

ZORUNLULUK HALİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

THE LEGAL NATURE OF THE RULE OF NECESSITY

Araştırma Makalesi
Burak BOZ*

ÖZ

Bu çalışma, Türk ceza hukukunda zorunluluk halinin hukuki niteliğini incelemekte ve zorunluluk halinin kusuru kaldıran bir mazeret veya bir hukuka uygunluk sebebi olarak oynadığı role odaklanmaktadır. Bu soruya verilecek cevap pek çok münferit sorunun da çözümü bakımından belirleyici olacaktır. Türk Ceza Kanunu zorunluluk halini yalnızca suç işlemekten sorumlu olanları mazur göstermenin bir yolu olarak ele almaktadır, ancak haksız fiil hukuku da zorunluluk kavramını hukuka uygunluk sebebi olarak düzenleyen hükümler içermektedir.

Belirtilmelidir ki Türk Ceza Kanunu'nda zorunluluk halinin yalnızca kusuru kaldıran bir sebep olarak düzenlenmesine rağmen, esasen zorunluluk halinin ikili bir hukuki niteliğe ve iki farklı kimliğe sahip olduğunu söylemek çelişkili değildir. Çünkü tüm hukuka uygunluk sebeplerinin ceza kanunda yazması gerekmez.

Türk mevzuatında suçu mazur gösteren zorunluluk kuralı ile bir suç tipine uyan eylemleri haklı gösteren zorunluluk kuralı arasında ayırım yapan özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle bu ikisi arasında net bir ayırım yapmak önemli bir zorluktur. Karşılaştırmalı hukuk düzenlemeleri bu sorunun ele alınmasına yardımcı olabilir, ancak yabancı bir devletin hukukunun, Türk yasal sınırları içinde teorik bir gerekçe oluşturmadan doğrudan Türk ceza hukukuna uygulanamayacağını kabul etmek gerekir. Örneğin Alman hukukunda, Alman Ceza Kanunu §34 ve §35, farklı menfaatlerin çatıştığı noktada söz konusu olan hakların ağırlığını kıyaslamaya dayanan bir ölçütü esas almaktadır. Zorunluluk hali bir çatışma durumundan ileri gelir. Bu çatışmada, esasen, menfaatler karşı karşıya gelmektedir. Ancak Alman hukuku örneğinde olduğu

DOI: 10.32957/hacettepehdf.1422884

Makalenin Geliş Tarihi: 20 Ocak 2024

Makalenin Kabul Tarihi: 2 Temmuz 2024

* Arş. Gör. Dr. Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

E-posta: burak.boz@asbu.edu.tr

ORCID: 0000-0002-8282-3523

Bu makale Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Araştırma ve Yayın Etiği kurallarına uygun olarak hazırlanmıştır.

gibi pek çok ülkede kıyaslama menfaatler arasında değil bu menfaatlerin ilgili oldukları hak arasında yapılması gerektiği kabul edilmektedir. Fakat Türk hukuku, böyle bir kriteri esas almak için açık bir temel sunmamaktadır. Sonuç olarak, kanaatimizce, Türk hukukunda zorunluluk halinin farklı nitelikleri arasındaki ayırım, eylemin muhatabının buna katlanma yükümlüğünün bulunmasına dayandırılmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Zorunluluk Hali, Kusuru Kaldıran Sebep, Hukuka Uygunluk Sebebi, Hakların Çatışması, Menfaatlerin Çatışması.

ABSTRACT

The study examines the legal nature of the rule of necessity in Turkish criminal law, focusing on its role as an excuse for absolving blame or a defence (justification for complying with the law). The answer of this question would be decisive for the resolution of many special problematic issues. The Turkish Penal Code only addresses the rule of necessity as a means to excuse those responsible for committing a crime, but tort law also includes provisions that govern the concept of necessity as a justification for adhering to the law. Despite the presence of only one instance of the necessity rule in the Turkish Penal Code, it is not contradictory to assert that the rule of necessity possesses a dual legal nature and two distinct characteristics. In compensation law, the principle of necessity is established as a justification for legality in certain situations.

It has to be mentioned that Turkish legislation does not have a specific provision that differentiates between the rule of necessity that excuses blame and the rule of necessity that justifies actions that match a crime type. Thus, establishing a clear distinction between the two is a significant challenge. Comparative law regulations can help to handle this issue, but it is essential to acknowledge that the law of a foreign state cannot be directly implemented in Turkish criminal law without establishing a theoretical rationale within Turkish legal boundaries. For example, in German law, provisions in §34 and §35 of the German Criminal Code are established considering the varying importance of the rights behind conflicted interests. The state of necessity arises from a state of conflict. In this conflict, essentially, interests are opposed. However, in many countries, such as in German law, it is accepted that the comparison should not be made between the interests, but between the right to which these interests are related. However, Turkish law does not offer a clear foundation for incorporating this criterion when differentiating between types of the necessity rule. As the result, we believe, the differentiation of the necessity rule in Turkish law hinges on whether the recipient of the action is required to bear it or not.

Key Words: The Rule of Necessity, Excuse, Defence, Conflict of Rights, Conflict of Interests.

EXTENDED SUMMARY

There are various viewpoints regarding the rule of necessity's legal context as either an excuse for absolving blame or a defence (justification for complying with the law), or perhaps even both, depending on the specific circumstances of each case. In Turkish criminal law doctrine, there is a prevailing perspective that aligns with the first view, while the German Criminal Code is based on the third one. The legal nature of

the state of necessity will be crucial in resolving a range of issues. For instance, issues like whether self-defence can be used in response to an act done out of necessity and whether there is a duty to take necessary actions in order to prevent being held responsible have to be tackled within the framework of the legal nature of necessity. The legal nature of the rule of necessity will be crucial in resolving a range of issues. For instance, issues like whether self-defence can be performed in response to an act handled out of necessity and whether there is a duty to take action in order to prevent being held responsible have to be tackled within the framework of the legal concept of the rule of necessity.

This study aims to analyse the legal nature of the rule of necessity within the framework of Turkish law. During the examination, it became apparent that the Turkish Penal Code only addressed the rule of necessity as a means to excuse those responsible for committing a crime. However, particularly in tort law, there are provisions that govern the concept of necessity as a justification for adhering to the law. Given that there is no quantity limit for such justifications, it is not essential for each of these reasons to be explicitly outlined in the Turkish Penal Code. Thus, despite the presence of just one instance of the necessity rule in the Turkish Penal Code, it is not contradictory to assert that the rule of necessity possesses a dual legal nature and two distinct characteristics. In addition, when considering the provisions related to compensation law outside of the Turkish Penal Code, it is clear that the principle of necessity is established as a justification for legality in certain situations. However, Turkish legislation does not have a specific provision that differentiates between the rule of necessity that excuses blame and the rule of necessity that justifies actions that match a crime type. Thus, it is obvious that establishing a clear distinction, specifically the criteria for distinction, presents a significant challenge.

Although it may be beneficial to examine regulations in comparative law to tackle this issue, it is crucial to acknowledge that the law of a foreign state cannot be directly implemented in Turkish criminal law without establishing a theoretical rationale within Turkish legal boundaries. As an illustration, in German law, the provisions in §34 and §35 of the German Criminal Code are established considering the varying importance of different rights behind conflicted interests. The state of necessity arises from a state of conflict. In this conflict, essentially, interests are opposed. However, in many countries, such as in German law, it is accepted that the comparison should not be made between the interests, but between the right to which these interests are related. Nevertheless, Turkish law does not offer a clear foundation for incorporating this criterion when differentiating between types of the necessity rule.

This distinction is vital as it determines the right legal consequences and reliable argumentation for the use of the necessity rule in different situations. However, the lack of a clear rationale within Turkish legal provisions poses challenges to properly applying this criterion. Without a solid foundation, there is a risk of inconsistency and ambiguity in the application of the necessity rule, potentially leading to unfair outcomes and a lack of predictability in legal proceedings. Therefore, it becomes imperative for Turkish lawmakers and legal scholars to address this issue and develop a coherent theoretical framework that aligns with international standards and best practices. By doing so, the Turkish legal system can ensure a more

just and consistent application of the necessity rule in various contexts. Based on the analysis conducted in the study, it was determined that the differentiation criteria of the necessity rule in Turkish law hinges on whether the recipient of the action is required to bear it or not.

GİRİŞ

A, ev tipi yangın söndürücüsünün dolumunu yaptırdıktan sonra birtakım işlerini halletmek üzere şehir merkezine inmişken o sırada evine dönecek olan komşusu B'ye rastlar ve ağır sayılabilecek bir nesne olan yangın tüpünü gün boyu yanında dolaştırmanın kendisi için zor olduğunu söyleyerek B'ye söz konusu yangın tüpünü emanet eder. A'nın akşam gelip B'nin evinden emanetini teslim alması yönünde anlaşılır. B evine vardıkdan bir süre sonra B'ye isnat edilemeyecek bir sebeple küçük bir yangın çıkar ve B'nin küçük yaşlardaki çocuğu C'nin giysileri ve vücudunu alevler sarar. B, C'yi kurtarmak için diğer bütün imkanlarını sonuna kadar seferber etse de kendisine emanet verilen yangın tüpünü, bunu kullanmanın haksızlık teşkil edeceği fikri ile, kullanmaz. C, olayda hayatını kaybeder. Kolluk olay yerinde kullanılmamış yangın tüpü bulunduğunu tespit etmiş ve bunun üzerine gerçekleştirilen bilirkişi incelemesinde B'nin müdahalede bulunurken derhal yangın tüpünü kullanması halinde C'nin kazayı orta derece yanıklarla atlatabileceği değerlendirilmiştir.

Bir ebeveynin, çocuğunun vücut bütünlüğü ve hatta yaşamı karşısında komşusunun emanet bıraktığı şey üzerinde rızası olmadan tasarruf etmeme faziletini üstün tutmasının insanın tabiatına uygun olmadığını ifade etmek için derinlemesine bir sosyolojik ve psikolojik bir analize ihtiyaç yoktur. 'Can' ve 'mülk' olarak adlandırılan bu iki değer arasında hangi tercihin galip gelmesi gerektiği çok açık olduğu halde, kişinin kendi çocuğunun hayatı karşısında yapacağı tercih söz konusu olayda daha belirgindir. Peki, B'nin elinin altındaki yangın tüpünü kendi çocuğunu kurtarmak üzere kullanmaması, B'nin, çocuğu C'ye olan bakım ve özen yükümlülüğünü yerine getirmediği anlamına gelir mi? Başka bir ifadeyle hukuk düzeni, B'ye çocuğunu kurtarmak için bu yangın tüpünü kullanma ödevi yüklemekte midir?

Benzer bir durumda B, bir yangın tüpüne sahip olmasaydı ancak hemen komşu villanın camını kırıp içeri uzanarak yangın tüpünü ele geçirebileceğinin bilincinde olsaydı

hukuk düzeni B'den bunu yapmasını bekleyebilir miydi? Başka bir ifadeyle olay sırasında o sırada evde olmayan A'nın mutfak camını kırıp içeriden yangın tüpünü almayı düşünmesine rağmen mala zarar verme, konut dokunulmazlığını ihlal ve hırsızlık suçlarının maddi unsurunu oluşturan filleri gerçekleştirmek istemediği için C'yi eldeki imkanlarla söndürmeye çalışmakla yetinseydi B, A'nın camını kırmadığı için suçlanabilir miydi?

