

ZORUNLULUK HALİNİN (TCK m.25/2) HUKUKİ NİTELİĞİ

*Doç.Dr. Veli Özer ÖZBEK**

*Arş.Gör. Koray DOĞAN***

A. GENEL OLARAK

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenleme şekliyle, doktrin ve yargı kararlarında bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilen¹ zorunluluk halinin hukuki niteliği, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle tartışmalı hale gelmiştir. TCK'da zorunluluk hali, hukuka uygunluk sebepleri (Meşru savunma, Hakkın Kullanılması, Mağdurun Rızası) ile kusurluluğu etkileyen hallerin (Cebir, şiddet, korkutma ve tehdit, Haksız tahrik, Hata) tartışmaya açık bir şekilde aynı başlık altında düzenlendiği *Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler* bölümünde yer almaktadır. Bu şekilde kanunun sistematüğinden zorunluluk halinin hukuki niteliğinin tespiti imkânsız hale gelmiştir. Kanunun gerekçesinde ise "kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak zorunluluk (zaruret, ıztırar) hali..." denilmek suretiyle düzenlemenin hukuka uygunluk sebebi değil bir kusurluluğu kaldıran hal olduğu belirtilmiştir. Bunun yanı sıra CMK'da suçun zorunluluk hali etkisiyle işlenmiş olması halinde sanık hak-

* Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı

** Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı

¹ **Dönmezer Sulhi/Erman Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C.II, İstanbul 1997, s. 126; Bu görüş dışında zorunluluk halinin failin cezalandırılmasına etkili olan bir sebep olduğu ve şahsi cezasızlık sebebi olduğu görüşleri için bkz. **Önder Ayhan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.II-III, İstanbul 1992, s. 200; geniş anlamda bir cezalandırılmama nedeni olduğu görüşü için bkz. **Hafizoğulları Zeki**, Türk Ceza Hukuku Sisteminde Zaruret Hali ve Üçüncü Kişiyi Kurtarma, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, C.28, S. 1-4, Y.1971, s. 91; Kusurluluğa etki eden bir sebep olduğu görüşü için bkz. **Erem Faruk**, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C.1, Ankara 1971, s. 462vd.

kında *kusurunun bulunmaması nedeniyle* ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceği (CMK m.223/3-b) düzenlenerek zorunluluk halinin kusurluluğu etkileyen bir hal olarak kabul edilmiştir. Söz konusu belirsizliğin asıl sebebi kanun koyucunun sistemin tamamını göz ardı ederek sadece yabancı kanunların (bu örnekte Alman Ceza Kanunu'nun) ilgili maddelerini Türk Ceza Kanununa dahil etmesi olmalıdır.

Zorunluluk halinin, 5237 sayılı yeni TCK'daki hukuki niteliği hakkında ileri sürülen görüşleri genel olarak üç başlık altında toplamak mümkündür. *Hafizoğulları, Özgenç, Şahin, Artuk-Gökçen-Yenidünya, Hakeri, Koca-Üzülmez ve Mahmutoğlu* zorunluluk halinin, kusurluluğu etkileyen bir mazeret sebebi olduğu²; *İçel-Evik, Centel-Zafer-Çakmut, Öztürk-Erdem, Donay* ise bir hukuka uygunluk sebebi olduğu³ görüşündedir. *Demirbaş ve Kangal* ise düzenlemenin somut olayın özelliğine göre kusurluluğu kaldıran hal veya hukuka uygunluk sebebi olabileceği görüşündedir⁴.

Bu tartışma sadece bir kavram tartışması değil aynı zamanda ve daha önemlisi, aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, kurumun hukuki sonuçlarını etkileyecek bir tartışmadır. Basit bir ayrımla hukuka uygunluk sebebi fiili tamamen suç olmaktan çıkarmak suretiyle failin cezalandırılmasına engel olurken, kusurluluğu etkileyen halin varlığı halinde fiil, hukuka aykırılık

² **Hafizoğulları** Zeki, Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi (Nichtzumutbarkeit/L'Inesigibilität), <http://www.zekihafizogullari.com/Makaleler/istenemezlik.pdf> (Erişim 30.01.2009); **Özgenç** İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, s. 380; **Şahin** Cumhur, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2005, s. 708; **Artuk** Mehmet Emin/**Gökçen** Ahmet/**Yenidünya** Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, s. 664; **Hakeri** Hakan, Ceza Hukuku, 4. Bası, Ankara 2005, s. 218; **Koca** Mahmut/**Üzülmez** İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 267; **Mahmutoğlu** Fatih Selami, "5237 S. Türk Ceza Kanununda Hukuka Uygunluk Nedenleri", Hukuk ve Adalet Dergisi, S. 5, Nisan 2005, s. 51.

³ **İçel** Kayıhan/**Evik** A. Hakan, İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Kitap, İstanbul 2007, s. 132; **Centel** Nur/**Zafer** Hamide/**Çakmut** Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2006, s. 318; **Öztürk** Bahri/**Erdem** Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2008, s. 148; **Donay** Süheyl, Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu, İstanbul 2005, s. 283; aynı yönde bkz. **Yazıcıoğlu** Yılmaz, Yeni Türk Ceza Kanununda Hırsızlık Suçunun Nitelikli Halleri, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S. 41-42, s. 47.

⁴ **Demirbaş** Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, s. 269; **Kangal** Zeynel Temel, Zorunluluk Durumunun Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2006, s. 9vd.

vasfını korumakta ancak failin içinde bulunduğu özel durum gerekçesiyle cezalandırılması mümkün olmamaktadır.

Çalışmamızda TCK'da yer alan zorunluluk halinin hukuki niteliğini, mehz Kanun Alman Ceza Kanunu'nun düzenleme şeklini, Türk doktrinindeki görüşleri ve Yargıtay'ın konuya ilişkin vermiş olduğu kararları değerlendirmek suretiyle ele alacağız.

B. HUKUKA AYKIRILIK ve KUSUR AYRIMI

1. Hukuka Aykırılık ve Hukuka Uygunluk Sebepleri

Bir fiilin hukuka aykırı olması, genel anlamıyla fiilin hukuk düzeni içerisinde cevaz verilmemesi, onaylanmaması ve bu nedenle failin hukuki korumadan yararlanamaması anlamına gelir. Tipe uygun bir insan davranışının cezalandırılabilir olmasının unsurlarından birisi fiilin hukuka aykırılığıdır. Kural olarak ceza kanunu ve özel ceza yasalarında yer alan suç tiplerine uygun bir davranış hukuka aykırı kabul edilir. Çünkü ceza kanunlarında yer alan suç tipleri, korunan hukuki yararları ihlal eden asosyal davranış modelleridir ki bu şekilde tipe aykırılığın hukuka aykırılık için de bir karine olduğu söylenebilir⁵. Örneğin birini öldüren kişi aynı zamanda hukuka aykırı davranmıştır. Ancak bu durum hukuka uygunluk sebeplerinin olayda araştırılmasına engel değildir; hatta bu cezalandırılabilir için bir zorunluluktur. Failin bu yönde bir talebi olmasa bile olayda bir hukuka uygunluk sebebinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılması gerekir. Çünkü söz konusu karinenin aksi bir hukuka uygunluk sebebi ile ispat edilebilir⁶. Hukuka uygunluk sebepleri kanunda düzenlenebileceği gibi pekâlâ örf adet hukukundan da kaynaklanabilir.

Ceza kanunumuzda düzenlenen hukuka uygunluk sebepleri Kanun Hükmünü İcra (m.24/1), Meşru Savunma (m.25/1), Hakkın Kullanılması (m.26/1), ve İlgilinin Rızası (m.26/2)dır. Bunlar dışında kanunda açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen doktrin ve Yargıtay tarafından varlığı kabul edilen hukuka uygunluk sebepleri de vardır.

⁵ **Baumann** Jürgen/**Weber** Ulrich/**Mitsch** Wolfgang, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bielefeld 2003, s. 194; **Lackner** Karl/**Kühl** Kristian, Strafgesetzbuch, Kommentar, München 2007, § 32, Rn. 2.

⁶ **Lackner/Kühl**, § 32 Rn. 2.

2. Kusurluluk - Kusurluluğu Etkileyen Haller ve Mazeret Sebepleri

Tipe uygun ve hukuka aykırı bir fiilden ötürü failin cezalandırılabilmesi failin o kişiye isnat edilebilmesine bağlıdır. Ceza hukuku sadece “kör” netice veya failin tehlikeliliği ile ilgilenmez bunun yanında ceza hukuku “**Kusur Ceza Hukuku** (=Schuldstrafrecht)” olarak sadece faile somut olarak isnat edilebilen fiilleri suç olarak kabul eder ve cezalandırır⁷. Faili neden olduğu netice bakımından cezalandırabilmemiz için **sübjektif olarak** ondan neticeye neden olmayacak şekilde davranmasını bekleyebilmemiz gerekmektedir⁸. Bu noktada kusurluluğu etkileyen haller faile neticenin isnadını engelleyebilir.

İşlenen suçun kusurluluğu kaldıran cebir-şiddet-tehdit (TCK m.28), kaçınılmaz hata (TCK m.30) veya kusurluluğu azaltan haksız tahrik (TCK m.29) altında işlenmesi halinde faile ceza verilmez veya cezasında haksız tahrik örneğinde olduğu gibi indirim yapılır. Bu haller dışında mazeret sebepleri olarak adlandırabileceğimiz bir grup daha vardır ki bunların varlığı halinde faile ceza verilmemesinin sebebi; içinde bulunduğu durumda failden tehlikeye katlanmasının beklenmesinin (=Unzumutbarkeit) imkânsız olmasıdır. Bu durumda tipe uygun haksızlığı işleyen fail kanunda ifade edildiği üzere “mazur” görülür (TCK m.27/2). Zorunluluk hali, meşru savunma sınırının mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ötürü aşılmasının örnek olarak sayılabileceği bu gruba ise **mazeret sebepleri** adı verilir⁹.

