

# JAPON CEZA HUKUKUNDA HUKUKA UYGUNLUK NEDENİ OLARAK ZORDA KALIŞ DURUMU –Alman Ceza Hukuku Öğretisi Nazarında Değerlendirme–

Hisashi HASHIDA\*

Çeviren: Doç.Dr.Yener ÜNVER\*\*

## I. Giriş

Bu çalışma, Alman hukuku ile karşılaştırmalı olarak, hukuka uygunluk nedeni zorda kalış durumu alanındaki Japon kanuni düzenlemelerinin ve öğretisinin karakteristik özelliklerini göstermeye çalışmaktadır. Bu nedenle, sorunlar alanının incelenmesinde materyali sınırlamak ve yalnızca birkaç önemli noktaya değinmek zorundayım.

## II. Çeşitli Zorda Kalış Durumları

Zorda kalış durumu, aşağıda belirtilen hükümlerle Japon Ceza Kanunu ve Medeni Kanunu'nda düzenlenmiştir.

### Japon Ceza Kanunu prg.37 (Zorda Kalış Durumu)

(1)<sup>1</sup> Bir kimsenin kendisinin veya başka bir kimsenin yaşamı, sağlığı, özgürlüğü veya malvarlığına ilişkin halihazırdaki bir tehlikeyi ortadan kaldırmak için yapılması kaçınılmaz olan bir hareketi, ancak bu hareketten kaynaklanan zararın önlenen zararın oranını aşmaması durumunda<sup>2</sup>, cezalandırılmaz. Fail zorda kalış durumunun sınırlarını aşarsa, olayın koşullarına göre cezası indirilebilir veya ceza verilmeyebilir.

\*) Japonya, Kyoto-Sangyo Üniversitesi Ceza Hukuku Öğretim Üyesi.

\*\*\*) İ.U. Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1) Hatta genel bakış açısına göre, değerler alanının, bütün bireysel hukuksal değerleri içerisine alacak şekilde genişletilmesi gerekmektedir.

2) Bu konuda ayrıca bakınız aşağıda: III4a).

(2) Fail özel mesleki bir yükümlülük altında bulundukça, birinci fıkra uygulanmaz.

### **Japon Medeni Kanunu prg. 720 (Haklı Savunma, Zorda Kalış Durumu)**

(1)<sup>3</sup> Her kim, kendisini veya başka bir kimseyi izin verilmeyen bir hareketten korumak için zarar verici bir hareket yaparsa, zararı tazmin etmekle yükümlü değildir<sup>4</sup>. Zarar gören, uğradığı zararın tazminini izin verilmeyen hareketi gerçekleştiren kimse-den talep edebilir.

(2) Başkasına ait bir eşyadan kaynaklanan tehlikeyi ortadan kaldırmak için o eşyaya zarar verildiğinde de, aynı şey geçerlidir.

Ceza Kanunu yalnızca, hukuksal niteliği hem kavram hem de kendisine bağlanan hukuksal sonuçları açık olmayan bir zorda kalış hali düzenlemesini içermektedir. Unsurlara bir göz attığımızda, zorda kalışa elverişli değerlerin sınırlandırılmış olduğunu<sup>5</sup>, zararın ağır basması aranmadığı gibi, kanuni düzenlemeden ölçülülük kuralının da elde edilemediğini<sup>6</sup>; yalnızca zorda kalış halinin sınırlarının aşılması hakkında bir düzenlemenin mevcut olduğunu görmekteyiz. Kanun'un 37. paragrafındaki terimler, Alman Ceza Kanunu'nun 34. ve 35. paragraflarıyla karşılaştırılarak nitelendirilmelidir.