C, yangından değil de ağır bir hastalıktan mustarip olsaydı yahut azımsanamayacak bir açlık ile boğuşsaydı, hukuk düzeni, parası ve sosyal güvencesi bulunmayan B'den eczane veya fırın soymasını bekler miydi? Arabası ve ehliyeti olmayan B, ambulansın yetişmesi neredeyse imkansız olduğu uzak bir yerde yaralanan C'yi hastaneye yetiştirmek için, tüm ısrarına rağmen kendilerini hastaneye götürmeye gönüllü olmayan D'yi belindeki silahla tehdit ederek arabasıyla kendilerini hastaneye yetiştirmeye zorlamakla da yükümlü müdür?

Söz konusu soruların cevapları, “zorunluluk hali” kurumunun esas ve hukuki niteliğinin ortaya çıkartılmasına bağlıdır. Bu çalışmada zorunluluk halinin dogmatik temeli ve hukuki niteliği Türk mevzuatı temelinde araştırılacaktır. Bu amaçla karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelerin Türk mevzuatıyla benzeşen veya ayrılan yönleri ortaya konacak, farklı hukuk düzenlerine ait literatürde zorunluluk haline dair ortak fikri temeller aranacaktır. Karşılaştırmalı hukuka dair teoriden, Türk mevzuatına uygun düştüğü ölçüde faydalanılacak ve mer'i hukuk bağlamında zorunluluk halinin Türk hukukundaki niteliği ve bu husustaki kabulün sonuçları incelenecektir.

I. ZORUNLULUK HALİNİN FİKRİ TEMELLERİ

A. Zorunluluk Halinde İşlenen Fiilden Dolayı Ceza Verilmemesinin Nedenine Dair Fikirlerin Karşılaştırmalı Hukuktaki Görünümleri

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 25/2, zorunluluk halini “*Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiiller...*” olarak tanımlamış olup faile bu fillerden

dolayı ceza verilmeyeceğini öngörmüştür. Zorunluluk halinin cezai sorumluluğu kaldırması yaygın bir durum olmakla beraber bunun gerekçesi bakımından görüş ayrılığı bulunmaktadır.

Zorunluluk halinin neden cezalandırılmadığı ve hukuki bir kurum olarak zorunluluk halinin niteliği üzerine doktrinde ortaya atılan görüşlerden ilki medeni kurallar içerisinde bastırılmış olan kendini koruma dürtüsünün insanın tabiatından sökülüp atılmadığı ve ıztırarın kişinin bu dürtüsünü yeniden özgür bıraktığı kabulüne dayanmakta olup bu görüşe göre kendini koruma dürtüsüyle hareket eden kişinin fiilleri ahlaka olmasa da hukuka aykırı değildir¹. Zorunluluk halinde ceza verilmemesinin nedeni siyasideir. Zira kamu düzeni kişiyi korumakta yetersiz kalmış ve şimdi kişi kendisini iki kötülükten birini seçmek durumunda bulmuş, manevi cebir² altında kendi hakkını kendi korumuştur³. Bir diğer görüşe göre, zaruretin manevi cebriyle yüzleşen kişinin, irade kabiliyeti etkilenmiştir ve dolayısıyla kınanabilirliği ortadan kalkmıştır⁴. Bu görüşün Türk hukukunda kabul gördüğünü söylemek mümkündür.

Doktrindeki bir başka görüş, hukuki düzenlemelerin sıradan insanı (*unus multarum*) esas alarak yapılması gerektiği fikrine dayanır. Buna göre hukuk, haksızlığı gerçekleştirmemek için canını verme faziletini gösterebilecek kahramanlar esas alınarak şekillenmemelidir ve böylece önemli bir tehlikeden kaçmak için suç işleyen kimsenin fiili

¹ Veli Özer Özbek & Koray Doğan, 'Zorunluluk Halinin (TCK m.25/2) Hukukî Niteliği' (2007) 9 (2) DEÜHFD 195, 200; Zeki Hafizoğulları, 'Türk Ceza Hukuku Sisteminde Zaruret Hali ve Üçüncü Kişiyi Kurtarma' (1971) 28 AÜHFD 91, 96.

² Doğanın güçleri manevî değil de maddî bir cebir uygulaysaydı, örneğin bir deprem sırasında sarsıntıdan devrilen A, B'ye çarparak onun yaralanmasına yol açsaydı, zorunluluk hâlinde söz edilemeyeceği gibi buna gerek de kalmazdı zira burada A'nın ceza hukuku anlamında bir fiili söz konusu olmazdı. Bkz. Wayne R. LaFave & Austin W. Scott, Jr. *Criminal Law* (1. bs West Publishing Co. 1972) 382.

³ Hafizoğulları (n 1) 93.

⁴ Mahmut Koca & İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7. bs Seçkin Yayıncılık 2020) 348; Ali Rıza Töngür & Ekrem Çetintürk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (1. bs Adalet Yayınevi 2020) 238; Edward B Arnolds & Norman F Garland, 'The Defense of Necessity in Criminal Law: The Right to Choose the Lesser Evil' (1974) 65 *The Journal of Criminal Law and Criminology* 289, 290; Benjamin L Berger, 'A Choice among Values: Theoretical and Historical Perspectives on the Defence of Necessity' (2002) 39 *Alberta Law Review* 848, 840.

suç teşkil etmeye devam etse dahi toplumun bu kimseyi cezalandırma yetkisi olmadığı kabul edilmelidir⁵.

Aşağıda değinileceği üzere *common law* sisteminde de taraftar toplayan bir görüşe göre fail, suçu işlemezse karşılaşma tehdidi altında bulunduğu kötülük karşısında, suç işlemesi halinde kendisine verilecek cezadan dahi çekinmemekte ve böylece ceza caydırıcılığını, önleme amacını kaybetmektedir⁶. Kaldı ki zaruret altındaki kimse, bu halin ortadan kalkmasından sonra özüne dönecek ve bu istisnai hal muhtemelen bir daha yaşanmayacaktır. Bu nedenle de kişinin ceza ile ıslahına gerek bulunmamaktadır⁷.

Zorunluluk halinin esasına ve niteliğine dair bir diğer görüş, amaç teorisi olarak adlandırılmaktadır. Alman hukukunda bir dönem benimsenen bu teori, Alman Federal Yüksek Mahkemesi tarafından 1927 yılında verilen bir karar ile terk edilmiştir⁸. Bu teoriye göre zorunluluk hali çerçevesinde, bir kimseye zarar verme amacıyla değil, hukuki bir değeri kurtarmak amacıyla hareket eden kimse meşru bir amaca hizmet etmektedir ve bu nedenle fiil hukuka uygun kabul edilir⁹.

Hakların çatışmasını esas alan, başka bir görüşe göre, hakların çatışmasında bir hak diğerine üstün geliyorsa diğeri feda edilir ve bu bir hukuka uygunluk sebebidir¹⁰. Bu teorinin savunucuları, temelde, bir hak diğerine üstünse, cezai sorumluluğun bulunmadığını kabul etmekteyse de bunun izahı üzerine farklı görüşler söz konusudur. Buna göre kimi yazarlara göre hukuk düzeni, hakkı üstün olana söz konusu fiili işleme yönünde bir hak bahsetmekte; kimi yazarlara göre ise böyle bir sübjektif hak söz konusu olmasa da failin fiiline, yasak kılınmamak suretiyle, müsaade edilmektedir¹¹. Diğer taraftan haklar arasındaki menfaat dengesi biri lehine belirgin bir farklılık arz etmiyorsa

⁵ Özbek & Doğan (n 1) 201.

⁶ Nevzat Toroslu, *Ceza Hukukunda Zaruret Hali* (1. bs Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1968) 31; Özbek & Doğan (n 1) 201.

⁷ Toroslu (n 6) 32; Arnolds & Garland (n 4) 290.

⁸ Özbek & Doğan (n 1) 202.

⁹ Hafizoğulları (n 1) 97ff; Özbek & Doğan (n 1) 202.

¹⁰ Hafizoğulları (n 1) 97, 103; Özbek & Doğan (n 1) 202.

¹¹ Toroslu, *Zaruret Hali* (n 6) 39.

kusuru kaldıran zorunluluk hali söz konusu olur¹² veya işlenen fiil hukuka aykırı doğasını sürdürmekle beraber kişiye daha az ceza verilir¹³. Bir başka görüşe göre ise haklar arasında belirgin bir ağırlık farkının bulunmaması kuvvet hukukuna vücut verir. Böyle bir durumda hakkını kuvvetiyle galip kılan kimse korunurken zayıf olanın hakkı hukukun gözünde daha zayıf bir hal alır¹⁴.

Common law sisteminde hakim görüş ve içtihadı göre zaruret halinde işlenen bir suç, eğer teknik anlamda zorunluluk halinin koşullarını karşılıyorsa davranış hukuka uygun kabul edilir, aksi durumda ise zaruret cezada indirim yapılması için iyi bir sebep teşkil edebilir¹⁵. Zira zaruret altındaki kimse bu tehlikeden kurtulmak için suç işlemeyi göze aldığı anda, cezanın caydırıcılığı önemini yitirir¹⁶. Nitekim asansörde yardım alamayacak biçimde mahsur kalan kimsenin asansör kilidine zarar vererek dışarı çıkması, mahkemece zorunluluk hali olarak değerlendirilmiştir¹⁷. Kişinin üstlenmesi veya katlanması gereken bir zarar söz konusu ise artık zorunluluk halinden söz edilemez¹⁸. Güney Afrika hukuk doktrininde, zorunluluk halini ilgilendiren hukukun tehdit (*duress*)

¹² Özbek & Doğan (n 1) 202.

¹³ Toroslu, Zaruret Hali (n 6) 40.

¹⁴ Hafizoğulları (n 1) 97, 103; Toroslu, Zaruret Hali (n 6) 36.

¹⁵ LaFave & Scott, Jr. (n 2) 383; Bu görüşe göre, zaruret, kendi hukukunu yaratır ve bu hukuk mevcut kuralların yerine geçerek başka zaman hukuka aykırı olmakla beraber zaruret altında makul olan davranışlarını hukuka uygun kılar. Böylece hukuk kuralının lafzı ihlâl edilse de hukuk ihlâl edilmemiş olur. Eğer hukuka aykırı görünen davranışı yapmaya zorunluluklar mecbur bırakmışsa bu husus savunma olarak ileri sürülür. *Bkz.* Arnolds & Garland (n 4) 291; Gary I Lilienthal, 'The English common law criminal defence and excuse of necessity: a critical comparison of the customary law and commonplace' (2018) 44 Commonwealth Law Bulletin 345, 350ff.

¹⁶ Jonathan Burchell, *Principles of Criminal Law* (Juta and Company Ltd. 2018) 164ff.

¹⁷ Alfred V. Lansdown, *Outlines of South African Criminal Law and Procedure* (2. bs Juta and Company Ltd. 1960) 64ff; Burchell (n 16) 165.

¹⁸ Gerhard Kemp, Shelly Walker, Robin Palmer, Dumile Baqwa, Crishtopher Gevers, Brian Leslie & Anton Steynberg, *Criminal Law in South Africa*, iç. Gerhard Kemp (ed) (2. bs Oxford University Press 2016) 108.

kurumu ile temelde aynı olduğu belirtilmektedir¹⁹. Benzer şekilde Avusturalya hukukunda da zorunluluk halinin, tehdit (*duress*) kurumundan türediği görülmektedir²⁰.