Mazeret sebeplerinde diğer kusurluluğu kaldıran veya azaltan nedenlerden farklı olarak kusurun azalması, haksızlığın azalması sebebiyle gözden uzak tutulamayacak ölçüde faili harekete geçiren sebebin etkisiyle bağlantılıdır. Diğer bir ifadeyle, mazeret sebeplerinde kusurun azalmasına yol açan şey faili harekete geçiren dürtüdür. Bu onun aynı zamanda haksızlık içeriğini de azaltır. Kusurun azaldığının kabul edilmesi için kusurun ortadan kalkmasına gerek yoktur. Şayet kusur önemli derecede azalmışsa, artık hareket

⁷ Baumann/Weber/Mitsch, s. 194.

⁸ Baumann/Weber/Mitsch, s. 194.

⁹ Alman Ceza Hukuku'nda mazeret sebepleri (=Entschuldigungsgründe) ifadesi genellikle, kusurluluğu kaldıran hallerden (=Schuldausschließungsgründe) farklı bir anlamda kullanılmaktadır (S/S-Lenckner, § 32 Rn. 108/109; Jescheck/Weigend, § 43 II; Lackner/Kühl, § 32-35 Rn.30). Mazeret sebepleri ifadesinin hukuka uygunluk sebepleri ifadesiyle eş anlamlı kullanımı için ayrıca bkz. Hafizoğulları, s. 131.

kusurlu olmasına rağmen cezalandırılmasına gerek bulunmaz¹⁰. Bununla birlikte CMK m.223/3'de yer alan düzenleme mazeret sebebi olarak kabul etmiş olduğumuz hallerin kusuru ortadan kaldıran sebep olarak değerlendirilebileceği sonucunu ortaya koymaktadır¹¹.

3. Hukuka Aykırılık ve Kusur Ayrımı

Hukuka aykırılığın varlığı için tipe uygunluk, kusurun varlığı için ise tipe uygunluk ve hukuka aykırılığın varlığı şarttır ki, bu nedenle somut olayda suçun unsurlarının varlığını incelerken kusurdan önce hukuka aykırılık sınıranır. Çünkü hukuka aykırılık olmadan kusurdan söz etmek imkânsızdır¹². Buna karşılık 12 yaşından küçük çocuklarda olduğu gibi failin kusursuz bir şekilde hukuka aykırı davranabilmesi mümkündür¹³.

Hukuka aykırılık ve kusur ayrımı, haksızlık ve kusur ayrımı ile de bağlantılıdır¹⁴. Günümüzde kusurluluk ve haksızlığın aynı şeyler olmadığı, fiilin tipe uygun ve hukuka aykırı olduğunun kabul edilmesiyle sadece fiilin *haksız* olduğunun tespit edildiği kabul edilmektedir¹⁵. Yani haksızlık fiilin hukuk düzeninde var olan ve suç tipinin oluşumunu sağlayan davranış normlarının (yasak ve emirler) ihlalidir. Cezalandırma için ise bu yeterli değildir. Bunun için ayrıca failin kusurunun da mevcut olması gerekir ki bu şekilde haksızlık faile kişisel olarak isnat edilebilsin. Kusurlulukta artık toplumun geneli için geçerli olan beklentiler değil failin kişisel olarak yapabileceği şeyler dikkate alınır. Kusurluluk sübjektif isnadiyetin koşullarından birisi olarak failin hakkında ceza hükmü verilip verilemeyeceğini belirler¹⁶. Bu

¹⁰ **Gropp** Walter, Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin Heilderberg New York 2001, § 7, no.64; **Özbek**, İzmir Şerhi, C.1, s. 156.

¹¹ **Özgenç**'e göre de mazeret sebebinin varlığı halinde, işlenen fiil haksızlık teşkil etme niteliğini korumaktadır. Buna karşılık, haksızlığı gerçekleştiren kişi, mazeret sebebinin varlığı dolayısıyla kusurlu addedilmemektedir (**Özgenç**, s. 376).

¹² **Baumann/Weber/Mitsch**, s. 310; **Haft** Fritjof, Strafrecht Allgemeiner Teil, München 2004, s. 116; Ayrıca bkz. **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 343; **Özbek**, İzmir Şerhi, C.1, s. 274vd.

¹³ **Baumann/Weber/Mitsch**, s. 310.

¹⁴ Hukuka uygunluk sebepleri aynı zamanda haksızlığı da ortadan kaldırırlar (**Lackner/Kühl**, § 32 Rn.1).

¹⁵ **Haft**, AT, s. 116.

¹⁶ **Haft**, AT, s. 127.

şekilde kusurluluk ile haksızlık arasında bir bağımlılık ilişkisinden söz etmek mümkündür. Bu bağımlılık ilişkisini şu şekilde açıklamak mümkün olabilir; eğer kusur ilkesi gereği kusur cezanın koşulu ise, kusurdan söz edebilmemiz için failin davranışından önce davranışının yasak olduğunu biliyor ya da en azından bilebilecek durumda olması gerekir¹⁷.

C. ZORUNLULUK HALİNİN HUKUKİ ESASINI AÇIKLAYAN TEORİLER

1. Koruma İçgüdü Teorisi

Bu teoriye göre zorunluluk halinde işlenen suçlarda failin cezalandırılmamasının esası kişinin kendisini koruma içgüdü veya refleksidir¹⁸. Her canlı gibi insan da kendisini tehlikeye karşı koruma içgüdüne sahiptir. Hukuk, tehlikeden haklarını korumaya çalışan kişinin davranışının sınırlarını ve şartlarını bu içgüdü doğrultusunda tutarlı bir şekilde düzenlemelidir¹⁹.

Her insanda mevcut olan ve karşı koyamayacağı bir his olan koruma içgüdü *medeniyet* altında frenlenmiş olsa da olağanüstü olaylar karşısında bu his tüm ilkeliği ile tekrar ortaya çıkar. İnsanın kendisini kurtarmak için bu şekilde başkasına zarar vermesi, ahlaki olmasa da hukukidir²⁰. Çünkü hiçbir hukuk düzeni kendini koruma hakkını tanımamazlık edemez²¹.

2. Manevi Cebir Teorisi

Teoriye göre zorunluluk halinde olan kimse, içinde bulunduğu tehlike dolayısıyla büyük bir korkuya kapılır. Bu gibi hallerde ahlak kuralı ona kendisini feda etmeyi emrettiği için, bu şekilde hareket etmeyen kişinin

¹⁷ Roxin Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, München 2006, s. 148.

¹⁸ Önder, s. 200; Dönmezer/Erman, s. 126; Centel/Zafer/Çakmut, s. 312; Artuk/Gökçen/Yenidünya, C.I, s. 666; Bu teori faille hiçbir yakınlık bağı olmayan üçüncü kişilerin korunması halinde zorunluluk halini açıklayamadığı şeklinde eleştirilmiştir (Hafizoğulları, s. 100).

¹⁹ Önder, s. 200.

²⁰ Pozitivist okula göre ise ağır ve muhakkak bir tehlikeden korunmak için başkasına zarar veren kişinin davranışı ne suçtur ne de ahlak dışıdır (Hafizoğulları, s. 96).

²¹ Teori hakkında geniş bilgi için bkz. Toroslu Nevzat, Ceza Hukukunda Zaruret Hali, Ankara 1968, s. 27; Hafizoğulları, s. 96.

manevi sorumluluğu vardır. Ancak bu ahlak kuralının hukuk kuralı haline getirilmesi mümkün değildir çünkü etkisiz kalacak bir hukuk kuralı haklı olmaktan çıkar²².

Bu teoriyi savunanlara göre zorunluluk hali, fiilin suç olma özelliğini bertaraf etmez. Ancak böyle bir durumda fail, bu suçla sebep olduğu zarardan daha ağır bir zararı bertaraf etmek amacıyla hareket etmiştir, failin irade serbestisi tam olmadığı gibi direnme yeterliliğine de sahip değildir²³. Mevcut veya gerçekleşmesi kesin bir tehlikeden kurtulmak için suç işlemeyi tercih eden kişi, iki zarar arasından en az korkulacak olanı seçmiş demektir. Bu durumda iradenin serbest olmamasına rağmen iradi hareket etmiştir. Bu nedenle her ne kadar kişinin cezalandırılabilir olduğu düşünülse de sosyal adalet, hiç kimseden doğanın ihtiva ettiği tüm kudret ve cesareti içeren bir fazilet gayretini talep edemez. Kanunlar düzenlenirken normal düzeyde olan kişi dikkate alınır. Faziletleri sebebiyle bir suç işlemek yerine ölmeyi bile göze alan seçkin kişileri esas alınmaz. Ancak bir suç işlemekle def'i mümkün olan bir tehlike, sıradan kişilerin geneli üzerinde bir baskı oluşturur ve suç işlemeye sevk eder. Bu durumda da toplumun o kişiyi cezalandırmaya hakkı yoktur²⁴.

