu olayda polis fiilinden dolayı da suçlu bulunmuştur.

¹⁰⁹³ **KOCA, Mahmut:** “YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Birinci Yılı Dolarken Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu Konulu Sempozyum, 15-16 Nisan 2006, s. 127: Bu görüş Alman Hukukunda şahsi haksızlık teorisi olarak adlandırılmaktadır.

¹⁰⁹⁴ **HAKERİ, Hakan:** A.g.e., s. 351.

¹⁰⁹⁵ **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** A.g.e., Ankara 2008, s. 274.

sürükleyen örneğin heyecan gibi şiddetli duygusal olgular varsa, failin bilinç durumunu tespit etmenin güçlüğü de ifade edilmektedir.¹⁰⁹⁶ Hekimin zorunluluk halinde hastanın rızasını almadan zorunluluk sınırlarını aşarak tıbbi müdahalede bulunması yaralama suçunu oluşturacak mıdır? Bu durum kuşkusuz salt matematiksel anlamda sınırın aşılp aşılmadığı değil tıp hukuku kuralları, aciliyet, önem, varsayılan rıza gibi birtakım kriterler kullanılarak değerlendirilecektir. Örneğin intihar etmek amacıyla zehir içen bir kişiyi kurtaran hekim insan hayatına duyulan saygı saiki ile hareket etmektedir.¹⁰⁹⁷ Hekim burada insan hayatını kurtarmak görevi ve toplumsal yarar saikiyle hareket etmiştir. Hekimin fiili hukuka aykırı sayılmayacaktır.

Failin tehlikeye karşı verdiği kurtulma veya üçüncü kişiyi kurtarma tepkisinde sınır aşılmış ve bu sınır aşımından dolayı failin kendisine bir kusur atfı mümkün olmamış ise bu durumda sınır mücbir sebeple aşılmıştır.¹⁰⁹⁸ Doktrinde failin farkında olmadan sınırı aştığı durumların mücbir sebep olarak niteleneceği ifade edilmiştir. Bu durumda mücbir sebeple ya da failin içinde bulunduğu ruh hali sebebi ile sınır aşılmış ve faile de kusur isnat olunamıyorsa fail hiç sınır aşılmamış gibi tamamıyla hukuka uygunluk nedeninden yararlanacaktır.¹⁰⁹⁹ Ancak bu durumda da yine failin

¹⁰⁹⁶ ROXIN'den Aktaran, **BOZBAYINDIR, Ali Emrah**: A.g.m. , s. 129; **AYGÜN EŞİTLİ, Ezgi**: A.g.e, Ankara 2012, s. 77: Özellikle hekim olmayan kişinin yaptığı müdahaleler ölçütler izin verdiği ölçüde zorunluluk haline vücut vermezken, olayda zorunluluk halinin unsurları yoksa fail TCK'daki yaralama ve öldürme hükümlerine göre cezalandırılacaktır.

¹⁰⁹⁷ **HIZAL ARSLAN, Sevinç**: "Tıbbi Müdahalelerde Olası Kast ve Bilinçli Taksirin Ayrımı", **Ceza hukuku Dergisi**, Yıl: 7 sayı:18, Nisan 2012, s. 241; **HAKERİ, Hakan**: **Tıp Hukuku**, Ankara 2007, s. 292: Hekimin tedavi amacı ile hareket etmediği durumlarda kasttan dolayı sorumlu olabileceğini ve hastanın rızası alınmaksızın, aydınlatılmaksızın ve endikasyon bulunmaksızın yapılacak tıbbi müdahalelerde kasten yaralama suçunun oluşacağını ifade edilmektedir.

¹⁰⁹⁸ Bknz. benzer yönde **ÖZEN, Muharrem**: A.g.e., Ankara 1995, s. 158.

¹⁰⁹⁹ **DÖNMEZER, Sulhi**: **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul 2003, s. 182.

içinde bulunduğu ruh durumu dikkate alınarak sınırın aşımındaki ölçünün aşılp aşılmadığı değerlendirilmelidir.¹¹⁰⁰

E. SINIRIN AŞILMASINDA ÖLÇÜ SORUNU

Önceleri her hukuka uygunluk nedeninin arka planında, kendisi açısından kanunda yazılı olmayan bir zorunluluk halinin bulunduğu bildirilmiş ve zorunluluk halinin varlığını saptamadaki ölçütlerden biri olarak da *değerlerin karşılaştırılması teorisi kullanılmıştır*. Ancak, bu değer karşılaştırılması yapılırken, Alman Ceza Kanunu'nun 34. Maddesi'ndeki hukuka uygunluk nedeni olarak ele alınan zorunluluk halinde, kavramsal olarak kullanılan “ölçülülük” bu konuda bir koşul olarak aranmıştır.¹¹⁰¹ ACK'nın hedeflediği haklar arasındaki değer karşılaştırması yapılırken gözetilen düşünce, mutlak matematiksel bir hesabın önüne geçebilmektir. *Bundan dolayı hakim, aşırılığın taktirinde kendini kurtarmak zorunluluğunda olan kimse ile başkasını kurtarmak zorunluluğunda olan kimse arasında psikolojik durum açısından fark gözetmelidir. “Zira kendini kurtarmak zorunda olan kimse, tehlikenin doğrudan doğruya hedefi olması dolayısı ile tehlike karşısında gösterdiği psikolojik tavır o kimsenin soğukkanlılığını muhafaza edememesine sebep olmuş olabilir.”*¹¹⁰² Ölçülülük kriterinin temel sebebi hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında bulunan “orantı” şartıdır. Bu bir çeşit hareketi hukuka uygun hale getirmedeki ölçüttür. Sınırın aşılması da bir ölçüt olarak bu konuda ölçünün kaçırılmasıdır.¹¹⁰³ Ölçülülük meselesi tüm hukuka uygunluk sebeplerinde mevcuttur. Ancak hangi sınırdan sonra ölçünün aşılmış olduğu ve bu bağlamda hangi kısmın sınırın aşılması olup hukuka

¹¹⁰⁰ **DÖNMEZER-ERMAN:** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Umumi Kısım Cilt II/ 1, İstanbul 1959, s. 141: Alman Ceza Kanunu telaş, korku ve dehşet gibi durumların bulunması durumunda meşru savunmada zorunluluk sınırının aşılmadığını kabul etmektedir.

¹¹⁰¹ **ÜNVER, Yener:** A.g.e., Ankara 2003, s. 992.

¹¹⁰² **EREM, Faruk:** A.g.e., Ankara 1993, s. 416.

¹¹⁰³ **MALKOÇ, İsmail:** A.g.e., s. 188.

uygun sayılan kısım ya da bir indirim sebebi, hangi kısmın da bir ihlal olduğu bu noktada cevaplanması gereken bir sorudur. Her ceza normunun koruduğu bir “hukuki değer” olduğu düşünüldüğünde, failin fiili ile korunan hukuki değer arasında bir “oran” bulunması gereği kaçınılmazdır.¹¹⁰⁴ Dolayısı ile failin fiilinde korunma ya da savunma sınırları aşılmamış olmalıdır.¹¹⁰⁵ Zorunluluk hali anlamında “ölçülülük” kavramı ile ifade edilen buradaki *temel ölçü olan tehlike kavramı ve tehlike dolayısı ile girilen fiilin tehlike karşısındaki konumudur.*¹¹⁰⁶ Burada kullanılan “araç” sözcüğü failin asıl niyetini tespit edebilmek bakımından da bir “ölçüt”ü ifade etmektedir.¹¹⁰⁷ Ölçüt gereksinimi, “tehlikeden başka türlü kurtulma olanağının olmaması” ile “orantılılık” koşullarının saptanması bakımından da hukuksal değerlerin karşılaştırılması konusundaki ölçütün belirlenmesini gerektirmiştir.¹¹⁰⁸ Ancak burada karşılaşılabilecek bir başka problem, meşru savunmadaki “*saldırı ile orantılı karşı saldırı*” durumunun zorunluluk halinde tehlike bakımından ölçülebilmesinin matematiksel bakımdan yaratabileceği güçlülüdür. Bu tespitte yine tehlike kavramının soyut veriler içermesi gözardı edilmemelidir. *Örneğin; failin saldırganın elinden silah vb. aletleri alarak saldırıyı önlemesi mümkünken, saldırganı ağır yaralaması olayında ölçüyü tespit etmek verilerin somut olması dolayısı ile daha objektiftir. Bununla birlikte tespiti zorlaştıran nokta tehlikenin ağır ve kaçınılmaz olması kriterinin de aynı zamanda sübjektiflik taşıyan bir nitelendirme*

¹¹⁰⁴ ÖZTÜRK-ERDEM-ÖZBEK: Uygulamalı Ceza Hukuku, Ankara 1998, s. 132.

¹¹⁰⁵ ÖZTÜRK-ERDEM-ÖZBEK: Uygulamalı Ceza Hukuku, Ankara 1998, s. 132.

¹¹⁰⁶ GÖREN, Sami: *En Son Değişikliklerle Açıklamalı- İctihatlı 5237 Sayılı TCK*, Ankara 2012, s. 146, Y.2. CD. E. 2004/ 17156, K. 2005/ 29224, T. 14.12.2005: “Sanığın aracını park ettiği yerde otopark görevlisi olduğunu belirten kişiyle ücret konusunda tartışıp birden fazla kişinin saldırısına maruz kalıp 5 gün iş ve gücünden kalacak şekilde yaralandığı olayda, saldırının devam etmesi ve başka türlü kurtulma imkanı kalmaması nedeniyle ruhsatlı silahı ile korkutmak için bir el ateş etmesi şeklindeki eyleminde zaruret halinin bulunduğu gözetilmeden beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi bozmayı gerektirir.” Yargıtay kararındaki olayda fail zorunluluk halinin sınırları içinde kalmıştır.

¹¹⁰⁷ Hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarının hatalı değerlendirilmesi sonucu sınırın aşılması ise sınırın aşılmasında hata başlığında incelenmelidir.

¹¹⁰⁸ ÜNVER, Yener: A.g.e., Ankara 2003, s. 992.

olmasıdır. Bu konuda failin o anda içinde bulunduğu ruh halinin de gözetilerek hakimnin kendini failin yerine koyması gerektiği savunulmaktadır.¹¹⁰⁹ Tartışmanın yoğunlaştığı yer, sınırın iradenin hangi unsuru ile aşıldığıdır. Ölçütün yorumu sonucu varılan değerlendirme de failin kast ya da taksiri ortaya çıkaracaktır.¹¹¹⁰ Ancak, “ölçü” kavramının her somut olaya göre belirlenmesi gerektiğinden, burada genel bir formül ortaya koyma imkanı bulunmamaktadır. Meşru savunmada ölçü, “saldırıyı saldırı ile orantılı biçimde def etmek için yapılan savunma hareketi” olarak ifade edilmiştir. Örneğin; mülkiyet sahibi kişinin gayrimenkulüne girilmemesi için etrafını elektrikli tellerle çevirmesine rağmen, bu duruma ilişkin herhangi bir önlem almayıp bir uyarı yazısı koymaması *hakkın kullanılmasındaki sınırın aşımıdır*. Bir diğer örnek ise; malikin bahçeye girilmesini önlemek için bahçenin çevresine makinalı tüfek yerleştirmesidir.¹¹¹¹ Bu konuda Yargıtay’a göre sayısal bir savunma sınırı da bulunmamaktadır. Örneğin kendini korumak için kişi birden çok kez ateş etmiş olabilir. Haklı olarak savunma sınırının tek el ateşle sınırlanamayacağı belirtilmektedir.¹¹¹² Türk uygulamasında ise sınır tespitindeki olgusal şartlara CGK kararlarında anılan failin ruhsal durumu kriteri de eklenmiştir.¹¹¹³ Hukuka aykırılığı

¹¹⁰⁹ **MALKOÇ, İsmail:** A.g.e., s. 189.

¹¹¹⁰ **ŞAHİN, Mehmet:** “Meşru Müdafaa Sınırın Aşılması”, **TBBT**. Yıl: 2008 Sayı: 76 s. 331: 765 sayılı TCK’ya bakıldığında hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması konusunda sınırın kasten aşılmasının uygulama alanı bulup bulamayacağı konusunda tartışmalar mevcuttu. Uygulamada 01.06.2005 tarihinden önce işlenen suçlarda yasal savunmada sınırın “aşılması halinde, *sınırın kasten aşıp aşılmadığına bakılmaksızın hem kasten aşılması halinde, hem de taksirle aşılması halinde* 765 sayılı TCK’nın 50. maddesi tatbik edilmekteydi. Zira bu maddede sınırın kasten ya da taksirle aşılması yönünde bir ayırım yapılmamıştı. Bu madde uyarınca ceza tayin edilirken somut olayın özelliklerine göre hareket edilmekte, taksirle aşıldığında üst sınırlara yakın oranda, kasten aşıldığında da alt sınırlara yakın oranda indirim yapılmakta idi. *Ancak, yeni düzenleme olan 5237 sayılı TCK’nın 27/1 maddesi sadece, sınırın kast olmaksızın aşılması halini kapsamaktadır. Sınırın kasten aşılması halinde bu maddenin uygulanması olanağı yoktur.* Bu durum TCK’ya göre, 27/1. maddesi kapsamında değerlendirilmeyip genel hükümlere göre işlem yapılacaktır

¹¹¹¹ **CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT:** A.g.e., İstanbul 2008, s. 329.

¹¹¹² YKD. Sayı: 22, 2 Şubat 1996, s. 277 vd: YCGK, 10.10.1995-1-213/271.

¹¹¹³ YCGK. E. 85/ 746-213, K. 95/271 “Zaruret sınırının aşıp aşılmadığı belirlenirken *failin o anda içinde bulunduğu ruh halinin göz önünde bulundurulması* gerekir. Olayın akışı işlenmesindeki özellikler ve maktülün kişiliği, sanığın olay sırasındaki ruhi durumu, ölenin davranışları ve her an ateş edebilme ihtimalinin bulunması nedeniyle öleni etkisiz hale getirmek amacı ile birden ziyade ateş

ortadan kaldıran nedenin sınırını kast olmaksızın aşan kişiye taksirli suçtan dolayı ceza verilecek ve bu ceza indirilecektir. Fiilin taksirli şekli kanunda düzenlenmemişse ceza verilmeyecektir. Failin sınırı kasten aşması durumunda da eylemin hukuka aykırılığı ortadan kalkmadığı için de fail herhangi bir ceza indiriminden yararlanamayacaktır.¹¹¹⁴ *Doktrinde bir görüş sınırın aşılmasından doğan hareketlerin artık hukuka uygunluk sınırları içinde değerlendirilemeyeceğini bu hareketlerin haksız saldırı olarak değerlendirilmesi gerektiği için bu hareketlere karşı meşru savunmanın mümkün olduğunu ifade etmektedir.*¹¹¹⁵ Zorunluluk hali içindeyken bunun sınırlarını aşarak başka bir tehlikenin oluşumuna sebebiyet vermiş failin neden olduğu bu hareketler dolayısı ile oluşan tehlikenin başka bir zorunluluk halinin şartlarını oluşturması durumunda tehlikeden korunma davranışını gösteren kişi açısından zorunluluk halinin mümkün olduğunu düşünüyoruz. Ancak bu durumun tehlikeye taksirle sebep olunduğu durumda savunulabileceğini düşünüyoruz. Yargıtay sınırın aşılması konusunda salt beklenen sınırı aşma kriterini kullanmamakta, hareketin *somut olay bakımından ölçülü bir hareket* sayılıp sayılmadığının da denetimini yapmakta ve “bunun için meşru savunma sınırını aşmanın varlığını ararken bunun yanında failin iradesinin savunmaya yönelik olması ve kendisini savunma zorunluluğunda olmasını da aramaktadır. Bunu failin karşılaştığı şartlara uygun olmayan araçlarla savunması ya da saldırı

edildiği nazara alındığında zaruret sınırının aşılmadığının kabulü gerekir” YCGK. 31.03.2009 tarihli E. 2008/ 201, K. 2009/ 81sayılı kararında: “Sanığın yaşanan olayın etkisiyle içine düştüğü psikolojik hal nedeniyle heyecanlanması, paniğe kapılması ve hatta korkması bunun sonucunda da yasal savunma sınırını aşması beklenebilecek bir durum olup, somut olayda TCK'nın 27. maddesinin 2. fıkrasının uygulanma koşulları gerçekleşmiştir.” YCGK'nin 30.05.2000 tarihli E. 2000/ 1-112 K. 2000/ 118 sayılı kararında yine zorunluluk sınırının aşılp aşılmadığı belirlenirken, failin o anda hangi ruh hali içinde olduğu, psikolojik durumunun dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir.

¹¹¹⁴ **CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT:** A.g.e., İstanbul 2008, s. 339.

¹¹¹⁵ **ÖNDER, Ayhan:** A.g.e., İstanbul 1992, s. 155.

savuşturulduktan sonra dahi hareketlerinde ısrar etmesi olarak örnekleyerek¹¹¹⁶ bunu sanığın içinde bulunduğu psikolojik durumla birlikte değerlendirmektedir. Sınır nasıl aşıldığının tespiti failin o suçun asıl cezası ile cezalandırılmaması bakımından önemlidir. Örneklendirmeye çalışacağımız iki olayda Yargıtay şu karşılaştırmaları yapmıştır: İlk olayda; kendine tecavüz etmek isteyen maktûlü av tüfeği ile ağır şekilde yaralayarak öldüren sanık henüz 17 yaşında ve silah kullanmayı bilmemektedir. Bu olayda sınırın aşılmadığına sanık lehine hükmeden Yargıtay, ikinci olay bakımından maktûlün hayati uzuvlarına müdahale edilmeksizin saldırının bertarafının açık olması ve doğrudan ölümle noktalananak uzuvlara ateş edilmesi durumunu *sınırın aşılması* olarak değerlendirmiştir.¹¹¹⁷ Zorunluluk hali bakımından sınırın aşılmasında amacın daima failin kendini veya başkalarını kurtarma yönünde bir meşruiyet taşıması dolayısı ile aşırılık amaçta değil, *araçta aranacaktır*. Yine sınırın aşılmasının, failin kendini kurtarması ve üçüncü kişiyi kurtarması durumu açısından doğal olarak farklı biçimde değerlendirilmesi gerektiği düşünülmektedir. Bu değerlendirmeyi de hakim yapacaktır.¹¹¹⁸ *Yargıtay bu konuda yerinde olarak aracın ölçülülüğü kriteri ile failin olaydaki somut durumunu ve koşullarını birlikte değerlendirmiştir*. Örneğin; bir avcının bir ayı saldırısından kurtulma olanakları ile hayatında ilk kez ayı gören birinin bu saldırıdan kurtulma olanakları ve girdiği ruh durumu farklı olabilir. Somut olayda bu unsurların gözetilmesi yerinde olacaktır. *Sınırın aşılmasında makul ölçünün aşılması ise fiile göre değil, failin sübjektif durumuna göre ele alınmalıdır*.¹¹¹⁹ Zorunluluk hali açısından failin TCK'da

¹¹¹⁶ **ÖZEN, Muharrem:** A.g.e., s. 163.

¹¹¹⁷ **SAVAŞ-MOLLAMAHMUTOĞLU:** TCK'nın Yorumu I-IV, Ankara 1999, s. 928-929, 963-965: YCGK, 30.03.1987-1-11/162, YCGK, 06.10.1986-199/419

¹¹¹⁸ **EREM, Faruk:** A.g.e., Ankara 1949, s. 388.

¹¹¹⁹ Florian'dan aktaran: **ÖZEN, Muharrem: A.g.e.,** Ankara 1995, s. 158: Alman Ceza Kanunu, sınırın mücbir sebeple aşılmasında failin içinde bulunduğu ruhsal durumun dikkate alınarak, tehlike karşısında gereğinden fazla ve sınır aşıcı bir karşı koyma bilinci ile hareket edip etmediğinin

tehlikeye karşı koyma fiili; tehlikenin ağırlığı, konu ve kullanılan araç arasındaki orantı ile sınırlanmıştır.¹¹²⁰ Ancak fail somut olayda sınırı araç ile aşacaktır. Bu araç somut bir araç olabileceği gibi, duruma göre failin hareketi olarak da değerlendirilebilecektir. Fail tehlikeye karşı koyma fiilinin gerektirdiği sınırlar içinde kalmış ancak istenmeden bir netice meydana gelmiş olabilir. Örneğin üzerine yuvarlanmakta olan dev bir kaya parçasından kaçmak isterken yanındaki kişiyi iten A bu kişinin ayağının takılarak, kör bir kuyuya düşüp ölümüne sebep olmuş olabilir. *Ancak; doktrinde oran şartının taksirle ihlali durumunda, araç bakımından ölçülü bir davranış olduğu için istenmeyen neticenin faile yüklenemeyeceği çünkü bu durumda sınırı aşan bir failden bahsedilemeyeceği ifade edilmektedir.* Bu durumda failin taksiri sebebiyle cezalandırılması, kanunun taksirli suçu cezalandırmanın istisnailiği sistemine de ters düşmektedir.¹¹²¹ *Zorunluluk halinde sınır fiili hata nedeniyle de aşılmış olabilir. Bu durumda sınır aşılmasına rağmen aşılmamış gibi zorunluluk halinden faydalanılacaktır.*¹¹²²

bilincinde olup olmadığını araştırmak gerekir; **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** A.g.e., Ankara 2008, s. 251: “Kanunun sınırın kast olmaksızın aşılması düzenlemesinden hukuka uygunluk nedenlerinin yanında ayrıca kusurluluğu kaldıran nedenlerde, isnat yeteneğini kaldıran ve azaltan nedenlerde ve suçun cezalandırılabilmesinin bir şartın gerçekleşmesine bağlı olduğu hallerde, hangi sınırın nasıl aşılabılır olduğunu anlamak kolay değildir. Böyle olunca da gerekçenin aksine “Ceza sorumluluğunun kaldıran ve azaltan nedenler arasında” sınırın aşılması bunların istisnasız hepsinde değil sadece hukuka uygunluk nedenlerinde mümkün olabilmektedir. Mantıksızlığa düşmemek için kanun hükmü daraltılarak yorumlanmalıdır.” Bunun yanı sıra TCK m. 25 f. 2 düzenlemesi İtalyan hukukundan esinlendiğine ve İtalyan Ceza Kanunu’nda da söz konusu düzenlemenin niteliği hukuka uygunluk sebebi olarak belirlendiği için daraltıcı yorumla bu yönde değerlendirilmelidir.

¹¹²⁰ **ÖZEN, Muharrem:** A.g.e., Ankara 1995, s. 158, 159.

¹¹²¹ **GÖLCÜKLÜ, Feyyaz:** “Suçta Kanuni Unsurun Ortadan Kalkması: Fiilin Hukuka Aykırılığı Kavramı ve Hukuka Uygunluk Sebepleri Konusunda Mülâhazalar”, **AÜSBF. Dergisi**, Cilt XXIII, Mart 1968 No: 1-2, s. 211: Nitekim taksirli suçlara ilişkin maddelerde taksir oluşturan hareketin niteliği dikkatsizlik ve acemilik gibi mutlaka belirtilmektedir. Kanun koyucu bu niteliği belirtmemiş ise taksirli değil kasıtlı davranışı ima etmiştir.

¹¹²² **ÖZEN, Muharrem:** A.g.e., Ankara 1995, s. 159; **PADOVANI, Tullio: Diritto Penale**, Milano 2008, s. 175.