Common law uygulamasında, zorunluluk halinin en büyük önem arz ettiği belki de bu hukuki kurumun en zayıf kalan noktası öldürme vakıalarına ilişkindir. Zira iki kötünden birini seçmek için doğru kriterler, öldürme vakıalarında oldukça tartışmaya açıktır²¹. Burada iki önemli karar uygulamaya yön vermiştir. Bunlardan ilki ünlü İngiliz yamyamlık vakası üzerine verilen *R v. Dudley & Stephans*²² kararıdır. *Mignonette* davası olarak da bilinen olayda *The Mignonette* isimli yat, 1.600 mil açığa fırtınada batmış ve *Dudley, Stephans, Brooks ve Parker* isimli dört mürettebat bir bota sığınmıştır. İlerleyen günlerde özellikle susuzluğun etkisiyle zor günler geçiren mürettebat zamanla içlerinden birini diğerleri için feda etmeyi konuşur olmuşlardır. *Parker* isimli genç, içlerinde fiziksel olarak en zayıflarıdır ve geride bir ailesi yoktur ve ayrıca içtiği deniz suyunun da etkisiyle komadadır. *Brooks*'un muhalefetine rağmen *Parker*'ın feda edilmesi kararlaştırılmıştır. *Dudley ve Stephans* bir süre daha sabretmelerine rağmen daha fazla dayanamayarak *Parker*'ı öldürmüşler ve dört gün sonra kurtarıncaya dek sağ kalan üç mürettebat, bu gencin eti ve kanıyla beslenmişlerdir. Mahkemece *Dudley ve Stephans*, cinayet (*murder*) ile suçlanmış, önce ölüm cezasına çarptırılmışlarsa da cezaları daha sonra altı ay hapis cezasına çevrilmiştir²³.

¹⁹ Burchell (n 16) 164; *Duress, duress of circumstances ve necessity* olarak adlandırılan kurumların karşılaştırması için bkz. David Ormerod, *Smith & Hogan Criminal Law* (12. bs Oxford University Press 2008) 354ff; Bu ayrımın uluslararası ceza hukuku bağlamındaki yansımaları için bkz. Beatrice Krebs, 'Justification and Excuse in Article 31(1) of the Rome Statute' (2013) 2 Camb. Int. Law J. 382, 398–409; Güney Afrika hukukunda zorunluluk hâli ancak pozitif davranışlar bakımından uygulanmakta olup kişinin iki kötünden birini seçmeye mecbur kalarak icra etmesinin hukuka uygunluğunu ifade eder. *Common law* sisteminde zorunluluk hâli kurumundan anlaşılan, Kıta Avrupası sistemine göre daha dardır. *Common law* sisteminde Zaruretin kişinin icraya geçmesinin önünde engel teşkil etmesinde ise zorunluluk hâliyle zaman zaman mahkemelerin dâhi birbiriyle karıştılabileceği kadar yakın ilişkisi bulunsa da içeriği bakımından farklılıklar arz eden ve hukuk kimseye imkansız bir ödev yüklemeyen (*lex non cogit ad impossibilia*) prensibine dayanan 'imkansızlık hâli' hâsıl olur. Bkz. Kemp, Walker, Palmer, Baqwa, Gevers, Leslie & Steynberg (n 18) 111, 150ff; Burchell (n 16) 164, 166; Lansdown (n 17) 65.

²⁰ Colin Howard & Ian Douglas Elliot, *Criminal Law* (3. bs The Law Book Company Ltd. 1977) 427ff.

²¹ ibid (n 17) 429ff.

²² *R v Dudley & Stephans* (1884) 14 QBD 273 DC.

²³ Söz konusu davanın konusunu oluşturan vakia alışılmadık olduğu gibi davanın yürüyüşünde de alışılmadık bir usul izlenmiştir. Konuyla ilgili detaylı açıklama için bkz. Pavlina Hojecka, 'Regina v Dudley and Stephans' (2003) 4 *Common Law Rev.* 31, 31-33; Lilienthal (n 4) 352ff.

Bir diğeri ise Amerika Birleşik Devletleri'nde görülen, bir deniz kazası sonrasında hasar gören geminin istiap haddini aşan ağırlıktan kurtulmak için birtakım yolcuların 250 mil kadar açıkta feda edilmek suretiyle suya atıldığı *US v Holmes*²⁴ kararıdır. Bu kararda *Holmes* ve mürettebatın kahramanlık göstererek önce neden kendilerini feda etmekten başlamadıkları da gündeme gelmiştir. Ancak savunma, o anın telaşı içerisinde böyle bir çözümün akla gelmediği, çöp çekmek suretiyle kaderi Tanrı'nın eline bıraktıkları şeklinde olmuştur. Neticede cana kıyma (*manslaughter*) suçlamasıyla yapılan yargılamada *Holmes* altı ay ağır işte çalıştırılma ve 20\$ para cezasına çarptırılmıştır²⁵.

Güney Afrika hukukunda cinayet, ünlü İngiliz yamyamlık vakası üzerine verilen *R v. Dudley & Stephans* kararına paralel olarak zorunluluk halinin kapsamına alınamayacak kadar habis bir suç olarak görülmüştür²⁶. Bir başka *common law* devleti Avustralya'da da öldürme suçlarında *R v. Dudley & Stephans* kararının etkisi sürmektedir. Doktrinde *Howard&Elliot*, söz konusu kararın oldukça eski olması gözetildiğinde konuya ilişkin bakışın değişebileceğine işaret etmektedir²⁷.

Öldürme ve zorunluluk hali meselesi, son günlerde *common law* doktrininde, '11 Eylül Saldırıları' hadisesi ve teröristlerce kaçırılan bir uçağın intihar saldırısında kullanılmasını önlemek için düşürülmesi örneği üzerinden tartışılmıştır. Doktrinde böyle bir eylemin, zorunluluk hali kapsamında hukukun uygun olarak değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür²⁸.

Güney Afrika'da da yakın tarihli kaynaklar, insanı, doğası aksine, bir kahraman olarak idealleştiren tutumu eleştirmektedir²⁹. Zorunluluk halinin, kusurluluğu kaldıran bir hal olarak ikinci bir hukuki karakteri daha ihtiva edip etmediği, Güney Afrika hukukunda

²⁴ *US v Holmes* 26 FC 360 No. 15383 (1842).

²⁵ *Howard & Elliot* (n 17) 426.

²⁶ *Lansdown* (n 17) 65.

²⁷ *Howard & Elliot* (n 17) 425-427.

²⁸ Ormerod (n 19) 351; Hojecka (n 23) 35; Alman hukukunda söz konusu husus Havacılık Güvenlik Kanunu §14 hükmünde varsayılan rıza kurumu ile temellendirilerek düzenlemeye bağlanmıştır. Bkz. Jochen Feldle, *Notstandsalgorithm Dilemmata im automatisierten Straßenverkehr* (1. bs Nomos 2018) 57-59.

²⁹ *Kemp, Walker, Palmer, Baqwa, Gevers, Leslie & Steynberg* (n 18) 108-110.

bu bağlamda tartışılmaya başlanmıştır. Esasen zorunluluk hali bakımından hukuka uygunluk sebebi (*defence*) – mazeret sebebi (*excuse*) olma yönündeki ayrım Kanada Yüksek Mahkemesinin *Perka v R* kararı öncülüğünde *common law* sistemine dâhil olmuştur. Söz konusu kararda zorunluluk halinin hukuki niteliği bilhassa Dickson J ve Wilson J tarafından ayrı ayrı yapılan değerlendirmelerde kapsamlı olarak ele alınmıştır. Mekanik arızalar nedeniyle Vancouver Adası'nda bir koya sığınan gemiciler, gemilerinin alabora olmasından korktukları için 33,49 ton ağırlığında olduğu tespit edilen keneviri karaya indirmişler, bunun üzerine haklarında Kanada'ya yasa dışı narkotik malzeme sokmak suçundan yargılanmışlardır. *Dickson J* bilhassa sanıkların kanunu çiğnemek yerine hukuka uygun alternatiflere sahip olup olmadıklarının sorgulanması gerektiğine vurgu yapmış ve daha büyük bir iyiliği gerçekleştirmek için yapılan bir kötülüğün hukuka uygun kabul edilmesi gerekirken hukuka uygun davranmanın mümkün olmadığı durumda yapılan kötülüğün ancak mazur görülebileceğini belirtmiştir. *Wilson J* ise özellikle haklar ve yükümlülükler üzerinde durarak zorunluluk halinin hukuka uygunluk sebebi olabilmesi için bir yükümlülük ile ilişkilendirilmesi gerektiğini savunmuştur. *Madam Justice Wilson*'a göre kanun tarafından tanınmayan salt etik görevler hukuka uygunluk savunması için yeterli olmayacağı gibi daha az kötünün objektif olarak belirlenmesi de hukuka uygunluğun esası teşkil etmez. Ancak doktorun hastasını kurtarmak zorunda olması gibi hukuki yükümlülükler zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk sebebi olarak ileri sürülmesine olanak sağlar.³⁰ Kapsamlı değerlendirmeler içeren bu karara rağmen zorunluluk haline ilişkin olarak *common law* sisteminde hukuka uygunluk sebebi-mazeret sebebi ayrımının yerleşmesi için halen uzun bir yol bulunmaktadır ve hatta bazı yazarlar söz konusu ayrıma katı biçimde muhalefet etmektedirler³¹. Bu ayrımın Güney Afrika hukukunda benimsenmesini savunan yazarlar, özellikle Alman hukuku temelli bu ayrımın, bir yaşamı diğerine üstün tutmama kuralını inkâr etmemesi dolayısıyla öldürme

³⁰ Paul B. Schabas, 'Justification, Excuse and the Defence of Necessity: A Comment on *Perka v. the Queen*' (1985) 27 Crim LQ 278, 279ff., 283ff.; Söz konusu karar için bkz.: *Perka v R* [1985] 42 CR 3d 113.

³¹ Burchell (n 16) 183ff.

vakıalarında meseleyi çözüme kavuşturduğunu ileri sürmektedirler³². *S v Bailey*³³ kararında zorunluluk halinin durumun koşullarına göre kimi zaman hukuka uygunluk sebebi (*justification-Regverdigungsgrond*) olduğu kimi zaman ise hataya (*fault-Skulduitsluitingsgrond*) ilişkin olduğu vurgulanmışsa da *Burchell*, bu kararı teorik olarak yeterli görmemiştir. Yazar, kararda “*Skulduitsluitingsgrond*” yerine “*excuse* (mazeret sebebi)” anlamında “*Verskoningsgrond*” ifadesinin kullanılması gerektiğini ileri sürmekte, mazeret sebebi (*excuse*) ifadesinin Alman hukukunda yerleşmiş bir terim olmakla beraber söz konusu kararı veren uygulayıcının zihninde konunun henüz netleşmediği eleştirisini yöneltmektedir³⁴. Zorunluluk hali üzerinden gerçekleştirilen bu tartışmada Alman ceza hukukunun ve *common law* uygulayıcısının cezai sorumluluğun yapısına bakışındaki farklılık göze çarpmaktadır. Bu tartışmanın esas noktasının iki hukuk düzeni arasındaki kavram ve anlayış farkı olduğu noktasında şüphe bulunmamaktadır. *Common law* sisteminde geleneksel anlayış suçun maddi ve manevi unsurları bağlamında ikili bir ayırım (*actus reus* ve *mens rea*) benimsemekte olup *mens rea* ya da *fault* olarak adlandırılan manevi unsur da -tartışmalı olmakla beraber- çoğunluk görüşüne göre, irade etme ya da amaçlama (*intention-purpose*), bilme (*knowledge*), kayıtsızlık (*recklessness*) ve dikkat ve özensizlik (*negligence*) olmak üzere dörde ayrılarak incelenmektedir. Kararda referans gösterilen Alman ceza hukukundaki görüş ise cezai sorumluluğun unsurlarını tipiklik, hukuka aykırılık ve kusur olarak tahlil etmektedir. Literatürde bahsi geçen tartışmada her ne kadar bu anlayış farklılığına isabetli bir şekilde ifade edilmişse de Almanca terimler doğru bir biçimde zikredilmemiştir. Suçun tipikliği yani suç kalıbı, “*Tatbestand*”; hukuka aykırılık, “*Rechtswidrigkeit*”; kusur

³² ibid 184ff.