3. Saiklerin Sosyalliği Teorisi

Bu teoriye göre cezanın esası sosyal faydadır. Zorunluluk halinde işlenen fiillerin cezalandırılmamasının sebebi, bu halde cezanın korkutma, önleme ve ıslah amaçlarına ulaşamaması sebebiyle hiçbir sosyal faydanın bulunmamasıdır. Bu prensibin savunucularına göre kendisini ölümden kurtarmak için suç işleyen kimse cezalandırılmaz. Çünkü öyle bir durumda bulunan kişiyi, hiçbir kötülük tehdidi suçtan geri çekmeye yeterli değildir ve bu sebeple ceza amacından yoksundur²⁵. Aynı görüşü savunan *Kant*'a göre de böyle bir durumda işlenen fiil gayrimeşru ve isnat edilebilir olmasına rağmen cezadan muaf olmalıdır²⁶.

²² **Dönmezer/Erman**, s. 124.

²³ **Toroslu**, s. 22vd; Kuramın diğer bir gerekçesi olarak zaruret halinde toplumun cezalandırma hakkı son bulacağı görüşü için bkz. **Hafizoğulları**, s. 93.

²⁴ **Toroslu**, s. 23-24.

²⁵ **Toroslu**, s. 31; **Dönmezer/Erman**, s. 125.

²⁶ **Toroslu**, s. 31.

4. Amaç Teorisi

Amaç teorisine göre, hukuken tanınan bir amacın uygun hukuksal araçlarla takip edilmesi hukuka aykırı olamaz. Tehdit edilen hukuksal değer kurtarılması haklı bir amacı ifade ettiğinde ve bu amaca ulaşmak için üçüncü kişinin hukuksal bir değerinin ihlali uygun araç olduğunda, fail hukuka uygun hareket etmiş olur²⁷.

Alman Yüksek Mahkemesi'nin (RG) bu konuda vermiş olduğu 11.3.1927 tarihli kararı²⁸ ile amaç teorisi terk edilerek hakların çatışması teorisi kabul edilmiştir²⁹.

5. Hakların Çatışması Teorisi

Teoriye göre iki eşit hak çatıştığı takdirde, devlet bunlardan üstün olanı korur, diğerini ise feda eder³⁰. Bu gibi hallerde üstün olan hak, çatışmadan galip çıkan haktan başka bir şey değildir. Yenik duruma düşen hak, sırf yenilmesi ile zayıf ve hukuken daha önemsiz olduğunu meydana koymuştur. Bu durumda bu hakkın feda edilmesi hukuken de uygundur³¹.

*Hegel*³² tarafından geliştirilen bu teori aynı zamanda aşağıda ayrıca incelenecek olan Alman Ceza Kanunu'nun düzenleme şeklinin esasını oluşturmaktadır. Bu anlayış çerçevesinde çatışan değerlerden korunan değer feda edilen değerden daha üstünse fiil hukuka uygundur³³. Kusurluluğu kaldıran

²⁷ Teori hakkında geniş bilgi için bkz. **Kangal**, s. 201 vd.

²⁸ RGSt 61, 242.

²⁹ Bu karara göre hamile olan bir kadının ruhsal bunalımından ötürü kendisini öldürmesi tehlikesi önlenmek için çocuğunun alınması hukuka uygundur. Burada annenin yaşama hakkının henüz doğmamış olan cenine bağlı haktan üstünlüğü göz önünde bulundurulmuştur. **Yüce** Turhan Tufan, Ceza Hukuku Dersleri, C.I, Manisa 1982, s. 263; ayrıca bkz. **Roxin**, s. 725.

³⁰ **Hafizoğulları**, s. 103.

³¹ **Roxin**, s. 725; **Dönmezer/Erman**, s. 126.

³² Üstün bir varlık, yahut amaçlar bütünü olarak hayat, soyut haklar karşısında, üstün hak niteliğindedir. Bunun bir sonucu olarak hayatın sona ermesiyle, bütün haklar son bulacağından, hayat karşısında bütün haklar üstünlüğünü kaybeder (**Hafizoğulları**, s. 102-103).

³³ **Jakobs** Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin New York 1993, s. 419; **Kangal**, s. 209.

yani bir mazeret nedeni olan zorunluluk halinde ise değerlerin birbirine eşit olması da mümkündür.

6. Teorilerin Değerlendirmesi

Teorilerin tamamında haklılık payı olmakla birlikte kanımızca zorunluluk halinin hukuki esasını en doğru şekilde açıklayan teori zorunluluk halinin hukuki niteliği bakımından farklılık arz eder. Şöyle ki zorunluluk halinin hukuka uygunluk sebebi olduğu durumlarda, zorunluluk hali altında hareket eden kişiye ceza verilmemesinin sebebi, birbiriyle çatışan iki hukuki yarardan üstün olunanın fail tarafından tercih edilmiş olmasıdır. Bu durum objektif olarak bu durumda kalan herkes için hukuka uygundur. Bu nedenle de kabul edilen teori hakların çatışması teorisidir. Ancak mazeret sebebi olan zorunluluk halinde pekâlâ söz konusu olan hukuki yararlar birbirine eşit olabileceğinden objektif bir hukuka uygunluktan söz edilemez. Bu durumda faile ceza verilmemesinin ya da failin cezasında indirim yapılmasının gerekçesi tamamen failin içinde bulunduğu subjektif psikolojik durumla ilintilidir. Bu durumu en doğru şekilde açıklayan teoriler ise korunma içgüdü teorisi ile manevi cebir teorisidir.

D. ZORUNLULUK HALİNİN SINIFLANDIRILMASINA İLİŞKİN TEORİLER

1. Tek Tipi Savunan Teoriler (=Einheitlichkeitslehren)

a. Zorunluluk Halini Yalnızca Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Kabul Eden Teori

Bu görüşe göre zorunluluk halinin tek şekli vardır o da hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk halidir. Bu görüşe göre zorunluluk hali içinde bulunan failin cezalandırılmama gerekçesi onun içinde bulunduğu psikolojik duruma verdiği subjektif tepki değildir. Zorunluluk halinin cezalandırılmamasının gerekçesi, o durumda kalan herkesin objektif olarak başkasının hukuki yararına zarar vermek zorunda kalacak olmasıdır. Bu durumda işlenen fiil, kusur yeteneğine sahip ortalama bir insanın normal fiilidir ve hukukun buna izin vermesi dolayısıyla bu fiil objektif olarak hukuka uygundur³⁴.

³⁴ Teori hakkında bkz. **Kangal**, s. 9vd.

Türk doktrinin de zorunluluk halinin eski kanun döneminde kabul edildiği gibi bir hukuka uygunluk sebebi olma vasfını koruduğu şeklindeki görüşe göre; zorunluluk halinde kalan kişinin işlediği suç sebebiyle cezalandırılmamasının sebebini, kural olarak bu fiilin objektif hukuk ile çelişki halinde olmamasında görmek gerekir³⁵. Zorunluluk halinde failin psikolojik durumu değil, hareketin hukuk düzeni bakımından taşımakta olduğu değer ön planda tutulmalıdır³⁶.

Ağırlıklı olarak zorunluluk halinin hukuki esasının her canlı gibi insanın da kendisini koruma içgüdüsünde bulan görüşe göre, hukuk hiç kimseye kahramanlık yaparak bir tehlikeyle karşı karşıya kaldığı anda kendisini feda etmesini bir yükümlülük olarak bekleyemez³⁷. Bir tehlikeden kurtulmak amacıyla üçüncü bir şahsa zarar veren kişi bu hareketiyle durumu daha kötü hale getirmemektedir. Tam tersine bu kişi tehlikede bulunan haklardan hiç olmazsa birini kurtarmak suretiyle hukukun amacına uygun hareket etmiştir³⁸.

Bu görüşe göre Borçlar Hukuku'nda zorunluluk halinin bir sonucu olarak hakimin tazminata hükmedebilme yetkisinin hareketi hukuka aykırı hale getirmeyeceği, ayrıca bu tazminatın verilen zararı tamamıyla karşılayan klasik anlamda bir tazminat olmadığı savunulmaktadır³⁹.

b. Zorunluluk Halini Yalnızca Mazeret Sebebi Olarak Kabul Eden Teori

Bu görüşe göre zorunluluk hali, failin iradesi üzerinde zorlayıcı bir baskı gerçekleştirmek suretiyle, kusurluluğun gerçekleşmesine engel olur. Görüşü savunanlara göre zorunluluk hali bir yönüyle faili suça yönelten bir saiktir⁴⁰.

5237 sayılı TCK'nın düzenlenmesinin sadece bir kusurluluğu kaldıran mazeret sebebi olduğunu savunan görüşün dayanak noktaları, madde gerek-

³⁵ Önder, s. 201.

³⁶ Önder, s. 201.

³⁷ Aynı görüş meşru savunma bakımından kaçma imkanı varken kaçmayarak savunma fiilinde bulunan kişinin meşru savunmadan yararlanmasını sağlayan uygulamanın da dayanak noktasıdır.

³⁸ İçel/Evik, s. 132. Ancak yazarlara göre eğer tehlike failin karşı koyamayacağı zorlayıcı sebepten (mücbir sebepten) kaynaklanmaktaysa artık hukuka uygunluk sebebinden değil kusurluluğu etkileyen bir halden söz edilebilir (İçel/Evik, s. 131).

³⁹ Dönmezer/Erman, s. 127. İçel/Evik, s. 133.

⁴⁰ Görüş için ayrıca bkz. Toroslu, s. 50 vd.

çesinde yer alan ifade ve CMK m.223/3-b'de yer alan düzenlemedir. Bu düzenlemeye göre olayda zorunluluk halinin varlığını tespit eden hakim failin kusuru olmadığı gerekçesiyle hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verecektir⁴¹.