II. ZORUNLULUK HALİNDE HATA

A. GENEL OLARAK

Hata, dış dünyada olan bir şeyin failin mevcut deneyimlerine göre kazandığı bilgi ile yanlış bir biçimde tanınmasına, bilinmesine sebep olan zihinsel bir durumdur. Hatta onun doğrudan doğruya manevi unsurla ilgili bir konu olarak ele alınması gerektiği de savunulmaktadır.¹¹²³ Kavramsal olarak her hata şüphesiz bir bilmemeyi içerirken, salt bilmeme için hataya gerek bulunmamaktadır. Zira bilmeme negatif; hata ise pozitif bir niteliktedir. Hukuku ilgilendiren bilmeme de, hataya neden olan bilmeme olduğuna göre; iki terimi bu anlamda birlikte kullanmak mümkündür.¹¹²⁴ Hukuka uygunluk nedenlerinde hata konusunda ortaya çıkan sorunun çözümü, hukuka aykırılığın suçun unsuru olup olmadığı tartışmalarını da doğal olarak etkilemiştir.¹¹²⁵ Hatta hukuka aykırılık kavramının suçun bir unsuru olarak hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması şeklinde anlaşıldığı da belirtilmektedir.¹¹²⁶ 5237 Sayılı TCK m. 30'da dört fıkra halinde düzenlenen hata kurumunda Alman Ceza Kanunu'ndan farklı olarak ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenlerin maddi koşullarında hata düzenlenerek¹¹²⁷ bu nedenlerin gerçekleşmesi konusunda yapılan hatadan failin yararlanacağı da f. 3'de açıkça

¹¹²³ ÖZTÜRK-ERDEM-ÖZBEK: *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, Ankara 1998, s. 135; ANTOLISEI, Francesco: A.g.e., Milano 1997, s. 404; ÖNDER, Ayhan, a.g.e., s. 225.

¹¹²⁴ ANTOLISEI, Francesco: A.g.e., Milano 1997, s. 405; MANTOVANI, Ferrando: A.g.e., Padova 2007, s. 354; ERSOY, Yüksel: *Ignoranza Ed Errore Nel Diritto Penale*, Ankara 1968, s. 112.

¹¹²⁵ GÜNGÖR, Devrim: *Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata*, Ankara 2007, s. 63.

¹¹²⁶ RIZ, Roland: *Lineamenti Di Diritto Penale Parte Generale*, Padova 2002, s. 179; DELITALA, Giacomo: A.g.e., s. 37: Delitala'ya göre fiil terimi hukuka aykırı fiil anlamında değildir.

¹¹²⁷ MAHMUTOĞLU, Fatih S.: A.g.m., s. 59: Ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler kapsamına yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik de girmektedir ve bu konularda hata mümkün değildir. Maddenin hukuka uygunluk nedenlerinde hata olarak düzenlenmesi daha doğru bulunmaktadır.

hükme bağlanmıştır. “Ancak TCK m. 30’da ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler denilmekle birlikte, kanundaki terimler dikkate alındığında başta TCK m. 25 düzenlemesi olmak üzere tercih edilen sistematik birbirinden farklı kurumları aynı başlık altında toplamak yönünde olduğundan, hata kurumu bakımından da karmaşa yaratacak düzeydedir.”¹¹²⁸ Madde ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenlerden bahsetmiş olsa da TCK’da yer alan ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan her nedenin niteliği gereği, hatanın konusu olması mümkün değildir. Örneğin; bir kimsenin maddi cebrin varlığı konusunda hata yapması düşünülemez. Davranışın kişiye ait olduğunun söylenemediği, iradenin tamamen ortadan kalktığı durumun hata sonucu gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Manevi cebir ve haksız tahrik durumlarında hata iddiası var ise bu durumun da ancak *hatanın kaçınılmaz olması durumunda değerlendirilmesi mümkündür*. Bununla birlikte, özel hükümlerde de düzenlenebilen cezayı kaldıran ve azaltan nedenlerde de hata yine *kaçınılamaz* olduklarında mümkündür.”¹¹²⁹ TCK m. 30 f. 3’deki ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler ibaresi hukuka uygunluk nedenlerini de kapsar şekilde anlaşılmalıdır.”¹¹³⁰

Hukuka uygunluk nedenleri üzerinde hata “kanuni tipe uyan bir fiilin meydana geldiğinin bilinmesine karşılık, fiili hukuka uygun hale getiren nedenlerden birinin maddi şartlarının gerçekleşmesi durumunda söz konusu olur.”¹¹³¹ Zorunluluk hali bir hukuka uygunluk nedenidir. Dolayısı ile zorunluluk halinde hata mümkündür. *Bununla birlikte konumuz açısından hukuka uygunluk nedenlerinin fiilin menfi şartı olmaları ya da suçun unsuru sayılmaları konusunda hangi yaklaşım*

¹¹²⁸ GÜNGÖR, Devrim: A.g.e., Ankara 2007, s. 62.

¹¹²⁹ GÜNGÖR, Devrim: A.g.e., s. 72-73.

¹¹³⁰ ÖZBEK ve Diğerleri: Genel Hükümler, Ankara 2013, s. 441.

¹¹³¹ GÜNGÖR, Devrim: A.g.e., Ankara 2007, s. 62.

benimsenirse benimsensin, hukuka uygunluk nedenlerinde hatanın varlığı, failin sorumluluğunu etkilemektedir. Hata, kural olarak subjektif nitelik taşıdığı ve iradenin oluşum sürecine etki ettiği için “hata”nın ana teması, failin sorumluluğunun nasıl tespit edileceğidir. Failin sorumluluğuna olan bu etkinin nasıl olduğunu belirleyebilmek için düşünülen bu hatanın niteliğinin, failin düştüğü yanılgının gerçekte var olup olmadığının belirlenmesi ve ancak bu belirlemeden sonra bu durumların ceza sorumluluğuna etkisinin tespiti gerekmektedir.

Hata kurala ilişkin ya da fiile ilişkin olabilir. Kural üzerinde hata, genel olarak TCK m. 4 bağlamında mazeret sayılmaz. Bu durumda kişi, ceza kuralı tarafından yasaklanan fiili gerçekleştirmeyi istemekte fakat bu fiilin suç olmadığına inanmaktadır. Buradaki “bilme” kast bağlamında; fiilin hukuka aykırılığının değil, fiilin bilinmesi ve istenmesi olduğundan, kural üzerinde hatanın kastın oluşumuna bir etkisi bulunmayacaktır.¹¹³² Mazeret sayılan hata, fiil üzerinde hatadır. Buna ilişkin olarak da fiil üzerinde hata TCK’da ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler başlıklı ikinci bölümde düzenlenmiştir.¹¹³³ Fiili hata için TCK m. 30 f. 1 failin fiili işlediği sırada suçun maddi tanımındaki unsurları bilmeyen kimsenin kasten hareket etmiş olmayacağını ve bu hata dolayısı ile taksirli sorumluluk halinin saklı olacağını hüküm altına almıştır. Kast, tipik maddi fiilin hukuka aykırılığının değil, doğrudan bu fiilin bilinmesi olduğundan hata fiil üzerinde ve hukuka aykırılık üzerinde hata olmasına göre, kastı kaldıracak veya kaldırmayacaktır. Bilme ise; kanunun suç saydığı fiilin bilinmesi olduğuna göre, ancak bu halde failin kastından

¹¹³² <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2007-68-288>, “Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata”, s. 135, Erişim Tarihi 12.05.2015; GÜNGÖR, Devrim, a.g.e., s. 25 vd.

¹¹³³ **Türk Ceza Hukuku Mevzuatı**: Cilt 1, Gazi Ü. Türk Ceza Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara 2012, s. 160.

söz edilebilir.¹¹³⁴ Bu bağlamda, hukuka uygunluk nedenlerinde kastın kalkması söz konusu olacağından, bilmenin “fiile ilişkin bir durum olup olmadığı”nın belirlenmesi¹¹³⁵ önemlidir. Fiilin menfi şartını oluşturan hukuka uygunluk nedenleri kastın, dolayısıyla fiil üzerinde hatanın konusu olabilirler.¹¹³⁶ Hukuka uygunluk nedenlerinde hatanın kastı kaldırıp kaldırmadığı ve bunun etkisi zorunluluk hali açısından önem taşımaktadır. Bu bakımdan zorunluluk halinde hatayı zorunluluk halinin varlığında hata ve maddi koşullarında hata olarak ayırmak daha uygun olacaktır.

B. ZORUNLULUK HALİNİN VARLIĞINDA HATA

Zorunluluk halinin varlığında hatada, fail tarafından temelde iki nokta üzerinde hata yapılmaktadır. Fail ya var olan bir hukuka uygunluk nedeninin varlığını bilmemekte ya da somut olayda var olmayan bir hukuka uygunluk nedenini var sanmaktadır. Her iki durumda da aslında fail, işlediği fiilin kural ihlaline neden olup olmadığı konusunda yanılmıştır. Buna ilişkin olarak, TCK m. 4’de daha sert olarak tanımlanan kural üzerinde hata, “TCK m. 30’a 5377 Sayılı Kanunla eklenen *işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda hataya düşen kişinin cezalandırılmayacağı* kuralıyla yumuşatılmıştır. Kural üzerinde hata, bir ceza normunun veya ceza normu dışında kalan bir kanunun bilinmemesinden veya yanlış

¹¹³⁴ TOROSLU, Nevzat: A.g.e., Ankara 2009, s. 218; HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.e., Ankara 2008, s. 265; MANTOVANI, Ferrando: *Diritto Penale*, Padova 2007, s. 300.

¹¹³⁵ CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT: A.g.e., s. 382-383: TCK m. 30 f. 4’de yer alan failin işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu konusundaki yanılıgına ilişkin ifade ise ‘hukuka aykırılık bilinci’nin kast gibi kusurun bir unsuru olduğunu var saymakta olduğundan fail hukuka aykırılık bilinci olmadığı için kasıtlı sayılmayarak cezalandırılmayacaktır.”

¹¹³⁶ ERSOY, Yüksel: A.g.e., s. 112; GÜNGÖR, Devrim: A.g.e., Ankara 2007, s. 67.

yorumlanmasından kaynaklanan bir hata türüdür.”¹¹³⁷ Birinci durum için “hukuka uygunluk sebeplerinin objektiflik niteliği gereği, fail tarafından bu nedenler bilinmese dahi, söz konusu hukuka uygunluk sebebinden yararlanacağı¹¹³⁸ söylenebilir. Buna ilişkin olarak doktrinde bir yöndeki görüş, oldukça temel bir yaklaşımla hukuka uygunluk nedenlerinin salt varlıklarını etki göstermeleri için yeterli görmekte ve failin bu konudaki inancının önem taşımayacağını¹¹³⁹ belirtmekte iken; diğer yöndeki bir görüş ise, failin varlığını bilmediği bu sebeplerin mutlaka var olduğu inancı ile hareket edilmesi gerektiğini savunmaktadır.¹¹⁴⁰ Kural olarak, fail hukuka uygunluk nedeninin varlığını bilmesede dahi, olayda bir hukuka uygunluk nedeni varsa, failin bunu bilmesine gerek yoktur. Fail hukuka uygunluk nedeninden yararlanacaktır. *Buna göre; kişi zorunluluk halinde olduğunu bilmesede ve kendi yönünden fiili hukuka aykırılık içerse dahi hukuka uygunluk nedeninden yararlanacaktır.*¹¹⁴¹ Bahsedilen diğer durumda ise; somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunmamakta ancak fail, böyle bir nedenin varlığı konusunda hataya düşerek bu nedeni var saymaktadır. Bu durumda *olayda hukuka uygunluk nedeni ya hiç bulunmayabilir ya da fail, fiilde hukuka aykırılık unsurunun oluşmadığını zannetmiş olabilir.* Böylelikle; “fail fiili yasaklayan bir normun varlığında ya da böyle bir normun yorumlanmasında düştüğü hata nedeniyle hareketine izin verildiğini sanmaktadır.”¹¹⁴² Örneğin, “ötenazinin bir hukuka

¹¹³⁷ GÜNGÖR, Devrim: A.g.m., “Kural..”, s. 135.

¹¹³⁸ ÖZBEK ve Diğerleri: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013, s. 442.

¹¹³⁹ GÜNGÖR, Devrim: A.g.e., s. 63 vd.

¹¹⁴⁰ ÖZBEK ve Diğerleri: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013, s. 442.

¹¹⁴¹ MAHMUTOĞLU, Fatih S.: A.g.m., s. 59; KATOĞLU, Tuğrul: A.g.e., Ankara 2003, s. 87: Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde davranış kasıtlı olabilir. Ancak fiil hukuka uygun sayılmakta ve kastın varlığı hukuka aykırılık değerlendirmesi için yeterli olmamaktadır. O halde hukuka uygunluk nedenleri objektif unsurla ilgili bir konu olup sübjektif unsur yani kusurluluk bahsini ilgilendirmemektedir.

¹¹⁴² KOCA, Mahmut- ÜZÜLMEZ, İlhan: “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması”, [www.erzincan.edu.tr/birim/ HukukDergi/ makale/ 2007-1-3-pdf](http://www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2007-1-3-pdf), s. 43, Erişim Tarihi 21.03.2014; Bu

uygunluk nedeni olduğu düşüncesiyle, makinaya bağlı olarak yaşayan 98 yaşındaki hastasının isteğini yerine getirerek onun yaşamına son veren doktor, aslında olmayan bir hukuka uygunluk nedeninin varlığında hataya düşmüştür. Bu konuda *cezalandırılabilirlik için, doktorun bu hatasının kaçınılmaz olduğu yönünde bir değerlendirme yapılmalıdır*. Somut olay bakımından hata kaçınılmaz ise, doktor cezalandırılmaz; hata kaçınılabilir ise doktor taksirle insan öldürmeden cezalandırılır. Ancak bu durumda artık hatadan söz edilemiyor olmalıdır.”¹¹⁴³ Yine bir başka örnekte, yaralı bir ayının kendine doğru koştuğunu sanarak zorunluluk halinde bulunduğu değerlendirmesini yapan A’nın, yakınında bulunan bir evin kapısını kırarak içeri girmesi durumu da hukuka uygunluk nedeninin varlığında hata kısmını oluşturmaktadır. Failin, birinci durum olarak belirttiğimiz, somut olayda var olan bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmadığını düşünerek fiilini gerçekleştirmesi olgusunun çözümü problem arz etmemektedir. Bunu yukarıda açıklamıştık. İkinci durum olarak belirttiğimiz olguda ise; “fail fiili gerçekleştirirken var olmayan bir hukuka uygunluk nedenini somut olayda var sanmakta idi. Ortada bir hukuka uygunluk nedeni yokken failin bu hatası esas olarak bir *kural üzerinde hata halini* oluşturur. Bu durum failin düştüğü hatanın salt kural üzerinde hata olmasına göre değerlendirilmemekte, *hatanın kaçınılmaz olup olmamasına göre* de dikkate alınmaktadır. Buna göre; fail haksız bir harekette bulunduğu bilincinde değildir. Bu durumda, TCK m. 30 f. son’a göre hareket edilmelidir. Ancak kaçınılmazlık için ister istemez TCK m. 30 f. 3’e bakmak gerekmektedir. Bu yönde maddenin 3. fıkrası, *hata konusunu açıkça düzenleyerek hukuka uygunluk nedenlerinde hata durumunda ne olacağını da hükme bağlamak istemiştir. Kanunun ilgili maddesi “ceza*

durum Alman Doktrini’nde bir grup yazar tarafından failin hukuka aykırılık bilincine sahip olmadığı şeklinde nitelendirilmektedir.

¹¹⁴³ ÖZBEK ve Diğerleri: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013, s. 442, 443.

sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişinin bu hatadan yararlanacağını” öngörmektedir. Buradan anlaşılan, hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı konusunda yapılan hatanın kaçınılmaz olması gereğidir. Gerekçede, “kişinin işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu fiilin haksızlık oluşturduğunu bilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Hatanın kaçınılmazlığının belirlenmesi konusunda; kişi işlediği fiilin hukuken kabul edilemez bir fiil olduğunun bilincinde olmalıdır. 5377 Sayılı Kanunla yapılan değişikliğin gerekçesine bakıldığında, hatanın kaçınılmaz olması durumunda kişinin kusurlu sayılmayacağı ifade edilerek; kaçınılmaz hata belirlenmesinde kişinin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim ve içinde bulunduğu sosyal ve kültürel şartların göz önünde bulundurulacağı belirtilmektedir.¹¹⁴⁴ Burada aslolan faile atfolunabilecek bu durumlar değerlendirildiğinde netice olarak faile en ufak bir kınama dahi yöneltilememesidir. Bunun için ayrıca “fail bulunduğu koşullarda bir yanlış yapmadığına inanmalı ve fiilinin doğru olduğunu kabul etmelidir.”¹¹⁴⁵ Ancak maddede “kaçınılmazlık terimi açıklanmadığı gibi terimin içeriğinin ne olduğu konusunda da gerekçede bir açıklık yoktur. *Hükümet Tasarısı* olarak TBMM’ye sunulan *Dönmezer Tasarısı*’nın doğrudan metninde bu hatanın faile kusur isnadı mümkün olmayan bir hata olarak açıklandığı görülmektedir. Böylece, kaçınılmaz hata teriminin bu tasarıda “kusursuz hata” olarak ortaya konulduğu dikkati çekmektedir. Bu konuda açık bir tanım, İsviçre Ceza Kanunu m. 19 f. 2’de yer almaktadır. Kaçınılmaz hata burada, ‘gereken özen sayesinde bertaraf edilemeyecek hata’ olarak açıklanmıştır. Böylelikle; kaçınılmaz hata kavramı her ne kadar

¹¹⁴⁴ YALVAÇ, Gürsel: *Karşılaştırmalı Gerekçeli TCK-CMK-CGTİK*, Ankara 2008, s. 98; BAYRAKTAR, Köksal: A.g.m., s. 23: Dönmezer Tasarısı’nda kastedilen bu hata faile kusur isnadı mümkün olmayan hata olarak açıklanmıştır.

¹¹⁴⁵ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.e., Ankara 2008, s. 300.

doktrinsel olarak geliştirilmeye gereklilik gösteren bir kavram olsa da bu kavramı mevcut duruma göre kusur ile açıklama olanağı bulunmaktadır.”¹¹⁴⁶ *“Hükümde kaçınılmaz hataya düşen kişinin bu hatasından yararlanacağı ifade edildiğine ve bu konuda kasti ve taksirli sorumluluk arasında bir ayrım yapılmadığına göre, bir hukuka uygunluk sebebinin unsurlarında kaçınılmaz hataya düşen kişi ne kasıtlı ne de taksirli bir suçtan dolayı sorumlu tutulamaz. Diğer bir deyişle kaçınılmaz hata kusuru kaldırır. Ancak kanun hatanın kaçınılabilir olması haline sonuç bağlamamıştır.”*¹¹⁴⁷ *Hataya düşmenin kaçınılmazlığından anlaşılması gereken bu hataya kusursuz olarak düşülmüş olmasıdır.*¹¹⁴⁸ Bu da sözü edilen bu hatanın “kaçınılmaz olarak değerlendirilmesi için fail tarafından bilinmemesi ve bunun yanı sıra bilinebilir durumda da olmaması demektir. Ancak TCK m. 30 f. 4 kural üzerinde hatayı yumuşatarak bazı durumlarda bu hatanın mazeret sayılmasını sağlamıştır. Fiilin haksızlık oluşturması konusundaki kaçınılmaz hata gerekliliği; failin fiilin hukuka aykırı olduğu bilincine sahip olmasını, fiili yasaklayan ceza kuralının bilinmesi ya da kuralın bilinemediği durumlarda buna sezgisel olarak ulaşılmasını içermektedir.”¹¹⁴⁹ “Bu hata fiilin hukuka aykırılığı konusundaki hatadır. Nitekim kanundaki işlediği fiilin haksızlık oluşturması konusundaki hata belirlemesi bunu ifade etmektedir. Ancak bu her olayda kolaylıkla yapılabilecek bir belirleme değildir. Failin fiilinin antisosyal bir nitelik taşıdığını bilmesi ya da işlediği fiil bakımından haksızlık bilincine sahip olması gerekir.”¹¹⁵⁰

¹¹⁴⁶ **BAYRAKTAR, Köksal:** “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Hukuka Uygunluk Nedenleri”, **Erdoğan Teziç’e Armağan**, İstanbul 2007, s. 23.

¹¹⁴⁷ **ÖZBEK ve Diğerleri:** A.g.e., Ankara 2013, s. 443.

¹¹⁴⁸ **GÜNGÖR, Devrim:** A.g.e., Ankara 2007, s. 69.

¹¹⁴⁹ **GÜNGÖR, Devrim:** A.g.m., “Kural...”, s. 157- 159.

¹¹⁵⁰ **ÖZBEK ve Diğerleri:** A.g.e., Ankara 2013, s. 451.

“Kaçınılabilir hata kaçınılabilir olandan kaçınılmaması yönünde bir özen yükümlülüğünün ihlali olarak düşünülebilirken, öngörülebilir olan bir neticenin taksirli bir hareketin varlığı nedeniyle öngörülememesini de akla getirir. Fail bu hatadan doğan neticeden özenli davranmadığı için taksiri nedeniyle sorumlu tutulacaktır. Kaçınılmaz nitelikte hata durumunda fail koşulları mevcut olmasa da hukuka uygunluk sebebinden yararlanacaktır.”¹¹⁵¹ Kaçınılmazlık kaçınılabilirlik kavramına göre belirlenebildiğine göre buradan hareketle kaçınılabilirlik ilkin özensizliği bu da taksiri akla getirir. Fail özenli davranırsa idi hukuka uygunluk sebebinin bulunmadığını bilebilecek durumda olmuş ise hata kaçınılabilirdir. Hata kaçınılabilir olmasına rağmen özenli davranılmadığı için hatanın kaçınılmaması olması durumunda meydana gelen neticeden fail taksiri nedeniyle sorumlu tutulacaktır. *Hatanın kaçınılmaz olması durumunda bu hatasından yararlanacak olan fail ise aslında olmayan bir hukuka uygunluk sebebinden yararlanacaktır.*”¹¹⁵² Kaçınılabilir hata olması durumunda kişi kusurlu sayılacak ve bu husus temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır.”¹¹⁵³ “Hatanın kaçınılabilir olması durumunda hata var olduğundan TCK m. 61 bu hususun somut cezanın belirlenmesinde göz önünde tutulacağını ortaya koymaktadır. Ancak pek tabi hatanın kaçınılabilir olması durumu bu durumda failin taksirle hareket ettiği sonucuna doğrudan varılmasına engeldir.

“Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı konusunda yapılan hatanın mazeret sayılması gerektiği konusunda ileri sürülen görüşlerden en önemlisi, hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmamasını suç oluşturan fiilin negatif unsuru sayan ve

¹¹⁵¹ **ÖZBEK ve Diğerleri:** A.g.e., s. 443.

¹¹⁵² **ÖZBEK ve Diğerleri:** A.g.e., Ankara 2013, s. 442

¹¹⁵³ **Türk Ceza Hukuku Mevzuatı:** Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Ankara 2013, s.185.

böylelikle buna ilişkin hatanın kastın gerçekleşmesini önleyeceği yönündeki görüştür.”¹¹⁵⁴ İkinci durum olarak belirttiğimiz, bu olmayan bir hukuka uygunluk nedenini failin var zannettiği duruma ilişkin olarak ise, fiilin hukuka uygunluğu konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Hukuka uygunluk nedeninin objektif olarak olmadığı bu durumda fail, onu sübjektif olarak var zannetmektedir. Fiil hukuka aykırıdır ve failin bu fiili hukuka uygun sayması ile bu hukuka aykırılık kalkmayacak bu uygun saymanın gerçekleşme şekli ise hata kurumunun etkisine ve hatanın niteliğine bağlı olacaktır.