³³ *S v Bailey* 1982 (3) SA 772 (A).

³⁴ *Burchell* (n 16) 184ff; Alman hukukunda mazeret sebepleri anlamına gelen “*Entschuldigungsgründe*” ifadesinin, kusurluluğu kaldıran haller anlamındaki “*Schuldausschließungsgründe*” ifadesinden farklı bir anlamda kullanıldığı; failin içinde bulunduğu durum nedeniyle tehlikeye katlanmasının kendisinden beklenmesi mümkün olmayan (*Unzumutbarkeit*) hâllerde işlediği fiilin haksızlık teşkil etmesine rağmen failin mazur görülmesini konu alan ve kusurluluğu kaldıran veya azaltan nedenlerden failin kusurunun etkilenmesinin yanında fiilin haksızlık içeriğinin de azalmasına yol açması yönünden ayrılan *mazeret sebepleri* kavramının söz konusu olduğu ancak Türk hukuku bakımından mazeret sebeplerinin, kusuru kaldıran sebeplere dâhil edildiği yönündeki açıklamalar için bkz. Özbek & Doğan (n 1) 198ff.

ise “*Schuld*” tipikliğın manevi boyutunda yer alan kast, “*Vorsatz*” ve taksir, “*Fahrlässigkeit*” kavramları ile ifade edilmeliydi³⁵.

Alman Ceza Kanunu incelendiğinde ise §34 ve 35 hükümlerinde düzenlenen iki tür zorunluluk halinin söz konusu olduğu görülür. Esasen Alman hukukunda da, *common law* ile benzer olarak, zorunluluk halinin temelinde haklardan birinin ağır basması ve hukuka aykırılığın kalkması fikri vardır. Buna göre üstün bir hakkın korunması için diğerinin feda edilmesi gerekiyorsa bu şekilde davranan kişi hukuka aykırı hareket etmemiş sayılır³⁶. Bununla birlikte *Liszt* ve *Eb. Schimidt* tarafından devlet tarafından tanınan bir amaç uğruna uygun bir araç olarak yasal olarak korunan çıkarlara tecavüzlerin hukuksuz olmadığı fikri (amaç teorisi - *Zwecktheorie*) de ileri sürülmüşse de söz konusu görüşün 11.03.1927 tarihli bir mahkeme kararıyla reddedilmesi, çığır açan bir karar olmuş ve zorunluluk haline ikili bir karakter yüklenmesi fikri benimsenmiştir³⁷.

Söz konusu ikili karakter (farklılaştırma teorisi - *Differenzierungstheorie*) doktrin ve içtihat ile temellendirilmiş ve uygulanagelmış, mevcut kanuni zeminine kavuşması ise 1975 yılında bir kanuni düzenleme ile olmuştur³⁸. Ancak, Alman hukuku, *common law* sisteminden farklı olarak, cezai sorumluluğun bir unsuru olarak kusuru (*Schuld*) bir hukuki konsept olarak tanımlamış ve bunun sonucu olarak da hukuka aykırılığı kaldıran zorunluluk halinden başka kusuru kaldıran bir zorunluluk hali kurumundan da söz edilebilmesinin önü açılmıştır. ACK §34 hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk halini (*rechtfertigende Notstand*), ACK §35 ise kusuru kaldıran zorunluluk halini (*entschuldigender Notstand*) düzenlemektedir³⁹.

³⁵ Kai Ambos, Antony Duff, Julian Roberts & Thomas Weigend, *Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice*, Vol I, (1. bs Cambridge University Press 2020) 4.

³⁶ Claus Roxin & Luis Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil - Band I: Grundlagen Der Aufbau der Verbrechenlehre* (5. Bs C.H.Beck 2020) 842, §16, 3.

³⁷ ibid (n 36) 842ff, §16, 3, 4.

³⁸ Diethelm Kienapfel, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Walter de Gruyter 2020) 162.

³⁹ Özgenç'e göre Alman kanunkoyucusu doktrinde zorunluluk hâlinin hukukî niteliğine ilişkin farklı görüşler bulunması nedeniyle maslahatçı bir yol izleyerek bu şekilde düalist bir yaklaşımı benimsemiştir. Bkz. İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. bs Seçkin Yayıncılık 2020) 437, 689. dn.

Alman Ceza Kanunu §34'e göre kişinin hayatına, vücut bütünlüğüne, hürriyetine, onuruna, mülkiyetine veya başka bir hukuki menfaate yönelik mevcut bir tehlike ile karşı karşıya kalıp da tehlikeyi kendisinden veya başkasından uzaklaştırmak amacıyla gerçekleştirdiği fiil, tehlikenin başka türlü engellene olanağı bulunmuyorsa hukuka aykırı sayılmaz. Bunun için çatışan değerlerden, müdafaa edilenin diğerine önemli ölçüde ağır basması ve fiilin tehlikeyi önlemek için gereken sınırlar içerisinde kalması gerekir.

Alman Ceza Kanunu §35'e göre ise kişi kendisi, bir akrabası veya bir yakını açısından hayat, vücut bütünlüğü veya hürriyete yönelik bir tehlikeyi bertaraf etmek için hukuka aykırı bir eylem gerçekleştirirse, tehlikeyi başka türlü bertaraf edemeyecekse, söz konusu tehlikenin üstlenilmesi gerekmediği ölçüde kusurlu sayılmaz. ACK §34 çatışan hakların üstünlüğüne dayanmaktayken, §35 haklardan birinin diğerine daha üstün olmasından öte kişiden tehlikeye katlanmasının beklenemez olmasından ileri gelmektedir (*Unzumutbarkeit*)⁴⁰. Bu itibarla ACK §34 çerçevesinde zaruret altında bulunan kimsenin müdafaa ettiği hakkın, ihlal ettiği hakka göre ağır basması gerekli olduğu halde ACK §35 bağlamında söz konusu haklar eşit seviyede olabilirler⁴¹. ACK §35 hükmünde sayılan haklar dışındaki haklara, örneğin, mülkiyet hakkına yönelik tehlikeler kişinin katlanması gereken tehlikeler olarak görülmüştür⁴².

ACK §34 işlenen fiili hukuka uygun kılar ve dolayısıyla ortada suç yoktur. ACK §35 hükmünde ise hem hukuka aykırı bir fiil söz konusudur hem de fail kasten ve haksızlığın bilincinde hareket etmektedir. Bununla birlikte, fail, kusur eksikliği nedeniyle cezalandırılmaz⁴³. Özetle, ACK §34 ile §35 arasındaki sınır, hukuka aykırılık (*Rechtswidrigkeit*) ve kusur (*Schuld*) arasındaki sınırla aynıdır⁴⁴.

Common law düzenine benzer şekilde, Alman hukukunda da “öl ya da öldür” olaylarında zorunluluk hali bir hukuka uygunluk nedeni değildir. Bu halde şartlar söz

⁴⁰ Jürgen Baumann, Ulrich Weber, Wolfgang Misch & Jörg Eisele. *Strafrecht Allgemeiner Teil* (12. bs Verlag Ernst und Werner Gieseking 2016) 514ff, §11; Özbek & Doğan (n 1) 212.

⁴¹ Koca & Üzülmöz (n 4) 346ff; Özbek & Doğan (n 1) 212.

⁴² Özbek & Doğan (n 1) 212, 214.

⁴³ Kienapfel (n 38) 309.

⁴⁴ Baumann, Weber, Misch & Eisele (n 40) 413, §65.

konusu ise kusurluluğu kaldıran zorunluluk halinden söz edilir⁴⁵. Yaşamların ne nicelik ne de nitelik bakımından tartılması mümkün görülebilir⁴⁶. Alman hukukunda bu ikileme verilen en temel örnek, bu sorunu ilk defa tartışan kimse olduğu rivayet edilen Yunan filozof *Karneades*'in ismiyle anılmakta ve suda aynı kalasa yapışan iki kazazededen birinin hayatta kalmak için diğerini suya itmesidir⁴⁷. Gerek ACK §34 gerekse §35 fiilin cezasız kalması ile sonuçlanır ancak bu ayırım ciddi bir önem arz etmektedir⁴⁸. Zira bir fiilin hukuk düzeniyle çelişip çelişmemesinin kişiye verilecek sonuç cezadan başka birçok önemli sonucu vardır. ACK §34'ün hukuka aykırılık sorununu ele alması nedeniyle fiilin haksızlığını ortadan kaldırırken ACK §35 ise failin kusura ilişkin bir incelemesidir. Buna bağlı olarak ACK §34 hükmü gereği hukuka uygun hale gelmiş bir fiile karşı meşru savunmada bulunulması dahi mümkün değilken ACK §35 gereği failin kusursuz olduğu hallerde bile suça fiile iştirak veya suç fiiline karşı meşru savunma mümkündür⁴⁹.

İslam hukukuna bakıldığında, zorunluluk halinin kusuru kaldıran bir sebepten ibaret görüldüğü, bu halde fiilin suç olma vasfını sürdürdüğü ancak zorunluluktan kaynaklı olarak suç işleyene örneğin, şarap içene, domuz eti yiyene veya hırsızlık yapana ceza verilmediği görülmektedir⁵⁰. Diğer taraftan zorunluluk hali içerisinde dahi olsa, kişi kendinden başkasını feda edemez. Masum bir kimseyi öldürmek, uzvunu kesmek veya ağır yaralayınca kadar dövmek yahut açlıktan kurtulmak için bir kimseyi öldürüp yemek ya da geminin istiapa haddini korumak için bir kısım yolcuyu suya dökmek mazeret teşkil etmez, bunlara benzer durumlarda yalnızca cezada indirim gidilebilir⁵¹.

⁴⁵ Feldle (n 28) 55.

⁴⁶ Johannes Wessels, Werner Beulke & Helmut Sezger, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (48. bs C.F.Müller 2018) 242, §713.

⁴⁷ Kienapfel (n 38) 309.

⁴⁸ Feldle (n 28) 51ff.

⁴⁹ Bernd Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (6. bs Verlag W. Kohlhammer 2019) 168, §401.

⁵⁰ Mustafa Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (3. bs Adalet Yayınevi 2018) 142.

⁵¹ ibid 143ff.

B. Türk Doktrinin Yaklaşımı

Türk doktrin ve uygulaması incelendiğinde ise baskın görüşün, iradesi içerisinde bulunduğu zaruret durumundan etkilenen kişiden hukuk normuna uygun davranması beklenemeyecekse fiil haksızlık niteliğini sürdürse de kişinin kusurlu sayılmayacağı, başka bir ifadeyle, zorunluluk halinin kusuru ortadan kaldırdığı yönünde olduğu tespit edilmektedir⁵². Bu görüşteki yazarların ve içtihadını bu doğrultuda oluşturan Yargıtay'ın temel gerekçesi TCK'nın 25. maddesinin 2. fıkrasının gerekçesinde zorunluluk halinin kusuru kaldıran bir sebep olduğunun belirtilmiş olması ve CMK'nın 223. maddesinin 3. fıkrasının b bendinde zorunluluk halinin, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecek haller arasında sayılmasıdır⁵³. Doktrinde karşıt görüşteki *Demirbaş*'a göre, gerekçe hükmün kapsamına dahil olmadığından, madde gerekçesinde yer alan, TCK'da Alman hukukundaki gibi bir ikili ayırımın benimsenmediğine ilişkin açıklama, zorunluluk halinin niteliğini belirlemede yeterli değildir. Yazara göre, zorunluluk halinde çatışan haklar arasında biri diğerine ağır basıyorsa hukuka uygunluk sebebinden, haklar birbirine eşitse kusuru kaldıran sebepten söz edilmelidir⁵⁴. *Önok & Önay*, hukuka uygunluk sebeplerinin sınırlı sayıda olmamasına ve ceza kanunlarında yazmayan hukuka uygunluk sebeplerinin de bulunabileceğine atıf yapan bu görüşü teorik açıdan makul görmekte beraber CMK m. 223/3-b hükmünün zorunluluk haline kusurluluğu kaldıran sebepten başka bir nitelik yüklemesine müsaade etmediği kanaatindedir⁵⁵. *Özbek, Doğan & Bacaksız* ise zorunluluk halinin kanundaki düzenlenişini doğru bulmamakta, bu kurumun hukuki niteliğini ortaya çıkartmak için CMK hükümlerine başvurulmak zorunda kalınmasını eleştirmekte ve Alman hukukundaki gibi ikili bir düzenlemeye kanunda yer verilmesini önermektedir⁵⁶.