Bu görüşün bir diğer dayanak noktası ise Borçlar Kanunu'nda zorunluluk hali içerisinde hareket eden kişinin tazminat ödemesine dair karar verilmesine imkân sağlayan düzenlemedir⁴². Buna göre bu düzenleme gereği tazminat sorumluluğu olan failin fiilini ceza hukuku bakımından hukuka uygun kabul edebilmek imkânsızdır. Zira bir fiil hukuk düzeninin bir bölümünde hukuka uygun diğer kısmında ise hukuka aykırı kabul edilemez.

2. Fark Gözetme Teorisi (=Differenzierungstheorie)

Bu teoriye göre ise zorunluluk halinin hem hukuka aykırılığı kaldıran hem de kusurluluğu kaldıran yönü bulunmaktadır. Aşağıda ayrıca incelenecek olan Alman CK. düzenlemesinde § 34'de hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hali, § 35'de ise mazeret sebebi olan zorunluluk hali düzenlenmektedir.

Türk doktrinin de bu görüş kendisine savunucu bulmaktadır. Buna göre; TCK'da mehzaz Alman Ceza Kanununda yapıldığı şekilde bir ayırım yapılmadan sadece hukuken bağlayıcı olmayan madde gerekçesinde yer alan ifade ile kurumun hukuki niteliği değiştirilemez⁴³. Bu görüşe göre TCK'da yer alan zorunluluk hali hem hukuka uygunluk hem de mazeret nedeni niteliğinde yorumlanabilir⁴⁴. Failin korumaya çalıştığı tehlikeyle karşı karşıya bulunan hukuki değer, kurtarma fiiliyle ihlal edilen üçüncü kişiye ait hukuki değerden üstünse hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk hali söz konusudur. Buna karşılık korunmak istenen değer, kurtarma fiiliyle zarar verilen hukuki değer-

⁴¹ Özgenç, s. 376; Koca/Üzülmez, s. 267.

⁴² Koca/Üzülmez, s. 267.

⁴³ Demirbaş, s. 268.

⁴⁴ Demirbaş, s. 268; Kangal, s. 26; Kangal'a göre bu durumu CMK m.223 ile bağdaştırmak da mümkündür. Yazara göre somut olayda hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk durumu söz konusu ise CMK m.223/2 d gereğince beraat, mazeret nedeni olan zorunluluk hali gerçekleşmiş ise CMK m.223/3 b gereğince ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilebilir. Ancak mehzaz Kanun A1.CK'da olduğu gibi TCK'da da bu iki farklı zorunluluk hali açıkça düzenlenmedikçe bu şekilde bir ayırım yapabilmek mümkün değildir.

den önemli ölçüde üstün değilse veya her iki hukuki değer eşitse, mazeret nedeni olan zorunluluk hali söz konusudur⁴⁵.

3. Yargıtay'ın Görüşü

Yargıtay zorunluluk halinin CMK m.223'ün düzenlemesi karşısında artık kusurluluğu kaldırılan bir hal olarak kabul edilmesi görüşündedir. Yeni tarihli bir kararında⁴⁶ YCGK. bu hususu; “Yeni sistemde, başlıca dört hukuka uygunluk nedeninden bahsedilmektedir. Bunlar; meşru savunma, hakkın kullanılması, kanunun emrini ifa ve ilgilinin rızasıdır. Hukuka uygunluk nedeninin bulunması, eylemin suç olmasını engelleyeceğinden, bu durumda fail hakkında beraat kararı verilmesi gerekecektir. Buna karşılık, sınırın aşılması bir hukuka uygunluk nedeni değil, 27. maddenin 1. fıkrasındaki durum itibarıyla kusurluluğu azaltan, 27. maddenin 2. fıkrasındaki durum itibarıyla da kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerden bir tanesidir. Başka bir deyişle, hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde beraat hükmü değil, Yasanın 27/1. maddesine göre indirimli ceza veya Yasanın 27/2. maddesine göre ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir. Bu husus, 5271 sayılı Yasanın 223. maddesinden de açıkça anlaşılmaktadır.

Şu halde, 27. maddenin 1. fıkrasının uygulanabilmesi için; öncelikle bir hukuka uygunluk nedeni söz konusu olmalıdır. Failin, hukuka uygunluk nedeni ile ilişkili koşulların sınırlarını kast olmaksızın aşması da ikinci koşuldur. Dolayısıyla, 765 sayılı Yasanın 50. maddesinden farklı olarak sınırın kasten aşılması halinde bu madde uygulanamayacaktır. **Yine, 765 sayılı Yasadaki durumdan farklı olarak, 5237 sayılı Yasada hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmemiş olan zorunluluk hali için de bu maddenin uygulanma şansı bulunmamaktadır.**” şeklinde belirtmiştir.

Ancak Yargıtay bu sonuca zorunluluk haline ilişkin ceza kanununun düzenlemesini değerlendirerek değil CMK'da yer alan düzenlemeden hareketle varmıştır.

⁴⁵ Demirbaş, s. 269.

⁴⁶ YCGK. E. 2007/1-281K. 2008/37 T. 26.2.2008, www.kazanci.com.tr. (Erişim: 29.12.2008).

E. MEHAZ ALMAN CEZA KANUNU'NDAKİ DÜZENLEME ŞEKLİ

Alman hukukunda zorunluluk hali Al.CK genel hükümlerde iki farklı madde iki farklı hukuki nitelikte düzenlenmiştir. Al.CK § 34'de hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hali düzenlenirken § 35'de mazeret sebebi olan zorunluluk hali düzenlemiştir. İkisi arasında çok önemli farklar bulunmaktadır⁴⁷.

1871 tarihli ceza kanununda sadece mazeret sebebi olan zorunluluk hali düzenlenirken hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hali Al.CK'na bugünkü şekliyle (§ 34) İkinci Ceza Hukuku Reformu Kanunu ile 4.7.1969'da eklenmiştir. Bununla birlikte hem doktrinde hem de içtihatlarda hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk halinin varlığı "*Fark Gözetme Teorisi*" (=Differenzierungstheorie) kapsamında "*kanun üstü zorunluluk hali*" (=übergesetzlicher Notstand) olarak kabul edilmekteydi⁴⁸.

1. Hukuka Uygunluk Sebebi Olan Zorunluluk Hali (Al.CK. § 34)

Hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hali düzenleme şekli ile meşru savunmaya yaklaşan ancak birkaç noktada açıkça ondan ayrılan bir kurumdur. Her şeyden önce meşru savunmada bir saldırı söz konusu iken zorunluluk halinde bir saldırı değil bir tehlike söz konusudur⁴⁹. Alman hukukunda zorunluluk halinin diğer hukuka uygunluk sebeplerinden ayrıldığı noktalar özellikle kaçınılabilirlik (=Ausweichmöglichkeit) ve hukuki değerler dengesine (=Güter- und Interessenabwägung) ilişkindir⁵⁰.

⁴⁷ Schmidt Rolf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Grundlagen der Strafbarkeit Methodik der Fallbearbeitung, Bremen 2007, s. 236-237; Tröndle Herbert/Fischer Thomas, Strafgesetzbuch, Kurz Kommentar, Münih 2007, s. 291 vd.; Wessels Johannes/Beulke Werner, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, Heilderberg 2007; s. 156; Ayrıca bkz. Özbek Veli Özer, Türk Ceza Kanununun Anlamı, TCK İzmir Şerhi, C.I, Ankara 2006, s. 356.

⁴⁸ Kusurluluğu etkileyen zorunluluk halinden ayrı olarak bir hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hali açıkça ilk defa Alman İmparatorluk Mahkemesi tarafından 1927 tarihli bir kararında telaffuz edilmiştir (RGSt 61, 242 - 11.3.1927). Tarihi gelişim için bkz. Roxin, AT I, s. 723vd.

⁴⁹ Tehlike saldırıya göre onu da içine alan bir üst kavramdır. Saldırının kaynağı her zaman bir insan davranışı iken tehlikenin kaynağı daha farklı kaynaklar olabilir.

⁵⁰ Baumann/Weber/Mitsch, s. 367.

Al.CK. § 34 düzenlenen zorunluluk hali dışında birer hukuka uygunluk sebebi olarak Al.MK. § 228 (Savunmaya Dayalı(Defansif) Zorunluluk Hali), § 904'de (Agresif Zorunluluk Hali) de düzenlemeler yer almaktadır⁵¹. Bu düzenlemeler tehlikeden korunmak için başkasının malvarlığına verilen zararlar bakımından uygulama alanı bulmaktadır⁵². *Örneğin* kendisine saldıran M'nin köpeğini öldürmek zorunda kalan F, § 228'de düzenlenen savunmaya dayalı zorunluluk halinden yaralanabilir⁵³.

Tipe uygun eylemin gerekliliği hem hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk halinde hem de kusurluluğu etkileyen zorunluluk halinde aranırken, değerler dengesi prensibi sadece hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk halinde önem taşır⁵⁴.

a. Koşulları

aa. Tehlikeye İlişkin Koşulları

Tehlikeden anlaşılması gereken risk faktörlerinin aşırı derecede bir araya geldiği durumdur ki bu durum neticesinde bir zararın ortaya çıkması da kuvvetle muhtemeldir⁵⁵. Bunun yanında tehlike, zarar neticesinin başlamış ve

⁵¹ Aynı şekilde zorunluluk hali Borçlar Kanunu m.52/2 "*Kendisini veya diğerini zarardan yahut derhal vukubulacak bir tehlikeden vikaye için başkasının mallarına hanel iras eden kimsenin borçlu olduğu tazminat miktarını hakim, hakkaniyete tevfikane tayin eder.*" ve Türk Medeni Kanunu m.753'de düzenlenmiştir.

"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."