*“Öncelikle burada fiilin hukuka uygun hale gelmesi için, failin hukuka uygunluk nedenleri üzerindeki hatasının fiile ilişkin olması gerektiğini, failin fiilini mazur gören bir normun bulunmasından hareketle yaptığı hatanın kural üzerinde hata olduğunu”*¹¹⁵⁵ tekrar tespit etmek gerekir. Kural üzerinde hata için ise zorunlu olarak TCK’nın koyduğu kaçınılmazlık değerlendirmesini yapmak gerekmektedir. Madde metnindeki en sıkıntılı ifade “kaçınılamaz hata” kavramında yoğunlaşmaktadır. TCK m. 30 f. 3 bu sorunu çözümlmek için *failin hatasının kaçınılmaz olmasını* aramakta ve bunu ceza sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan nedenlere ilişkin koşulların gerçekleşmesiyle ilişkilendirmektedir.¹¹⁵⁶ *Hata, kaçınılmaz olduğu durumda fail bundan yararlanacaktır. Dolayısıyla; bu madde hukuka uygunluk nedenlerinde hatayı düzenler görünmekle birlikte, konuyla ilgili tartışmalı bazı sorunlara yol açacak niteliktedir. Zira; hataya düşmekte kaçınılmazlık vurgusu yapan maddede, hataya düşmekte kusuru olan kişiye ne olacağı sorusu da ister istemez akla gelmektedir. Failin hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı konusunda hataya*

¹¹⁵⁴ GÜNGÖR, Devrim: A.g.e, Ankara 2007, s. 64.

¹¹⁵⁵ GÜNGÖR, Devrim: A.g.e., Ankara 2007, s. 69.

¹¹⁵⁶ YALVAÇ, Gürsel: *Karşılaştırmalı Gerekçeli TCK-CMK-CGTİK*, Ankara 2008, s. 98; BAYRAKTAR, Köksal: A.g.m., s. 23: Dönmezer Tasarısı’nda kastedilen bu hata faile kusur isnadı mümkün olmayan hata olarak açıklanmıştı.

düŖerken, failin dikkatsiz ve özensiz davrandığının saptanması durumunda fiilinden dolayı kasten mi sorumlu olacağı, bu sorumluluğun esasının neye dayanacağı¹¹⁵⁷ belirsizdir. Bu sorularla ilgili, madde hükmünde bir açıklık olmamasından dolayı genel ilkelerden hareketle, kusurlu hata sonucu işlenen fiilin kanunda öngörölmüş olması dolayısı ile taksirli Ŗeklinden sorumluluğu düşünölebilir. Ancak, madde gerekçesi bu görüşü desteklememektedir. Gerekçede, söz konusu nedenlerin gerçekteşmesi konusunda hataya düşen kişinin, bu hatasından yararlanabileceğı belirtilmektedir. Ancak bunun için, hatanın kaçınılmaz olması gerekir. Hatanın kaçınılabılır olması durumunda ise; kişi işlediğı fiilden dolayı sorumlu tutulmakla birlikte, bu hata temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır. Failin ceza sorumluluğundan kurtulabilmesi, hataya düşmekte hiçbir şekilde kusurlu olmaması şartına bağlanmaktadır. Buna karşın, hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı konusunda hataya düşmekte, failin dikkatsiz ve özensiz davrandığının tespit edilmesi durumunda, fiilinden dolayı kastından dolayı mı sorumlu olacağı ve sorumluluğunun esasının dayanağı bir sorun olarak durmaktadır. Örneğın; biraz daha dikkatli ve özenli davranmış olsaydı, kendisine yönelik bir saldırı olmadığını anlayabilecekken, karşısındaki kişiye saldırarak o kişinin ölümüne veya yaralanmasına yol açtığı takdirde, dikkatsizliği ve özensizliği yüzünden düştüğü hata nedeniyle, fiilin kasıtlı Ŗeklinden mi sorumlu olacağı¹¹⁵⁸ ayrı bir değerdendirmeyi gerektirmektedir. Failin hataya kusurlu olarak düştüğü durumda, ceza sorumluluğunun temel ilkeleri gereğı, hataya kusurla düşme durumunun fail açısından değerdendirilmesi gerekmektedir. “Ancak bu durumda, failin yine fiilin kasıtlı Ŗeklinden sorumlu tutulması en başta kusurlulukla ilgili genel ilkelere aykırılık

¹¹⁵⁷ GÜNGÖR, Devrim: A.g.e., Ankara 2007, s.70.

¹¹⁵⁸ ÖZBEK ve Diğerleri: A.g.e., Ankara 2013, s. 444; GÜNGÖR, Devrim: A.g.e., s. 70.

oluşturmaktadır. Zira hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı konusunda yapılan hata, esaslı sayılarak zaten kastın oluşumunu önlemektedir.”¹¹⁵⁹ Bir kısım doktrin tarafından, bu nedenlerin suçun yapısal unsurlarının dışında oldukları ifade edilse de;¹¹⁶⁰ failin bu unsurların gerçekleşmesi yönündeki hatası, kastın oluşumunu etkileyerek failin fiille ilgili iradesini sakatlamaktadır. Dolayısıyla, hukuka uygunluk nedenlerinde hatanın, sorumluluğu bütünüyle kaldırması için, bu konuda failin kusursuzluğunun aranması doğaldır.¹¹⁶¹

Kasttaki bilme unsurunun neye ilişkin olduğu, bilmenin tipik fiilin hukuka aykırılığını bilme mi, yoksa fiili bilme mi olduğu, doktrinde çeşitli tartışmaları yapılandırmıştır. Bir yönde failin fiili meydana getirmekten kaçınmasının fiile ilişkin olduğu¹¹⁶² düşünülürken; diğer yönde ise, bilme unsurunun hukuka uygunluk nedenlerini kapsamaması gerektiği düşünülmektedir.¹¹⁶³ Buna göre; fail hatası sonucu bir hukuka uygunluk nedenini var saymış ise; artık failin kastından söz edilemez. Taksir, istisnai nitelikte olduğu için taksirin kabulü ancak şartların

¹¹⁵⁹ **GÜNGÖR, Devrim:** A.g.e., s.70; **ERSOY, Yüksel:** Ignoranza Ed Errore Nel Diritto Penale, Ankara 1968, s. 114-115.

¹¹⁶⁰ **ERSOY, Yüksel:** Ignoranza Ed Errore Nel Diritto Penale, Ankara 1968, s. 114-115.

¹¹⁶¹ **GÜNGÖR, Devrim:** A.g.e., Ankara 2007, s. 71; **ÖZBEK ve Diğerleri:** A.g.e., Ankara 2013, s. 452; TCK m. 4 hükmünün TCK m. 30 f. 4 karşısında anlamsızlaştığı, kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesinin benimsendiği bir sistemde TCK m. 4 ile bir yandan kusur karinesi yaratılırken diğer yandan bunun sakıncalarının TCK m. 30 f. 4 ile giderilmeye çalışıldığı ve TCK m. 4 hükmünün TCK’dan tamamıyla çıkarılması gerektiği ifade edilmektedir.

¹¹⁶² **DELITALA, Giacomo:** a.g.e., s. 23.

¹¹⁶³ **CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT:** Türk Ceza Hukuku’na Giriş, İstanbul 2006, a.g.e., s. 381; **KATOĞLU, Tuğrul:** A.g.e., s. 88-89; Hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurla ilgili olup sübjektif unsuru yani kusurluluk unsurunu etkilememsinden hareketle fail tarafından hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartları konusundaki değerlendirmede üzerinde en çok durulan hipotez objektif olarak bir hukuka uygunluk nedeni bulunmamakla birlikte failin bir hukuka uygunluk nedeni bulunduğu konusundaki hatalı değerlendirmesi konusunda mutlak anlamda objektif anlayışı savunan yazarlar failin somut olayda mutlak surette bir hukuka uygunluk nedeninin bulunduğu yönündeki inancının önemsiz olduğunu savunurlarken, birtakım yazarlar ise somut olay bakımından fiili hata, hukuki hata ayırımı yapılmasını benimserler. Buna göre; kişinin kendine veya üçüncü şahsa yönelmiş bir tehlike ya da saldırı durumundaki gibi fiili bir hatanın bulunması ve bu hatanın kusurlu olmaması halinde failin varlığına inandığı hukuka uygunluk nedeninden yararlanması savunulmaktadır. Bunun yanında hata, failin hukuka uygunluk nedenini düzenleyen hukuk normlarını yanlış değerlendirmesinden kaynaklanmakta ise failin inancının ne olursa olsun hukuka uygunluk nedeninden yararlanmaması gerektiği ifade edilmektedir.

gerçekleşmesi durumunda mümkün olabilir. Taksirli bir davranışın ancak kanunda bir karşılığı varsa cezalandırılabileceğini belirtmek gerekir.¹¹⁶⁴ Yani bu durumda kast gerçekleşmemişse taksir vardır demek, bir nevi taksir karinesi yaratmaktır. Nitekim, TCK m. 27’de sınırın aşılması konusunda; taksirli halin düzenlenip, burada düzenlenmemesi de düzeltilmesi gerekli bir eksikliktir.¹¹⁶⁵ Bu durumun TCK m. 61 ile çözülebilmesi ve alt sınırın altına inme imkanı vermeyen bu düzenleme de yeterli değildir.¹¹⁶⁶

C. ZORUNLULUK HALİNİN UNSURLARINDA HATA

Fail burada, olayda var olan bir hukuka uygunluk sebebini değerlendirirken zorunluluk halinin maddi koşullarını oluşturan normun unsurları üzerinde, yani; zorunluluk halinin maddi şartları konusunda hataya düşmüştür.¹¹⁶⁷ “Fail öncelikle neticeyi görüp istemekte; bir başka deyişle kasten hareket etmektedir. Ancak bu konudaki düşüncesi bir hukuka uygunluk alanı içinde bulunduğu şeklindedir.”¹¹⁶⁸ Örneğin; “deprem bölgesinde yaşayan bir kişinin gece yarısı uyurken kendi evinin önünden geçen kamyonun yarattığı sarsıntıyla uyanıp şiddetli bir deprem olduğunu sanarak arabasına binip kaçarken, gece vardiyasından dönen A’nın ölümüne yol açması durumunda, fail zorunluluk halinin mevcut tehlike koşulunun değerlendirilmesinde hataya düşmüştür. Ancak; deprem bölgesinde oturan ve kısa süre önce şiddetli bir deprem yaşayan bu kişinin hatası kaçınılmaz bir hatadır.”

¹¹⁶⁴ KAN AYDIN, Çağrı: Taksirle Yaralama, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006, s. 83, 84,85.

¹¹⁶⁵ GÜNGÖR, Devrim: A.g.e., s. 71-72, Ankara 2007; benzer yönde ÖZBEK ve Diğerleri: A.g.e., Ankara 2013, s. 452.

¹¹⁶⁶ ÖZBEK ve Diğerleri: A.g.e., Ankara 2013, s. 452.

¹¹⁶⁷ ÖZBEK ve Diğerleri: A.g.e., Ankara 2013, s. 443; Doktrinde bir görüşe göre hukuka uygunluk sebeplerinin şartlarında yanlış, suçun unsurlarındaki yanlışlıkla eşdeğerdir: ÖZGENÇ, İzzet: Suçun Yapısında Kusur, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul 1997, s. 88 vd; Kentin güvensiz-getto bir bölgesinde gece vakti yol sormak amacıyla gelen birinin saldırı amacıyla geldiği sanılarak ateş edilerek yaralanmasında faili hukuka uygunluk sebebinden yararlandırmanın nedeni onun taksir şeklinde dahi bir kusurunun olmamasıdır: DEMİRBAŞ, Timur: A.g.e, s. 257.

¹¹⁶⁸ ÜNVER-İÇEL: Suç Politikası, Ankara 2006, s. 517.

Dolayısı ile bu hatasından dolayı hukuka uygunluk nedeninin gerçekleşmesi dolayısı ile CMK m. 223 f. 2 d uyarınca beraat kararı verilecektir.¹¹⁶⁹ Bu yöndeki hatayı ikiye ayırarak incelemek gerekmektedir. *Buna göre, ilki; olayda hukuka uygunluk nedeninin unsurlarının gerçekleşmemesine rağmen, failin bu hukuka uygunluk nedenini unsurlara ilişkin yanlış değerlendirmesinden dolayı var sanması. İkincisi ise; olayda hukuka uygunluk nedeninin unsurları olduğu halde failin oluşmadığını düşünmesi halidir.* İkinci durumun çözümü problem teşkil etmemektedir. Çünkü; olayda bir hukuka uygunluk nedeni varken, failin bunun oluşmadığını düşünmesinin hukuki bir değeri yoktur. Bu konudaki bir görüşe göre; hukuka uygunluk nedenleri objektif unsurla ilgilidir. Dolayısı ile kusurluluk konusunun dışındadır. Fail tarafından yapılan değerlendirme için farklı görüşler bulunmakla birlikte, fail bu nedenleri yok zannetse dahi, hukuka uygunluk nedenlerinin objektif niteliği gereği hukuka uygunluk nedenlerinin etkisini göstereceği¹¹⁷⁰ yönündeki görüş, daha tutarlıdır. Bu anlayışa göre; hukuka uygunluk nedenleri failin negatif bir unsurudur ama aynı zamanda bu durum, hukuka aykırılığı mantıken failin pozitif bir unsuru olarak kabul etmeyi de gerektirmektedir.¹¹⁷¹ Failin fiili hukuka uygun olduğu için bunu hukuka aykırı olarak değerlendirmesi, yani bu değerlendirme hatası hüküm ifade etmemektedir. Aynı bakış açısı, İtalyan Ceza Kanunu'nun 59. Maddesi'ndeki düzenlemenin de dayanağını oluşturmaktadır.¹¹⁷² Burada asıl üzerinde durulması gereken, failin unsurlar üzerinde yaptığı yanlış değerlendirmedir. Zorunluluk halinde fail ister istemez bazı unsurları yorumlayacaktır. Bu yorum sırasında, yaptığı yanlış

¹¹⁶⁹ ZAFER, Hamide: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2010, s. 246.

¹¹⁷⁰ KATOĞLU, Tuğrul: A.g.e., Ankara 2003, s. 87, 88: Görüşler için de bkz.; ÖNDER, Ayhan: A.g.e., İstanbul 1992, s. 225.

¹¹⁷¹ ERSOY, Yüksel: *Ignoranza Ed Errore Nel Diritto Penale*, Ankara Ü. Basımevi 1968, s. 113; DELITALA, Giacomo: *Il Fatto Nella Teoria Generale Del Reato*, Padova 1930, s. 34; KATOĞLU, Tuğrul: A.g.e., s. 139; GÜNGÖR, Devrim: A.g.e., s. 63- 64.

¹¹⁷² KATOĞLU, Tuğrul: A.g.e., s. 88.

değerlendirmeye hukukun atfedeceği değer önemlidir. Örneğin; fail doğa yürüyüşü yaparken kendisini bir yılan sokmuştur. Acı içinde kıvrılırken, yılanın zehirli olabileceği ve hayatını kaybedeceği düşüncesiyle yolu üzerinde bulunan bir orman kulübesinin kapısını kırarak içeriye girmiş ve evde bulunan yaşlı çifti kendini tedavi etmeye zorlamıştır. Uzun yıllar doğayla baş başa bir hayat yaşayan çift, pansuman sırasında yılanın zehirli olmadığını anlamışlardır. Failin bu noktada artık bir hatası; tehlike unsuru üzerinde bir hatası, söz konusudur. “Fail burada, bir değerlendirme hatası yaparak zorunluluk halinde bulunduğunu sanmaktadır. Söz konusu hata, failin kusurunu kaldıracak nitelikte ise bundan sonra yine failin taksir derecesinde bir kusurunun bulunup bulunmadığı incelenmelidir. Eğer; failin taksir derecesinde dahi bir kusuru yoksa, cezai sorumluluğu ortadan kalkacaktır.”¹¹⁷³ Bunu; TCK m. 30 f. 3, hukuka uygunluk nedenlerinin unsurları konusunda hataya düşüldüğünde ne olacağı konusunu, çözüme bağlamak istemiştir. “Madde aynı zamanda kusurluluğu azaltan nedenlere ilişkin unsur hatasını da içermektedir.”¹¹⁷⁴ Gerek metindeki ifadeye bakıldığında, gerekse bölüm başlığının sistematik yorumu göz önüne alındığında bu fikrin desteklendiğini söyleyebiliriz.¹¹⁷⁵ Öncelikle, hukuka uygunluk nedenine ait unsurların gerçekleşmesi konusunda yapılacak bir *hatanın kaçınılmaz olması* gerektiği belirtilmiştir. “Nitekim kaçınılamaz bir hata halinde, faile ceza verilmesi modern ceza hukukunun gerekleriyle de bağdaşmayacaktır.”¹¹⁷⁶ Hataya düşmenin

¹¹⁷³ **ERMAN, Ragıp Barış: Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2006.

¹¹⁷⁴ **DEĞİRMENCİ, Olgun:** “Ceza Hukukunda Yanılma ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, **TBBD**. Sayı: 110 Yıl: 2014, s. 162: “Hukuka uygunluk nedenlerinde yanılma ile ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan diğer nedenlerde yanılma aynı hukuki sonucun doğmasını gerektirecektir. Bu sonuç, söz konusu yanılmanın kaçınılmaz olması durumunda kişinin yanılığısından yararlanmasıdır. Başka bir anlatımla yanılma hukuka uygunluk nedenine ait ise suç oluşmayacak, ceza sorumluluğunu kaldıran nedene ait ise ceza verilmeyecek, ceza sorumluluğunu azaltan nedene ait ise ceza indirilecektir.”

¹¹⁷⁵ **KEÇELİOĞLU, Elvan:** A.g.m, s. 314, 315.

¹¹⁷⁶ **ÜNVER-İÇEL: Suç Politikası**, Ankara 2006, s. 517.

kaçınılmazlığında, failin hatasının sebebini taksir; gereken dikkat ve özenin gösterilmemiş olması oluşturmakta¹¹⁷⁷ ancak hataya kusursuz olarak düşülmesi konusunda farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Mutlak objektif anlayışı benimseyen doktrin, somut olayda failin bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmasına ilişkin inancının bir önem taşımadığını düşünmekte iken ikinci yaklaşım somut olay bakımından fiili hata ve hukuki hata ayrımı yapılması gerektiğini savunmaktadır. Bu yaklaşım bizce de daha tutarlıdır.¹¹⁷⁸ Failin, unsurlar konusunda düştüğü hatasının, fiile ilişkin olması gerekir. Yoksa, bu bir kural hatası olacaktır.¹¹⁷⁹ Zira failin bu şartlara ilişkin değerlendirmesi, *hukuki hata veya fiili hata şeklinde gerçekleşebilir*. Buna göre, fiili hatanın kusurlu olmaması halinde, failin hukuka uygunluk nedeninden yararlanması gerektiği savunulmaktadır.¹¹⁸⁰ Zorunluluk halini

¹¹⁷⁷ KESKİN, Kadri: *Taksirle Ölüme ve Yaralanmaya Neden Olma*, Ankara 1994, s. 86.

¹¹⁷⁸ KATOĞLU, Tuğrul: A.g.e., s. 89. Bir örnek vermemiz gerekirse fail kendisine karşı ağzından salyalar akarak koşan köpeğin kuduz olduğunu ve kendine saldıracağını düşünse ve köpeği zorunluluk halinde olduğunu sanarak öldürse daha sonra gelen köpeğin sahibi de çiftleşme döneminde vurulan bir iğneden dolayı bir yan etki olarak salya aktığını belirtse fiili bir hataya düşmüş olacaktır. Diğer bir örnek için bkz. ÖNDER, Ayhan: A.g.e., İstanbul 1992, s. 226: Fail ıssız ve sürekli yapılan soygunlarla ünlü olan bir bölgede karanlıkta kendisine koşarak yaklaşan bir kişiyi gördüğünde saldırıya uğradığını zannederek bu kişiyi yaralamıştır. Ancak kişinin bozulan arabasını tamir için yardım istemeye geldiğini sonradan öğrenmiştir. Burada olayda hukuka uygunluk sebebi yoktur ancak fail mevcut şartlara göre hukuka uygunluk sebebinin bulunduğunu zannetmektedir. Burada da failin düştüğü hata fiili duruma ilişkin yanlış değerlendirmedir. Hukuka uygunluk sebebi subjektif olarak vardır ve belli şartlarda geçerli kabul edilecektir. Bu da failin hukuka uygunluk sebebinin şartlarının gerçekleşmesine ilişkin hatasının kusursuz olmasıdır. Failin kastı bulunmamaktadır. Çünkü failin yanlışlığı şartlar eğer bulunsaydı fail hatasından yararlanacaktır.

¹¹⁷⁹ GÜNGÖR, Devrim: A.g.e., s. 69.

¹¹⁸⁰ KATOĞLU, Tuğrul: A.g.e., s. 89; Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E :2013/1-60, K: 2013/603, 5237 Sayılı Kanun'un sisteminde; "meşru müdafaa, hakkın kullanılması, kanunun emrini ifa ve ilgilinin rızası" şeklinde başlıca dört hukuka uygunluk nedenine yer verilmiştir. Hukuka uygunluk nedenlerinden birinin bulunması, eylemin suç olmasını engelleyeceğinden, fail hakkında beraat kararı verilmesi gerekecektir. Buna karşılık "*sınırın aşılması*" bir hukuka uygunluk nedeni değil, 27. madde'nin birinci fıkrasındaki hal itibarıyla kusurluluğu azaltan, ikinci fıkrasındaki durum itibarıyla ise kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerden birisidir. Başka bir deyişle hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın kast olmaksızın aşılması durumunda "beraat" değil, 27. maddenin birinci fıkrasına göre indirimli ceza veya ikinci fıkra uyarınca "ceza verilmesine yer olmadığına" karar verilmelidir. Bu husus, 5271 sayılı Kanunun 223. maddesinden de açıkça anlaşılmaktadır. Şu halde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 27. maddesinin birinci fıkrasının uygulanabilmesi için; öncelikle ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran bir neden söz konusu olmalıdır. Failin, sınırları "kast olmaksızın aşması" da ikinci şarttır. Dolayısıyla 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 50. maddesinden farklı olarak sınırın kasten aşılması durumunda bu fıkra uygulanamayacaktır. Yine 765 sayılı Kanundaki durumdan farklı olarak, 5237 sayılı TCK'nda hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmemiş olsa da ceza

düzenleyen kural üzerinde hataya düşüldüğünde bu hatanın niteliğı hukuki hata olduğundan failin sorumluluğunu etkilemeyecektir. Doktrinde bir görüşe göre; “burada fail, gerçekleştirdiğı fiilin *haksızlık oluşturduğunun bilincindedir*. Ancak somut olayda, hukuka uygunluk nedeninin şartlarının gerçekleştiğini sanmıştır.”¹¹⁸¹ TCK m. 4’e göre; ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmayacaktır. Bu kural 5377 Sayılı Kanunla eklenen 30. Madde’ye “fiilin haksızlık oluşturduğı konusunda kaçınılmaz bir hataya düşme şartı” ile birlikte esnetilmiştir. *Bu da demektir ki hukuki hata da dediğimiz kural üzerinde hata da bazı hallerde mazeret sayılabilecektir.*¹¹⁸²

TCK’daki hata düzenlemesi, “kanun koyucunun, hukuka uygunluk nedenlerinin unsurlarında hatayı, Alman Doktrini’nde savunulan ancak bugün kabul görmeyen “*sert kusur teorisi*”nden esinlenerek, kural üzerinde hataya benzer şekilde düzenlenmesidir. *Ancak bu teori, hukuka uygunluk nedeninin unsurlarında hatayı yasaklılık hatasına bağlayarak hatanın kaçınılabılır olması halinde de cezanın indirilmesini talep eder.* TCK ise; bu halde cezanın indirilmesini dahi kabul etmeyen

sorumluluğunu kaldıran nedenlerden olan “zorunluluk hali” için de 27. maddenin birinci fıkrasının uygulanma imkanı bulunmaktadır.