Zorda kalış durumu ve haklı savunma kavramlarının Ceza Kanunu ve Medeni Kanun'da farklı olmalarından<sup>7</sup> başka, ceza hukuku ve özel hukuka ilişkin zorda kalış hükümleri, tehlikenin neden kaynaklandığı ve kime yönelik olduğu açılarından da birbirlerinden ayrılmaktadırlar. Ceza Kanunu'nun 37. paragrafı *her türdeki* tehlike kaynağını içerdiği halde, Medeni Kanun'un 720. paragrafının 1. fıkrası bunu bir "*izin verilmeyen*" (yani zarar

3) Bkz. dipnot: 1.

4) Bu konuda ayrıca bakınız aşağıda: III4a).

5) Bkz. dipnot: 1.

6) Bu konuda ayrıca bakınız aşağıda: III4a).

7) Ceza hukuku açısından bakıldığında, Japon MK.nun 720. maddesinin 1. fıkrası (karşı saldırı halinde) haklı savunma ve (saldırı halinde) zorda kalış halini; 2. fıkrası ise, bir eşya aracılığıyla yaratılmış tehlikenin hukuka aykırı olarak kabul edilip edilemeyeceğine göre, haklı savunma veya zorda kalış durumunu düzenlemektedir.

veren) hareketle sınırlamakta ve 720. paragrafının 2. fıkrası ise bir eşya ile sınırlandırmaktadır. Zorda kalış hareketinin neye ilişkin olduğu bağlamında, prg. 37 ve prg. 720/1 bir sınırlama içermezken, buna karşılık prg. 720/2'de yalnızca *savunma-zorda kalışı* sözkonusudur.

Burada ilave olarak şu da belirtilmelidir ki, Medeni Kanun'un 720. paragrafı uyarınca zorda kalış durumu faili zararın tazmini ile yükümlü olmadığı halde, Alman Medeni Kanunu'nun 904. paragrafının 2. cümlesi bir zararın tazmini yükümlülüğünü öngörmektedir.

### III. Japon Ceza Kanunu prg. 37'ye Göre Ceza Hukukuna İlişkin Zorda Kalış Durumu

#### 1. Hukuksal Niteliği

##### a) Genel Olarak

Yukarıda da gösterildiği üzere, ceza hukukuna özgü zorda kalış durumunun hukuksal niteliği çok açık değildir; zorda kalış hareketinin hukuka uygun olup olmadığı ve hangi koşullar altında hukuka uygun olduğu doktrinde tartışmalıdır.

##### b) Mazeret Teorisi

Çoğunlukla eskiden savunulmuş olan bu öğretiye taraftar olanların bir kısmı, bir zorda kalış hareketinin hiçbir şekilde hukuka uygun olamayacağı düşüncesindedir. Bu görüş, herkesin ilke olarak kendi zararına katlanması gerektiği ve onu olaya karışmamış üçüncü bir şahsa yüklemeye hakkının bulunmadığı düşüncesine dayanmaktadır. Fail motivasyon (saik) özgürlüğünün eksikliği dolayısıyla yalnızca mazur görülür<sup>8</sup>.

Alman dogmatikinden etkilenen bu görüştekilerin bir kısmına göre, zorda kalış hareketinin kanunüstü (=kanunda yazılı olmayan) niteliği önemli ölçüde ağır basmaktadır<sup>9</sup>.

Bununla birlikte, Mazeret Teorisi kabul edilemez. Çünkü bu teori, haksızlığın sözkonusu olmasını "zarar" dengelenmesini

8) Takigawa, Hanzairon Jyosetsu (Suç Teorisine Giriş), 1947, C: 2, sh: 144.

9) Morishita, Kinkyuhinan no Kenkyu (Zorda Kalışa İlişkin Çalışma), 1960, sh: 228 vd.

gerektirdiği kuralından açığa çıkan hükmün lafzını dikkate almamaktadır. Ayrıca, kanun genel olarak, olaydaki mazeret aracılığıyla cezasızlığı kabul edilen kimsenin *sempati duyulan* şeklinde ifade edilen *kimse* olmadığı biçiminde gerekçelendirilemeyecek bir zorda kalışa yönelik genel acil yardıma hitap etmektedir. Bu bilgiler bizi Hukuka Uygunluk Teorisine götürmektedir.