Bu düzenlemelerin birer **hukuka uygunluk sebebi** olduğu kabul edilir ancak bu düzenlemeler gereği hakkaniyet sorumluluğu olarak hakim **tazminata** hükmedebilme yetkisi vardır (**Eren Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1998, s. 593.)

⁵² **Roxin**, s. 724; **Hauf** Claus-Jürgen, Strafrecht Allgemeiner Teil, Kurzlehrbuch, 1996 Berlin, s. 48-49.

⁵³ **Hauf**, s. 48.

⁵⁴ **Baumann/Weber/Mitsch**, s. 368; **Jakobs**, s. 415.

⁵⁵ **Baumann/Weber/Mitsch**, s. 369; **Tröndle/Fischer**, § 34, s. 292; **Schmidt**, s. 170. Zararın ortaya çıkması bakımından genel bir olasılık yeterli değildir.

hala devam etmekte olduğu durumları da kapsar⁵⁶. Yani tehlike zararın ortaya çıkması ile sona eren bir şey değildir. *Örneğin*, birbirine komşu olan iki evden birinin yanmakta olması henüz yanmayan ev için bir tehlike durumudur. Ancak aynı zamanda bu durum yanmakta ve zarar görmekte olan ev için de bir tehlike içerir çünkü yangın henüz kontrol altına alınabilmiş değildir. Yangının tamamen söndürülmesi ile tehlike de sona erecektir⁵⁷.

Zorunluluk halinin meşru savunmadan temel ayrıldığı nokta olan tehlikenin, kaynağı bir insan davranışı olabileceği gibi ondan başka bir şey de olabilir. Bu bir deprem, sel baskını, yangın, fırtına gibi bir doğal afet olabileceği gibi bir suç da olabilir⁵⁸. Bunlar dışında saldırgan bir hayvan, radyoaktif, zehirli veya patlayıcı maddeler de tehlikenin kaynağı olabilir.

Tehlikenin tek başına varlığı zorunluluk halinin kabulü için yeterli değildir. Mutlaka tehlikenin hukuken korunmaya muhtaç bir hakka yönelik olması gerekir. Al.CK § 34'de bu hak; yaşam, vücut, hürriyet, şeref ve mülkiyete bağlı bir hak olabileceği gibi hukuken korunan herhangi bir hak da olabilecek şekilde düzenlenmiştir⁵⁹. Al.CK § 35'de düzenlenen kusurluluğu etkileyen zorunluluk halinde ise tehlikenin mutlaka yaşam hakkı, vücut dokunulmazlığı veya kişi özgürlüğüne yönelik olması gerekmektedir. Bu şekilde hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hali *örneğin* malvarlığının tehlikeye korunması amacıyla da gerçekleştirilebilir.

Tehlike faile ait bir hakka yönelmiş olabileceği gibi üçüncü bir kişiye de yönelmiş olabilir. Kusurluluğu kaldıran zorunluluk haline ait düzenlemede (Al.CK § 35) ise ilgili hakkın mutlaka fail veya bir yakınına (=nahestehende Person) ait olması gerekmektedir.

Somut yani o an için bulunmakta olan bir tehlike, o an için henüz gerçekleşmemiş ancak gerçekleşmesi muhtemel bir tehlikeye tercih edilebilir⁶⁰. *Örneğin* alkollü olmasına rağmen tanımadığı bir yaralıyı acil bir şekilde hastaneye yetiştirmek için araç kullanan bir kişi alkollü araç kullanmaktan

⁵⁶ **Baumann/Weber/Mitsch**, s. 369.

⁵⁷ Örnek için bkz. **Baumann/Weber/Mitsch**, s. 369.

⁵⁸ **Jakobs**, s. 416.

⁵⁹ Böylece buradaki sayımın sınırlayıcı bir sayım olmadığı, her türlü hukuki değerın korunmasına yönelik davranışın zorunluluk hali hukuka uygunluk sebebinden yararlanabileceği kabul edilir **Schmidt**, s. 169.

⁶⁰ **Baumann/Weber/Mitsch**, s. 379.

dolayı sorumlu tutulamaz⁶¹. Burada yaralının sağlık durumu kötüye gitmekte olduğu için somut bir tehlike aynı zamanda alkollü araç kullanmaya bağlı olarak söz konusu olan soyut bir tehlike söz konusudur. Burada bir kişiyi somut tehlikeden kurtarmak için soyut bir tehlikeyi göze alan taksi şoförünün hareketi hukuka uygundur⁶².

Bunun yanında tehlikenin mutlaka devam etmekte olan bir tehlike (=Dauergefahr) olması gerekir⁶³. Başka bir ifade ile tehlike ile failin fiilinin eş zamanlı olması gerekir⁶⁴. Artık sona ermiş bir tehlike bakımından zorunluluk halinden söz edebilmek mümkün değildir. *Örneğin* taksi şoförü A arabasında yolcu bulunduğu sırada önünde gitmekte olan arabanın sürekli şerit ihlali yapar şekilde ilerlediği ve bunun aracın şoförünün aşırı şekilde alkollü olmasından kaynaklandığını fark eder. Bu konuda telsiziyle polise bilgi verir ancak polise tam olarak aracın nerde olduğunu bilgisini vermek için aracı takip eder. Buna araçtaki yolcu karşı çıksa da taksici takibini olay yerine polislerin gelmesine kadar sürdürür. Burada aslında yolcuya karşı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlemiş olmasına rağmen diğer sürücüler bakımından tehlike halen devam etmekte olduğu için şoför zorunluluk hali hukuka uygunluk sebebinden yararlanabilir⁶⁵.

bb. Korunmaya İlişkin Koşullar

Failin davranışının mutlaka tehlikeden korunmaya yönelik olması⁶⁶ bu nedenle korunmaya ilişkin davranışla tehlike arasında nedensellik bağının bulunması gerekir.

⁶¹ **Schmidt**, s. 168. Kanaatimizce bu örnek tartışmaya açık bir örnektir. Olayda bir zorunluluk halinden söz edebilmemiz için öncelikle tehlikeden başka türlü korunma imkânının olmaması gerekir. Bu nedenle olayda hastanın rahatsızlığının ambulansın beklenmesine izin vermeyecek ölçüde ağır ve acil olması ve alkollü olmayan ve aracı kullanacak başka birinin olay yerinde bulunmaması gerekmektedir. **Benzer bir şekilde gerçekleşen olayda:** evde fenalaşan annesini hastaneye götürürken, 4 aracı solladıktan sonra karşıdan gelen belediye otobüsüne çarpan H.K., otomobille otobüs durağına girer. Durakta otomobilin altında kalan D.A ölür iki kişi ağır yaralanır. Daha sonra H.K.'nin ehliyetinin bulunmadığı öğrenilir.

⁶² **Schmidt**, s. 172.

⁶³ **Baumann/Weber/Mitsch**, s. 374; **Tröndle/Fischer**, § 34, s. 293; **Schmidt**, s. 169.

⁶⁴ **Baumann/Weber/Mitsch**, s. 374.

⁶⁵ Örnek için bkz. **Schmidt**, s. 170.

⁶⁶ **Schmidt**, s. 169.

Hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk halinde müdahalenin mutlaka somut olayın özellikleri gereği *gerekli* olması aranır. Gereklilik failin içinde bulunduğu durum açısından tahmine dayalı bir *ex ante* değerlendirmeye tespit edilir⁶⁷. Tehlikeye bağlı olarak sonradan bir zararın ortaya çıkmamış olması korunma hareketinin gerekliliğine engel teşkil etmez⁶⁸. Ayrıca gereklilik koşulunun bir sonucu olarak failin başkasına ait hukuki değerlere en az zararı verecek davranışı ve aracı seçme zorunluluğu vardır.

Bunun yanında mutlaka korunmak istenen hukuki yarar tipe uygun fiille zarar verilen hukuki yarardan önemli derecede üstün olmalıdır (*Hukuki Değerler Dengesi Prensibi*)⁶⁹. *Örneğin* kendisini dövme amacıyla takip eden F'den kurtulmak amacıyla başkasının evinin eklentisine izinsiz olarak girmek zorunda kalan M, konut dokunulmazlığını ihlal suçunu işlemiş olmaz⁷⁰. Çünkü vücut dokunulmazlığı, konut dokunulmazlığına göre üstün bir hukuki değerdir.

Ayrıca failin tehlikeden başka türlü korunma imkânının da olmaması gerekir⁷¹. Özellikle devletten yardım alınabilecek yerde kişinin kendisini koruması zorunluluk halinden yararlanmasına engel teşkil eder⁷². Yukarıdaki *örneğe* tekrar dönmek gerekirse olay yerine polisin gelmesi ile taksî şoförünün takibine son vermesi gerekmektedir. Aynı şekilde failin tehlikeden kaçarak kurtulma imkânı varken başkasına ait bir hukuki değere zarar vermesi meşru savunmadan farklı olarak zorunluluk hali kapsamında hukuka uygun kabul edilemez⁷³. Bu noktada verilebilecek başka bir *örnekte*; babanın yanmakta olan bir evin balkonundan çocuğunu başkasının tutabileceği şekilde atması ancak o kişinin çocuğu tutamayıp, çocuğun yere düşerek ölmesidir. Burada babanın fiili eğer tehlikeden başka türlü korunma imkanı yoksa (itfaiyenin beklenmesinin imkansız olması gibi) hukuka uygundur⁷⁴.

⁶⁷ **Jakobs**, s. 415.

⁶⁸ **Baumann/Weber/Mitsch**, s. 376-377.

⁶⁹ **Baumann/Weber/Mitsch**, s. 368; **Hauf**, s. 49.

⁷⁰ Örnek için bkz. **Schmidt**, s. 168.