¹¹⁸¹ **KOCA-ÜZÜLMEZ:** A.g.m., s. 43; YCGK. 6.2.1995, E:1/34, K.6: “Sanıklar özde değışmeyen ve diğerlerine uygun bulunan savunmalarında ihbar üzerine olay yerine gittiklerini ve yolun telefon direğıyle kapatıldığını görünce komutanın çağırması üzerine barikatın başında bulunanların kendilerine doğru geldiğini çalıklardan silah sesi gelince o yöne doğru ateş ettiklerini komutanın emriyle ateş kestiklerini söylemiştir...Sanıklar ihbar üzerine geceleyin teröristlerin yolu kestiğı ve baskın yapacakları endişesi ile olay yerine gelerek gerekli güvenlik önlemlerini almışlar bu sırada topluluktan ateş edilmesi üzerine Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu ile Jandarma Teşkilat Görev ve Yetki Yönetmeliğı’nin tanıdığı yetkiler çerçevesinde mevcut saldırıyı önlemek amacıyla ateş etmişlerdir. Bu oluşa göre sanıkların yasal savunma koşulları altında ve sınırı aşmayarak öldürme ve yaralama fiilini işledikleri anlaşılmaktadır.”

¹¹⁸² **GÜNGÖR, Devrim:** “Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata” **TBBD.** Yıl 19, Sayı 68, s. 151-155: Kast teorisine göre kural üzerinde hata fiil üzerinde hata gibi kabul edilmekte fiili yasaklayan normun bilinmediğı her durumun kastın gerçekleşmesini önlediğı kabul edilmektedir. Kişinin “haksızlık bilinci” olmadığı için kaçınılabılır nitelikte bir hatada dahi kastının bulunmadığı kabul edilmektedir. Kastın varlığı için haksızlık bilincine ek olarak “fiilin anti sosyal niteliğı bilinci” de aranmaktadır. Ancak kanunda suçun taksirli şekli bulunuyorsa failin bundan sorumlu tutulması gerekir. Diğer teori olan kusur teorisinde ise kural üzerinde hata ancak kaçınılmaz olduğu takdirde kastı kaldırmaktadır. Kaçınılabılır durumda ise yalnızca cezayı etkileyen bir faktör olarak dikkate alınmalıdır.

sert bir tutum sergilemiştir.”¹¹⁸³ İtalyan Ceza Kanunu m. 59 f. 1’de bunların, failin lehine olacak şekilde dikkate alınacağı, ifade edilmektedir. Fail tarafından, cezayı kaldıran nedenlerin maddi koşullarının oluştuğu bilinmese ya da bu nedenlerin var olmadıkları zannedilse dahi, lehe olarak dikkate alınacaktır.¹¹⁸⁴ *İkinci olasılık; failin hukuka aykırı bir fiil varken, bunun hukuka aykırı bir durum oluşturmadığını düşünmesidir.* Yani olayda objektif olarak bir hukuka uygunluk nedeni yoktur. Failin buradaki fiilinin hukuka aykırılık oluşturmadığı yönündeki “hata”nın hukuka aykırılık unsurunun varlığına bir etkisi olmayacağı için, fiil hukuka aykırı olmaya devam etmektedir. *Bunun çözümüne ilişkin olarak da iki farklı yaklaşım bulunmaktadır. İlk yaklaşım, hatanın hukuka uygunluk sebebinin kendisine veya unsurlarına değil, bu unsurların gerçekleşmesine ilişkin olması halidir.* Doktrinde; “failin olmayan bir hukuka uygunluk sebebi oluşturan fiile ilişkin olan bir şartın norma dahil olduğunu düşünmesinin failin bu fiilinin hukuka aykırı sayılmasına engel olmadığı, bu yönde hatanın kabul edilebilmesi için ise onun hukuka uygunluk sebebi ve unsurlarına ilişkin değil, bu unsurların gerçekleşmesine ilişkin olması durumunda mümkün olduğu ifade edilmektedir. Bunun kabulü için de düşünülen hatanın kusursuz olması gerekmektedir.”¹¹⁸⁵ Böylelikle; failin fiilini subjektif durumuna bakarak hukuka aykırı saymayan kanun koyucunun, aynı unsurları gerçekleşmiş sayan bir kimse için bu unsurları gerçekleşmemiş sayması düşünülemeyecektir. Buna karşın, bulunmayan bir hukuka uygunluk sebebine ilişkin şartı hata ile kanunun aradığını var saymak durumunda ise fiil hukuka uygun kabul edilemeyecektir.¹¹⁸⁶

¹¹⁸³ ÖZBEK ve Diğerleri: A.g.e., s. 444.

¹¹⁸⁴ <http://www.altalex.com/index.php?idnot=2205>, Erişim Tarihi 12. 05. 2015.

¹¹⁸⁵ KUNTER, Nurullah: *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi*, İstanbul 1949, s. 152.

¹¹⁸⁶ KUNTER, Nurullah: A.g.e., İstanbul 1949, s. 151.

Doktrinde bu konuda hatanın esaslı olup olmadığı belirlenmesi yapılarak, failin ancak esaslı hata halinde bu hatadan yararlanabileceği ifade edilmektedir. Suçun oluşması için aranan unsurlardan biri ya da birkaçına ilişkin hata esaslı hatadır. Esaslı hata, suçu oluşturan zorunlu unsurlardan birinin bilinmemesi sonucunu doğurduğundan kastı kaldırır.¹¹⁸⁷ Failin fiilen gerçekleştiğini sandığı hukuka uygunluk nedeni gerçekleştiğinde, fiil hukuka uygun sayılabiliyorsa hata esaslıdır. Ancak esaslı hata failin gerçekleştirdiğini düşündüğü şartlar fiilen gerçekleşmiş olsa idi fiilin hukuka uygun sayılabilmesi durumunda söz konusudur. Ortada hukuka uygunluk sebebi bulunmayacak idi ise hata esaslı değildir. Fiil, hukuka aykırı olmaya devam eder.¹¹⁸⁸ Hata suçun maddi unsurları üzerinde etkili ise bu hata kast üzerinde etkili olan bir hatadır.¹¹⁸⁹ Buradan anlaşılan, failin hataya kendi kusuru ile düşmemesi olsa gerektir. Madde metninde bu noktada bir açıklığın olmamasının doğurabileceği sorunlar ancak belirlemenin gerekçe yerine, madde metninde yapılması ile çözülebilecektir. Fail, gerçek bir tehlike hali olmadığı halde, kendisini böyle bir tehlikenin içinde sanıp yanılabilir. Zorunluluk halini bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul ettiğimize göre; mevcut sorunlar da bu kapsamda çözülecektir.

Doktrinde, failin işlediği fiil açısından hukuka uygunluk sebebinin maddi şartları gerçekleşmediği halde gerçekleşmiş gibi fiili meydana getiren kimsenin, kastından söz etmenin mümkün olmadığı belirtilmekte¹¹⁹⁰ ise de bu bilmemenin nasıl meydana geldiği; sorumluluğun belirlenmesi açısından irdelenmesi gerekli bir meseledir.

¹¹⁸⁷ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.e., s. 300.

¹¹⁸⁸ BAYRAKTAR, Köksal: A.g.m., s. 23.

¹¹⁸⁹ KOCA-ÜZÜLMEZ: A.g.m., s. 42: Buna karşılık hata tipikliğin hukuki sonuçlarına ilişkin ise kusurluluk üzerinde etkilidir. Yazarlara göre suçun nitelikli unsurlarında, suçun maddi unsurlarında ve hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata halleri kastı kaldıran hata halleridir.

¹¹⁹⁰ ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 410.

D. ZORUNLULUK HALİNİN SINIRLARINDA HATA

Burada failin fiili, zorunluluk hali için belirlenen unsurların dışına çıkmakta ancak bu sırada failin hatalı değerlendirmesinden dolayı, sınırlar konusunda hata yapılmaktadır. Buradan anlaşılan, zorunluluk halinin sınırlarında fiili hata dolayısıyla sınırın aşılmasıdır. TCK m. 27 f. 1 İtalyan Hukuku'nun etkisiyle, f. 2 ise Alman Hukuku'nun etkisiyle formüle edilmiştir. İtalyan Ceza Hukuku'nda sınırın aşılması kurumu, meşru savunmayla birlikte diğer hukuka uygunluk nedenlerine de tatbik edilebilir bir maddede düzenlenmiştir. Bu konuda sınırı aşan faile, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılabiliriyorsa taksirli suça ilişkin hükümler uygulanacaktır. Aslında, kanun ceza kanununda öngörülmüş genel ilkelerden mantıksal çıkarımla varılabilecek bir sonucu norm olarak düzenlemektedir.¹¹⁹¹ Kast olmaksızın sınırın aşılmasının hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatanın bir görünümü olduğu da savunulmakta ve hukuka uygunluk nedenlerinin sınırlarında hata ile hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatanın aynı kapsamda değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir.¹¹⁹² Genel olarak bu başlık, hukuka uygunluk nedenlerinin sınırları ile ilişkilendirilmiştir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata ile hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması, bazı yerlerde birbirine yaklaşabilir. Bu durum, eğer maddi şartlarda hatadan kaynaklanıyorsa; burada sınırın aşılması hükümlerinin değil, hata hükümlerinin uygulanması gerektiği ifade edilmektedir.¹¹⁹³

Doktrinde ileri sürülen kast olmaksızın hukuka uygunluk nedeninin şartlarında sınırın aşılmasının, hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarının bir

¹¹⁹¹ **BOZBAYINDIR, Ali Emrah:** A.g.m., s. 115, 116.

¹¹⁹² **KOCA-ÜZÜLMEZ:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014, s. 288.

¹¹⁹³ **ERMAN, Ragıp Barış: Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi,** Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2006, s. 287-290.

görünümü olduğunu ileri süren görüşün¹¹⁹⁴ aksine bu durumda öncelikle maddi unsurları bakımından oluşmuş bir hukuka uygunluk nedeni gerekmekte ve fail hatalı değerlendirmesi sonucu ölçüyü olması gereken sınırın üzerine çıkararak oran bakımından bu nedeninin şartlarını aşmış olmaktadır. *Hukuka uygunluk nedeninin varlığına ilişkin bir tartışma yapılması gerekiyorsa, burada sınırın aşılması hükümleri zaten uygulanamaz.* Bu duruma failin hatası da yol açmış olabilir. Zira sınırın aşılması, içinde bir varlık tartışmasını içermez. Aşırılık durumunu düzenleyen TCK m. 27'nin uygulanabilmesi için, hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin şartların varlığı gereklidir. Dolayısı ile anılan görüş tutarlıdır. Hukuka uygunluk nedenleri failin fiilini ancak ceza normunun sınırları içinde kullanılmak kaydıyla hukuka uygun hale getirmektedir. Bir hukuka uygunluk nedeninin sınırları içinde kullanılıp kullanılmadığı ise somut olayın şartlarına göre belirlenecektir.¹¹⁹⁵ Hukuka uygunluk nedenlerinin sınırlarındaki hata kastı kaldırmaktadır.¹¹⁹⁶ Fail fiili hata sonucu sınırı aşmış ya da mücbir sebep dolayısı ile hatası kusursuz ise bunun TCK m. 25 f. 2 kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.¹¹⁹⁷

Fail zorunluluk halinin sınırlarında hataya düşmüş ve bu konuda sınırı aşmış olabilir. Esasen sınırın aşılması konusunda yapılan taksir tartışmaları burada da yapılmaktadır. Bu konudaki doktrinel tartışmalarda yerini almış olan sınırın kasıtlı ya da taksirli olarak aşılp aşılmadığı meselesi, yine failin hataya kusuru ile düşüp

¹¹⁹⁴ KOCA-ÜZÜLMEZ: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2014, s. 288.

¹¹⁹⁵ KOCA-ÜZÜLMEZ: A.g.m., s. 47; ÖZGENÇ, *İzzet*: A.g.e., s. 387: Doktrinde bir görüş zorunluluk halinin ceza sorumluluğunu kaldıran diğer nedenler olduğundan hareketle, yalnızca hukukun gereklerine göre davranışlarını yönlendirme yeteneğini etkilediğini ve zorunluluk halinde kişinin kasten hareket ettiğinden bahisle hem zorunluluk halinden, hem de taksirle işlenen bir suçtan söz edilemeyeceği için kusurluluğu kaldıran nedenlerde sınırın aşılmasının mümkün olmadığını belirtmektedir. Ancak kasıtlı işlenen suçlarda sınırın taksirle aşılabilmesi mümkündür. Sınırın aşılmasının yalnızca taksirle işlenen suçlar bakımından söz konusu olduğu belirtilen bu görüşe katılamamaktayız.

¹¹⁹⁶ KOCA-ÜZÜLMEZ: A.g.e., s. 43.

¹¹⁹⁷ ÖZEN, Muharrem: A.g.e., s. 165; GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: "Suçta Kanuni Unsurun Ortadan Kalkması, Fiilin Hukuka Aykırılığı ve Hukuka Uygunluk Nedenleri Konusunda Bazı Mülahazalar", *SBFD*. Yıl: 1968, Cilt: XXIII, s. 187 vd.

düşmemesine bakılarak değerlendirilmelidir. Failin zorunluluk halinin sınırlarında düştüğü hatanın çözümünde sınırın aşılmasını düzenleyen TCK m. 27 f. 1 ile TCK m. 30 f. 3 ise birlikte düşünülmelidir. Genel ilkelerden hareketle, failin hataya kendi kusuru ile düşmesi durumunda kanunda öngörülen suçun taksirli şekli varsa bundan dolayı sorumlu tutulması gerektiği, sınırın aşılmasının kusursuz olması durumunda da faile ceza verilmeyeceği görüşü savunulmaktadır.¹¹⁹⁸ Hukuka uygunluk nedeninin sınırlarının aşılmasına sebep olan hata kasten ya da taksirle gerçekleşmiş olabilir. “Sınır kasten aşılmış ise hukuka uygunluk sebebinin varlığının etkisi bulunmayacak ve fail kasten işlediği suçtan sorumlu olacaktır.”¹¹⁹⁹ Artık burada işlenen başka bir suç bulunmaktadır. Zaten bu durum da konu başlığının dışındadır. Sınırın hata ile aşılması durumuna çoklukla tıbbi müdahalede bulunurken zorunluluk halinin sınırının aşılmasıyla daha çok tedavi amacının dışına çıkılması ile karşılaşılması mümkündür. Örneğin; kişinin hayatını kurtarmak için girişilen ani ve acil bir tıbbi müdahalede, hayati tehlike yaratmadığı ve zorunluluk bulunmadığı halde, bir değerlendirme hatası yapılarak amputasyon yapılması durumunda olduğu gibi.¹²⁰⁰

Hatanın kusurlu olması durumunda, bu konuda bir açıklık bulunmadığı için, bulunan çözümün hukuki değil, işlevsel bir çözüm olduğunu söyleyebiliriz. Zira Özen’in de belirttiği gibi fiili hataya düşmede fail kusurlu ise, bu takdirde hukuka uygunluk nedeni, hukuka aykırılık unsuru olduğu için¹²⁰¹ gerçekleşemeyecek ve dolayısı ile fail fiilin taksirli şeklinden değil, kasıtlı şeklinden sorumlu olacaktır.

¹¹⁹⁸ TOROSLU, Nevzat: A.g.e., Ankara 1968, s. 158-160.

¹¹⁹⁹ ÖZGENÇ, İzzet: A.g.e., s. 387.

¹²⁰⁰ ASHWORT, Andrew: *Principles of Criminal Law*, New York 1999, s. 155: Ancak zorunluluk halinin bir başka görünümü olan tıbbi zorunluluk kısmının farklı değerlendirilmesi gerektiğini savunan bir yaklaşım da bulunmaktadır. Burada, zorunluluk dolayısı ile birine yardım edilmektedir. Örneğin, hastanın sağlığını iyileştirmeyi amaçlayan ya da hayat kurtarmayı amaçlayan tıbbi müdahaleler, bu sınıflandırmaya dahil edilebilir. Bunlar; hastanın ne önceden rızasının alınmasının mümkün olduğu, ne de müdahaleyi tam olarak sınırlandırmanın tam olarak mümkün olduğu müdahalelerdir.

¹²⁰¹ KUNTER, Nurullah: *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, İstanbul 1949, s. 152.

Kuşkusuz bu çok ağır bir sonuçtur. Ancak; bu sonuca ulaşılabilmesi için, kanunda İtalyan Ceza Kanunu'ndaki m. 59 f. 4'e benzer bir hükmün konulması gerekmektedir. "Eğer fail taksirle bir hataya düşmüş ise ve suçun taksirli şekli de varsa fail suçun taksirli şeklinden cezalandırılacaktır."¹²⁰² Yoksa failin kasıtlı hatasının, taksirli bir hata gibi değerlendirilmesi mümkün değildir.¹²⁰³ Madde gerekçesinde de hukuka uygunluk nedenlerindeki hatanın *kaçınılmaz olmaması durumunda*, failin işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulmakla birlikte; *böyle bir hatanın, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacağı ifade edilmektedir.*¹²⁰⁴

¹²⁰² <http://www.testolegge.com/codice-penale/articolo-59-2> (Erişim Tarihi 30.04.2014)

¹²⁰³ **ÖZEN, Muharrem:** A.g.e. (Genel Kısım, Ankara 2009) s. 151.

¹²⁰⁴ **YALVAÇ, Gürsel:** A.g.e., s. 97-98; **TOROSLU, Nevzat:** A.g.e., Genel H., s. 170.

SONUÇ

Zorunluluk hali ceza hukukunun en tartışmalı kurumlarından biridir. Uzun yıllar ahlak ekseninde yapılan ve zorunluluk halinin ahlaki bir yönünün de bulunduğunu ifade eden görüşler, yalnızca hukukçuları değil, ahlak felsefecilerini ve ilahiyatçıları da meşgul etmiştir.¹²⁰⁵ Hatta; yapılan bu tartışma, zorunluluk halinde kişinin zarara kendi katlanmak yerine, masum bir üçüncü şahsa zarar vermesi nedeniyle, aslında onun ceza hukukundan çıkarılması gerektiği¹²⁰⁶ ifadesine kadar götürülmüştür. Aslında, ‘zorunluluk halinin hukuki olarak doğumundan çok önce “zorunluluk”, zaten öncelikle ahlaki bir problem olarak belirerek aklansa’¹²⁰⁷ da zorunluluk halinde işlenen fiilin cezalandırılmamasının gerekçesi zihinleri hep meşgul etmiştir. Bu nedenle yalnızca hukukçular değil, felsefeciler de bu konuda düşün yorarak farklı görüşler ve esaslar ortaya atmışlardır. Zorunluluk halinin hukuki niteliği üzerinde halen süren tartışmaların kurumun düzenlenmesine etkisi ise, hukuki nitelik açısından farklı ülke ceza kanunlarında farklı düzenlemeler yapılması olarak yansımıştır. Buradan hareketle, zorunluluk hali için halen yapılan tartışmaların temelini, zorunluluk halinde işlenen fiil ile masum bir üçüncü kişiye zarar verilmesi ve failin bu zarara niçin kendinin katlanmadığı sorusunun oluşturduğunu belirtmek gerekir. Zorunluluk hali bakımından temel mesele zorunluluk hali içinde işlenen fiili yerleştirme ihtiyacıdır. Somut olay açısından aranan da tabii ve beşeri anlamda bir

¹²⁰⁵ **TOROSLU, Nevzat:** A.g.e., Ankara 1968, s. 19; **VIGANO, Francesco:** A.g.e., s. 365, 366: Burada heterojen bir örnek olmakla birlikte ahlaki olmayanın nasıl değerlendirildiğini ‘değerler tartışımı görüşünün’ faydacı bakış açısının ahlaki bakışı ile hukuki bakışı bize gösterecektir. Örneğin kaptan olan birinin filikada arkadaşı olan yolcuya yer açmak için bir diğerini geri çevirmesi olsun. Buna eğilimsel olarak ahlak dışı denilebilir. Örnek bu kişinin kan bağışçısı olabilme durumu ile yer değiştirdiğinde ise bunun insani dayanışma olarak yorumlanması pek mümkündür. Ancak bu; bakış açısına ve daha çok yorumlamaya bağlı, daha çok da politik bir algıyla yapılan bakıştır.

¹²⁰⁶ **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** A.g.e., Ankara 2008, s. 242.

¹²⁰⁷ **PULITANO, Domenico: Diritto Penale,** Torino 2005, s. 300.

zorunluluk değil, ceza kanununun anladığı anlamda yani hukuki anlamda bir zorunluluktur.

Zorunluluk hali tarihte ilk olarak, Roma Hukuku döneminde belirmeye başlamıştır. Roma Hukuku uygulamasındaki düzenlemede, kurum hukuka aykırılığın dışında ya da hukuka aykırı kabul edilmediği hallerde, kusurluluğun dışında tutulmuş ve kusurluluğu kaldıran sebeplerden “cezalandırılmaya tesir eden bir sebep” olarak yapılandırılmıştı. Zorunluluk haline ilişkin birtakım düzenlemeler ise “*Lex Rhodia*” adlı kanunda yer almıştı. Bu kanun zorunluluk halindeki failin fiilinin hukuka uygunluğunu ancak başkalarının malını feda etmek zorunda kalması durumunda kabul etmekte ve bunda da bir değer ölçüsü koyarak en azından bunların değerlerinde bir denklik aramakta idi.¹²⁰⁸ Görüldüğü gibi tarihi menşesinde değerlerin değerlendirilmesi-tartılması bulunan zorunluluk hali, önceleri malvarlığı değerlerine karşı kabul edilmiş, “yaşam hakkı ve mülkiyet hakkı üzerindeki çatışmalar bakımından ise bir düzenleme yapılmamıştı.”¹²⁰⁹ O halde bugün, Alman Ceza Hukuku uygulamasında yer alan değerlerin tartımı yaklaşımının temellerinin Roma Hukuku’na dayandığını söyleyebilmek mümkündür. Ancak buradan da anlaşıldığı üzere o zamanlarda da zorunluluk halinin niteliğine ilişkin net bir görüş bulunmamakta idi. Zorunluluk hali “Modern Roma (Pandekt) Hukukçuları ve Tabii Hukukçular tarafından rafine hale getirilerek, bugünkü Kıta Avrupası’nda ve özellikle de 18. YY. Germanik Doktrini’ndeki görünümüne kavuşmaya başlamıştır. Zorunluluk halinin gerçek anlamda kökleri ise; Geleneksel Ortaçağ Düşüncesi’nde ve Kanonistik Doktrin’de kullanılan “zaruretin kanunu yoktur” “*necessitas legem*

¹²⁰⁸ **Enciclopedia Del Diritto XXVII**, Varese 1958, s. 823, 835-837: Aynı şekilde baskın görüş olarak Romalılar için kusurluluğu kaldıran sebeplerden suçun sübjektif unsuruna veya objektif unsuruna tesir etmekte idi. Ancak bu durum suç teorisi bakımından kusurluluğu kaldıran-azaltan sebepler ve hukuka aykırılık sebepleri arasında dogmatik bir tartışmayı da beraberinde getiriyordu.