⁵² Özgenç (n 39) 438; Doktrinde *Töngür & Çetintürk*, TCK m. 25/2 hükmünün, kusuru azaltmadığı, bütün olarak kaldırdığı hususunun altını çizmektedir. Bkz. *Töngür & Çetintürk* (n 4) 239.

⁵³ Koca & Üzülmöz (n 4) 347.

⁵⁴ Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11. bs Adalet Yayınevi 2020) 306; Aynı yönde bkz. Cengiz Apaydın, 'Zorunluluk Halinin Hukuki Niteliği' (2019) 14 Terazi Hukuk Dergisi 1222, 1231.

⁵⁵ R Murat Önok & Işık Önay, 'Hukuk Düzeninin Birliği İlkesi Çerçevesinde Zorunluluk Hâlinin Hukukî Niteliği' (2019) 77 İstanbul Hukuk Mecmuası 847, 879.

⁵⁶ Veli Özer Özbek, Koray Doğan & Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11. bs Seçkin Yayıncılık 2020) 386.

II. TÜRK HUKUKUNDA ZORUNLULUK HALİNİN HUKUKİ NİTELİĞİNİN TESPİTİ

A. Hak ve Menfaat Kavramları Odağında Çatışmanın İçeriği

Hukuk biliminin ilerlemesi kavramlara muhtaçtır. Bu kavramlar içerisinde hiç şüphesiz en temeli ve belki de en önemlisi ‘hak’tır. Esasen ne hukuk⁵⁷ ne de hak, tanıma kavuşturulması mümkün olan terimlerdir. *Hasan Ali YÜCEL* tarafından, Türk Hukuk Lügatı önsözünde dile getirildiği üzere hak, insanoğlunun kelime adı verilen klişe içerisine sığdırmak zorunda olduğu bir kıymet olup her hak ancak bir kelime ile ifade edilmekle müeyyide kazanabilir, başka bir ifadeyle hak bir kelimeye bürünmedikçe müeyyideden yoksundur⁵⁸. Bu yönüyle hak, kanaatimizce, bir hüviyet kazanmakla, ihtiva ettiği menfaatin ihlal veya elde edilememe tehlikesiyle karşılaşması ihtimalinde egemenin öngördüğü müeyyide⁵⁹ yoluyla muhafaza edeceğine dair soyut bir vaat arz eder hale gelir. İdeal bir düzende, bu soyut vadin yerine getirilmesi hususunda somut bir talep mevzuu olduğunda hakka bağlanan müeyyide muntazam bir şekilde işler. Bu itibarla, hukuk düzeninin bahsettiği hakkın yerine getirilmeye değer olma bakımından hukuk düzeninin bahsettiği birden fazla hak da birbiriyle çatışamayacağı gibi bir hakkın diğerine üstünlüğü de bulunmamaktadır. Zira bir fiil veya işlem ya hukuka aykırıdır ya da uygundur, hukuka az ya da çok uygun veya aykırı olmaktan bahsedilemez. Hukuk düzeni ise bireyleri ve hatta egemenin kendisini fiil ve işlemlerini hukuka uygun olarak gerçekleştirmek üzere müeyyidelerle sağlar. Öte yandan hukuka aykırı bir fiil veya işlemin arz ettiği haksızlık içeriğinin, ihlal edilen sosyal değer muhtevası da gözetilerek görece daha az veya çok olması kaçınılmazdır. Bu nedendir ki bazı hak ihlalleri, cezaya layık görülmezken bazıları diğerlerinden daha ağır cezalara çarptırılır. Bu ceza hukukunun değerlendirici fonksiyonunu ifade eder.

⁵⁷ *Hart*, hukukun tanımlanmasının olanaksızlığını, tanım olarak nitelendirilebilecek hiçbir ifadenin, çok katmanlı ve bileşenli bir yapı olan hukuk kavramının içeriğini karşılayacak kadar özlü olamayacağı şeklinde açıklamaktadır. Bkz. H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (1. bs Oxford University Press 1961) 16.

⁵⁸ Türk Hukuk Kurumu, *Türk Hukuk Lügatı* (3. bs Başbakanlık Basımevi 1991) vi.

⁵⁹ Bu müeyyide, hakkın yerine getirilmesi, hakkın iadesi, hakkın müdafaası veya bunların yerine veya bunlara ek olarak hakkı ihlâl eden kimseden hesap sorulması şeklinde olabilir.

Hakkın muhtevastındaki soyut vaatlerin birbiriyle çatışması mümkün olmamakla birlikte mevcut ya da yakın hak ihlallerine karşı müdafaa veya hakkın yerine getirilmesini temin yönündeki somut taleplerin birbirleriyle çatışması muhtemeldir. Zira, hayat girift sosyal fenomenlerle örölüdür. Somut olayın koşulları, hukuk düzeni bir hak bakımından vadettiği müdafaaı diğerine öncelikli veya üstün tutmaya zorlayabilir. Burada gerek ceza hukuku gerekse hukukun diğer disiplinleri bağlamında hakkın muhafaza ettiği değerler arasında bir değerlendirme ve gerekirse tercih yapmak lazım gelir. Hakkın muhtevastındaki değerler arasındaki üstünlük belirginliğini yitirdikçe söz konusu tercihi adalet ve hakkaniyetin gereklerine uygun biçimde ortaya koymak da o ölçüde güçleşir. Hukuk kurallarının açık müeyyidelerinin doğrudan uygulandığı ve hakimin hukuku yorumlayarak çözüme kavuşturabileceği ‘kolay dava’lardan, hakimin hukukun sınırları kalarak, adaletin nasıl tecelli edeceğine dair belirsizliği kaldırma ödevi içerisinde olduğu ‘zor dava’lara geçilir⁶⁰.

Hukuk düzeninin bir kimseye hak bahşetmesi, bir başkasına bahşedilmiş hakkın varlığını kural olarak bertaraf etmez meğerki o hak, diğerinin sınırını çizmesin. Söz konusu durumda esasen hak çatışması bulunmaz. Çatışan menfaatlerdir. Zira hukuk, birinin hakkının başladığı noktada diğerinin hakkını sınırlandırmıştır. İhmali suçlar genellikle böyledir. Zira kural olarak bir kimse hür oluşu gereği dilediğini yapmakta ancak en çok da yapmamakta serbesttir. Oysa ihmali suçlar, kişiye kanunun önceden belirlediği durumlarda yaşamını kanunun emrettiği şekilde sürdürmeyi emreder. Örneğin, kişi o anda hayatını ne yönde sürdürmek istiyor olursa olsun, hal ve koşulların elverdiği ölçüde bu husustaki planlarını askıya alıp, kendini idame ettiremeyecek durumdaki bir kimseye yardım etmekle yükümlüdür (TCK m. 98). Benzer bir örneğe, maddede belirtilen durumlarda, sınırlı sayıda belirlenmiş yakınlarla tanınan yardım nafakası hakkını düzenleyen TMK m. 364 hükmünde, hakkın muhatabının mülkiyet hakkına çizdiği sınır suretinde rastlamak mümkündür. Hukuk düzeninin zaten kişiye hakkı diğer hakkın sınırları içerisinde bahşetmesine bağlı olarak bir hakkın diğerinin sınırını oluşturması halinde, bir hak çatışmasının söz konusu olmayacak olsa da bu ihtimalde dahi somut

⁶⁰ Zor davalarda hakimin elindeki yetkiler üzerine için krs. Hart, (n 56) 120-132; Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (16. bs Harvard University Press 1977) 14-131.

uyuşmazlıklar zor dava niteliği arz edebilir. Zira, kimi durumlarda bir hakkın başladığı, diğerinin ise sona erdiği sınırı tespit etmek hayli güçtür.

B. Menfaatler Arasındaki Çatışmanın Pozitif Hukukumuz Bağlamında Giderilmesine İlişkin Kanaatimiz

Farklı hukuk sistemlerindeki farklı görüşler arasında ortak kabul edilebilecek, genel eğilim, zorunluluk halini incelerken iki hakkı tartmak ve ağır olanı diğerine üstün tutmak suretiyle fiilin hukuka uygun olduğunu kabul etmek doğrultusundadır. Haklardan biri diğerine karşı baskın değilse bu defa zaruret altında suç işleyen kimseye kusur atfedilmemesi veya bu kimseye verilecek cezada önemli bir indirim yapılması tercih edilmektedir. Bu bakış açısına göre zaruret altındaki kişi, çeşitli koşulları taşıyan bir tehlikeyi savuşturmak için bir başkasının hakkını ihlal etmektedir. Bu tehlike savuşturulmazsa, kuvvetle muhtemel zorunluluk hali içerisinde hareket eden kimsenin veya bu kimse üçüncü kişi lehine hareket ediyorsa o kişinin hakkı muhtel olacaktır. Dolayısıyla zarurete yol açan tehlikenin yöneldiği kimse ile zaruret altında gerçekleştirilen fiilin hedef aldığı kimse arasında hak çatışması kaçınılmazdır. Zira, bunlardan her biri, hukuk düzeninin kendisine söz konusu hakkını bahşetmiş ve bu hakkın muhtevastaki menfaati müdafaa etmeyi vadetmiş olduğunu ileri sürmekte nahak sayılmazlar. Ancak daha değerli olan hak diğerine üstün gelir. Oysa yukarıda belirttiğimiz üzere hukuk düzeni değeri az veya çok hiçbir hak ihlalini göz ardı edemez. Hakkın muhtevastaki menfaati, hakkın öngördüğü koşullar içerisinde korumak, devletin vaadidir.

Alman doktrininde ise zorunluluk halinin hukuka uygun kabul edilmesinin gerekçelendirilmesi faydacılık ve dayanışma prensiplerine dayandırılmakta olup buna göre ağır basan hak uğrana hafif olanın fedasından başka toplumdaki bireyler arasında karşılıklı bir sigorta veya sosyal sözleşmeden ileri gelen bir dayanışma yükümlülüğünden söz edilmiştir⁶¹. Bu bağlamda kişilerin organlarını hatta hayatlarını feda etmelerini konu alan bir hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk hali düzenlemesine karşı çıkmıştır⁶².

⁶¹ Roxin & Greco (n 36) 844ff, §16, 10.

⁶² ibid (n 36) 845ff, §16, 10.