⁷¹ Korunmaya yönelik davranışın gerekliliği olarak adlandırılan bu koşul meşru savunma (Al.CK § 32) ile kural olarak aynıdır (**Schmidt**, s. 169).

⁷² **Baumann/Weber/Mitsch**, s. 376; **Tröndle/Fischer**, § 34, s. 293; **Schmidt**, s. 171.

⁷³ **Baumann/Weber/Mitsch**, s. 376.

⁷⁴ **Jakobs**, s. 425.

cc. Sübjektif Koşul

Failin mutlaka suç teşkil eden davranışı bir zorunluluk hali içerisinde gerçekleştirdiğinin bilincinde olması gerekmektedir⁷⁵. Diğer bir ifadeyle, failin yukarıda belirtilen tehlikeye ve korunmaya ilişkin koşulları bilerek hareket etmiş olması gerekir⁷⁶. Ancak bunun yanında kişiyi belirli bir şekilde hareket etmeye sevk eden saikin önemi yoktur. *Örneğin*, yangından birisini kurtarmak için başkasının evinin kapısını kırmak zorunda kalan kişinin tehlike altında olan kişiyi kurtarmak yerine ünlü olmak veya bir ödül almak için bunu yapmış olması onun hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk halinden yararlanmasına engel teşkil etmez⁷⁷.

2. Mazeret Sebebi Olan Zorunluluk Hali (Al.CK. § 35)

Mazeret sebebi olan zorunluluk halinin hukuki esası, hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk halinden farklı olarak hukuki değerler dengesi prensibine dayanmaz. Mazeret sebebi olan zorunluluk halinde ceza verilmemesinin sebebi, failden tehlikeye katlanmasının talep edilemez olmasıdır⁷⁸ (Alm.=Unzumutbarkeit⁷⁹).

a. Koşulları

aa. Tehlikeye İlişkin Koşullar

Mazeret sebebi olan zorunluluk halinde varlığı şart olan tehlike; o an için mevcut olan, başka türlü korunma imkanı bulunmayan ve yaşam, vücut veya kişi hürriyetine yönelik olan tehlikedir (Al.CK § 35 I 1). Bu nedenle *örneğin* malvarlığına yönelik bir tehlike yeterli değildir. Bunun gerekçesi yasa koyucunun malvarlığına yönelmiş tehlikeleri fail açısından katlanılabilir kabul etmiş olmasıdır⁸⁰. Yaşam hakkına yönelik olan tehlike bir insanın ölümü ile neticelenme ihtimali yüksek olan durumlarda söz konusu olan tehlikedir.

⁷⁵ Roxin, AT I, s. 774; Schmidt, s. 175.

⁷⁶ Baumann/Weber/Mitsch, s. 385.

⁷⁷ Roxin, AT I, s. 774.

⁷⁸ Baumann/Weber/Mitsch, s. 558.

⁷⁹ Ayrıca bkz. Hafızoğulları, (İstenemezlik); s.1 vd.

⁸⁰ Baumann/Weber/Mitsch, s. 558.

Burada henüz doğmamış bir cenine bağlı olan hak yeterli değildir⁸¹. Vücut dokunulmazlığına yönelik tehlike bakımından ise basit bir yaralanma tehlikesi yeterli değildir⁸². Kişi hürriyeti ise kişilerin serbestçe hareket edebilme özgürlüğünü içerir.

Tehlikenin yöneldiği hakkın mutlaka fail veya bir yakınına⁸³ ait olması gerekmektedir. Bu nedenle hukuka uygunluk sebebinden farklı olarak failin tanımadığı bir kişiye yönelmiş tehlike mazeret sebebi olan zorunluluk halinin varlığı için yeterli değildir. Bunun nedeni failin tehlikenin yönelmiş olduğu kişiye yakınlığı nedeniyle tehlikeyi kendisine yönelikmiş gibi hissedebilecek olmasıdır⁸⁴.

bb. Korunmaya İlişkin Koşullar

Failin içinde bulunduğu durum itibarıyla tehlikeden başka türlü korunma imkânının olmaması gerekir. Başka bir ifadeyle korunma fiilinin son çare (*ultima ratio*) niteliğinde olmalıdır⁸⁵.

Ayrıca korunmaya yönelik davranışın tehlikeye göre objektif olarak uygun ve gerekli olması gerekir⁸⁶.

Bunlar yanında eğer fail tehlikeye neden olan duruma bizzat kendisi sebep olmuşsa veya tehlikeye özel olarak katlanma yükümlülüğü var ise (hukuki bir yükümlülük olması gerekir: polisler, itfaiye çalışanları, dağcılık rehberleri, cankurtaran vb.⁸⁷) mazeret sebebi olan zorunluluk halinden yararlanmaz (Al.CK § 35 I 2). Burada sadece failden söz edildiğine göre tehlikeye failin yakınının neden olmuş olması zorunluluk halinin uygulanmasına engel olmaz⁸⁸. Al.CK § 35 I. 2’de yer alan düzenlemenin devamında bu durumda Al.CK 49’a göre failin cezasında indirim yapılabileceği ancak tehlikeye özel

⁸¹ Tröndle/Fischer, § 35, s. 300.

⁸² Tröndle/Fischer, § 35, s. 300.

⁸³ Al.CK. § 11/1.1’de sayılan yakınlık ilişkileri bu kapsamdadır. Örneğin akrabalar, nişanlılar, birlikte yaşayanlar bu kapsamdadır.

⁸⁴ Tröndle/Fischer, § 35, s. 301.

⁸⁵ Wessels/Beulke, s. 156.

⁸⁶ Wessels/Beulke, s. 156.

⁸⁷ Tröndle/Fischer, § 35, s. 301.

⁸⁸ Tröndle/Fischer, § 35, s. 301.

olarak katlanma yükümlülüğü olanların bu indirimden de yararlanamayacakları düzenlenmiştir.

cc. Sübjektif Koşul

Sübjektif koşul olarak failin tehlikeli durumun farkında olması ve tehlikeden kurtulma amacıyla hareket etmesi gerekir. Bunun yanında ayrıca failin kendisi veya yakını kurtarma saikiyle (=Rettungswillen) hareket etmiş olması da zorunludur⁸⁹.

3. Düzenlemeler Arasındaki Farklar

a. Koşullara İlişkin Farklar

1- İki arasında *temel farklılık*, hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk halinde mutlaka korunmak istenen ve zarar verilen hukuki yarar arasında derece farklılığının olması gerekir (**Çatışma veya Değerler Dengesi Teorisi**). Tehlike altındaki hukuki yarar önemli derecede zarar verilenden üstün olmalıdır. Mazeret sebebi olan zorunluluk halinde ise hukuki yararlar pekâlâ aynı önem derecesinde de olabilirler⁹⁰.

2- Hukuka uygunluk sebebi oluşturan zorunluluk hali hayat, vücut, özgürlük, şeref mülkiyet gibi hukuken korunan her hak bakımından söz konusu olurken; mazeret sebebi olan zorunluluk hali sadece hayat, vücut ve özgürlük bakımından mevcut tehlikeler için söz konusudur⁹¹.

3- Hukuka uygunluk sebebi oluşturan zorunluluk hali, failin kendisi veya başkasına yönelik tehlike bakımından söz konusu olurken; mazeret sebebi olan zorunluluk hali failin sadece kendisi, akrabası veya yakını bakımından söz konusu olabilir.

4- Mazeret sebebi olan zorunluluk halinden söz edebilmek için failin gerçekleştirmiş olduğu failin mutlaka tehlikeden kurtulmaya uygun olması gerekir.

⁸⁹ Wessels/Beulke, s. 157.

⁹⁰ Roxin, AT I, s. 963 vd.; Baumann/Weber/Mitsch, s. 368; Haft, s. 140; Hauf, s. 63; Wessels/Beulke, s. 156.

⁹¹ Ayrıca bkz. Özbek, s. 356.

5- Nihayet mazeret sebebi olan zorunluluk hali, failin tehlikeye kendisi sebebiyet vermiş olması ve tehlikeye katlanma yükümlülüğünün olduğu durumlarda (polis, itfaiye eri vb.) uygulanmaz.

b. Sonuçlara İlişkin Farklar

Kusursuz ancak hukuka aykırı bir fiil ile hukuka uygun bir fiil arasındaki fark sadece kavramsal bir fark değildir. Etik anlamdaki değer farkı⁹² yanında ceza hukukuna özgü sonuçları bakımından da önemli farkları bulunmaktadır:

1- Hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk halinin gerçekleşmesi halinde fiil haksızlık dolayısıyla suç olma niteliğini kaybeder. Mazeret sebebi olan zorunluluk halinin varlığı halinde ise fiil haksızlık niteliğini korur. Dolayısıyla hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk halinin varlığı halinde faille kesinlikle ceza verilemezken, mazeret sebebi olan zorunluluk halinde failin cezasında indirim yapma yoluna gitmekle yetinilebilir.

2- Hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hali fiili hukuka uygun hale getirdiğinden artık bu fiile iştirak mümkün değildir⁹³. Hukuka uygun bir fiile azmettiren veya yardım eden şerik veya birlikte fail de cezalandırılmaz çünkü suça iştirak için gerekli olan temel koşul cezalandırılabilir bir suçun varlığıdır. Mazeret sebebi zorunluluk halinde ise fiil hukuka aykırı kalmaya devam ettiğinden iştirak mümkündür⁹⁴.

3- Hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hali içerisinde hareket eden kişiye karşı meşru savunmadan yararlanılamaz⁹⁵. Mazeret sebebi olan zorunluluk halinde ise mümkündür⁹⁶. *Örneğin* aynı ipe bağlı iki dağcıdan birisi bir kaza anında, ip ikisini birden taşıyamayacak durumda olduğu için aşağıdaki

⁹² Baumann/Weber/Mitsch, s. 310.