¹²⁰⁹ **Enciclopedia Del Diritto XXVII**, Varese 1958, s. 822.

non habet”, “zorunluluklar yasal olmayanı yasal yapar” “non est licitum in lege, ve “zorunluluk yasa doğurur” necessitas facit licitum” cümleleri etrafında şekillenmiştir.”¹²¹⁰ İslam Hukuku’nda da “zorunluluğun kanunu yoktur” ilkesine çok paralel olarak, “zaruretlerin memnu olan şeyleri mübah kılacağı” ilkesi yer almakla birlikte, fıkıh usulü hükümlerine bakıldığında; bir uzvun kesilmesi hatta insan öldürme durumunda dahi, zorunluluk halindeki fiilin hukuka uygun sayılmayacağına dair kuralların bulunduğu, görülmektedir.¹²¹¹ Osmanlı’da, Mecelle’nin 21. Maddesi’nde zorunluluk haline değinilmiş ve “zaruretlerin memnu olan şeyleri mübah kılacağı” hükmüyle, 33. Maddesi’nde de; “ıztırarın gayrın hakkını iptal etmeyeceği”¹²¹² hükümleri yer almıştı. 1256 ve 1267 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunları’nda, zorunluluk haline ilişkin bir hükme rastlanmamakta ise de, 1274 Tarihli Ceza Kanunu’nda, zorunluluk halinden bahsedilmekte hatta Kanunun 42. Maddesi’nde¹²¹³ kurumun alındığı 1810 Tarihli Fransız Ceza Kanunu’nun 64. Maddesi’nden farklı bir yapıda ve daha çok ikrah ve manevi cebri ifade eder bir görünümde olduğu,¹²¹⁴ şaşırtıcı bir şekilde görülmektedir. Büyük ölçüde Zanardelli

¹²¹⁰ **Enciclopedia Del Diritto XXVII**, Varese 1958, s. 822: Roma hukuku uygulamasında zorunluluk halinin yerine bütünsel ve farklı bir kavram ne Cumhuriyet, ne prenslik, ne de Jüstinyen Dönemi’nde geliştirilememişti. Buna rağmen zorunluluk haline ilişkin temel problemin varlığı Romanistik Gelenekte bulunmakta idi. Problemin düzeltilmesi gereken kavramsal sınırları dogmatik hukuk bilimi tarafından tartışılan, metodolojik ve hayati bir hataya düşmekten kaçınılarak pandektist gelenek tarafından kurumun sistematik elemanları Romanistik Doktrin’de bulunmakta ancak halen çağdaş hukuk açısından bilinmeyenleri barındırmaktadır.

¹²¹¹ **CİN, Halil- AKYILMAZ, Gül: Türk Hukuk Tarihi**, Konya 2008, s. 202.

¹²¹² <https://docs.google.com/document/d/1peGofcT2tO6QLLbugoSDXdtaZGOIV6QYXNkqxWdF7c/e dit?pli=1>, Mecellenin ilk doksan maddesi, Erişim Tarihi 10.03.2013.

¹²¹³ **Mecelle 42:** “Bir kimse bir cürmü mecburen işlemiş olduğu sabit olursa kezalik mücezzatı kanuniyeden muaf tutulur. Ancak bu bapta muteber olan mecburiyet cürmün derecatına göre ol kimseyi şiarı töhmetten bütün bütün beriüzzimme gösterecek bir keyfiyet ve kendisinin mukavemet edemeyeceği bir zaruret olmak lazım gelip ebeveynin evlada ve efendinin hizmetkara emri gibi tazim ve ihtiramdan neş’et eden haller mecburiyet addolunmaz.”

¹²¹⁴ **TANER, M. Tahir:** A.g.e., İstanbul 1953, s. 424; **AVCI, Mustafa: Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar**, İstanbul 2004, s. 67: Osmanlı Hukuku’nda zorunluluk halinde adam öldürmek, uzuv kaybına sebep olacak derecede yaralama, mağduru hayati tehlikeye uğratacak ölçüde dövme hukuka aykırı kabul edilir ve zorunluluk halindeki failin fiili suç olarak kalmaya devam ederdi. Kişinin kendini kurtarmak için başkasını feda edemeyeceği görüşü hakimdi. Dolayısı ile zorunluluk halinde üçüncü kişiyi kurtarma kurumu düzenlenmemiştir. Hatta zorunluluk halinde açlık ve

Ceza Kanunu'nun etkisinde hazırlanan, Mülga 765 Sayılı TCK m. 49'da düzenlenen zorunluluk hali, meşru savunmayla birlikte yapılandırılmış ve kurumun hukuki niteliği, açıkça *hukuka uygunluk sebebi* olarak belirtilmişti. “5237 Sayılı TCK ise kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerle hukuka uygunluk sebepleri arasındaki ayrımı tanımadığı için”,¹²¹⁵ bu sebepler her ne kadar aynı sistematik başlık altında düzenlense de bunların hukuki niteliklerini bir tarafa bırakarak, kusurluluğu etkileyen haller ve hukuka uygunluk sebeplerini aynı saymaya imkan yoktur. Bu nedenle; 5237 Sayılı TCK m. 25 f. 2'de düzenlenen zorunluluk halinin hukuki niteliği tam bir karışıklık arz etmektedir. Bu durum, gerekçeyle hukuki nitelik atfı sağlanarak çözümlenmeye çalışılsa da hukuki niteliğin açıklığa kavuşmasına yetmemiştir. Ardından bu durum, CMK m. 223 düzenlemesiyle çözülmeye çalışılmıştır. CMK m. 223'de kusurluluğu kaldıran sebeplerle, hukuka uygunluk sebepleri arasında açık bir ayrım yapılmıştır. Bu da belirttiğimiz madde başlığındakiyanlışın kabulü olup bu kurumların aynı başlık altında tek bir yapı olarak düzenlenemeyeceği yönündeki tespitimizi haklı çıkarmaktadır. Usul hükümleri ile gerçekleştirilen bu ayırıştırma aslında TCK'da maddeler düzenlenirken, hukukun genel teorisi yaklaşımı göz ardı edilerek, CMK'nın ilgili maddelerinde, bu maddelerin hukuki niteliklerinin açıkça belirtilmesi ve bunlara farklı sonuçlar

susuzlukta dahi kişi kendisi gibi zorunluluk halinde bulunan kişinin yiyecek vb. maddelerini alamaz, alırsa da bundan sorumlu olurdu. Bu halde kişi ancak başkasının ihtiyaç fazlası malını alabilir. Yine bunu da tazmin etmesi gerekir.” Zorunluluk halinin zorunluluk hali ile yarışamayacağı veya başka bir ifade ile olayda hukuka uygunluk sebebinin başka bir hukuka uygunluk sebebine karşı üstünlük gösteremeyeceği ilkesini göstermesi açısından önemlidir. Dönemin hukukçuları açlık zorunluluğu karşısında yaşam hakkına sahip bir kişiyi etini yiyerek öldürmenin kabul edilebilir olmadığı konusunda hem fikirdirler. Karşı tarafın düşman olması durumunda cana kastın kabul edilebilir olup olmadığı konusunda ise görüş ayrılığı vardır. Savaş durumunda düşman askerinin bir müslümanı siper ederek ilerlemesi durumunda müslümanları kurtarmak için ateş edilecek olsa bu durum zorunluluk hali kapsamında hukuka uygun kabul edilmiştir. Amirin emri kapsamında bir kişiyi katlettirme zorunluluk hali kapsamında ve hukuka uygun olarak kabul edilemez. Bu durumda kısas cezası verilir. Diğer bir görüşe göre ise; ikrah kısas cezasını düşürür. Failin diyet sorumluluğu kalırdı.

¹²¹⁵ KEÇELİOĞLU, Elvan: A.g.m, s. 320.

bağlanması¹²¹⁶ yoluyla yapılması hukuk tekniği açısından uygun değildir. Bu düzenlemenin, sistematik bütünlük içinde, ilgili normun ait olduğu alan içinde çözümü elbette daha uygun olacaktır. Düzenleme bu şekilde olunca, ister istemez Yargıtay da kararlarında, zorunluluk halinin niteliği konusunda “kusurluluğu kaldıran hal” belirlemesini kullanmaktadır. Ayrıca, bu yönde verilen “ceza verilmesine yer olmadığı kararı” da uygulama açısından tam olarak yerleşmiş değildir. Böylelikle; mevcut karmaşa çözülemediği gibi, çok daha karışık bir hale gelmiştir. O halde, bu nedenlerin hukuki niteliklerinin; gerek madde metninde, gerekse gerekçede bir karışıklığa yer vermeksizin düzenlenmesi ve aslında siyam ikizi olmayan bu iki yapının normların mutfağında ayrılması gerekmektedir.

Kurumun hukuki niteliği konusunda, kusurluluğu kaldıran hal nitelemesini yapan bir kısım doktrince, zorunluluk halinde masum üçüncü kişiye verilen zarardan hareketle, kurumun kusurluluğu kaldıran hal olarak ele alınması gerektiği ileri sürülmekte ve buna gerekçe olarak da özel hukuka yansıyan tazminat ödemesi gösterilmektedir. Ancak; zorunluluk halinde işlenen fiilin özel hukuk bakımından doğurduğu sonuç dayanak gösterilerek, böyle bir belirleme yapmak sağlıklı olmayacaktır. Zira, özel hukuk açısından bu durumda karşılanan zarar aslında birebir karşılanan bir zarar değildir. Hatta tazminatın tespitinde, hakimin takdir hakkının bulunması da bunun açık bir göstergesidir.¹²¹⁷ *Burada bir nev’i hakkaniyet sorumluluğu veya fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi söz konusudur.*”¹²¹⁸ Borçlar Kanunu açısından da BK m. 52 f. 2’de düzenlenen zorunluluk hali, üstün yarar ilkesinin bir uygulama türü olarak hukuka aykırılık teşkil etmez. Bundan dolayı hukuki niteliğin kusurluluğu kaldıran hal olarak tespitine, Borçlar Hukuku açısından

¹²¹⁶ KEÇELİOĞLU, Elvan: A.g.m, s. 318.

¹²¹⁷ ÖZBEK-DOĞAN: A.g.m., DEÜHFD., s.218.

¹²¹⁸ EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2008, s. 569, 571.

tazminata hükmetme yetkisi de bir dayanak olarak kullanılamaz. Burada belirtmemiz gereken bir diğer nokta, hukuka aykırılığın kapsamının özel hukuk bakımından farklı olduğudur. Bu da oldukça doğaldır. Zira borçlar hukuku, hukuka uygunluk sebeplerini belirlerken birbiri ile çatışan iki hukuki varlık veya menfaatten birinin daha üstün tutulmasını ifade eder.¹²¹⁹ *Bu düşünce etrafında; özel hukukta, ceza hukukundan farklı olarak, kişilerin özel menfaatleri korunduğu için, hukuka aykırılığın kapsamı da daha kesin olmayan şekilde çizilmiştir.*¹²²⁰ *Dolayısı ile tek bir hukuka aykırılık fikri olmakla birlikte, bunun kapsamı ve sınırları özel hukuk alanı ve kamu hukuku alanı açısından farklıdır.*

Zorunluluk halinde işlenen fiili; bir başka deyişle zorunlu kılınmış fiili, hukuka uygun kılan nedenler meşru savunmadaki nedenlerle benzerlik göstermektedir.¹²²¹ Bu konuda sıklıkla verilen ve hareket noktası alınan örnek, dağcı örneğidir. Yukarıda bulunan dağcının, zorunluluk halinde aşağıdaki dağcının ipini kesmesi durumunda, diğer dağcının düşmesi ile birlikte meydana gelen ölüm ya da yaralanmadan ipi kesen dağcının sorumlu olup olmayacağı ve bu sorumluluğun dayanağı zorunluluk halinin belki de üzerinde en çok tartışılan noktası olmuş, hatta bu konuda güçlünün hukukuna üstünlük tanındığı yorumları da yapılmıştır. Çatışma teorisi etrafında, soruna çözüm aranmaya çalışılsa da özellikle karşılaşan iki hakkın eşit değerde olduğu olgularda, durumu çatışmayla açıklamaya çalışmak sonuca hizmet etmemektedir. Çünkü; bu bakış açısı dahilinde haklar arasındaki hiyerarşik yapılanmaya dair bir bakış, haklar “eşit değer”de olduklarında oldukça sıkıntılı olabilecek bir durumdur. *Hakların öncelikliliğine çıkan bu yaklaşımı, yani haklar arasında bu şekilde yapılan sıradan ve nitelikli haklar şeklinde bir hiyerarşiyi doğru*

¹²¹⁹ EREN, Fikret: A.g.e., 2008, s. 562.

¹²²⁰ KANETİ, Selim: Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, İstanbul 2007, s. 78.

¹²²¹ ZAFER, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010, s. 225.

*bulmadığımızı ifade etmeliyiz. Burada ilave edilmesi gereken bir nokta da TC. Anayasası anlamında, haklar arasında bir kategorize edilme fikrinin savunulamayacak durumda olmasıdır. Kuşkusuz, böyle bir hiyerarşik sınıflandırma beraberinde, özellikle Tıp Hukuku dahilinde karşılaşılabilecek örnekler açısından ciddi bazı sakıncaları getirebilecektir. Haklar arasında hiyerarşi kurulabilmesi ancak teorik bakımdan mümkündür. Ayrıca bir hukuki kuruma bir insanın diğerini feda etme hakkı verilirse, bunu hukuk kurumu saymaya imkan bulunmamaktadır. Yapılacak şey yalnızca somut olay bazında kullanılan tercihin ya da yapılan korunma hareketinin ölçülü olup olmadığının belirlenmesidir. Bu nedenle zorunluluk hali kurumunun uzlaşısı mümkün olan ve güç olan yönleri konusunda bir tavır geliştirme gereği bulunmaktadır. Dolayısıyla bunun için zorunluluk halini düzenleyen normun ratiosunu (scopo, amaç) normun doğası ile birlikte anlayarak ve ardından onu ceza hukuku sistemi içerisinde sınıflandırarak tartışılmalı problemlere çözüm aranmaya çalışılmıştır.*¹²²²

Zorunluluk halinde karşılaşılan en temel problemlerden biri de zorunluluk hali içinde birbirinden farklı şekilde ortaya çıkabilecek, birbirinden farklı birçok görünüme ortak bir tavır geliştirmeye çalışmaktır. Bu bağlamda zorunluluk halinin meşruiyetinin kaynağını bulmaya çalışan teoriler, zorunluluk halinin hukuki niteliğini açıklamak için ortaya atılmıştır. Bunlar vasıtası ile zorunluluk hali içinde işlenen fiilin hangi etki dolayısıyla hukuka uygun sayıldığı açıklanmaya çalışılmıştır. Bu konuda kendini koruma içgüdüsünden (istinto di conservazione), hakların

¹²²² **DOLCINI, Emilio-MARINUCCI, Giorgio: Codice Penale Commentato Parte Generale,** Milano 1999, s. 510, **DÖNMEZER, Sulhi: Genel Ceza Hukuku Dersleri,** İstanbul 2003, s. 176: Bu noktada zorunluluk hali hukukla ahlakın ayrı normatif kategoriler oluşturduğunun da somut bir örneğidir. Ahlak her ne olursa olsun masum bir kişinin haklarına saldırıyı sorumlu saydığı halde hukuk böyle bir durumu karşılıklı yararlar yönünden meşru kabul eder; **KANGAL, Zeynel: A.g.e.,** s. 48; **DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler,** Ankara 2009, s. 277.

çatışması (conflitto di diritti) teorisine ve istenemezliğe (inesigibilita) kadar farklı düşünüş gerekçeleri bulunmaktadır. Ancak salt psikolojik gerekçeler, zorunluluk halinde işlenen fiilin kusurluluğunu kabul edebilmek için yeterli değildir. Bu noktada, zorunluluk halinin meşruiyetinin kaynağı konusunda seçilecek teorinin tutarlılığı, tehlike kavramını ayrıca ve mutlak olarak değerlendirmeyi gerekir kılar. Çünkü “tehlike” kavramı zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmesini sağlayabilecek ölçü ve ölçülülük değerlendirilmesinde menfaatlerin önemi ve eşitliği kriterlerini karşılayan yegane kavramdır. *TCK m. 25 f. 2’deki ifadeye bakıldığında; zorunluluk halinin düzenlenişinin temel olarak “hak” fikri esas alınarak, tehlike temel kavramıyla örüntülediği ve tehlikeyle fiil arasında da bir ölçünün gözetilerek bunun, kurumun şartlarına dahil edildiği görülmektedir.* Madde metnindeki “hakka yönelme” ve “başka türlü kurtulma olanağı olmayan ağır ve muhakkak tehlike” ifadelerinden kendini koruma içgüdüsü teorisi, “kurtulma fiilinde gözetilecek dengeden” çatışma teorisi ve “başka türlü kurtulma olanağı olmamak ifadesi”nden de istenemezlik teorilerine dayanak bulmak mümkündür. Hatta haklar arasında denge gözetilmesi fikri, esas olarak Alman Ceza Kanunu’nda düzenlenmiş olan hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali yapılanmasını da akla getirmektedir. Bununla birlikte; haklar arasında bir ayırım ya da hiyerarşinin gözetilmemiş olması açısından menfaatlerin çatışması teorisini, en azından TCK’daki düzenleme şekli açısından maddenin meşruiyetinin yegane temeli olarak görme olanağı bizce ortadan kalkmıştır. *Aslında, zorunluluk hali açısından onu bir hukuka uygunluk sebebi olmaya taşıyan nokta gerek fiilin, gerek failin psikolojik durumu; gerekse hareketin hukuk düzeni bakımından taşıdığı değere atfedilen hukuki niteliğin birlikte değerlendirilmesidir.* Bu konuda fiilin cezalandırılmamasını bazı görüşler

kendini koruma içgüdüsüne, manevi cebir dolayısı ile failin iradesinin karşı koyma yeterliliğini kaybetmesine, sosyal faydanın yokluğuna ve saiklerin içtimailiği teorisine, bazıları ise; kanunun çatışma halinde olan iki eşit değerdeki haktan veya görevden galip gelenine üstünlük tanındığı yönündeki teorilere hatta onun isnadiyete etki ettiği fikrine dayandırmaktadırlar.¹²²³ Bu fikirler arasında, zorunluluk halinin isnadiyete etki ettiği fikrini tek başına kabul edebilmek için öncelikle manevi cebir kuramının kabulü gerekir. Başlangıçta zorunluluk hali mücbir sebepten doğan bir tür manevi cebir olarak düşünülmüş olsa da¹²²⁴TCK m. 25 f. 2 ve m. 28'deki açık düzenleme karşısında zorunluluk halini manevi cebir kuramı içerisinde çözümleme imkanı kalmamıştır. Dolayısıyla manevi cebir kuramını zorunluluk halinin dayanağı olarak görmek TCK açısından olanaklı değildir. *Zorunluluk halinde fiilin hukuka uygun olmasının temel nedenini; yalnızca beşeri bir güdü değil, aynı zamanda tabii bir güdü de olan kendini koruma içgüdüsü teorisinde*¹²²⁵ *bulmak mümkündür. Böyle bir durumda, kişinin cezalandırılmamasının asıl nedeni fiilin objektif hukukla çelişki halinde olmamasıdır.*¹²²⁶ *Ancak TCK'da ayrıca üçüncü kişi lehine zorunluluk halinin mümkün olduğu kabul edildiği için farklılık taşıyan bu yapı için dayanağı tek başına kendini koruma içgüdüsünde bulmak da tutarlı olamayacaktır. “Zira bu durumda suç sayılan bir fiili işleyen kimseye ceza verilmemesinin nedeni beşeri zayıflık düşüncesinde değil, herhalde değerler çatışması düşüncesinde aranmış*

¹²²³ ARTUK- GÖKÇEN-YENİDÜNYA: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2009, s. 521, 522.

¹²²⁴ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.m, “III. K. K.”, s. 116.

¹²²⁵ DÖNMEZER, Sulhi: **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul 2003, s. 177: Dönmezer, zorunluluk hali ile meşru savunmanın esasının aynı olduğunu ve kendini koruma içgüdüsüne dayandığını belirtmektedir. Hukuk bu noktada bu içgüdüğü giderecek derecede insanlara kahramanlığı yükleyemez. Yüklese dahi bunun bir etkisi olamaz. Çünkü bu gibi hallerde cezalandırmada sosyal yarar ilkesi yoktur.

¹²²⁶ DEMİRBAŞ, Timur: A.g.e., Ankara 2009, s. 281.

bulunmaktadır.”¹²²⁷ Menfaatlerin çatışması teorisinin ise Alman Ceza Hukuku’ndaki yapılanma açısından tutarlı olduğunu söyleyebiliriz. TCK açısından düşünüldüğünde çatışan hakların yalnız tehlikede bulunan hakkın üstünlüğü durumunda değil, eşitliği halinde de zorunluluk halinin kabulü gerekmektedir. Zira bir hakkı telef olmaktan kurtaran sosyal faydaya uygun hareket de ancak bu durumda yapılmış olur.¹²²⁸ Bunun için yegane kriter hakkın ağır, önüne geçilemeyecek ve yakın tehlike altında bulunmasıdır. TCK’daki tanımlama açısından bakıldığında haklardaki çatışmaya dayanak oluşturacak ya da hiyerarşi varsayımını çözümlemeye yarayacak böyle bir ayırım bulunmamaktadır. Yine burada değerler tartılırken kullanılacak kriterin niteliğinin neye göre belirleneceği de ayrı bir problem oluşturmaktadır. Özellikle, değerler aynı nitelikte ise kullanılacak kriter açısından da başka bir çatışma çıkabilecektir. İki yaşam hakkından hangisinin diğerine göre yeğ tutulacağı ve bunun hangi kritere göre değerlendirilebilmesi gerektiği, şüphesiz göreceli bir durumdur.¹²²⁹ Kişi, zorunluluk halinde iken hiçbir zaman bu değerlendirmeyi sağlıklı şekilde yapamaz. Bundan dolayı, değerlerin tartımı görüşü bize göre ancak hakimin hükmü yapılandırırken, fiilin ölçülülüğü değerlendirmesinde kullanabileceği ve diğer taraftan, ilgili bulunduğu hukuk sistemi açısından önem taşıyan bir meseledir. Aslında buna ihtiyaç da vardır. Çünkü; fiilin hukuka uygunluğunu sağlayacak yegane unsur, onun zorunluluk halinin şartları içinde ve ölçü-oran dahilinde ortaya çıkmış olması ve her halde bunun tespitidir. Kişi o anda şartlar gerektirdiğinde, zorunluluk hali nedeniyle fiili işlemektedir. Yine bu konuda kullanılacak kriterin objektifliği de ayrı bir mesele teşkil etmektedir. Hatta buna ilişkin olarak doktrinde,

¹²²⁷ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.e., Ankara 2008, s. 242.