Zorunluluk halini inceleyen yazarlar, kimi olağanüstü hallerde bu vaadin yerine getirilmesini kendi kuvvetiyle temin eden kimselerin cezai sorumluluğu bakımından, durumu olağanüstü kılan unsurların tespiti, hak çatışmasında hakların derecelendirmesi ve failin somut olayda tehlikeyi üstlenmesinin gerekip gerekmediği meselelerine yoğunlaşmaktadırlar. Mağdurun, suç fiiline katlanma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı ise genel olarak göz ardı edilmektedir. Bu hususta belirgin biçimde görüş bildiren yazarlar, tabii hukuk öğretisinin savunucularıdır. Tabii hukuk doktrinin temsilcileri, zorda kalana yardım etmeyi, dini referanslara da dayanarak, hukukun gereği olarak görmüşlerdir⁶³. Örneğin, *Pufendorf*'a göre kişi önce kendini sevmeli, istisnai olarak Tanrı veya egemen tarafından gerektiğinde kendini feda etme ödevi yüklenmemişse, insan tabiatının gereğini yaparak kendini korumalıdır ve bu nedendir ki “zorunluluk, hukuk (kural) tanımaz” denmiştir⁶⁴. Yazar, kişinin zaruret altında başkasının malını, özellikle günün birinde parası olursa yerine koyma düşüncesiyle gizlice veya zorla almasının suç teşkil etmeyeceğini belirtirken fiilin muhatabı zenginse ve zarurete ilişkin diğer koşullar varsa zaten faile yardım etmenin kendisi aleyhine fiil gerçekleştirilen kimsenin yükümlülüğü olduğunu altını çizmiştir⁶⁵.

Toplumdaki her bir bireyin bir diğerinin zaruri ihtiyaçlarını gidermekle, özellikle de elinde imkanı varsa, yükümlü olmasına ilişkin genel bir inanış kanaatimizce fazla romantik bir yaklaşımdır. Bireylerin diğerlerinin ihtiyaçlarını karşılama veya diğerlerinin ihtiyaçları için gerekenleri kendileri aleyhine elde etmelerine katlanma yükümlülükleri genel geçer bir toplumsal kural olmayıp ancak yardım nafakası (Türk Medeni Kanunu m. 364) gibi hukuk kurallarının spesifik olarak yüklediği yükümlülüklerden bahsedilebilir. Buna göre katlanmanın da ötesinde yardım yardım yükü altında bulunan kimse kendisine karşı görünüşte suç teşkil eden bir fiil işlendiğinde, korunmaya değer bir hakkının ihlal edildiğini eskisi kadar kuvvetli bir biçimde ileri süremez. Burada ihlal edilen asıl norm ihkak-ı hak yasağıdır ki zorunluluk hali en çok bu yasağın çiğnenmesini meşru kılar. Zira zorunluluk halinin muhtevastaki acil müdahale ihtiyacı sırasında devletin hakkı

⁶³ Toroslu, Zaruret Hali (n 6) 21.

⁶⁴ Samuel Pufendorf, *On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law*, iç. James Tully (ed), Michael Silverthorne (çev), (1. bs Cambridge University Press 1991) 46, 53.

⁶⁵ ibid 55.

müdafaa için hazır bulunmaması, kişinin kendi hakkını müdafaa etmesine olanak tanır. Bu doğrultuda, zaruret altında işlenen fiil bakımından mağdurun katlanma yükümlülüğü bulunuyorsa, zorunluluk hali hukuka uygunluk sebebidir. Yardım yükümlülüğü halinde ise aynı sonuca evleviyetle ulaşılır.

Kanaatimizce, zorunluluk halinin hukuka uygunluk sebebi olması, hakların tartıya konmasıyla değil, *Madam Justice Wilson* tarafından yukarıda zikredilen yargılamadaki görüşlerine de paralel biçimde, katlanma yükümlülüğü bağlamında tespit edilmelidir. Bu çerçevede, mağdurun katlanma yükümlülüğü belirlenirken hakların terazi üzerindeki baskınlığına göre değil, pozitif hukuk kurallarına göre değerlendirme yapılmalıdır. Zira, hak çatışmasına dayanan klasik anlayış ne geleneksel sorunları çözüme kavuşturabilmekte ne de güncel gelişmelere cevap verebilmektedir. Örneğin, otonom araçların zorunluluk halinde kimin veya kimlerin can güvenliğini önceleyeceği, tartışma konusudur. Feda edilecek canlar arasında tercihin mümkün olup olmadığı, birden çok kişinin yaşamının bir kişinin yaşamına baskın gelip gelmeyeceği gibi hakların teraziye konmasından kaynaklanan sorunlar, otonom araçların zorunluk halindeki öncelikleri (*acil durum algoritmaları-Notstands-algorithmen*⁶⁶) bağlamında tartışılmaktadır. Bu hususta izin verilen risk kavramı üzerinden çözümler de ileri sürülmektedir.⁶⁷

Kusuru kaldıran zorunluluk hali bakımından ise TCK ve CMK hükümlerindeki düzenlemelerin zaruret altında suç işleyen kimsenin cezalandırılmamasını sağlamak bakımından yeterli olduğu kanaatindeyiz. Ancak TCK'da kusuru kaldıran zorunluluk halinin, bir hukuka uygunluk sebebi olan meşru müdafaa ile aynı maddede düzenlenmesinin sistematik bir yanlışlık olduğunu da belirtmek gerekir. *Özgenç* kanunun yapım sürecinde kusuru etkileyen haller başlığı altında kusuru kaldıran zorunluluk hali

⁶⁶ Feldle (n 28) 51.

⁶⁷ Benno Zabel, 'Handeln, Entscheiden, Zurechnen Wie der Einsatz intelligenter Technik die deontologische Deutung des Rechts verändert', iç. Jan Christoph Bublitz, Jochen Bung, Anette Grünwald, Dorothea Magnus, Holm Putzke und Jörg Scheinfeld (ed), *Recht – Philosophie – Literatur: Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag* (Duncker & Humblot 2020) 286ff; Sorunun çözümünü izin verilen risk doktrininde arayan görüşlerden biri için bkz. Alexander Bechtel, 'Differenzierungsansätze im Lebens-Dilemma' (2021) 43 (1) JURA 14, 21; Çok anlamlı ortaya çıkan somut meselelerde otonom araç teknolojilerinin, Alman Ceza Kanunu §34 ve 35 hükümlerindeki koşullara uygun neticeler verecek şekilde programlanmasının, kararın aracı süren sürücü tarafından değil öncesinde aracı tasarlayan programcı tarafından verilmesi gibi birtakım sebeplerden kaynaklanan zorluklar hakkında bkz. Feldle (n 28) 62-67.

(TCK m. 25/2) ile birlikte kusuru etkileyen zorunluluk hallerinin genel hükümler içerisinde düzenlemeye kavuşturulması girişimlerinin olduğunu ancak kanunkoyucu tarafından bu girişimin kabul görmediğini belirtmiştir⁶⁸. Kanaatimizce de böyle bir düzenleme daha isabetli olurdu.

Zorunluluk halinin hukuka uygunluk sebebi olmayıp kusur alanında etki doğurduğu haller yalnızca kusurun kalktığı durumlarla sınırlı değildir. Zaruretin cezai sorumluluğu kaldıracak ağırlığa ulaşmamakla beraber kusur azlığına yol açabileceği düşüncesiyle cezanın azaltılmasını öngören TCK m.147 gibi özel hükümlere de pozitif ceza hukukumuzda rastlanılmaktadır⁶⁹. Ancak burada zaruret, hukuki niteliğini tartıştığımız dar anlamda zorunluluk halinin koşullarını sağlayacak boyutta olmadığından kanaatimizce bu tür düzenlemeleri zorunluluk halinin üçüncü bir hukuki karakteri olarak ifade etmeye gerek bulunmamaktadır.

C. Kanaatimizin Hukuki Neticeleri

Bu aşamaya kadar zorunluluk halinin ikili bir karaktere sahip olduğu ve hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk halinin fiilin muhatabının katlanma yükümlüğüne dayandığını, bu durum söz konusu değilse kusuru kaldıran zorunluluk halinden söz edilebileceği yönündeki kanaatimizi oluşturmaya ve gerekçelendirmeye gayret ettik. Bu başlık altında ise görüşümüzün münferit problemlerin çözümünde verdiği neticeleri izah ederek bir anlamda görüşümüzün tutarlılığını test etme çabasına girişeceğiz.

Hukuk düzeni, komşusunun evinde çıkan yangına en etkili şekilde müdahalede bulunmak için komşusuna yangın tüpünü kullanırmayı veya yangın tüpüne erişilmesi için camının kırılması veya evine girilmesi gibi kişiye önemli bir zarar vermeyecek eylemlere katlanmayı zorunlu kılar. Bu itibarla söz konusu fiiller, zaruret durumunda, hukuka aykırı olmaz, bunlara karşı meşru müdafaada da bulunulamaz. Ancak yangın mağdurun evine de sıçramışsa veya sıçraması muhtemelse, yani acil ihtiyaç bu kişi için de mevcutsa, kişiden evini bütün olarak feda etmesi beklenemeyeceğinden bu halde hukuka uygunluktan söz edilemez.

⁶⁸ Özgenç (n 39) 439ff.

⁶⁹ Koca & Üzülmez (n 4) 349.

Kişinin çocuğunu hastaneye yetiştirmek için iade etmek üzere araba çalması hatta silah zoruyla şoför kaçırmaları da hukuka uygundur. Zira bu durumda zaten mağdur çocuğu hastaneye yetiştirmekle yükümlüdür. Zorunluluk hali de kişiyi bu yükümlülüğü yerine getirmek üzere zor kullanmayı meşru kılmaktadır.

Burada cevaplanması gereken bir diğer soru, kişinin komşusunun emanet bıraktığı yangın tüpünü kullanarak hatta yangın tüpü çalarak yangını söndürmesi veya gerektiğinde çocuğunu hastaneye yetiştirmek için arabasıyla beraber şoförü silah zoruyla alıkoymasının hukuk düzeni bakımından kişiye yüklenen bir ödev olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkindir. Başka bir ifadeyle kişi, garantör durumunda bulunduğu neticeyi önlemek için bir hukuka uygunluk sebebi olarak zorunluluk halinin kendisine tanıdığı hakkı kullanmak zorunda mıdır? Bu soruya verilecek cevap, zorunluluk hali kurumu yönünden bakıldığında, 'evet'tir. Kişi hukuka uygun sınırlar ve garantörlük yükümlülüğünün kapsamı çerçevesinde gerekli davranışları sergilemekle mükelleftir. Somut örnekte ceza hukukunun anne ve babanın çocuğu güvende tutmaya dair bir koruyucu garantörlük (*protective duty-Shutz-/Obhutspflicht*) yüklediği tartışmasıdır⁷⁰. Ancak hukuk düzeninin garantörlük ödevi bağlamında kişiden ne kadar ileri gitmesini beklediği, garantörlüğün sınırları, ayrı bir sorundur. Gerçek olmayan ihmali suç bağlamında hukuk düzeninin kişiden beklediği icranın kapsamı ayrı bir çalışmanın konusudur. Burada söz konusu örneklerde işlenen fiil hukuka uygun kabul edileceğinden hukuk düzeninin kişiye böyle bir ödev yüklemesinde, kişiden işlenmesi beklenen fiilin hukuka uygunluğu noktasında hukuk düzeninin kendisiyle çelişmesine neden olacak bir problem bulunmadığını belirtmekle yetiniyoruz. Ancak bu problemin *common law* doktrininde de tartışılacağı ifade etmek gerekir. *LaFave ve Scott, Jr.*'a göre, eğer A, B'yi öldürerek bir şehri yıkımdan kurtarabileceği zor bir durum ile karşılaşmışsa önünde iki seçenek vardır: Birincisi B'yi öldürmek ve bir şehri kurtarmak, ikincisi ise işi doğanın işleyişine bırakıp ve bu şekilde B'yi hayatta tutup bir şehir dolusu insanı ölüme terk etmek. Zorunluluk hali A'ya yalnızca normalde hukuku çiğnemek olan bir eylemi gerçekleştirme yetkisi tanımamakta aynı zamanda garantör olarak yükümlülük de yükleyebilmektedir. Bu sorun, cezai sorumluluğun temelleri bağlamında kişilere

⁷⁰ Ambos, Duff, Robbarts & Weigend (n 35) 28.

yüklenen pozitif yükümlülüklerle ilişkindir⁷¹. İskoç doktrinde *Gordon* ise kürtajın, öldürmeden (*homocide*) daha hafif bir suç olması kabul edildiğinden annenin sağlığını kurtarmak için kürtaj gerekli olduğu halde bu yola başvurmayarak anneyi ölüme terk eden doktorun cezai sorumluluğu doğabileceğinden söz etmiştir⁷². *Ormerod* da zorunluluk halinin (*necessity*), tehditten (*duress*) farklı olarak yükümlülük doğurabileceğini belirtmiştir⁷³.