### c) Hukuka Uygunluk Teorisi

Doktrinde baskın olan görüşe göre, 37. paragrafın 1. fıkrasının 1. cümlesi kesin olarak bir hukuka uygunluk nedenidir<sup>10</sup>. Bu görüşe göre, hukuk düzeni az değerli hakkı daha değerli hak lehine ortadan kaldırmaktadır; ayrıca tehlikenin olaya karışmamış üçüncü şahsa yöneltildiği dahi dikkate alınmaksızın, bu hususun çoğunlukla çok daha yararlı olduğu aşikardır. Hatta kendisine saldırılan ve korunan hukuksal değerlerin eşit değerde (=önemde) olsalar dahi, bununla toplum açısından çok yüksek zararlar ortaya çıkmadığı için, bu teori yine üçüncü şahsı dikkate almaya hazır bir teoridir.

Bu teoriye karşı herşeyden önce, karşı karşıya kalan hukuksal değerlerin eşit değerde oldukları bir zorda kalış hareketinin hukuka uygunluğunu gerekçelendiremediği itirazı yöneltilmektedir. Bu eleştiri, Ayırma Teorisinin düşünsel hareket noktasını oluşturmaktadır.

### d) Ayırma Teorisi

#### aa) Genel Olarak Ayırma Teorisi

Bu teoriye göre, prg. 37'deki anlamıyla zorda kalış durumunda hem hukuka uygunluk nedeni hem de mazeret nedeni sözkonusudur. Basit bir değer fazlalığının bulunması halinde dahi, bu teori, bir hukuka uygunluk nedeninden sözedilmesi gerektiğini savunmaktadır; bu yaklaşıma *ağır basan yararlar ilkesi* dayanak teşkil etmektedir<sup>11</sup>.

10) **Hirano**, Keiho Soron II (Ceza Hukuku - Genel Hükümler), C: II, 1975, sh: 229 vd.; **Maeda**, Keiho Soron Kogi (Ceza Hukuku Dersleri - Genel Hükümler), 3. Bası, 1998, sh: 255 vd.; **Yamaguchi**, Mondai Tankyu Keiho Soron (Ceza Hukukunun Temel Sorunları - Genel Hükümler), 1998, sh: 92 vd.; **Oya**, Keiho Kogi Soron (Ceza Hukuku Dersleri - Genel Hükümler), 5. Bası, 2000, sh: 316.

11) **Saeki**, Keiho Kogi Soron (Ceza Hukuku Dersleri - Genel Hükümler), 4. Bası,

Bu teoriye karşı iki eleştiri yöneltilmektedir: *Birincisi*, aynı hükmün (CK.prg.37) hem hukuka uygunluk hem de mazeret ile ilişkilendirilmesini kabul etmek güçtür. Bu teorinin kabul edilmesi halinde, hükmün her unsuru, haksızlığı mı yoksa kusuru mu ortadan kaldırdığı hususunda, duruma göre farklı biçimde yorumlanacaktır ki, bunun kabulü ve uygulanması olanaksızdır. *İkincisi*, mazeret nedeninin varlığından sözedildiği sürece, ayırma teorisinin, kimin kurtarıldığı dikkate alınmaksızın zorda kalış yardımını cezalandırılmaz kıldığı yaklaşımıyla çelişkiye düşülecektir.

### *bb) Versiyonlar*

Ayırma Teorisinin hukuka uygunluk ölçütü, karşı karşıya kalan değerler arasında bir ayırım yapmak dışında, başka bir bakış açılara dayanan versiyonları bulunmaktadır.