⁹³ Hauf, s. 48.

⁹⁴ Baumann/Weber/Mitsch, s. 196; Wessels/Beulke, s. 156.

⁹⁵ Tröndle/Fischer, § 34, s. 297.

⁹⁶ Alman ceza hukukunda bu farklılıklara ek olarak hata kurumuna ilişkin olarak da bu iki kurum arasında farklılık bulunmaktadır. Buna göre hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk halinin unsurlarında hataya düşen kişi hakkında StGB § 16 I 1 *kıyasen* uygulanır, böylece hata kastı kaldırır taksir incelenir. Kusurluluğu kaldırılan zorunluluk halinde hatada ise özel hüküm niteliğindeki StGB § 35 II uygulanır buna göre fail hatası eğer kaçınılabilir bir hata ise cezalandırılır ancak bu durumda da StGB § 49 I gereğince cezasında indirim yapılır (Wessels/Beulke, s. 156).

dağcının ipini kesmeye çalışan dağcıya karşı diğer dağcı kendisini korumak amacıyla zarar verebilir⁹⁷. Burada korunan hukuki yararlar eşit olduğundan bir mazeret sebebi olan zorunluluk hali vardır ve bu durumda hareket eden kişiye karşı meşru savunmadan söz edilebilir.

F. SONUÇ VE GÖRÜŞÜMÜZ

1. Kanunda Yer Alan Genel Düzenleme (TCK m.25/2)

Hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk halinin temel dayanağı şudur; hukuk düzeni iki hukuki değerın aynı olayda çatışması halinde, eğer failin başka türlü davranma imkanı yoksa **hukukten daha değerli olan hukuki değeri korumak amacıyla** daha değersiz olana zarar verilmesine izin verir⁹⁸. Bu durum hukuki değeri zarar gören kişiye de buna katlanma yükümlülüğü (=Duldungspflicht) getirmektedir⁹⁹. Ancak bunun için de mutlaka korunmak istenen hukuki değerin zarar verilene oranla **önemli ölçüde** üstün olması gerekir (yaşam hakkının, malvarlığına veya kişi hürriyetine üstünlüğü gibi¹⁰⁰). Bunun içindir ki hukuka uygunluk sebebi oluşturan zorunluluk hali failin kendisi yanında herhangi bir üçüncü kişiye yönelik tehlike bakımından söz konusu olurken; mazeret sebebi olan zorunluluk hali ancak **kendisi, akrabası veya yakını** bakımından söz konusu olabilir. Hukuka uygunluk sebebinde korunmak istenen hukuki yarar zarar verileden üstün olacağından bunun kime ait olduğunun önemi yoktur ancak mazeret sebebi olan zorunluluk halinde birbirine eşit değerdeki hukuki yararların kime ait olduğunun önemi vardır. Mazeret sebebi olan zorunluluk halinde kişinin kendisine veya

⁹⁷ Örnek için bkz. **Önder**, s. 199.

⁹⁸ **Jescheck** Hans Heinrich/**Weigend** Thomas, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, Berlin 1996, § 33 I 2; **Schönke** Adolf/**Schröder** Horst - **Leckner/Perron**, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Auflage, München 2006, § 34 Rdn 1 f.; **Schmidt**, s. 168.

⁹⁹ **Schmidt**, s. 168.

¹⁰⁰ Burada tartışmalı bir nokta; yaşam haklarındaki niceliksel üstünlüğün hukuka uygunluk için yeterli olup olmadığıdır. Örneğin birden fazla kişi kurtarmak için bir kişiyi öldürmeye yönelik davranışın zorunluluk halinden yararlandırılıp yararlandırılmayacağıdır. Bu hususta hakim görüş birden fazla kişinin kurtulması için sadece bir kişinin bile öldürülmesinin hukuka uygun olmayacağı şeklindedir. Gerekçesi ise yaşam hakkının hukukça **kesin olarak** korunan en temel hak olmasıdır. Ancak bu durumda kusurluluğu etkileyen zorunluluk halinin varlığından söz edilebilir (S/S, **Leckner**, § 34 Rdn. 23; **Tröndle/Fischer**, § 34, s. 295; **Schmidt**, s. 172; **Hauf**, s. 51).

yakınına ait olması gerekir ki failin bu durumda içinde bulunduğu psikolojik durum onu bir tercih yapmaya sevk edebilsin.

Örneğin Frankfurt Bölge İdare Mahkemesi'nin de kararına konu olan bir örnekte olduğu gibi; psikolog F'ye hastası M, AIDS virüsü taşıdığını ancak bunu cinsel ilişkiye girmekte olduğu kız arkadaşına bunu söyleyemediğini söyler. Bunun üzerine kız arkadaş ile görüşen psikolog F, durumu ve risklerini ona açıklar. Burada normalde hekimin sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranan psikologun bu davranışını yerinde olarak zorunluluk hali sebebiyle hukuka uygun bulmuştur¹⁰¹. Burada bir tarafta bir kişinin korunmaya muhtaç yaşam hakkı diğer tarafta ise hastanın sırrına bağlı hukuki yararı söz konusudur. Yaşam hakkı, sırrın korunmasına oranla açık bir şekilde üstün bir hukuki değer olduğundan burada hukuka uygunluk sebebi zorunluluk hali söz konusudur.

TCK m.25/2'de yer alan düzenlemenin özelliklerini sıralamak gerekirse:

- Ehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunması gerekir yani korunma fiilinin tehlikeye uygun olması gerekir. Kanun bu şekliyle korunan hukuki yarar ile zarar verilen hukuki yarar konusunda bir sınırlama getirmemiştir. Sadece orantıdan söz etmektedir orantı iki eş değer hukuki yararın çatışması halini de kapsar. Bu şekliyle korunmak istenen hukuki yarar zarar verilen hukuki yarardan üstün olabileceği gibi ***eşit değerde de*** olabilir. Bu durum mazeret sebebi olan zorunluluk halinin bir unsurudur.
- Korunmak istenen hakkın niteliğine ilişkin bir sınırlama yoktur. Bu yaşam hakkı olabileceği gibi pekâlâ malvarlığına ilişkin bir hak da olabilir. Bu özellik hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk halinin bir özelliğidir.
- Bu hukuki yarar failin kendisine ait olabileceği gibi herhangi birisine de ait olabilir. Bu yönüyle düzenleme, hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk haline uymaktadır.
- Failin zorunluluk halinden yararlanabilmesi için ***"tehlikeye failin bilerek neden olmamış olması"*** gerekir. Bu düzenleme ise mazeret nedeni olan zorunluluk halinin bir koşuldur.

¹⁰¹ OLG Frankfurt, NJW 2000, s. 875.

- Kanun metninde zorunluluk halinde hareket eden kişiye “ceza verilmeyeceği” belirtilmiştir. Bu yönüyle “kusuru olmadığından ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir” şeklindeki CMK m.223’deki düzenlemeye paralel olduğu düşünülse de kanun metninde, bir hukuka uygunluk sebebi olduğu konusunda tartışma olmayan meşru savunma için de “ceza verilmez” yargısının kullanılması bu paralelliği ortadan kaldırmaktadır. Çünkü kusurluluğu kaldıran bir hal düzenlemesinde ceza verilmez yargısı yerine “kusurlu hareket etmez” ve “kusurlu sayılmaz” yargısının kullanılması gerekmektedir¹⁰².

Bu yönleriyle TCK’da düzenlenmiş olan zorunluluk hali, hem hukuka uygunluk sebebi olan hem de mazeret sebebi olan zorunluluk halinin özelliklerini **eleştiriye açık bir şekilde** bünyesinde barındırmaktadır¹⁰³.

Zorunluluk halini düzenleyen TCK m.25/2’nin gerekçesinde yer alan zorunluluk halinin kusurluluğu kaldıran hal olduğuna ilişkin ifadenin uygulamacı açısından bir bağlayıcılığının olmadığı bunun sadece bir **yorum aracı** olduğu unutulmamalıdır. Ayrıca Borçlar Kanunu’nun zorunluluk hali için hakime tazminata hükmedebilme yetkisi vermiş olması, Borçlar Hukuku açısından fiili hukuka aykırı hale getirmez. Söz konusu tazminat klasik anlamda bir tazminat değil hakimin takdirine bağlı **hakkaniyet sorumluluğunun** bir sonucudur.

Bu şekliyle hukuki niteliği maalesef TCK’dan anlaşılamayan zorunluluk halinin hukuki niteliğini anlamak için CMK m.223’den yararlanmak gerekmektedir. Bu düzenlemeye göre hakim somut olayda zorunluluk halinin bulunması halinde fail hakkında kusuru bulunmadığından ceza verilmesine yer olmadığına karar verecektir¹⁰⁴. Ancak bu sonuca hukuki mantık çerçevesinde değil uygulamacı açısından dikkate alınması zorunlu olan¹⁰⁵ bir muha-

¹⁰² 765 s. TCK’nın düzenlemesini benzer şekilde eleştiren Toroslu’ya göre bir hukuka uygunluk sebebinin varlığı halinde sadece fiilin cezalandırılmayacağını, onların başka hukuk düzenleri bakımından hukuka aykırılıklarının devam ettiği neticesine yol açabilir (Toroslu, s. 79).

¹⁰³ Benzer eleştiriler için bkz. **Hafizoğulları**, İstenemezlik, s. 30vd.