Bir kimsenin kendi yaşam hakkını korumak için bir başkasının uzvunu kesmesi veya ırzına geçmesi halinde yaşam hakkının diğer haklara nazaran daha ağır basacağını ileri sürerek bir katlanma yükünden söz etmek mümkün değildir⁷⁴. Olması gereken her iki tarafa da hak tanıyan ve birinin hakkını diğeriyle sınırlamayan devletin, şartlar ne olursa olsun orada olması ve her iki hakkı da güvende tutmasıdır. Belirtilen örneklerde failin hakkı terazide mağdurun hakkına nazaran daha ağır bassa dahi, mağdurun katlanma yükümlülüğü olmaması nedeniyle fiil halen hukuka aykırı karakterini korumaktadır. Ancak, bu halde de devletin hak tanımak suretiyle koruma vaat ettiği menfaati, devlet yerine korumakla sınırlı olarak işlenen suç dolayısıyla failerin kınanması mümkün değildir.

Benzer şekilde ticari gereklere göre faaliyet gösterip de geçimini buradan elde ettiği gelire dayandıran fırıncıdan bütün açları doyurması, eczacıdan 'kamu bimarına deva-yi derd ihsan etmesi' beklenemez. Bu kimseler ancak, TCK m. 98 gibi normlar çerçevesinde, o an acil olarak ortaya çıkan acil ihtiyacı, somut olayın koşulları içerisinde bertaraf etmeye yetecek kadar karşılamakla yükümlülerdir. Kişilerin, o anlık ortaya çıkan ve aciliyet kesbeden bir olağanüstü durum dışında, açlıkla veya ilaçsızlıkla yüzleşmesi dolayısıyla gerçekleştirdikleri hırsızlık fiiline fırıncıların veya eczacıların katlanması gerekmez⁷⁵. Fırıncılar ve eczacılar, kural olarak, işletmelerine giren hırsızlara karşı meşru

⁷¹ LaFave & Scott, Jr. (n 2) 383.

⁷² Gerald H. Gordon, *The Criminal Law of Scotland*, (2. bs W. Green & Son Ltd. 1978) 421.

⁷³ Ormerod (n 19) 354.

⁷⁴ Benzer görüş için bkz. Roxin & Greco (n 36) 846, §16, 10a.

⁷⁵ Yargıtay da kişinin oğlunu ameliyat ettirmek için başkasına ait yeşil kartı kullandığı olayda söz konusu fiilin gereksinim değil zorunluluk olmasına vurgu yapmıştır: "Somut olayda; sanığın kasık fitiği rahatsızlığı olup, ameliyat olması gereken ve herhangi bir sosyal güvencesi olmayan oğlu M.'i, akrabası olan A.'in yeşil kartını alarak, A.'e ait sağlık karnesi ile hastaneye başvuruda bulunup ameliyat ettirip,

müdafaaya uygulamakta serbesttirler. Ülke toprakları üzerinde, yoksulluğu silmek ve kişilere tanınan yaşam hakkını müdafaaya etmek fırıncıların veya eczacıların değil devletin sorumluluğundadır. Ayrıca kişilerin ekonomik olumsuzluklarını bahane ederek suç işlemesi kabul edilebilir bir durum değildir. *Southwark London Borough v Williams* davasında *Lord Denning*, eğer açlık hırsızlık için geçerli bir sebep kabul edilmeye başlanırsa, o kapı bir kez aralanırsa ise her türlü hukuksuzluk ve bozgunculuğun girebileceğini belirtmiştir⁷⁶. Gerçekten, ekonomik gereklilikler hiçbir zaman hukuka uygunluk nedeni sayılmamıştır ancak hırsızlık vakalarında ceza indirimine sebep olabilirler⁷⁷. TCK m. 147 hükmüyle, ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak üzere gerçekleştirilen hırsızlık suçunda verilecek cezada olayın özelliğine göre cezanın indirilmesi veya ceza vermektен vazgeçilmesi mümkün kılınmıştır. Belirtildiği üzere, Türk ceza mevzuatında kimi suç tipleri bakımından TCK m. 147 benzeri, kişinin zorunluluk içerisinde bulunması halinde cezayı hafifleten veya kaldıran hükümlere rastlanmaktadır.

Kusuru kaldıran zorunluluk halinde menfaat dengeleri göz önünde bulundurulabilirse de bir hakkın diğerine muhakkak üstün gelmesi gerekmez. Hatta hak diğerine yakın ya da daha az değerde dahi olabilir. Önemli olan somut durumda tehlike altındaki menfaatle ihlal edilen somut menfaat arasındaki dengedir⁷⁸. Örneğin, kişi kolundan sıyrılarak uçuruma yuvarlanmakta olan altın bileziğini veya rüzgara kapılıp nehre düşmek üzere olan anne yadigarı eşarbını kurtarmak için yanında duran kişiyi hafif burkulmalara sebep olacak şekilde iterek yere düşürse mülkiyet hakkı vücut

kamu kurumu olan İğdır Devlet Hastanesini zarara uğrattığı iddia olunmasına karşın, sanık savunmasında 9 aylık çocuğu M.'in hastalandığını ve acil olarak hastaneye götürdüğünü ameliyat olması gerektiğinin söylenmesi üzerine zorunlu olarak akrabaları A.'in yeşil kartını aldığını maddi durumlarının iyi olmadığını bildirmesine göre; gerçeğin kuşkuyla yer vermeyecek şekilde ortaya çıkartılması için, hastalığa ilişkin muayene ve tedavi evrakı gösterilmek suretiyle ameliyatı yapan doktorun dinlenerek ameliyatın acil nitelikte olup olmadığının belirlenmesi ve olayda TCK'nın 25/2 maddesinin uygulama imkanının bulunup bulunmadığının tartışılması, sanığın suç tarihi itibarıyla ekonomik ve sosyal durumunun araştırılarak yeşil kart alma şartlarını taşıyıp taşımadığının tespit edilmesi ve sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken eksik inceleme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi," bkz. Yargıtay, 15. CD, E. 2011/15579, K. 2012/41142, T. 12.09.2012.

⁷⁶ *Southwark London Borough v Williams* [1971] 2 All ER 175.

⁷⁷ Joseph Goldstein, Alan M. Dershowitz & Richard D. Schwartz. *Criminal Law: Theory and Process*, (1. bs The Free Press 1974) 1032.

⁷⁸ Alman hukukuna bakıldığında ise hakların tartışılması anlayışının soyut olarak bir hakkın diğerine üstün gelmesine dayandığı ancak özellikle bu haklar birbirine yakın değerdeyse yapılacak incelemede somut olayın koşullarının önem kazandığı görünmektedir. Bkz. Feldle (n 28) 61.

dokunulmazlığının korunması hakkı karşısında daha düşük bir değere sahipse de kurtarılan ve ihlal edilen menfaatler gözetildiğinde diğer koşullar da varsa faili kusursuz kabul etmek gerekir.

Burada özellikle kusurun kalkması bakımından failin içerisinde bulunduğu durumun sağlıklı bir irade oluşturabilmesini ne kadar etkilediğini somut olayın koşulları içerisinde değerlendirmenin önemini vurgulamak gerekir. Bu hususta özellikle kişinin tehlikedeki iki husustan birini diğerine tercih mi ettiği, örneğin açık denizde istiap haddini korumak için kurtarma botlarına binmeye çalışan fazladan yolcuları, diğer yolcuları da ölüme sürüklememeleri için ateş ederek öldüren kimsenin durumuyla, menfaatlardan biri tehlikedeysen diğerinin tamamen güvende olduğu bir ikilem içerisinde bulunan kimsenin durumunun farklı olabileceğine dikkat edilmelidir⁷⁹.

Son olarak, yukarıda izah etmeye gayret ettiğimiz ve somut olaylar üzerinden uygulamasına dair fikirlerimizi belirttiğimiz kanaatimizi, Türk mer'i mevzuatına uygunluk yönünden test etmeyi gerekli görmekteyiz. Yukarıda yer aldığı üzere zorunluluk halinin hukuka uygunluğu ortadan kaldıran sebep ve kusuru ortadan kaldıran sebep olmak üzere ikili bir hukuki karaktere sahip olduğu kanaatindeyiz. CMK m. 223/3-b hükmü kusuru kaldıran zorunluluk halinin kanuni dayanağını oluşturmak bakımından yeterli olup doktrinde hakim görüş de bu hükmün kusurluluğu ortadan kaldıran bir zorunluluk haline işaret ettiği yönündedir. Diğer taraftan hukuka uygunluk sebepleri sınırlı sayıda değildir. Bu itibarla, hukuka aykırılığı kaldıran zorunluluk halini, suçun hukuka aykırılık unsuru ele alınırken değerlendirilmesi gereken bir hukuki kurum olarak ileri sürmek CMK m. 223/3-b hükmüyle çelişmemektedir.

Türk Medeni Kanunu m. 753 hükmünde yer alan *“Bir kimse kendisini veya başkasını tehdit eden bir zararı veya o anda mevcut bir tehlikeyi ancak başkasının taşınmazına müdahale ile önleyebilecek ve bu zarar ya da tehlike taşınmazına müdahaleden doğacak zarardan önemli ölçüde büyük ise, malik buna katlanmak zorundadır.*

Malik, bu yüzden uğradığı zarar için hakkaniyete uygun bir denkleştirme bedeli isteyebilir.” şeklindeki düzenleme ile zarar ve tehlike arasında ağırlık farkı gözetilerek

⁷⁹ Benzer ayırım için bkz. Wessels, Beulke & Satzger (n 46) 244ff, §718.

bir katlanma yükümlülüğü getirilmiştir. Söz konusu katlanma yükümlülüğünün tanınması, hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk haline ilişkin görüşlerimizi perçinler niteliktedir. Her ne kadar kanunun, katlanma yükünü menfaat dengesi üzerine kurmuş olmasına katılmasak da maddenin ikinci fıkrası bu durumun olumsuz neticelerini özel hukuk bağlamında bertaraf etmektedir. Zira büyük bir çiftliğin önemli bir maddi değer ifade eden kısmının yanmasını engellemek için bir başka kişiye ait düşük değerli ancak o kişinin geçim kaynağı olan arazisini de kapsayacak biçimde karşı ateş yakılması halinde mağdura katlanma yükümlülüğü yüklemek adil değildir. Ancak kişiye denkleştirme bedeli isteme yetkisi tanınması bu adil olmayan sonucu tazminat hukuku anlamında ortadan kaldırmaktadır. Bu istisna hüküm çerçevesinde, hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hali bağlamında katlanma yükümlülüğü belirlenirken, olayda kişinin taşınmazına müdahale söz konusu ise menfaat dengesi ölçütünün esas alınmasının kanuni bir gereklilik olduğunu belirtmek gerekir.