İlk versiyon, Medeni Kanun'un 720. paragrafı ile bağdaşabilirliğe dayanmaktadır. Bu hüküm uyarınca zararın tazmini hakkında hiçbir itiraz oluşturmayan bir zorda kalış hareketi, keza izin verilmeyen bir hareketten kaynaklanan tehlikenin bertaraf edilmesi hukuka uygundur; buna karşılık bir "yalın cezai haksızlığın ortadan kalkması"nın sözkonusu olduğu<sup>12</sup> zorda kalış hareketi ise hukuka aykırıdır.

Bu versiyon, tehlikenin neden kaynaklandığı hususunun ceza hukuku açısından belirleyici olmadığı hususunu yanlış değerlendirmektedir. Örneğin bu öğreti, saldırıda bulunan bir köpektен yaşamını korumak için üçüncü bir şahsın evine giren kimseye karşı haklı savunmayı kabul etmektedir. Çünkü öğretiye göre, bu zorda kalış hareketi ceza hukukuna aykırı olmamakla birlikte, hukuka aykırıdır; buna karşılık, saldıran, köpeğin yerine bir insan olsaydı durum yukarıdakinin tam tersi olurdu. Bu sonuç inandırıcı değildir.

İkinci versiyona<sup>13</sup> göre ölçüt, tehlikenin muhatabın hukuksal alanından kaynaklanıp kaynaklanmadığıdır. Pozitif örnekte, yani *savunma-zorda kalış halinde zorda kalış hareketi karşı*

1981, sh: 206 vd.; **Naito**, Keiho Kogi Soron (Ceza Hukuku Dersleri - Genel Hükümler), C: 2, 1986, sh: 419 vd.

12) **Sone**, Keiho Soron (Ceza Hukuku - Genel Hükümler), 3. Bası, 2000; sh: 126.

13) **Oda**, Kinkyuhinan to Kojin no Jiritsu (Zorda Kalış ve Kişisel Otonomi), Keiho Zassi, C: 34, Nr: 3 (1995) sh: 337 vd.

karşıya bulunan hukuksal değerlerin eşit değerde olmaları durumunda hukuka uygundur; negatif örnekte, yani *saldırı-zorda kalış halinde* ise, değerler ağır basması gerekmektedir. Eğer hukuka uygunluk ortadan kalkarsa, bu takdirde mantığını haksızlığın azalması ve motivasyonun daralmasında bulan 37. paragrafın 1. fıkrasının 2. cümlesindeki anlamında zorda kalış durumunun sınırlarının aşıldığı kabul edilmelidir. Bu ayırım mantıken, tehlikenin olaya karışmamış bir kimseye yönelik olup olmadığının çok önemli bir fark olmasını sonuçlamaktadır; tehlikenin bu kimseye yönelik olmamasının asgari bir koşulu oluşturması anlamlıdır.

Bununla birlikte, bu tür bir ayırımın kanunun metninden çıkarılıp çıkarılamayacağı sorusu sorulmaktadır. Hukuksal değerlerin karşılaştırılması formülü nazarında yapılacak bir değerlendirme, tehlikenin ilgili kimseden kaynaklanmasına ilişkin bir olanak olurdu.

#### e) Değerlendirme

Paragraf 37'nin lafzından hareket ettiğimiz sürece, Hukuka Uygunluk Teorisi ilke olarak doğrudur: Çatışan değerlerin eşit değerde (=önemde) olmaları halinde hukuka uygunluğun varlığını kabul etmek zorunludur. Bununla birlikte, şüphesiz Alman CK.nun 34. paragrafının değerler "önemli ölçüde bir ağır basma" koşulunu araması karşısında, bu görüş uyarınca zorda kalış yetkisinin çok genişlediği hususunda şüpheler doğmaktadır. Gerçi "önemli ölçüde" terimi bu hususta genellikle kullanıldığı üzere, bir nitelikli, tedrici olarak artırılan *ağır basmak* hususu aranmaksızın<sup>14</sup> *ağır basmanın* net ve açık olduğu biçimde anlaşılmalıdır. Bununla birlikte, hukuka uygunluktan sözedilmesi için bir eşit değerde bulunmak durumunun yeterli olup olmadığı, muazzam bir ayırımdır. Bu ayırımın açıklanması için, Japonya'daki hukuka uygun zorda kalış durumunun Almanya'dan farklı olarak bir saldırı hakkını bahsetmediğine, keza aşağıda da açıklanacağı üzere<sup>15</sup>, muhatabın katlanması yükümlülüğünü doğurmadığına işaret edilmelidir; Japon zorda kalış yetkisi, zorda kalış yetkisinin "geniş" düzenlendiği anlamda "daha az"dır.