¹²²⁸ DÖNMEZER, Sulhi: A.g.e., İstanbul 2003, s. 177.

¹²²⁹ ÖZBEK-DOĞAN: “Zorunluluk Hali’nin Hukuki Niteliği”, DEÜHFD., Cilt: 9 Sayı: 2, Yıl:2007, s. 208.

teorilerin tamamında haklılık payı bulunmakla birlikte, zorunluluk halinin hukuki esasını açıklayan teorinin, zorunluluk halinin hukuki niteliğine göre farklılık arz edeceği görüşü de savunulmaktadır. Görüşlerini zorunluluk halinin hukuka uygunluk nedeni olduğu ve kusurluluğu kaldıran hal olduğu duruma göre ayıran doktrin, hukuka uygunluk sebebi olan durumda zorunluluk halinin esasını hakların çatışması teorisine dayandırırken, diğer durumda hukuki yararlar birbirine eşit olabileceğinden, objektif bir hukuka uygunluktan söz edilemeyeceğini belirtmekte ve bu durumda faile ceza verilmemesinin ve verilen cezada indirim yapılmasının nedeninin failin içinde bulunduğu sübjektif psikolojik durumla ilintili olduğunu belirtmektedirler. Failin cezalandırılmaması kişinin kendini koruma içgüdüğü ile açıklanmakta ve her canlının içinde bulunan tehlikeye karşı korunma içgüdüğünün hukukça korunan haklar tehlikeye girdiğinde ve devletin bunların güvenliğini sağlayamadığı durumlarda, ferdin haklarını korumak için tabii olarak harekete geçeceği düşünülmektedir.¹²³⁰ Bu teorilerin içinde, üzerinde belki de en çok durulan teori kendini koruma içgüdüğü teorisidir. Hatta pek çok durum açısından dayanak noktası teşkil etmekte dahi olsa da *mevcut teorilerin hiçbirinin bütünsel anlamda hem zorunluluk halini hem de üçüncü kişi lehine zorunluluk halini ortak bir başlık altında incelemeye izin vermediği tespiti yapılabiliriz. En sağlıklı düzenleme zorunluluk hali içinde grift olarak ele alınan bu farklı yapı ya da tezahür şekillerinin farklı düzenlemeler olarak kanun metnine yansıtılmasıdır. Ancak bu aşamadan sonra esas alınan teori, zorunluluk halinin ortaya çıkış şekline göre olması gereken asli anlamına kavuşacaktır. Aslında zorunluluk halinin temelini bulma konusundaki zorluk; failin etkilenen ya da etkileyen konumunda bulunduğu farklı davranış tepkileri karşısında bir düzen ya da sistem getirmenin mümkün olmaması*

¹²³⁰ ARTUK- GÖKÇEN-YENİDÜNYA: A.g.e., Ankara 2009, s. 522.

*dolayısıyla*dır.¹²³¹ Bu durum, Türk Ceza Hukuku'nda da böyledir. Sistemsel anlamda zaten bulunan bu zorluk, TCK'daki düzenleme şekliyle birleşince içinden çıkılmaz bir hal almıştır. Dolayısıyla zorunluluk halinin Türk Ceza Hukuku'nda kaynağını tam olarak tespit edebilmek için hiçbir teori zorunluluk halinde işlenen fiilin meşruiyetini ve bununla birlikte ele alınan üçüncü kişi lehine zorunluluk hali konusunu tek başına ve tam olarak açıklamaya yetmemektedir. Aslında bu durum da doğaldır. Zira fail açısından fiilin meşruiyetini sağlayan göstergeler ile üçüncü kişi lehine kurtarma fiili açısından bunu sağlayan göstergeler farklılık arz etmektedir. Bu durumda ya iki kurumu farklı fıkralarda düzenleyerek yapılandırmak ya da aynı fıkra içerisinde gerek fail gerekse üçüncü kişi lehine kurtarma fiili açısından farklı kriterler koymak, hatta hakimın dahil olacağı aşama için de fail açısından sübjektiflik niteliği taşıyan kriterin nasıl değerlendirilebileceğini netleştirmeyi önemli bulmaktayız. Bu da bizce hukuka uygunluk, kusurluluğu kaldıran hal ve üçüncü kişi lehine zorunluluk hali yapılarının birbirinden ayrılması ile olacaktır. Buna göre; kendini koruma içgüdüsi teorisini ancak failin bu içgüdü ile hareket ettiği zorunluluk halleri açısından kabul etmek mümkün olacaktır. Ancak bu da işin doğası gereği failin zorunluluk halinde işlenen fiili üçüncü kişi lehine uygulamadığı durumlarda kabul edilebilir. Çatışma teorisi ise içerdiği sıkıntılar bir yana bırakılacak olursa, üçüncü kişi lehine kurtarma hareketine girildiği durumda fiile meşruiyet sağlayabilmektedir. Zira bizce daha makul bir çözüm şekli de görünmemektedir.

Zorunluluk halinde meşruiyet açısından temel değerlendirme noktalarından biri de tehlike ile fiil arasındaki ölçü durumudur. Tehlikeden kurtulmak için failin başka

¹²³¹ RONCO, Mauro: *Il Reato, Cause Di Esclusione e Di Estinzione del Reato e Della Pena. Forme Di Manifestazione e Concorso Di Reati*, Bologna 2007, s. 679.

türlü hareket edebilme imkanının bulunup bulunmadığı somut olayın özelliklerine göre yapılacak ve hakimın ex ante olarak yapabileceğı bir tespittir.¹²³² Bu tespiti yaparken ise kullanılacak kriterler bellidir. Burada karşılaşılabilecek temel problem zorunluluk halinde hukuka uygunluk tartışması içindeki objektif olarak hukuka uygun bir hareketin, üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerini zarara sokmasından kaynaklanmakla birlikte, aslında *zorunluluk halindeki fiilin hukuka uygunluğunun meşru savunmadaki kadar net olmaması dolayısıyladır*. Böyle olmakla birlikte, bu durum zorunluluk halinin kusurluluğa etki ettiği şeklinde bir kabule de dönüştürülemez. *Zira failin tehlikeyi başka türlü bertaraf edememesi ve bertaraf ederken en uygun ve sonuçları bakımından en hafif aracı seçmesi hukuka uygunluk sebebinin sınırının aşılması bakımından kullanılabilir bir ölçüdür*. TCK m. 25 f. 2'deki ifadeye bakıldığında; madde metninde aranan kurtulma-kurtarma zorunluluğu ile tehlikenin ağırlığı, konusu ve kullanılan vasıta bakımından aranacak orantı tam da böyle bir durumu; hukuka uygunluk nedenlerindeki yapıyı ifade etmektedir. Daha çok Alman Doktrini'nden kaynaklı bir düşünceye göre; yapılması gereken menfaatlerin karşılaştırılması ve fiilin tüm zarar bakımından hukuka uygunluk içinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir.¹²³³ Kanundaki somut düzenlemeden hareketle böyle bir hak değerlendirmesi yapmanın mümkün olmadığını ifade etmek istiyoruz. Ancak bu tespitimiz menfaatlerin çatışmasını bir dayanaktan çok bir değerlendirme biçimi olarak almaya da engel teşkil etmemektedir. Buna göre; bu görüşün değerlendirme biçiminde bir ölçüt olarak, özellikle tehlike ile fiil arasında gerekli ölçüyü tespit edebilmek ve zorunluluk halinin şartlarını somut olay açısından değerlendirebilmek adına bir yardımcı kriter olarak kullanılabilirliğini düşünüyoruz.

¹²³² ÖNDER, Ayhan: A.g.e., İstanbul 1992, s. 254.

¹²³³ Bknz. ÖNDER, Ayhan: A.g.e., İstanbul 1992, s. 224.

Bununla birlikte ilave etmek gerekir ki; zorunluluk halinde failin tek bir hareketinin hukuka uygunluğu, bununla doğal bir bağ içinde olmayan diğer hareketlerin hukuka uygun addedileceği sonucunu doğurmaz. Meşru hale gelen fiil zorunluluk hali içinde işlenen fiildir. Normla fiili bağ olmayan fiil açısından ise hukuka aykırılık devam edecektir. *Yine dikkat edilmesinde yarar gördüğümüz bir diğer nokta da normal durumlarda göz önüne alınan ve değerlendirme bakımından önem taşıyan durumların, zorunluluk hali için değerlendirmenin dışında tutulması gereken noktalar olmasıdır. Zira zorunluluk hali için olağan şartlara göre yapılacak her değerlendirme ve bakış açısı onu hukuka uygunluğun dışına taşımaya adaydır. Önemli olan zorunluluk halinde işlenen fiilin objektif olarak hukuka uygunluğudur.*

Hukuka uygunluk sebepleri düzenlemesinde karşılaşılan yukarıda belirttiğimiz değerlerin (menfaatlerin) dengelenmesi ve amaç-araç uygunluğu gibi kriterler olup bu kriterlerin de madde bazında kullanıldığı görülmektedir. Yine bu bağlamda hukuki nitelik tespitimiz için bir hareket noktası da madde metninde meşru savunma içinde de yer verilen “ceza verilmez” yargısını yorumlamaktır. Bu noktada lafzi yorum metodu bizi sağlıklı bir noktaya götüremeyecek nitelikte belirsiz olduğundan mantıki yorum metodu ve sistematik yorum metotları bu tartışmayı aydınlatmaya yarar sağlayacak niteliktedirler. Zorunluluk halinde işlenen fiil zorunluluk halini düzenleyen normun, fiil bazı koşullar altında işlendiğinde fiile izin veren (tecviz edici) bir norm olması dolayısı ile baştan itibaren hukuka uygundur. “Bu bağlamda yorum faaliyeti konusunda normun amacından soyutlanarak, onun salt bir biçim ya da üst yapı olarak kavranmasının mümkün olup olmadığı tartışmasına normun amacı norma yabancı ve dışsal bir unsur değildir. Bu aynı zamanda hukuku salt bir biçim ve basit bir üst yapı olarak anlamak anlayışına götürür ki bu kabul edilemez. Normun

amacı, norma yabancı ve dışsal bir unsur olmadığına ve hukuk düzeni, mantığının gereği “teleolojik” bir yapı olduğuna göre; normun amacının ortaya çıkarılması da yorum faaliyetinin içinde¹²³⁴ yer alan, normun kapsam ve amacının tam olarak ortaya konulabilmesi için sine qua non bir unsurdur.

Zorunluluk halinin hukuki niteliğini belirleme konusunda yapılan tartışma kavramsal bir tartışma olmanın ötesinde kurumun hukuki sonuçlarını etkileyecek nitelikte bir tartışmadır. Kanunda düzenlenen yapı itibarı ile bir ayrıştırmaya da gidilmediği için kurumun hukuki niteliğini tespitte gerekçe ve CMK hükümleri bağlayıcı değildir. Zorunluluk hali konusunda yaptığımız niteleme suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı olarak işlenmiş bir fiilin varlığını (TCK m. 40 f. 1) yeterli kıldığı, iştirakte bağlılık kuralı iştirak kurallarının uygulanabilmesini failin kasti ve “hukuka aykırı” bir fiilin varlığına bağladığı¹²³⁵ için bu doğrultuda hukuka uygun bir fiile katılan kimseler de cezalandırılmayacaktır.¹²³⁶ Kural olarak, hukuka uygunluk nedenleri o durumda kalan herkesin objektif olarak başkasının hukuki yararına zarar verecek durumda olmasıdır.¹²³⁷ Zorunluluk hali bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiğinde azmettiren iştirak kuralları gereğince fiilden sorumlu tutulmayacaktır. Yine tehlikeden kurtulmak için kendisine yönelik davranışa karşı masum bir kişinin gerçekleştirdiği savunma hareketi meşru savunma kapsamında da görülmeyecektir. Ancak burada zorunluluk halindeki kişinin hareketinin yöneldiği amaç önemlidir. Zorunluluk halindeki fiili işleyen kimsenin hayatta kalma amacına yönelik olarak fiilin üçüncü kişinin hayatına yöneldiği bir durumda bu savunma

¹²³⁴ **HAFİZOĞULLARI, Zeki:** A.g.m., “ III. K.K.”, s. 107; **HAFİZOĞULLARI, Zeki:** “Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu ve Sınırları Sorunu”, **AÜHFD.**, Y: 1978, C: 35, S:1-4, s. 256, 257.

¹²³⁵ **AYDIN, Devrim:** **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, s.191-197, Ankara 2009; **ZAFER, Hamide:** A.g.e., İstanbul 2010, s.226.

¹²³⁶ **HAKERİ, Hakan:** A.g.e., Ankara 2013, s. 377.

¹²³⁷ **Özbek ve Diğerleri:** A.g.e., Ankara 2013, s. 396.

fiili açısından aslında hukuka uygun olan bir fiil iken, hukuka uygunluk nedenine karşı işlendiği için hukuka aykırı sayılmaktadır. Bu duruma makul bir açıklama getirme gereği ise halen devam etmektedir. Duruma üçüncü kişi açısından bakıldığında failin bu fiilin tehlike tanımının çok ötesinde açık bir saldırı olduğuna kuşku yoktur. Hukuka uygunluk nedenine karşı hukuka uygunluk nedeni işletilemez. Ancak; üçüncü kişi açısından kendisine karşı yapılan saldırının hukuka uygun olduğunu söylemek de adaletsiz olacaktır. Burada yapılacak olan üçüncü kişi lehine zorunluluk halinin ayrıca düzenlenmesi ve failin zorunluluk halinde fiili doğrudan bir başkasının hayatına yöneltmek zorunda kaldığı durumda da üçüncü kişiye kendini savunabilmesi ve savunma fiilinin meşruiyeti için bir istisna hükmü konulması gerektiği kanısındayız. Bu durum da ancak zorunluluk halinin içindeki durumları kategorize ederek düzenlemekle çözülebilir görülmektedir.

Ceza hukukunda bir fiilin yaptırıma bağlanmasında yapılan fiilin haksızlığı ve neticenin haksızlığı ayrımının asıl amacı her iki haksızlığın belirgin olduğu durumlarda hem cezalandırma konusundaki tereddüdü ortadan kaldırmak, hem de yaptırım konusunda ağır olanın tercihe şayan olduğu bir duruma işaret etmektir.¹²³⁸ Böylelikle TCK m. 25 f. 2'deki düzenleme biçimi ile zorunluluk hali “tehlikenin ağırlığı” “konu” ve “kullanılan araç arasında orantı” bulunmasını şart kıldığı için bir hukuka uygunluk nedenidir.¹²³⁹ Zorunluluk hali tıpkı meşru savunmada bireyin bir saldırı karşısında kendini savunması gibi bir tehlike karşısında da korunması temel fikrine dayanmaktadır. Masum üçüncü kişilerin haklarının ihlali zorunluluk halinde kırılma noktası olmakla birlikte bu kişilere yönelik fiil alelade bir fiil değil,

¹²³⁸ YERDELEN, Erdal; “Klonlamanın Ceza Hukukundaki Yeri”, AÜHFD., Cilt: 63, Sayı: 3 Yıl: 2014, s. 678.

¹²³⁹ ÖZTÜRK, Bahri: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2008, s. 206.

zorunluluk halinin şartlarını taşıması gereken bir fiildir. Fiilin masum bir üçüncü kişiye yöneltilmesi nedeniyle zorunluluk hali kurumunu salt bu nedenle kusurluluğu kaldıran hal saymak ise dayanaktan yoksun olacaktır. Yine meşru savunma sırasında da sınır aşımı bulunmaksızın bir üçüncü kişinin hakkı ihlal edilebilir ve salt bu durum onun hukuka uygunluk nedeni sayılmasına engel değildir.

TCK m. 25'in gerek hüküm gerekse gerekçedeki örtüşmeyen durumlar dolayısı ile tartışmalı hale gelmesi ile birlikte, 5271 Sayılı CMK'nın m. 223 3b hükmünde yapılan değişiklikle hukuki niteliğin kusurluluğu kaldıran hal olduğu yönünde yapılan nitelendirme ile kanun koyucunun zorunluluk halini bir kusurluluğu kaldıran hal olarak görmek istemesine rağmen, bu düzenlemeden sonra kurumun hukuki niteliğinin netlik kazandığını söyleyebilmek mevcut yorum ilkeleri açısından mümkün değildir.¹²⁴⁰ Kurumun hukuki niteliği konusundaki karmaşa sadece zorunluluk halinin meşru savunma ile benzer hukuki yapı ve başlık altında düzenlenmesinden doğmamaktadır. Bunun yanında meselenin çözümü için seçilen gerekçeye hukuki nitelik atfetme ve yeterli olmayınca CMK m. 223 3b'ye zorunluluk halini de kapsayan hüküm eklemek mevcut sıkıntıyı daha da derinleştirmiştir. Burada dikkat çekmek istediğimiz bir diğer husus genel hükümlerdeki TCK m. 25 ve bu maddenin bağlı olduğu başlık açısından hukuki nitelik belirlemesi ile TCK m. 27 f. 2'deki farklı duruma CMK 223 f. 3 açısından aynı hukuki sonucun bağlanmış olmasıdır. Genel hükümlerdeki nitelik belirlemesi örtüşmesinin olmaması yalnızca TCK m. 25 f. 2 açısından olmayıp, TCK m. 27 f. 2 'de bir kusurluluğu kaldıran hal görünümü arz eden sınırın aşılması hükmü ile CMK m. 223 f. 3'deki "kusurun bulunmaması dolayısı ile ceza verilmesine yer olmadığı hükmü verilmesi" ile sonuca

¹²⁴⁰ ZAFER, Hamide: A.g.e., İstanbul 2010, s. 227.

bağlanması da tezat oluşturmaktadır.¹²⁴¹ CMK m. 223. f. 2d’de “Olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması halinde beraat kararına hükmedileceği” belirtilmekle birlikte bu hukuka uygunluk nedenleri tek tek gösterilmemiştir. Aynı maddenin f. 3 b hükmünde yüklenen suçun zorunluluk hali veya cebir ve tehdit etkisi ile işlenmesi halinde fail hakkında “ceza verilmesine yer olmadığı” kararı verileceği hükme bağlanmış f. 3 b.’de ise zorunluluk hali için kusurun bulunmaması nedeni ile ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilirken, f. 4’de fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen faile ceza verilmediği bazı hallerde de yine ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi şeklinde düzenlendiği görülmektedir. *Beraat kararının düzenlendiği m. 223 f. 2c failin kast ve taksirinin bulunmaması halini beraat sebebi saymış iken, zorunluluk halinde kusurun bulunmaması dolayısı ile ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesini ise rasyonel bir gerekçeyle açıklayabilmek mümkün değildir.*¹²⁴² Yine CMK m. 223 f. 3b’de “zorunluluk hali” ya da bağlacı ile “cebir veya tehdit etkisi” ile kavramlarına bağlanarak bu birbirinden ayrı iki hukuki kurum nitelik olarak adeta denkleştirilmiştir. Genel hükümlere bakıldığında mevcut maddelerin düzenlenişi itibarı ile birbiriyle mantıki ya da analitik bir bağ içinde bulunmadıkları görülmektedir. *Zira fiilin maddi cebre maruz kalana ait olmadığı bu durumda maddi cebre maruz kalan açısından fiilin sübut etmediğine karar verilecektir. Bu durumda da ceza verilmesine yer olmadığına değil “fiilin mevcut olmadığına” karar verilmesi gerekir.*¹²⁴³

Aslında zorunluluk halinin meşruiyeti konusunda, tarihin farklı dönemlerinde oldukça çok sayıda tartışma yapılmasının en temel sebebi farklı şekilde ortaya çıkan zorunluluk hallerinin olması ve bu farklı durumlar için tek bir kavram, hukuki nitelik

¹²⁴¹ DÜLGER, Murat Volkan: A.g.m., s. 176; DEMİRBAŞ, Timur: A.g.e., Ankara 2013, s. 254.

¹²⁴² ZAFER, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010, s. 260.

¹²⁴³ KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür: A.g.e., s. 119.

altında genelleme yapılmaya çalışılmasıdır. Neticede zorunluluk halinin daha sınırlı şekilde düzenlenmesinden ziyade, zorunluluk hali içinde farklılık arz eden ancak aynı hukuki temel ve nitelik etrafında çözümlenmeye çalışılan durumların ayrıştırılmasının daha yararlı olacağı kanaatindeyiz. “Ceza hukuku sistemimizde zorunluluk halini tek bir kuruma bağlayarak açıklamak mümkün olmadığı gibi birden çok kuram doğrultusunda açıklamak da mümkün değildir. Diğer taraftan onların görevsel nitelikleri ve suç kuramındaki yerleri kesin olarak saptanamadığından gerek kuramsal, gerekse uygulama alanında nihai çözümler üretilmemektedir.”¹²⁴⁴

Belirtilmemiz gereken bir diğer tespit, TCK özel hükümlerinde düzenlenen zorunluluk hali benzeri yapılanmadır. Özel hüküm düzenlemelerindeki bazı suç tipleri içinde zorunluluk hali başlığına yer verilmesi bu karışıklığa yol açmıştır. Söz konusu düzenlemelerde insani bir durum olan zor durumda bulunma ile zorunluluk hali birbirine karıştırılmıştır. Özellikle ifadeye eklenen sosyal ve ekonomik açıdan zor durumda bulunanların başvurabileceği ifadesi hukuka uygunluk sebeplerinin genellikle niteli ile de bağdaşmamaktadır. Mevcut halleri ile bu özel düzenleme şekilleri istenemezlik ilkesinin bir türü niteliğindedirler. Bu bağlamda düşünüldüğünde de bu haller kusurluluğu kaldırmaktadır. Bu nedenle madde metnindeki ifadelerin hukuki nitelik konusunda karışıklık yaratmayacak şekilde düzenlenmesi yerinde olacaktır. Zira yorumla hatayı düzeltme şansı bulunmamaktadır.

Zorunluluk hali kurumunu çetrefil hale getiren noktalardan en önemlisi üçüncü kişi lehine yürütülen kurtarma fiilinin aynı norm içerisinde düzenlenmiş olmasıdır. Bu yapı zorunluluk halinin temelini dayandırıldığı fikirle ortak bir potada birleşmemekte ve ölçülülük açısından temel kriterleri koyma noktasında da failin

¹²⁴⁴ HAFIZOĞULLARI, Zeki: A.g.m., “III. K.K.”, s. 129.

kendini zorunluluk halinde kendi lehine işlediği fiilden farklı kriterler geliştirilmesini ve bu bağlamda ölçünün norma taşınmasını gerekli kılmaktadır. Özellikle, tıbbi müdahale alanında sıklıkla karşılaşılabilecek bu durumun çözümü bu ölçütlerin sağlıklı bir şekilde madde metninde düzenlenmesiyle gerçekleşebilecektir. Yine bu bağlamda zorunluluk halinden özerk olarak ele alınabilececek bu kurumun kusurluluğu kaldıran bir hal yapısı içinde düzenlenmesi bizce yerinde olacaktır. *Bu anlamda kurumun hukuki niteliğini anılan nedenler dolayısıyla hukuka uygunluk sebebi olarak ortaya koymaktayız. Ancak ifade etmemiz gerekir ki; TCK m. 25 f. 2 açısından düzenleme alanı bulmuş iki farklı hukuki kurumu ve doğal olarak hukuki dayanaklarını ayırmak gerekmektedir. Bu iki farklı hukuki kurumdan biri zorunluluk hali iken, diğeri zorunluluk halinde üçüncü kişiyi kurtarma olmalıdır.*

ÖZET

Zorunluluk hali yalnızca ceza hukuku açısından değil, farklı hukuk dallarına ait görünüşleriyle bütün bir hukuk sistemi bakımından önem taşımaktadır. Bununla birlikte, geniş anlamda zorunluluk halini ele almak yerine çalışmayı Türk Ceza Kanunu ile sınırlamak çalışmamız açısından kaçınılmaz bir gerekliliktir. Çalışmamızın konusunu “Türk Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali” oluşturmaktadır. Bu çalışmada Türk Ceza Kanunu’nun 25. Maddesi’nin 2. Fıkrası’nda düzenlenmiş olan zorunluluk hali kurumu incelenmiştir.