Türk Borçlar Kanunu m. 63 hükmünde zorunluluk halinde fiilin hukuka aykırı sayılmayacağı açıkça düzenlenmiştir. Ancak zorunluluk halinin muhtevasına açıkça yer verilmemiştir. Kanaatimizce, zorunluluk halinin ikili niteliğe sahip olduğu yönündeki görüş, bu hüküm ile CMK'nın 223. maddesinin 3. fıkrasının b bendi arasındaki görünüşteki çelişikliği de gidermektedir.

SONUÇ

Doktrinde zorunluluk halinin hukuki niteliğine ilişkin görüşler üç kategoride toplanmaktadır: *Birinci görüş*, zorunluluk halini yalnızca hukuka uygunluk sebebi olarak görmektedir. Buna göre, haklar arasında önemli bir denge farkı bulunmaktaysa baskın gelen hak karşısında zayıf kalan hak feda edildiğinden fiil hukuka uygun sayılmakta ve eğer haklar birbirine eşit veya yakın değerdeyse bu ancak ceza indirimi sayılabilmektedir. *İkinci görüş*, zorunluluk halini yalnızca kusuru kaldıran sebep olarak görmekte, işlenen fiilin hukuka aykırılığı sürmesine karşın failin kusuru bulunmaması nedeniyle ceza verilmeyeceği sonucuna erişmektedir. *Üçüncü görüş* ise zorunluluk haline ikili bir karakter yüklemekte, haklar arasında önemli bir dengesizlik varsa baskın gelen hakkı koruyan fail lehine bir hukuka uygunluk sebebinden, haklar birbiriyle eşit veya yakın

değerdeyse fiil suç teşkil etmeye devam etmekle birlikte failin kusursuz sayılacağından söz etmektedir.

Kanaatimizce zorunluluk hali, kusuru kaldıran zorunluluk hali ve hukuka aykırılığı kaldıran zorunluluk hali olmak üzere ikili hukuki niteliğe sahiptir. Ancak kanaatimiz yukarıda belirtilen ve Alman kanun ve doktrinince benimsenen *üçüncü görüşten* muhteva bakımından ayrılmaktadır. Zira, genel kabulün aksine, kanaatimizce zorunluluk halinin hukuka uygunluk sebebi olduğu durumlarda fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran bir hakkın diğerine göre üstünlüğü değil, suçun mağdurunun söz konusu fiilin sonuçlarına katlanma yükümlülüğünün bulunmasıdır. Katlanma yükümlülüğü söz konusu ise ancak o zaman hukuka uygunluktan bahsedilebilir. Elbette ki yardım yükümlülüğü, katlanma yükümlülüğüne göre evleviyetle hukuka uygunluk doğurur. Zira burada zaruretin, ihkak-ı hak yaşağını bertaraf edeceği kuşkusuzdur.

Bir kimseden bir başkasının canını kurtarmak için kendi parmağı, eli veya ayağı gibi uzuvlarından birini yahut cinsel dokunulmazlığını feda etmesi ya da bunların tecavüzüne sessiz kalması, bir yükümlülük olarak, beklenemez. Dahası belirtilen örneklerde failin canını kurtarmak için yaptığı saldırıya meşru müdafaa yoluyla karşı koyabilme hakkı söz konusudur. Esasen olması gereken devletin kudretinin egemenlik alanındaki her noktaya erişip zarureti bertaraf ederek her iki tarafa da tanıdığı haklar çerçevesinde korumayı vadettiği menfaatleri güvence altına almasıdır. Bunu başaramayan devlet, kişinin kendi hakkını korumakla sınırlı olarak kanunları çiğnemesi halinde kişiyi kusurlu saymamalıdır, zira kişi, devletin kendisine verdiği sözü tesis etmekten başka bir şey yapmamıştır.

Zorunluluk halinin kusuru kaldırıp kaldırmadığı incelenirken, fiil ile elde edilen menfaat ile ihlal edilen menfaat arasında bir denge gözetilmelidir. Burada yarışan, haklar değil somut menfaatlerdir.

Belirtilen kanaatimiz çerçevesinde zorunluluk halinin hukuki niteliğinin açıklanabilmesi için Türk mevzuatında bir kanun değişikliğine gerek bulunmamaktadır. Zira kusuru kaldıran zorunluluk hali TCK'nın 25. maddesinin 2. fıkrası, m. 25/2 ve CMK'nın 223. maddesinin 3. fıkrasının b bendiyle düzenlenmiştir. Hukuka aykırılığı kaldıran zorunluluk halinin ise kanunda açıkça düzenlenmesine gerek bulunmadığı gibi

TMK ve TBK hükümlerinde hukuka uygunluk sebebi olan bir zorunluluk hali kurumundan da söz edilmektedir.

Zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk sebebi mi yoksa kusuru kaldıran bir sebep mi olduğu sorunu özellikle zaruret altında işlenen fiile karşı meşru müdafaa gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği bakımından önem taşımaktadır. Buna göre hukuka uygun bir fiile karşı meşru müdafaa gerçekleştirilemeyecekken kusuru kaldıran zorunluluk halinin varlığına karşın meşru müdafaada bulunulabilir.

Normalde suç sayılacak bir fiilin gerçekleştirilmesi, kanun tarafından hukuka uygun kılınmışsa gerektiğinde bu hakkı kullanmak, hukuk düzeni tarafından yüklenen bir yükümlülüğe de dönüşebilir. Ancak kusuru kaldıran zorunluluk halinde hukuk düzeni, hukuka aykırı bir fiili emredemeyeceğinden böyle bir yükümlülüğün de söz edilemez.

KAYNAKLAR

Ambos, K., Duff, A., Roberts, J. & Weigend, T., *Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice, Vol I* (1. bs Cambridge University Press 2020).

Apaydın C, 'Zorunluluk Halinin Hukuki Niteliği' (2019) 14 Terazi Hukuk Dergisi 1222.

Arnolds E.B. & Garland N.F., 'The Defense of Necessity in Criminal Law: The Right to Choose the Lesser Evil' (1974) 65 The Journal of Criminal Law and Criminology 289.

Avcı, M., *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler* (3. bs Adalet Yayınevi 2018).

Baumann, J., Weber, U., Misch, W. & Eisele, J., *Strafrecht Allgemeiner Teil* (12. bs Verlag Ernst und Werner Gieseking 2016).

Bechtel, A, 'Differenzierungsansätze im Lebens-Dilemma' (2021) 43 (1) JURA 14.

Berger, BL, 'A Choice among Values: Theoretical and Historical Perspectives on the Defence of Necessity' (2002) 39 Alberta Law Review 848.

Burchell, J., *Principles of Criminal Law* (5. bs Juta and Company Ltd. 2016).

Demirbaş, T., *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. bs Adalet Yayınevi 2020).

- Dworkin, R., *Taking Rights Seriously* (16. bs Harvard University Press 1977).
- Feldle, J., *Notstandsalgorithmen Dilemmata im automatisierten Straßenverkehr* (1. bs Nomos 2018).
- Goldstein, J., Dershowitz, A. M. & Schwartz R.D, *Criminal Law: Theory and Process*, (1. bs The Free Press 1974).
- Gordon, G. H., *The Criminal Law of Scotland*, (2. bs W. Green & Son Ltd. 1978).
- Hafizoğulları, Z., 'Türk Ceza Hukuku Sisteminde Zaruret Hali ve Üçüncü Kişiyi Kurtarma' (1971) 28 AÜHFD 91.
- Hart, H.L.A., *The Concept of Law* (1. bs Oxford University Press 1961).
- Heinrich, B., *Strafrecht Allgemeiner Teil* (6. bs Verlag W. Kohlhammer 2019).
- Hojecka, P., 'Regina v Dudley and Stephens' (2003) 4 *Common Law Rev.* 31.
- Howard C. & Elliot, I.D., *Criminal Law* (3. bs The Law Book Company Ltd. 1977).
- Kemp, G., Walker, S., Palmer, R., Baqwa D., Gevers, C., Leslie, B. & Steynberg, A., *Criminal Law in South Africa*, iç. Gerhard Kemp (ed), (2. bs Oxford University Press 2016).
- Kienapfel, D. *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Walter de Gruyter 2020).
- Koca, M. & Üzülmöz, İ., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7. bs Seçkin Yayıncılık 2020).
- Krebs, B., 'Justification and Excuse in Article 31(1) of the Rome Statute' (2013) 2(3) *Camb. Int. Law J.* 382.
- LaFave, W.R. & Scott, Jr, A.W., *Criminal Law* (1. bs West Publishing Co. 1972).
- Lansdown, A. V. *Outlines of South African Criminal Law and Procedure* (2. bs Juta and Company Ltd. 1960).
- Lilienthal, G. I., 'The English common law criminal defence and excuse of necessity: a critical comparison of the customary law and commonplace' (2018) 44(3) *Commonwealth Law Bulletin* 345 – 361.

- Ormerod, D., *Smith & Hogan Criminal Law* (12. bs Oxford University Press 2008).
- Önok RM & Önay I, “Hukuk Düzeninin Birliği İlkesi Çerçevesinde Zorunluluk Halinin Hukuki Niteliği” (2019) 77 İstanbul Hukuk Mecmuası 847.
- Özbek, V.Ö. & Doğan, K., ‘Zorunluluk Halinin (TCK m.25/2) Hukuki Niteliği’ (2007) 9 (2) DEÜHFD 195.
- Özbek, V.Ö., Doğan K. & Bacaksız, P., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11. bs Seçkin Yayıncılık 2020).
- Özgenç, İ., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. bs Seçkin Yayıncılık 2020).
- Pufendorf, S., *On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law*, iç. James Tully (ed), Michael Silverthorne (çev), (1. bs Cambridge University Press 1991).
- Roxin, C. & Greco, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil - Band I: Grundlagen Der Aufbau der Verbrechenslehre* (5. bs C.H.Beck 2020).
- Paul, B. S., 'Justification, Excuse and the Defence of Necessity: A Comment on Perka v. the Queen' (1985) 27(3) Crim LQ 278-287.
- Toroslu, N., *Ceza Hukukunda Zaruret Hali* (1. bs Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1968).
- Töngür, A. & Çetintürk, E., *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (1. bs Adalet Yayınevi 2020).
- Türk Hukuk Kurumu, *Türk Hukuk Lügati* (3. bs Başbakanlık Basımevi 1991).
- Wessels, J., Beulke, W. & Sezger, H., *Strafrecht Allgemeiner Teil* (48. bs C.F.Müller 2018).
- Zabel, B., ‘Handeln, Entscheiden, Zurechnen Wie der Einsatz intelligenter Technik die deontologische Deutung des Rechts verändert’, iç. Jan Christoph Bublitz, Jochen Bung, Anette Grünwald, Dorothea Magnus, Holm Putzke und Jörg Scheinfeld (ed), *Recht – Philosophie – Literatur: Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag* (Duncker & Humblot 2020), 271.

Kararlar

Perka v R [1985] 42 CR 3d 113.

R v Dudley & Stephans (1884) 14 QBD 273 DC.

S v Bailey 1982 (3) SA 772 (A).

Southwark London Borough v Williams [1971] 2 All ER 175.

US v Holmes 26 FC 360 No. 15383 (1842).

Yargıtay, 15. CD, E. 2011/15579, K. 2012/41142, T. 12.09.2012.