¹⁰⁴ CMK’nın ilk yayınlandığı şeklinde yer almayan bu düzenleme daha sonra yapılan değişiklikle maddeye eklenmiştir. **Değişik: 25.05.2005 - 5353/30 md.**

¹⁰⁵ Nitekim Yargıtay da bu yönde karar vermektedir YCGK. E. 2007/1-281K. 2008/37 T. 26.2.2008, www.kazanci.com.tr, (Erişim: 29.12.2008).

keme kuralından hareketle varılıyor olması eleştirilmelidir¹⁰⁶. Yapılması gereken, mehzaz A1.CK'nda olduğu şekli ile TCK'da da iki ayrı zorunluluk haline ilişkin düzenlemelerine yer verilmesidir.

2. Türk Ceza Kanunu Özel Hükümlerde Yer Alan Zorunluluk Hali Düzenlemeleri

TCK özel hükümlerde yer alan zorunluluk hali başlıklı özel düzenlemelerin ise birer mazeret sebebi oldukları açıktır. Çünkü bunların varlığı halinde hakime cezadan vazgeçme yanında cezada indirim yapma yetkisi de verilmiştir. Bir hukuka uygunluk sebebinde ise cezadan indirim söz konusu olamaz zira bir eylem ya hukuka uygundur ya da aykırıdır¹⁰⁷. *Örneğin* m.92 (Organ ve dokularını satan kişinin bunu sosyal ve ekonomik durumunun bir gereği olarak yapmak zorunda kalması), m.147 (hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak amacıyla işlenmesi¹⁰⁸).

Bunlar dışından çocuk düşürtme suçuna ilişkin olarak TCK m.99/2 ilk cümlede yer alan “*Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa*

¹⁰⁶ Yetkili merciin emrini ifa bakımından da aynı tartışma söz konusu olmakla birlikte, burada durum biraz daha farklıdır. Amirin emrinin emri ifa etmek zorunda olan kişilerin iradesi üzerinde etkili olması kusuru kaldıran bir sebep olarak kabulünü sonuçlayabilir. Kaldı ki hukuka aykırı belli koşullar altında emrin yerine getirilmesi halinde emri veren sorumlu olmaya devam ettiğine göre fiil, hukuka aykırı kalmaya devam eder. Bu nedenle amirin emri bir tür kusuru kaldıran hal niteliğini taşımaktadır (Özbek, TCK Şerhi, C.1, s. 340).

¹⁰⁷ Ayrıca bkz. Özbek Veli Özer, Bacaksız Pınar, Doğan Koray, Ceza Genel Hukuku Çalışma Kitabı, Ankara 2006, s. 132; Özgenç bu durumu şu şekilde açıklamaktadır; “Yeni TCK’na ilişkin olarak TBMM Adalet alt komisyonundaki çalışmalarımız sırasında, Kanunun Birinci Kitabının İkinci Kısmı altında Hukuka Uygunluk Nedenleri ve Kusurluluğu etkileyen nedenler olarak iki ayrı bölüme yer verilmesini ve mevcut İkinci bölüm altındaki maddelerin buna göre yeniden tasnif ve formüle edilmesini önermiştik. Ancak bu yöndeki girişimimizden olumlu sonuç elde edemedik. Düşüncemiz gerçekleşseydi, zorunluluk halini sadece kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak değil, daha genel bir şekilde, kusurluluğu etkileyen bir neden olarak düzenleyecektik. Ancak bu girişimimizde başarılı olamadığımız için, Kanunun Özel Hükümler Kitabındaki çeşitli suç tanımları bağlamında ayrıca zorunluluk haline ilişkin hükümlere yer verilmesi gereği ortaya çıkmıştır. (m.92, m.147)” (Özgenç, s. 382).

¹⁰⁸ Yazıcıoğlu’na göre TCK m.25/2’deki genel düzenleme ve TCK m.147/1-son’da yer alan ve hakime suçun işleniş şekli ve özellikleri itibarıyla cezada indirim yapma ve ceza vermektan çekinebilme imkanı veren düzenleme karşısında bu şekilde ayrıca bir zorunluluk hali düzenlemesine ihtiyaç yoktur ayrıca ağır ve acil ihtiyaç m.25/2 anlamında bir tehlike boyutuna ulaşırsa TCK m.25/2’nin uygulanması gerekir (Yazıcıoğlu, s. 46).

bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” düzenlemesinde yer alan **“Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde¹⁰⁹”** ifadesinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Düzenlemeye göre çocuk düşürme fiili tıbbi zorunluluk bulunması halinde cezalandırılabilir bir fiil olmaktan çıkmaktadır. Aslında bu şekilde bir düzenleme olmasa dahi genel hükümlerde yer alan zorunluluk hali düzenlemesi ile de aynı sonuca varmak mümkün olabilirdi ancak buna rağmen kanun koyucu bu durumu madde metninde özel olarak düzenleme ihtiyacı duymuştur. Bu şekilde, aslında bir zorunluluk hali olan durum, tipikliğe dâhil hale gelmiştir. Hakim suça ilişkin değerlendirmesini yaparken ilk önce olayda tıbbi bir zorunluluğun olup olmadığını inceleyecektir bu ise bir hukuka aykırılık ve kusurluluğa ilişkin bir inceleme değil tipikliğe ilişkin bir inceleme olacaktır.

¹⁰⁹ 2827 s. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun m.5/son bu hallerin tanımlamasını tüzüğe bırakmıştır. Bu konuda yayımlanan 510 Sayılı Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük’ün 5. maddesi, gebelik süresi 10 haftayı geçmiş olsa bile annede “Tüzük’e ekli (2) sayılı listede sayılan hastalıklardan birinin bulunmasını tıbbi zorunluluk kabul etmiş, 7. maddesinde “*Acil durum: Derhal müdahale edilmediği takdirde kadının hayatını ya da hayati organlarından birini tehdit eden acil haller*” olarak tanımlanmış. Ayrıca 8. maddede Rahim tahliyesini gerektiren acil haller sayılmıştır. Bunlar, a) Servikal internal os kapalı olsa bile, kadının yaşamını tehlikeye sokacak ölçüde vajinal, kanamalar, b) Servikal internal osun açık olduğu haller, c) Uterustaki gebelik ürününün bir bölümünün düştüğü ve kanamanın devam ettiği haller ya da enfeksiyon tehlikesidir.

K a y n a k  a

- Artuk** Mehmet Emin/**Gökcen** Ahmet/**Yenidünya** Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007.
- Baumann** Jürgen/**Weber** Ulrich/**Mitsch** Wolfgang, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bielefeld 2003.
- Centel** Nur/**Zafer** Hamide/**Çakmut** Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2006.
- Demirbaş** Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007.
- Donay** Süheyl, Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu, İstanbul 2005.
- Dönmezer** Sulhi/**Erman** Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C.II, İstanbul 1997.
- Erem** Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C.1, Ankara 1971.
- Eren** Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1998.
- Gropp** Walter, Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin Heilderberg New York 2001.
- Hafizoğulları** Zeki, Türk Ceza Hukuku Sisteminde Zaruret Hali ve Üçüncü Kişiyi Kurtarma, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, C.28, S.1-4, Y.1971.
- Hafizoğulları** Zeki, Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi (Nichtzumutbarkeit/L'Inesigibilità), <http://www.zekihafizogullari.com/Makaleler/istenemezlik.pdf> (Erişim 30.01.2009); (İstenemezlik).
- Haft** Fritjof, Strafrecht Allgemeiner Teil, München 2004.
- Hakeri** Hakan, Ceza Hukuku, 4. Bası, Ankara 2005.
- Hauf** Claus-Jürgen, Strafrecht Allgemeiner Teil, Kurzlehrbuch, 1996 Berlin.
- İçel** Kayıhan/**Evik** A. Hakan, İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Kitap, İstanbul 2007.
- Jescheck** Hans Heinrich/**Weigend** Thomas, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, Berlin 1996.
- Jakobs** Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin New York 1993.

- Kangal** Zeynel Temel, Zorunluluk Durumunun Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2006.
- Lackner** Karl/**Kühl** Kristian, Strafgesetzbuch, Kommentar, München 2007.
- Mahmutoğlu** Fatih Selami, “5237 S. Türk Ceza Kanununda Hukuka Uygunluk Nedenleri”, Hukuk ve Adalet Dergisi, S.5, Nisan 2005.
- Önder** Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.II-III, İstanbul 1992.
- Özbek** Veli Özer, Türk Ceza Kanununun Anlamı, TCK İzmir Şerhi, C.I, Ankara 2006.
- Özbek** Veli Özer, **Bacaksız** Pınar, **Doğan** Koray, Ceza Genel Hukuku Çalışma Kitabı, Ankara 2006.
- Özgenç** İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007.
- Öztürk** Bahri/**Erdem** Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2008.
- Roxin** Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, München 2006.
- Schmidt** Rolf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Grundlagen der Strafbarkeit Methodik der Fallbearbeitung, Bremen 2007.
- Schönke** Adolf/**Schröder** Horst, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Auflage, München 2006.
- Şahin** Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2005.
- Toroslu** Nevzat, Ceza Hukukunda Zaruret Hali, Ankara 1968.
- Tröndle** Herbert/**Fischer** Thomas, Strafgesetzbuch, Kurz Kommentar, Münih 2007.
- Koca** Mahmut/**Üzülmez** İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008.
- Wessels** Johannes/**Beulke** Werner, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau; Heilderberg 2007.
- Yazıcıoğlu** Yılmaz, Yeni Türk Ceza Kanununda Hırsızlık Suçunun Nitelikli Halleri, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S.41-42.
- Yüce** Turhan Tufan, Ceza Hukuku Dersleri, C.I, Manisa 1982.