1926 tarihli Türk Ceza Kanunu Zanardelli Ceza Kanunu’nun etkisi ile hazırlanmıştı. Bu kanunda zorunluluk hali için tehlikenin yalnızca yaşama yönelik olması koşulu kabul edilmişti. 2004 Tarihli Türk Ceza Kanunu ise zorunluluk halini tekrar ele almış, yeni düzenlemede tehlikenin hakka yönelik olması yeterli kabul edilmiş bunun yaşam hakkı ya da malvarlığına yönelik bir hak olması arasında farklılık gözetilmemiştir. Dolayısı ile tehlikenin aynı zamanda malvarlığına yönelik de olabilmesi zorunluluk halinin tartışmalı olan sınırlarını genişletmiştir. Mülga Türk Ceza Kanunu’nda hukuka uygunluk sebebi olma niteliği, net ve kendi içinde tutarlı olan zorunluluk hali, Yürürlükteki Türk Ceza Kanunu ile hukuki niteliği belirsiz bir görünüm arz etmektedir.

Türk Ceza Hukuku açısından zorunluluk hali bir kimsenin karşı karşıya kaldığı ve bilerek neden olmadığı bir tehlikeden, kendisini veya üçüncü bir kişiyi kurtarmak zorunluluğu dolayısıyla, tehlikeyi uzaklaştırmaya yetecek ölçüde olan bir fiili işlemek zorunluluğunu gerektiren bir durum içinde bulunmasıdır. Failin zorunluluk halinde işlediği fiil (zorunlu kılınmış fiil) başka surette korunma olanağı bulunmayan *ağır ve muhakkak* bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak

zorunluluğu ile yine tehlikenin ağırlığı, konusu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak şartı ile işlenmelidir. Zorunluluk hali üçüncü kişinin haklarının korunması yönünden de kabul edilmiştir. Ancak bu durumun aynı madde içerisinde düzenlenmesi failin fiilinin ölçülülüğü ve tehlikenin değerlendirilmesindeki sübjektiflik açısından problem yaratmaktadır.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu hukuka uygunluk nedenlerini bir sistematik altında düzenlemediğinden; Türk Ceza Kanunu'nun 25. maddesi gerek ait olduğu başlık, gerekse zorunluluk hali ile meşru savunmayı düzenleyen normlarda benzer unsurlara sahip olmaları dolayısı ile hukuki nitelik konusunda sağlıklı bir belirlemede bulunmayı güçleştirmektedir. Gerekçe ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesi ile getirilen hukuki niteliğe ilişkin tespitler mevcut karmaşayı çözmek yerine, içinden çıkılmaz bir hale sokmuştur. Genel hükümlerde hukuki niteliği belirsiz kalan zorunluluk hali, gerekçe ve Ceza Muhakemesi Kanunu ile kusurluluğu kaldıran hal olarak ele alınmakta ve hukuki nitelik tespit edilmeye çalışılmaktadır. Bu durum kuşkusuz ceza hukuku sistematığına aykırıdır. Genel hükümlerdeki eksikliğin usul normu ya da gerekçe ile değil, genel hükümlerdeki karmaşanın giderilerek çözülmesi gerekmektedir. Bununla birlikte zorunluluk halinin yapılanmasında yer alan gerek ölçülülük tespitleri, gerekse hukuka uygunluk nedeninin şekli ve maddi içeriğine ilişkin unsurlar kurumun bir hukuka uygunluk nedeni olarak nitelenmesini gerektirmektedir. Bu nedenle çalışmada anılan tespitler ayrıntılı olarak incelenmiş ve çözüm önerileri ortaya konmaya çalışılmıştır.

Zorunluluk hali ile aynı şartlar dahilinde düşünülen üçüncü kişi lehine zorunluluk hali belli açılardan fail açısından farklılık oluşturmaktadır. Yine meşru savunmada sınırın aşılması düzenlenirken, zorunluluk hali için bu durum

düzenlenmemiştir. Bir diğ er eksiklik ise savaş, siyasal karışıklık gibi toplu zorunluluk hallerinde nasıl hareket edileceği durumunun belirsiz kalmasıdır.

Özel hükümlerde düzenlenen ve zorunluluk hali başlığı ile ele alınan olguların hukuki niteliği de tartışmalıdır. Bu düzenlemeler istenemezlik ilkesinin özel bir türü olup, kusurluluğu kaldıran haldir. Bu haller madde içinde özel olarak tanımlanarak tipikliğe dahil edilmiştir. Kanımızca böyle bir düzenleme olmaksızın da genel hükümlerdeki düzenleme ile aynı sonuca varabilmek mümkündür.



ABSTRACT

The state of necessity carries significance in respect to not only criminal law but also the entire legal system with its reflections. Nevertheless, it is required to limit this study with the Turkish Criminal Code rather than examining the state of necessity in broad terms. “The State of Necessity in the Turkish Criminal Law” forms the subject of our study. In this study the institution of state of necessity, as regulated under article 25 paragraph 2 of the Turkish Criminal Code, has been examined.

The Turkish Criminal Code of 1926 was enacted under the influence of Zanardelli Criminal Code. In this Code the state of necessity was conditioned on the existence of a danger “threatening the life” only. The Turkish Criminal Code of 2004 re-examined the state of necessity. With the New Code it is found sufficient for the threat to target “a right” while no distinction was made between the right to life or property. Accordingly the fact that the threat might aim at property expanded the disputed limits of the state of necessity. While the state of the necessity formed a reason of legality and was clear and internally consistent in the former (abolished) Turkish Criminal Code, it became legally ambiguous with the Turkish Criminal Code in force.

From the perspective of the Turkish Criminal Law the state of necessity is a situation faced by a person that requires the person to commit an act that enables him/her to avoid a danger to save himself/herself or a third party, which he/she has not willingly caused. The act (the obligatory act) committed by the perpetrator should be committed to escape a *serious* and *certain* danger or save a third person therefrom which otherwise could not be avoided. Plus, there should be

proportionality between the seriousness and subject of the danger on the one hand and the tool used on the other hand.

The defence of necessity is also accepted for the protection of third person's rights. However, the fact that this state was regulated in the same provision creates problems due the subjectivity in the evaluation of proportionality between perpetrator's act and the danger.

The Turkish Criminal Code No. 5237 does not regulate the reasons of legality systematically. Both the title it is regulated under and the existence of common elements of norms, which regulate the state of necessity and self-defence, article 25 of the Turkish Criminal Code makes it difficult to reach a healthy determination of its legal characteristic. The determinations pertaining to its legal characteristics as stated in the explanation of the mentioned article and article 223 of the Criminal Procedural Code further complicated the existing confusion rather than solving it. The legal characteristic of the state of necessity remains unclear. On the other hand in the explanation of the article and the Criminal Procedural Code consider it as a state which removes culpability and which tries to determine its legal characteristic. This state, undoubtedly, run counters to the criminal law systematic. The gap within the general law provisions should be solved by a clarification of the confusion rather than by utilizing a procedural provision or the explanation of the article. However, both the proportionality determinations and the elements of procedural and material content of the reason of legality require this institution to be qualified as a reason of legality.

(Self-) Defence in favour of a third party, which could be thought within the scope of the same circumstances of the state of necessity, constitutes a difference

from the perspective of the perpetrator. While exceeding of the limit is regulated in legitimate defence, it is not regulated for the state of necessity. Another deficiency is the ambiguity as to how to act in collective states of necessity such as war or civil unrest.

The legal characteristic of phenomenon regulated under the civil provisions and under the title of state of necessity are also questionable. Such provisions are sub-categories of the principle of non-executability that lifts culpability. Such cases are included in the typicality by being defined specifically within the provision. We are of the opinion that same conclusion could be reached through the general provisions without such specific provision.

KAYNAKÇA

AKINTÜRK, Turgut: Borçlar Hukuku, İstanbul 2010.

AKTAŞ, Sururi: “Cezalandırmanın Amacı Üzerine”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XIII, S.1-2 2009.

ALACAKAPTAN: Uğur; Suçun Unsurları, Ankara 1970.

ALAGÖZ, Mehmet: Makaleler, Görüşler, Raporlar, İkinci Kitap, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2004.

ALIMENA, Francesco: La Colpa Nella Teoria Generale Nel Reato, Palermo 1947.

ANTOLISEI, Francesco: Analisi Del Reato, Padova 1939.

ANTOLISEI, Francesco: Manuale Di Diritto Penale, Parte Generale, Milano 1997.

ANTOLISEI, Francesco: Manuale Di Diritto Penale, Milano 1980.

ANTOLISEI, Francesco: Manuale Di Diritto Penale Parte Generale, Milano 2003.

ARTUK, Mehmet Emin- GÖKÇEN, Ahmet- YENİDÜNYA, Caner: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002.

ARTUK, Mehmet Emin- GÖKÇEN, Ahmet- YENİDÜNYA, Caner: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009.

ARTUK, Mehmet Emin-GÖKÇEN, Ahmet-YENİDÜNYA, Caner: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013.

ASHWORTH, Andrew: Principles Of Criminal Law, New York 2009.

AVCI, Mustafa: Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar, İstanbul 2004.

AYAN, Mehmet: Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991.

AYDIN, Devrim: Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Ankara 2009.

AYDIN, Devrim: Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 54, Sayı: 1, Ankara 2005.

- AYDIN, Murat: Organ ve Doku Nakli Ve Ceza Sorumluluğu, Ankara 2008.
- AYDIN, Murat: “Tıp Ceza Hukuku’nun Güncel Sorunları”, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat- 1 Mart 2008 Ankara.
- AYGÜN EŞİTLİ, Ezgi: İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, Ankara 2012.
- BACAKSIZ, Pınar: “Ceza Hukukunda Yükümlölüklerin Çatışması”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 8, Sayı: 21, Nisan 2013.
- BAKIRCIOĞLU, Önder: The Contours of the Right to Self Defence : “Is the Requirement of Imminence Merely a Translator For the Concept of Necessity”, The Journal Of Criminal Law, Y: 2008, S: 72.
- BARTOLI, Roberto: Responsabilita’ Penale e Rischio Nelle Attività Mediche e D’impresa, “Paradigmi Giurisprudenziali Della’ Responsabilita Medica. Punti Fermie Tendenze Evolutive In Tema Di Causalita’ e Colpa ”, Firenze 2010 (Firenze University Press).
- BAYRAKTAR, Köksal: “Yeni Türk Ceza Kanununda Hukuka Uygunluk Nedenleri”, Erdoğan Teziç’e Armağan, İstanbul 2007.
- BAYRAKTAR, Köksal: Hekimin Tedavi Nedeni ile Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972.
- BECCARIA, Cesare: Suçlar ve Cezalar, Ankara, 2003.
- BEKAR, Elif: Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali, Ankara 2013.
- BETTIOL, Giuseppe: Diritto Penale Parte Generale, Padova 1976.
- BOZBAYINDIR, Ali Emrah: “Meşru Savunmada Sınırın Aşılması”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 7 Sayı:18 Nisan 2012.

CADOPPI, Alberto-VENEZIANI, Paolo: Elementi Di Diritto Penale Parte Generale, Padova 2010.

CANESTRARI, Stefano-CORNACCHIA, Luigi- DE SIMONE, Giulio: Manuale Di Diritto Penale, Parte Generale, Bologna 2007.

CARACCIOLI, Ivo: Manuale Di Diritto Penale Parte Generale, Torino 2005.

CAVALLO, Vincenzo: Diritto Penale Parte Generale, Volume II , Oggetto Del Diritto, Napoli 1955.

CENTEL, Nur: Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2008.

CENTEL, Nur-ZAFER, Hamide-ÇAKMUT, Özlem Yenerer: Türk Ceza Hukuku'na Giriş, İstanbul 2006.

CENTEL, Nur-ZAFER, Hamide-ÇAKMUT, Özlem Yenerer: Türk Ceza Hukuku'na Giriş, İstanbul 2008.

CİHAN, Erol: “Özek ve Çağdaş Ceza Hukuku Anlayışı”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004.

CİN, Halil-AKYILMAZ, Gül: Türk Hukuk Tarihi , Konya 2008.

CONTIERI, Enrico: Lo Stato Di Necessita, Milano 1939.

[Http://www.Testolegge.Com/Codice-Penale/Articolo-52-2](http://www.Testolegge.Com/Codice-Penale/Articolo-52-2) (Erişim Tarihi 30.07.2013)

ÇAĞLAYAN, Muhtar: “Çocuk Düşürmede Zaruret Hali” Adalet Dergisi, Yıl:46, Aralık 1955, Sayı: 12, S. 1181.

DEĞİRMENCİ, Olgun, “Ceza Hukukunda Yanılma ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 110 Yıl: 2014.

DELITALA, Giacomo: Il Fatto Nella Teoria Generale Del Reato, Padova 1930.

- DEMİRBAŞ, Timur: “Türk Ceza Kanunu’nda Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması”, Hayri Domanıç’e Armağan, İstanbul 1995.
- DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009.
- DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013.
- DEMİRBAŞ, Timur: Hayri Domanıç’e Armağan, İstanbul 1995, “Türk Ceza Kanunu’nda Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması”.
- DEMİRYAN, Raffi: Dizionario Italiano-Turco, İstanbul 1993.
- DONATO, Costronuovo: La Colpa Penale, Giuffre Editore Milano 2009.
- DOĞAN, Koray: “Tehlike Suçu ile Zarar Suçu Arasındaki Suçların İçtimai Sorunu”, TAAD., Y: 5, S.16, Ocak 2014.
- DÖNMEZER, Sulhi: Kişilere Ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul 1990.
- DÖNMEZER, Sulhi: Genel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 2003.
- DÖNMEZER, Sulhi-ERMAN, Sahir: Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku, Umumi Kısım Cilt II/1, İstanbul 1959.
- DÖNMEZER, Sulhi-ERMAN, Sahir: Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım Cilt II, İstanbul 1986.
- DÖNMEZER, Sulhi-ERMAN, Sahir: Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt II, İstanbul 1999.
- DÜRSUN, Hasan: “Çatışma Kuramı Açısından Hukuk ve Kuramın Hipotezlerinin Türk Hukukuna Yansıması Konusunda İki Örnek, Uğur Alacakaptan’a Armağan, Derleyen Mehmet Murat İncoğlu, Haziran 2008.
- DÜLGER, Murat Volkan: “Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Mazeret Nedenleri Arasındaki Ayrımın Tarihçesi , Niteliği ve Gerekliliği Üzerine Bir Deneme”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 9, Sayı: 24, Nisan 2014.

EKİCİ ŞAHİN, Meral: Ceza Hukukunda Rıza, Ankara 2012.

ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO: XXVII, Varese 1958.

ERDOĞDU, Ahmet: “Zaruret Hali ve Hukuki Neticeleri”, Adalet Dergisi, Yıl: 41, Mayıs: 1950, Sayı: 5.

EREM, Faruk- ARTUK, Mehmet Emin- DANIŞMAN, Ahmet: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1997.

EREM, Faruk- ARTUK, Mehmet Emin- DANIŞMAN, Ahmet: Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1997.

EREM, Faruk: Türk Ceza Hukuku Cilt I Genel Hükümler, Ankara 1949.

EREM, Faruk: Türk Ceza Kanunu Şerhi, Genel Hükümler, Cilt I, Ankara 1993, S. 408.

EREM, Faruk: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1997.

EREM, Faruk: Ceza Hukukunda Ümanist Doktrin, Ankara 1980.

EREM, Faruk: Türk Ceza Hukuku, Ankara 1949.

EREM, Faruk: Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler, Cilt 1, Ankara 1993.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 1998.

ERIN A. Charles-OST Susanne: “ Euthanasia And The Defence Of Necessity: Advocating A More Appropriate Legal Response”, The Criminal Justice System And Healh Care, New York 2007.

ERMAN, Ragıp Barış: Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003.

ERMAN, Ragıp Barış: Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2006.

ERSOY, Yüksel: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1994.

ERSOY, Yüksel: Ignoranza Ed Errore Nel Diritto Penale, Ankara Üniversitesi Basımevi 1968.

FEYZİOĞLU, Metin: “Hükümlü ve Tutukluların Muayene ve Tedavilerini Engelleme, Zorla Besleme ve Zorla Tedavi”, Marmara Üniversitesi Sempozyum Özel Sayısı, Sağlık Hukuku Sempozyumu 17 Kasım 2006, S. 146.

FEYZİOĞLU, Metin: Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007 Ankara, “Türk Ceza Hukukunda Zorla Tedavi”.

FLETCHER, George P.: Basic Concepts Of Criminal Law; New York 1998.

FORNASARI, Gabriele: I Principi Diritto Penale Tedesco, Padova 1993.

FORNASARI, Gabriele: Il Principio Di Inesigibilita Nel Diritto Penale, Padova 1990.

FRIEDMANN, Wolfgang: Legal Theory, Fifth Edition, Columbia University Press, October 1967.

GAROFOLI, Roberto: Manuale Di Diritto Penale Parte Generale, Milano 2006.

GAROFOLI, Roberto: Manuale Di Diritto Penale, Parte Generale, Roma 2011.

GIULIANI, Ubaldo: Dovere Di Soccorso E Stato Di Necessita Nel Diritto Penale, Milano 1970.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: “Suçta Kanuni Unsurun Ortadan Kalkması: Fiilin Hukuka Aykırılığı Kavramı Ve Hukuka Uygunluk Sebepleri Konusunda Bazı Mülahazalar”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi Cilt XXIII, Mart 1968, No:1-2.

GÖREN, Sami: En Son Değişikliklerle Açıklamalı- İçtihatlı 5237 Sayılı TCK, Ankara 2012.

GÖZLER, Kemal: Hukukun Genel Teorisine Giriş, Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorum Sorunu, Ankara 1998.

GRAMMATICA, Filippo: Toplumsal Savunma İlkeleri, Ankara 2005.

GROSSO, Carlo Federico- MODONA, Guido Neppi-VIOLANTE, Luciano: Giustizia Penale e Poteri Dello Stato, Torino 2002.

GROSSO, Carlo Federico: Difesa Legittima e Stato Di Necessita, Milano 1964.

GÜLŞEN, Recep: “Hekimlerin Çocuk Düşürmede Oluşan Cezai Sorumluluğu”, Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008 Ankara, Ankara 2009.

GÜLŞEN, Recep: “Suç Sonucu Oluşan Gebeliğin Sona Erdirilmesi” Başlıklı Tebliğ, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları 28 Şubat-1 Mart 2008 , Ankara 2008 Türkiye Barolar Birliği Yayını.

GÜNGÖR, Devrim: Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara 2007, S. 62.

GÜNGÖR, Devrim: “Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl 19, Sayı 68.

GÜNGÖR, Devrim-HAFIZOĞULLARI, Zeki: “Türk Ceza Hukuku’nda Suçların Tasnifi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 69, Yıl: 2007.

GÜRİZ, Adnan: Hukuk Başlangıcı, Ankara 1996.

GÜRİZ, Adnan: Hukuk Felsefesi, Ankara 2009.

HAFIZOĞULLARI, Zeki- ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2009.

HAFIZOĞULLARI, Zeki: “Türk Ceza Hukuku Sisteminde Zaruret Hali ve III. Kişiyi Kurtarma”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1971, Cilt 28, Sayı 1-4.

HAFIZOĞULLARI, Zeki: Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu ve Sınırları Sorunu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 1978, C: 35, S:1-4.

HAFIZOĞULLARI, Zeki: “Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2008, Cilt 57, Sayı: 338-339-341.

HAFIZOĞULLARI, Zeki: “Malvarlığına Karşı Suçların Ortak Genel Yapısı”, Www.Baskent.Edu.Tr/~Zekih/Ogrenci/Mal.Doc, Erişim Tarihi, 06.03.2013, S.15.

HAFIZOĞULLARI, Zeki: Ceza Normu Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, Ankara 1996.

HAFIZOĞULLARI, Zeki: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler; Ankara 2008.

HAFIZOĞULLARI, Zeki-ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2010.

HAKERİ, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012.

HAKERİ, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013.

HAKERİ, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014.

HAKERİ, Hakan: Tıp Hukuku, Ankara 2007.

HAKERİ, Hakan: “İhmalî Suçlar” Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:2, Sayı:3, Nisan 2007.

HASHIDA, Hisashi: Çeviren ÜNVER, Yener, “Japon Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Zorda Kalış Durumu Alman Ceza Hukuku

Öğretisi Nazarında Değerlendirme”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 60, Sayı: 1-2, Yıl: 2002.

HAWKINS, Thomas H.:” Necessity As A Statutory Defense İn Texas: A Comparison With Other States”, American Journal Of Criminal Law, Volume: 3, Number 3, Winter 1975, S. 243.

HEINRICH, Bernd: Ceza Hukuku Genel Kısım I, Ankara 2014.

HIZAL ARSLAN, Sevinç: “Tıbbi Müdahalelerde Olası Kast ve Bilinçli Taksirin Ayırımı”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 7 Sayı:18, Nisan 2012, S. 241.

[Http://Auhf.Ankara.Edu.Tr/Dergiler/Auhfd-Arsiv/Auhf-2008-57-03/Auhf-2008-57-03-Hafizogullari.Pdf](http://Auhf.Ankara.Edu.Tr/Dergiler/Auhfd-Arsiv/Auhf-2008-57-03/Auhf-2008-57-03-Hafizogullari.Pdf), (Erişim Tarihi 25.02.2013)

[Http://Cezahukuku.İstanbul.Edu.Tr/Ders-Gerecleri/Turk-Hukuk-Reformu-Ders-Notu.Htm](http://Cezahukuku.İstanbul.Edu.Tr/Ders-Gerecleri/Turk-Hukuk-Reformu-Ders-Notu.Htm), Erişim Tarihi 11.03.2013.

[Http://Media.Camerapenalemilano.It/200811/2888.Pdf](http://Media.Camerapenalemilano.It/200811/2888.Pdf), S. 23, Erişim Tarihi 13.12.2013.

[Http://Sixthformlaw.Info/01_Modules/Mod3a/3_40_Gen_Defences/03_Duress_And_Circs.Htm](http://Sixthformlaw.Info/01_Modules/Mod3a/3_40_Gen_Defences/03_Duress_And_Circs.Htm), Erişim Tarihi 15.01.2014 (Pdf).

[Http://Tbbdergisi.Barobirlik.Org.Tr/M2007-68-288](http://Tbbdergisi.Barobirlik.Org.Tr/M2007-68-288), “Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata”, S. 135, Erişim Tarihi 12.05.2015

[Http://Www.Altalex.Com/Index.Php?İdnot=2205](http://Www.Altalex.Com/Index.Php?İdnot=2205), Erişim Tarihi 12.05.2015.

[Http://Www.Biyoetik.Org.Tr/Mevzuat/Uluslararası/Biyotip.Htm](http://Www.Biyoetik.Org.Tr/Mevzuat/Uluslararası/Biyotip.Htm), Erişim Tarihi 17.07.2013 .