14) **Roxin**, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd.1, 3. Aufl., 1997, 16/78; **Lenckner/Perron**, in: Schönke/ Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl., 2001, § 34, Rn: 45.

15) Bakınız aşağıda: 2.

## 2. Bir Haklı Savunma Hareketi İle Karşılaştırıldığında Bir Zorda Kalış Hareketinin Hukuka Uygunluğunun Anlamı

Zorda kalış halinde, tıpkı haklı savunmada olduğu gibi, bir hukuka uygunluk nedeni sözkonusu olmasına karşın, hukuksal sonucu aynı değildir.

Ölüme veya ağır müessir fiile neden olunursa, Suç Mağduru ve Diğer Kimselere Yönelik Ödeme Yapılmasına İlişkin Kanun'un 2. paragrafının 1. fıkrası uyarınca devlet tarafından ödeme yapmakla yükümlü tutulan kimse, zorda kalış mağduru olarak tehlike içine sokulan kimseye ödemedede bulunur. Ancak burada kendisini savunan kimse tarafından yaşam veya vücut bütünlüğüne tecavüzde bulunulan kimse bir ödemedede bulunmaz. Zorda kalış hareketi burada bir suç ile özdeşleştirilmiştir.

Diğer taraftan, haklı savunma ile zorda kalış başka bir açıdan da birbirinden farklılık arz etmektedir: Eğer savuşturulan tehlike bir izin verilmeyen hareketten kaynaklanmıyorsa, bu durumda zorda kalış faili mağdurun zararını tazmin etmekle yükümlü tutulabilir. Çünkü Medeni Kanun'un 720. paragrafı bu zorda kalış hareketini kapsamamaktadır. Daha önce de belirtildiği üzere, Ayırma Teorisinin ilk versiyonu, bu olayda zorda kalış hareketini hukuk düzeninin bütünlüğü için hukuka aykırı olarak kabul etmektedir<sup>16</sup>. Bu tür zorda kalış hareketini hukuka uygun sayan baskın görüş, kusursuz sorumluluktan<sup>17</sup> söz etmektedir.

Nihayet, muhatap kimse hukuka uygun zorda kalış hareketine katlanmak zorunda değildir; o kendi açısından prg. 37'ye dayanabilir. Haklı savunmaya karşı hukuka uygun zorda kalış durumu olanaklı olmamasına karşılık<sup>18</sup>, hukuka uygun zorda kalış durumuna karşı hukuka uygun zorda kalış durumu olanaklıdır. Böylece, vücut bütünlüğü zorda kalış failinin yaşamının korunması için saldırıya uğrayan kimse, tehlikeyi, zorda kalış durumu failinin veya üçüncü bir şahsın eşyasını zorda kalış hareketine karşı bir kalkan olarak kullanmak suretiyle savuşturabilir ve bu

16) Sone (Bkz. dipnot: 12).

17) Saeki, Keiho ni okeru Ihosei no Riron (Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık Öğretisi), 1974, sh: 440 vd.