[Http://Www.Brocardi.It/Codice-Penale/Libro-Primo/Titolo-İii/Capo-İi/Art59.Html](http://Www.Brocardi.It/Codice-Penale/Libro-Primo/Titolo-İii/Capo-İi/Art59.Html), Erişim Tarihi: 11.05.2015.

[Http://Www.Cezakanunu.Net/Tck-Madde-27/](http://Www.Cezakanunu.Net/Tck-Madde-27/), Erişim Tarihi 13.12.2013.

[Http://Www.Dirittosanitario.Net/Quadernidett.Php?Quadid=20](http://Www.Dirittosanitario.Net/Quadernidett.Php?Quadid=20) (Erişim Tarihi 16.07.2013)

[Http://Www.Haberler.Com/Abd-De-Kirsal-Alanda-Yangin-19-İtfaiyeci-Oldu-4784980-Haberi/](http://Www.Haberler.Com/Abd-De-Kirsal-Alanda-Yangin-19-İtfaiyeci-Oldu-4784980-Haberi/), Erişim Tarihi, 03.07.2013.

[Http://Www.Journals.İstanbul.Edu.Tr/Tr/Index.Php/Hukukmecmua/Article/Viewfile/4790/4352](http://Www.Journals.İstanbul.Edu.Tr/Tr/Index.Php/Hukukmecmua/Article/Viewfile/4790/4352), (Erişim Tarihi 30.09.2013),

[Http://Www.Jus.Unitn.It/Cardozo/Obiter_Dictum/Cost/Art32.Htm](http://Www.Jus.Unitn.It/Cardozo/Obiter_Dictum/Cost/Art32.Htm), Erişim Tarihi, 14.09.2013.

[Http://Www.Peterjepson.Com/Law/La2-6%20brooke.Pdf](http://Www.Peterjepson.Com/Law/La2-6%20brooke.Pdf), Erişim Tarihi 15.06.2013, “An Urgent Situation Of “Imminent Peril” Must Exist İn Which The Accused.”

[Http://Www.Saglik.Gov.Tr/Tr/Dosya/1-15943/H/Hastahaklariyonetmeligi.Pdf](http://Www.Saglik.Gov.Tr/Tr/Dosya/1-15943/H/Hastahaklariyonetmeligi.Pdf), Erişim Tarihi 18.07.2013

[Http://Www.Testolegge.Com/Codice-Penale/Articolo-384](http://Www.Testolegge.Com/Codice-Penale/Articolo-384), (Erişim Tarihi 03.01.2014)

[Http://Www.Unipa.It/Viola/Diritti_Umani_Diritto_Naturale.Pdf](http://Www.Unipa.It/Viola/Diritti_Umani_Diritto_Naturale.Pdf), (Erişim Tarihi 30.09 2013)

[Https://Docs.Google.Com/Document/D/1pegofct2to6qllbugosdxdtaz-Goiv6qyxnkqxwdf7c/Edit?Pli=1](https://Docs.Google.Com/Document/D/1pegofct2to6qllbugosdxdtaz-Goiv6qyxnkqxwdf7c/Edit?Pli=1), Mecellenin İlk Doksan Maddesi, Erişim Tarihi 10.03.2013.

[Http://www.bbc.com/turkce/haberler/2016/05/160503_italya_yemek_calmak?SThisFB](http://www.bbc.com/turkce/haberler/2016/05/160503_italya_yemek_calmak?SThisFB).

[Http://www.imolaoggi.it/2015/03/21/80enne-malato-alzheimer-ruba-una-salsiccia-condannato-a-pagare-11-250-euro/](http://www.imolaoggi.it/2015/03/21/80enne-malato-alzheimer-ruba-una-salsiccia-condannato-a-pagare-11-250-euro/): (Erişim Tarihi 21.03.2015)

[Http://informatitalia.blogspot.com.tr/2015/03/anziano-malato-ruba-una-salsiccia-al.html](http://informatitalia.blogspot.com.tr/2015/03/anziano-malato-ruba-una-salsiccia-al.html). (Erişim Tarihi 21.03.2015)

Http://Www.Testolegge.Com/Codice-Penale/Articolo-90-2#Sthash.Tfauffgo.Dpuf (Erişim Tarihi 22.11.2014.)

Http://Www.Testolegge.Com/Codice-Penale/Articolo-384 (Erişim Tarihi 15.01.2014).

İÇEL, Kayıhan: Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk, İstanbul 1967.

İÇEL, Kayıhan-SOKULLU AKINCI, Füsün-ÖZGENÇ, İzzet-SÖZÜER, Adem-MAHMUTOĞLU, Fatih Selami-ÜNVER, Yener: Suç Teorisi, İstanbul 2000, S. 190.

İÇEL, Kayıhan-ÜNVER, Yener: Suç Politikası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, Claus Roxin'e Armağan, Ankara 2006.

JESCHECK, Hans Heinrich: Çeviri İçel- Yenisey- Bayraktar, Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş, Türk Ceza Hukukuna İlişkin Açıklamalar, İstanbul 1989.

JESCHECK, Hans Heinrich: Alman Ceza Hukuku, Kusur İlkesi, Yay. Haz. YENİSEY, Feridun, İstanbul 2007.

KAN AYDIN, Çağrı: "Organ veya Doku Ticareti Suçu", Ankara Barosu Dergisi., Yıl 2011/1.

KAN AYDIN, Çağrı: Taksirle Yaralama, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2006.

KANETİ, Selim: “Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi”, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu; Ankara 21-22 Ekim 1977, S. 92.

KANETİ, Selim: Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, İstanbul 2007.

KANGAL, Zeynel: Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, Ankara 2010, S. 244.

KANT, Immanuel: Ground Work For The Metaphysics Of Morals, Yale University Press New Heaven 2002.

KATOĞLU, Tuğrul: Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara 2003.

KEÇELİOĞLU, Elvan: “Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK’nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 87, Yıl: 2010.

KEYMAN, Selahattin: “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 40, Yıl 1988, S. 143.

KEYMAN, Selahattin: “Tipiklik Ve Ceza Hukuku” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 37, Yıl:1980, S. 91.

KEYMAN, Selahattin: Ceza Muhakemesinde Savcılık, Ankara 1970.

KEYMAN, Selahattin: Hukuka Giriş, Ankara 2005.

KESKİN, Kadri: Taksirle Ölüme ve Yaralanmaya Neden Olma, Ankara 1994.

KOCA, Mahmut- ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008.

KOCA, Mahmut- ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014.

- KOCA, Mahmut- ÜZÜLMEZ, İlhan: “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması”, [www.Erzincan.Edu.Tr/ Birim/ Hukukdergi/ Makale/ 2007-1-3-Pdf](http://www.Erzincan.Edu.Tr/Birim/Hukukdergi/Makale/2007-1-3-Pdf), S. 43, Erişim Tarihi 21.03.2014.
- KOCA, Mahmut: “YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, Ceza Hukuku Dergisi, 15-16 Nisan 2006, İzmir Birinci Ceza Hukuku Günleri.
- KOCA, Mahmut: Birinci Yılı Dolarken Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu Konulu Sempozyum, “YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 2006, Sayı: 1-2.
- KOCA, Mahmut: Türk Ceza Kanunu’nda Hukuka Uygunluk Nedenleri, Ceza Hukuku Dergisi, Y:1, S:1, Ankara 2006.
- KOCA, Mahmut: YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri, Ceza Hukuku Dergisi, Birinci Yılı Dolarken Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu Konulu Sempozyum, 15-16 Nisan 2006, S. 127.
- KOCA, Mahmut-ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014.
- KOCA, Mahmut-ÜZÜLMEZ, İlhan: “Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Aşılması”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2007, C: XI, S:1-2, S. 40-41.
- KOCA, Mahmut-ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008.
- KOCA, Mahmut-ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011.
- KUNTER, Nurullah: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1986.

- KUNTER, Nurullah: Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1949.
- KUNTER, Nurullah-YENİSEY, Feridun-NUHOĞLU, Ayşe: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Birinci Kitap, İstanbul 2009.
- KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür: Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011.
- KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür, [Http://De.Wikipedia.Org/Wiki/Vis_Compulsiva](http://de.wikipedia.org/wiki/Vis_compulsiva), (Erişim Tarihi 02.01.2014)
- KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür: Türk Ceza Hukukunda Maddi Manevi Cebir, Ankara 2012.
- KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür: “Ceza Hukukunda Örselenmiş Kadın Sendromu”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2015, S: 1/ 1.
- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Hukuka Uygunluk Nedenleri”, Hukuk Ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi Yıl:2 Sayı:5 Nisan: 2005.
- MAJNO, Luigi: Ceza Kanunu Şerhi; Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, Ankara 1977.
- MALKOÇ, İsmail: Açıklamalı İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu Birinci Cilt, Ankara 2008.
- MANNA, Adelmo: Corso Di Diritto Penale Parte Generale, Padova 2007.
- MANTOVANI, Ferrando: “Diritti Della Vita e Diritti Dell’Uomo Manipolazioni Genetiche Aborto Ed Eutonesia Di Fronte Al Sistema Penale”, Volume II, A Cura Di Sergio Moccia, Napoli 2002.
- MANTOVANI, Ferrando: Diritto Penale Parte Generale, Padova 2009.
- MANTOVANI, Ferrando: Diritto Penale Parte Generale, Padova 2011.
- MANTOVANI, Ferrando: Pirincipi Di Diritto Penale, Padova 2007.

MANZINI, Vincenzo: Trattato Di Diritto Penale Italiano, Volume Seconda, Torino 1961.

MANZINI, Vincenzo: Trattato Di Diritto Penale Italiano, Volume Primo, Torino 1981.

MARINI, Giuliano; Lineamenti Del Sistema Penale, Torino 1993.

MARINUCCI, Giorgio-DOLCINI, Emilio: Codice Penale Commentato Parte Generale, Milano 1999.

MARINUCCI, Giorgio-DOLCINI, Emilio: Corso Di Diritto Penale, Milano 2000.

MERAKLI, Serkan: Mazeret Sebeplerinin Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 5, S. 12, Nisan 2010, S. 265.

MERAN, Necati: “Yeni Türk Ceza Kanunu ve Türk Medeni Kanunu’nda Meşru Savunma ve Zorunluluk Hali”, Terazi Hukuk Dergisi, Şubat 2007, Sayı: 6, S. 126.

MEREU, Andrea: “ La Configurabilita Dello Stato Di Necessita’ Nelle Ipotesi Problematiche Di Necessita’ Economica e Abitativa”, Cassazione Penale, 2008, 3, 1024.

METİN, Sevtap: Biyotıp Etiği ve Hukuk, İstanbul 2010.

MOLARI, Alfredo: Profili Dello Stato Di Necessita, Padova 1964.

MORO, Aldo: L’antigiuridicità Penale, Palermo 1947.

NUHOĞLU, Ayşe: “Tıp Ceza Hukukunda Zaruret Halinin Sınırları”, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 28 Şubat-1 Mart 2008, Ankara 2008.

NUVOLONE, Pietro: Il Sistema Del Diritto Penale, Padova 1982.

ORMERED, David: Criminal Law Smith & Hogan, New York 2005.

- ÖMEROĞLU, Ömer: Ceza Hukuku Açısından Hukuksal İlişki Kavramının İncelenmesi, Ankara 2010, S.107.
- ÖNDER, Ayhan: Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, S. 6.
- ÖNDER, Ayhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt II- III, İstanbul 1992, S. 155.
- ÖZBEK, Veli Özer- KANBUR, Mehmet Nihat- DOĞAN, Koray- BACAKSIZ, Pınar-TEPE, İlker: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012.
- ÖZBEK, Veli Özer- KANBUR, Mehmet Nihat- DOĞAN, Koray- BACAKSIZ, Pınar-TEPE, İlker: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2014.
- ÖZBEK, Veli Özer- KANBUR, Mehmet Nihat- DOĞAN, Koray- BACAKSIZ, Pınar-TEPE, İlker: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012.
- ÖZBEK, Veli Özer- KANBUR, Mehmet Nihat- DOĞAN, Koray- BACAKSIZ, Pınar-TEPE, İlker: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013.
- ÖZBEK, Veli Özer- KANBUR, Mehmet Nihat- DOĞAN, Koray- BACAKSIZ, Pınar-TEPE, İlker: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014.
- ÖZBEK, Veli Özer- KANBUR, Mehmet Nihat- DOĞAN, Koray- BACAKSIZ, Pınar-TEPE, İlker: Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, Ankara 2011.
- ÖZBEK, Veli Özer- DOĞAN, Koray: “Zorunluluk Halinin Hukuki Niteliği”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı:2, İzmir 2007.
- ÖZBEK, Veli Özer: “Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı ve Fiilin Objektif İsnat Edilebilirliği Sorunu”, Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004.
- ÖZBİLGİN, Tarık: “Tabii Hukuk Görüşünden Sosyolojik Hukuk Görüşüne”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 30, Sayı: 1-2, Yıl: 1964.
- İÇEL, Kayıhan: Suç Politikası: ÖZDEMİR, Hande: “Kusur ile Hukuka Uygunluk Nedenleri ve Hukuka Aykırılık İlişkisi”, Ankara 2004.

- İÇEL, Kayıhan: Suç Politikası: ÖZDEMİR, Hande: “Kusur ile Hukuka Uygunluk Nedenleri ve Hukuka Aykırılık İlişkisi”, Ankara 2006.
- ÖZEN, Muharrem: Genel Tehlike Yaratan Suçlar, Ankara 2010.
- ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku’nda Meşru Müdafaa, Ankara 1995.
- ÖZGENÇ, İzzet: Suçun Yapısında Kusur, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul 1997.
- ÖZGENÇ, İzzet, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul 1996.
- ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008
- ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013,
- ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006.
- ÖZTÜRK, Bahri: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2008.
- ÖZTÜRK, Bahri-ERDEM, Mustafa Ruhan-ÖZBEK, Veli Özer: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Ankara 1998.
- PADOVANI, Tullio: Diritto Penale, Milano 2008.
- PALAZZO, Francesco: Corso Di Diritto Penale Parte Generale, Torino 2011.
- PALAZZO, Francesco: Corso Di Diritto Penale, Parte Generale, Torino 2006.
- PALAZZO, Francesco: Introduzione Ai Principi Del Diritto Penale, Torino 1999.
- PETROCELLI, Biagio: La Colpevolezza, Padova 1951.
- PULITANO, Domenico: Diritto Penale, Torino 2005.
- POE, EDGAR ELAN: Nantucketli Arthur Gordon Pym’in Öyküsü:
http://dipnotkitap.net/ROMAN/Gordon_Pym.htm, Erişim Tarihi, 24.04.2015.
- RAMACCI, Fabrizio: Corso Di Diritto Penale, Torino 2005.

PODGOR, Ellen - HENNING, Peter J.- ANDREW E. Taslitz- ALFREDO, Garcia:
Criminal Law Concept and Practice, Durham, Nort Carolina USA 2005.

RAMACCI, Fabrizio: Corso Di Diritto Penale, Torino 2007.

ROACH, Kent, Essential Of Criminal Law (Essentials Of Canadian Law), Toronto
2009 CANADA.

RONCO, Mauro: Il Reato (Cause Di Esclusuione e Di Estinzione Del Reato e Della
Pena Forme Di Manifestazione e Concorso Di Reati), Torino 2007.

ROCCO, Arturo: L'Oggetto Del Reato e Della Tutela Giuridica Penale, Opera
Giuridiche I, Roma 1932.

ROSENAU, Henning: "Aktif Ötenazi" Başlıklı Tebliğ, V. Türk Alman Tıp Hukuku
Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları 28 Şubat-1 Mart
2008, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2008.

ROXIN, Claus: Antigiuridicità' e Cause Di Giustificazione, Problemi Di Teoria
Dell'Illecito Penale, Napoli 1996.

SABATINI, Guglielmo: Çev. Alabay Rifat, "Çocuk Düşürmede Zaruret Hali ve
Kast", Adliye Ceridesi, Yıl 30, Ankara, Tarihsiz.

SANTORO, Arturo: Il Caso Fortuito Nel Diritto Penale, Torino 1956.
[Http://It.Wikipedia.Org/Wiki/Forza_Maggiore](http://it.wikipedia.org/wiki/Forza_Maggiore), Erişim Tarihi, 01.03.2013:

SAVAŞ, Vural-MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık: TCK'nın Yorumu I-IV, Ankara
1999.

SMITH, Sir John: Criminal Law, London, Edinburg, Dublin 1996.

SMITH, John C.: Justification And Excuse In The Criminal Law, London 1989, S.
27:

SOYASLAN, Doğan: “Organ Nakilleri”, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler, İstanbul 2007.

SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005.

SOYASLAN, Doğan: “Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapan Kişilere Müdahale Sorunu”, Yargıtay Dergisi, Ocak 1975, Yıl : 16, Sayı: 61-62, S. 273.

SOYASLAN, Doğan: “Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları”, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat- 1 Mart 2008 Ankara.

STRATENWERTH, Aktaran ZAFER, Hamide: “Türk Ceza Hukukunda Kusur Kavramı- Normatif Teorinin Öne Çıkışı- Ceza Hukuku İle Ceza Muhakemesi Hukukunun Ayrılmazlığı”, [Http://Hamidezafer.Com/Turk-Ceza-Hukukunda-Kusur-Kavrami](http://Hamidezafer.Com/Turk-Ceza-Hukukunda-Kusur-Kavrami), Erişim Tarihi 16.01.2013.

ŞAHİN, Mehmet: “Meşru Müdafaada Sınırın Aşılması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 2008 Sayı: 76.

ŞEN, Ersan: “Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları”, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat- 1 Mart 2008 Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2008.

ŞEN, Ersan: Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt 1 Ankara 2006.

TANER, Fahri Gökçen: “Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:5, Sayı:12, Nisan 2010.

TANER, M. Tahir: Ceza Hukuku Umumi Kısım, İstanbul 1953.

TANERİ, Gökhan: Tehdit ve Hakaret, Ankara 2014.

TANIŞ, Asım: Küçük İtalyanca Sözlük, İstanbul 2001.

TANIŞ, Asım: Büyük İtalyanca Türkçe Öğretici Sözlük, İstanbul 2004.

TAŞKIN, Ozan Ercan: “Kötü Muameleye Maruz Kalmış Kadın Reaksiyonu: Meşru Savunma Mı, Mazeret Nedeni Mi?”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 8, Sayı: 21, Nisan 2013, S. 105-108.

TBMM 22. Dönem S. Sayısı 664, Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/ 593), 434.

TEZCAN, Durmuş- ERDEM, Mustafa Ruhan: “Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu , Türkiye Barolar Birliği, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Ankara 2004.

TOPAÇ, Hami Tahir: Türk Hukukunda Taksir, Ankara 2013.

TOPAKKAYA, Arslan: “Hegel’in Hukuk Felsefesinin Ana İlkeleri Adlı Eserinde Devlet’in Kurumsal Yapısının Ana Hatlarıyla Analizi”, S.198, [Http://Hukuk.Erzincan.Edu.Tr/Dergi/Makale/2006_X_2_8.Pdf](http://Hukuk.Erzincan.Edu.Tr/Dergi/Makale/2006_X_2_8.Pdf), Erişim Tarihi, 02.01.2013.

TOROSLU, Haluk: “Temel Cezanın Belirlenmesinde Saik ve Amaç” , Uğur Alacakaptan’a Armağan, İstanbul 2008.

TOROSLU, Nevzat: Ceza Hukukunda Zaruret Hali, Ankara 1968.

TOROSLU, Nevzat: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008.

TOROSLU, Nevzat: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009.

TOROSLU, Nevzat: Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970.

TOROSLU, Nevzat-ERSOY, Yüksel: “Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı”, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği İkinci Kitap, Ankara 2004.

TUTANAKLARLA TÜRK CEZA KANUNU: Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara 2005.

TÜRK CEZA HUKUKU MEVZUATI: Cilt I, Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Ankara 2013.

Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük:
[Http://Www.Tdk.Gov.Tr/İndex.Php?Option=Com_Gts&Arama=Gts&Guid=Tdk.Gts.51769151997a99.24050216](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=Tdk.Gts.51769151997a99.24050216), Erişim Tarihi, 23.04.2013.

Türkçe Sözlük: Dil Derneği, Ankara 2005.

UZUN, Ertuğrul: Kriminoloji Tarihinde Klasik ve Pozitivist Okullar, Chd., Yıl: 4, Sayı: 9, Nisan 2009, S. 117.

ÜNVER, Yener-İÇEL, Kayıhan : Suç Politikası, Ankara 2006.

ÜNVER, Yener: “YTCK’da Kusurluluk” İzmir Birinci Ceza Hukuku Günleri, Birinci Yılı Dolarken Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu Konulu Sempozyum , Ceza Hukuku Dergisi Yıl 2006, Sayı: 1-2.

ÜNVER, Yener: Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003.

ÜNVER, Yener-HAKERİ, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt II., Ankara 2013, s. 249.

VENAFRO, Emma: Scusanti, Torino 2002.

VENEZIANI, Paolo -CADOPPI, Alberto: Manuale Di Diritto Penale, Parte Generale e Parte Speciale, Padova 2010.

VIGANO, Francesco: Stato Di Necessita e Conflitti Di Doveri, Milano 2000.

VINCIGUERRA, Sergio: Diritto Penale Inglese Comparato I Principi, Padova 2002.

VIOLA, Francesco: “I Diritti Umani Alla Prova Del Diritto Naturale”,
http://www1.unipa.it/viola/Diritti_umani_diritto_naturale.pdf, Erişim

Tarihi: 02. 05. 2015.

WILLIAMS, Glanville: Criminal Law, The General Part, England 1998.

www.Tdk.Gov.Tr, Erişim Tarihi, 05.11.2012.

YALVAÇ, Gürsel: Karşılaştırılmalı- Gerekçeli TCK, CMK, CGTİK, Ankara 2008.

YCGK. 26.02.2008-1-281/37,Www.Kazanci.Com.Tr. , Erişim Tarihi, 10.04.2011.

YENİSEY, Feridun: Ceza Hukukuna Giriş, “Jescheck, Hans- Heinrich, Alman Ceza Hukuku”, İstanbul 2007.

YENİSEY, Feridun–PLAGEMANN, Gottfried: Alman Ceza Kanunu Straşgesetzbuch (StGB) , İstanbul 2009.

YERDELEN, Erdal: “Klonlamanın Ceza Hukukundaki Yeri”, AÜHFD., Cilt: 63, Sayı: 3 Yıl: 2014.

YERDELEN, Erdal: Cezanın Belirlenmesi Türk ve Alman Uygulaması, Ankara 2013.

YERDELEN, Erdal: Ceza Muhakemesinde Hükümün Gerekçesi, Ankara 2015.

YKD. Sayı: 22, 2 Şubat 1996, s. 277 vd: YCGK, 10.10.1995-1-213/271.

YÜCE, Turhan Tufan: Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Ankara 1985.

ZAFER, Hamide: “Türk Ceza Hukukunda Kusur Kavramı- Normatif Teorinin Öne Çıkışı- Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukukunun Ayrılmazlığı”,
<Http://Hamidezafar.Com/Turk-Ceza-Hukukunda-Kusur-Kavramı>, Erişim
Tarihi, 16.01.2013.

ZAFER, Hamide: “Türk Ceza Hukukunda Kusur Kavramı- Normatif Teorinin Öne Çıkışı- Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukukunun Ayrılmazlığı”,
Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul 2009/2.

ZAFER, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, İstanbul 2010.

ZAFER, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK 1-175, İstanbul 2010.