18) Otsuka, Keiho Gaisetsu Soron (Ceza Hukukunun Esasları - Genel Hükümler), 3. Bası, 1997, sh: 385.; Yamaguchi (bkz. dipnot: 10), sh: 94; Oya (bkz. dipnot: 12), sh: 317.

eşyaya (bu suretle) zarar verebilir. Hatta eşit değerdeki hukuksal değerlerin çatışması olayında ilave olarak, iki hukuka uygun zorda kalış hareketi birbiriyle çatışmaktadır ki, bu haklı savunmada olanaklı olmayacak bir şeydir. Bu anlayış bizi, bir deniz kazasında dar bir tahta parçasının üzerinde bulunan ve bizzat kendisini kurtarmak<sup>19</sup> için birbirini suya düşürmek isteyen (X) ve (Y) isimli şahıslar örneğinde, güçlünün haklı olduğu sonucuna ulaştırır. Baskın olan görüş, 37. paragrafın saldırının hukuka aykırılığını aramadığına ilişkin lafzına işaret etmektedir. Hatta bu, hukuka uygunluk nedenlerinin fonksiyonunun bir saldırı hakkını korumakta yatmadığı, bu fonksiyonun yalnızca tipik bir davranışın kendisinin haksızlık karakterini yitirmesinde<sup>20</sup> yattığı biçiminde gerekçelendirilmektedir.

Böylece zorda kalış durumunun hukuka uygunluk gücü haklı savunmanın hukuka uygunluk gücünden açıkça daha az olarak kabul edilmektedir.

### 3. Zorda Kalış Durumu

#### a) Güncel Tehlike

Tehlike bir hukuksal değer ihlalinin öncesi veya yakınında bulunan bir durumdur. Alman baskın öğretisinin<sup>21</sup> savunduğu görüşün tam tersine, tehlikenin ölçüsü olarak bir objektif *ex-post hükiimden* sözedilebilir; hukuksal değerler gerçekten tehlike içinde olmak zorundadırlar. Zorda kalış hareketinin yapıldığı anda değerlendirilen koşullar durumu zararsız olarak gösterirse, bir tehlikenin bulunmadığından sözedilir. Durumun tasavvurunda yanılan fail, cezasızlığı yalnızca yanılma kuralları üzerinden elde edebilir. Bu açıdan doktrinde görüş birliği sözkonusudur. Baskın olan görüş, zorda kalış durumunda saldıran değil, olaya hiç karışmayan bir kimsenin zarar gördüğünden hareket etmektedir. Bu anlayıştan, zorda kalış durumunun koşullarının, bir haklı savunmanın gerçekten mevcut olabilmesi için bulunması zorunlu olan koşullardan daha hafif (az) olamayacağı ortaya

19) Hukuka uygunluk, yaşamın korunmaya değer olması gerekliliğini şart koşmaktadır. Bakınız aşağıda: 4b).

20) **Yamaguchi** (bkz. dipnot: 10), sh: 94.

21) **Roxin** (bakınız dipnot: 14), 16/12 vd.; **Jakobs**, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, 13/13 vd.; **Hirsch**, in: LK, II. Aufl., 1993, § 34, Rn: 27vd.



çıkmaktadır. Bir zorda kalış hareketinin hukuka uygun olabilmesi için, tehlikenin *başka türlü bertaraf edilmezliği* ve yararların dengelenmesi koşularının ayrıca aranması, zorda kalış durumuyla ilişkili olarak bir *ex-ante* bakış açısından hareket etmek için yeterli değildir.

Keza aynı nedenlerden dolayı, tehlikenin güncelliğini gerekçelendirmek bakımından, devam eden tehlike yeterli değildir.

#### b) *Başka Türü Kaçınmamamak*

“*Kaçınılmazlık*” unsuru, haklı savunmada içerik olarak “*gereklilik*”e tekabül eden “*başka türlü bertaraf edilemezlik*” olarak anlaşılmalıdır. Hatta “*kaçınılamaz*” terimi bununla aynı şeydir (prg.36/1). Ayrıca bu koşulla, kaçma ve yardım çağrısı da tehlikenin bertaraf edilmesi olanaklarıdır.

Unsurun yokluğunun “tam cezalandırılabilirlik”i gerekçelendirip gerekçelendirmediği veya zorda kalış durumunun sınırlarının aşılmasının 37. paragrafın 1. fıkrasının 2. cümlesi anlamında ceza indirimine veya cezasızlığa neden olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Sorun sistematik açıdan, *başka türlü bertaraf edilmezliğin* zorda kalış durumuna ait olup olmadığı veya onun öncelikle zorda kalış hareketine ilişkin olup olmadığıyla bağlantılıdır.

Baskın olan görüşe göre, burada sınırın aşılması sözkonusudur ve hatta bu iki nedenden dolayı böyledir: *Öncelikle* savunma hareketinde gereklilik koşulu bulunmayan haklı savunma failinin haklı savunmanın sınırlarının aşılmasına (prg.36, fıkra: 2) dayanması halinde cezasının indirileceği veya hiç ceza verilmeyeceğinin tartışmasız bir şey olduğu ortaya çıkmaktadır. Prg. 36 ve prg. 37’deki terimlerin aynısını kullanan kanuni tanımla, bu içerik şart koşulmaktadır<sup>22</sup>. Bu husus, *ikinci olarak* ise, başka türlü bertaraf edilmezlik koşulunun yokluğu halinde dahi savunulan değerlerin korunması<sup>23</sup> aracılığıyla neticenin haksızlığının hafifletildiği biçiminde gerekçelendirilmektedir.

Eğer bütün hukuka uygunluk nedenlerinin çatışan yararları

22) **Matsumiya**, Keiho Soron Kogi (Ceza Hukuku Dersleri - Genel Hükümler), 2. Bası, 1999, sh: 146.

23) **Yamaguchi**, Keiho Soron (Ceza Hukuku - Genel Hükümler), 2001, sh: 138.

toplumsal olarak doğru dengelemeyi amaçladıkları düşüncesinden<sup>24</sup> hareket edilirse, bu husus ancak, eğer tehdit edilen değer başka bir değer fedası edilmesinden farklı biçimde korunamayacaksa doğru olur. Bu nedenle, başka türlü bertaraf edilmezlik koşulunun mevcut olmaması 37. paragrafın 1. fıkrasının 2. cümlesinin uygulanmasını olanaksız kılmaktadır. Mevcut tek kurtarma aracından kaynaklanan zarar orantısızca büyük ise, o zaman mutad olduğu üzere 2. cümle uygulanır.

#### 4. Haklı Savunma Hareketi

##### a) Yararların Karşılaştırılması ve Ölçülülük

Doktrinde tamamiyle egemen olan görüşe göre, prg. 37'ye ilişkin zararın ölçülmesinde hukuksal değerlerin değil, hukuksal değerlerin derecesi yanında başka diğer bazı bakış açılarının söz konusu olduğu yararların dikkate alınmaları gerekmektedir. Diğer taraftan, ölçülülük koşulunun yokluğuna rağmen, birkaç yazarın göre "*kaçınılamaz*" terimi, fiilin tehlikeyi bertaraf edecek<sup>25</sup> orantılı bir aracın kullanılması gerekliliği anlamına gelmektedir. Ayrıca yararların karşılaştırılmasında, ölçülülüğün unsur olarak gerekli kabul edildiği bakış açısı nadirdir. Bu nedenle, prg. 37'nin ölçülülük unsurunu içerip içermediği yalın bir sınıflandırma sorunudur.

Gittikçe taraftar toplayan başka bir görüş, inceleme konusu faktörle ilişkili olarak, haksızlığın, hareketin olumsuz değerliliği ile bağlantılı olan faktörleri ortadan kaldıran neticenin haksızlığı içinde tükendiği düşüncesinden hareket etmektedir. Böylece bu görüş, *tehdite dayalı zorda kalış durumunda failin haksızlık cephesine adım attığını dikkate almamakta*, bu nedenle de hukuka uygunluk olanağını kabul etmektedir<sup>26</sup>. Çok pahalı elbiseler giyen bir bayanın bir sağanak yağmurda elbisesini korumak için basit giyimli bir kız çocuğunun şemsiyesini zorla aldığı örnekte dahi, bazı yazarlar hukuka uygun olduğunu reddetmemektedir-

24) **Roxin** (bkz. dipnot: 14), 14/40.

25) **Saeki** (bkz. dipnot: 11), sh: 207 vd.; **Oya** (bkz. dipnot: 10), sh: 321.

26) **Yamaguchi** (bkz. dipnot: 10), sh: 109 vd. Bu hususta ayrıca bkz. **Oya** (bkz. dipnot: 10), sh: 319. Karş.: **Hashida**, Kyosei ni yoru Koi no Hoteki Seisitsu (Cebire Dayalı Zorda Kalış Durumunun Hukuka Aykırılığı), Hogakuronso C: 131, Nr: 1 (1992), sh: 90 vd., Nr: 4 (1992), sh: 91 vd. Ayrıca z. **Matsumiya** (bkz. dipnot: 22) sh: 145 vd.

ler<sup>27</sup>. Keza, zorla bir kimsenin vücudundan organ alınmasında insan onuru veya kişisel tercih dikkate alınarak hareketin hukuka aykırı olması gerektiği<sup>28</sup> hususunda giderek doktrinde görüş birliği oluşmaktadır.

b) “Yaşama Karşı Yaşam”daki Karşılaştırma

Doktrinde egemen olan öğretiyeye göre, yaşam gerçi en önemli hukuksal değer, *niteliksel* açıdan ölçülemezdir. Ancak, göreceli bir değerlendirme tarzında *niceliksel* bir ölçmenin olanaklı olduğu ortaya çıkmaktadır. Bu yaklaşımdan, çok daha fazla veya hatta aynı sayıda yaşamı kurtarmak<sup>29</sup> için, yaşama saldırıda bulunulabileceği sonucuna ulaşılmalıdır. Bir yük treninin tamamen dolu olan bir yolcu treninin üzerine gitmesi durumunda, yan rayda bulunan birkaç işçinin üzerinden geçmesine ve onların ölmesine yolaçsa dahi<sup>30</sup>, ray makaslarının değiştirilmesi zorda kalış durumu dolayısıyla hukuka uygundur.

Diğer yazarlar, yaşamın yalnızca araç olarak kullanılamayacağı, bilakis her zaman bizzat bir amaç olarak dikkate alınmasının zorunlu olduğu<sup>31</sup> düşüncesine dayanarak zorda kalış durumunda dahi öldürme yasağının geçerliliğini kabul etmemektedirler. Hatta, saldırı bir savunma olmadığı için, bizzat tehlike hukuksal alanından kaynaklanan (*savunma-zorda kalış hali*) kimsenin öldürülmesi olasılığında, adam öldürmenin istisnaen bir zorda kalış hukuka uygunluğunun kabul edilebilir olduğu görüşü dahi savunulmaktadır.

27) Yamaguchi (bkz. dipnot: 10), S.112 vd. Karş.: Saeki (bkz. dipnot: 11), sh: 208.; Oya (bkz. dipnot: 10), sh: 321.

28) Yamaguchi (bkz. dipnot: 10), sh: 95 vd.; Matsumiya (bkz. dipnot: 22), sh: 151.

29) Hirano (bkz. dipnot: 10), sh: 244.; Otsuka (bkz. dipnot: 18), S.387.; Maeda (bkz. dipnot: 10), sh: 256.; Oya (bkz. dipnot: 10), sh: 320.

30) Örnek Welzel, Zum Notstandsproblem, ZStW Bd: 63 (1951), sh: 47'den alınmıştır.

31) Yamaguchi (bkz. dipnot: 10), sh: 95.