



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 08.10.2019
Revizyon Talebi: 13.12.2019
Son Revizyon Tarihi: 18.12.2019
Kabul: 20.12.2019

Hukuk Düzeninin Birliği İlkesi Çerçevesinde Zorunluluk Hâlinin Hukukî Niteliği*

R. Murat Önok** , Işık Öney***

Öz

Zorunluluk hâline ilişkin olarak Türk öğretisinde bugüne kadar yapılmış çalışmalarda konunun medeni hukuk ve ceza hukuku bakımından çoğunlukla ayrı ayrı ele alındığı görülmektedir. Hâlbuki konunun medeni hukuk ve ceza hukuku arasındaki etkileşim dikkate alınarak, hukuk düzeninin birliği ilkesi ışığında incelenmesi bir gerekliliktir. Özellikle Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 01.06.2005'te yürürlüğe girmesinden sonra zorunluluk hâlinin hukuki niteliği ceza hukuku öğretisinde yoğun bir şekilde tartışılmış, fakat bu tartışmalarda, zorunluluk hâlinin medeni hukuk bakımından bir hukuka uygunluk sebebi teşkil ettiği ve bunun doğurduğu sonuçlar yeterince dikkate alınmamıştır. Bu çalışmada zorunluluk hâli hem medeni hukuk hem de ceza hukuku açısından bu bakış açısıyla ele alınmakta ve hukukun bu iki disiplini arasındaki etkileşime dikkat çekilmektedir. Çalışmada öncelikle hukuk düzeninin birliği ilkesi hakkında genel açıklamalara yer verilmekte, ardından sırasıyla medeni hukuk ve ceza hukuku açısından zorunluluk hâli incelenmektedir. Yapılan değerlendirmeler sonucunda CMK m 223/3-c'deki açık hüküm karşısında ceza hukukunda zorunluluk hâlinin bir hukuka uygunluk sebebi olmadığı, dolayısıyla TCK m 25/2 anlamında zorunluluk hâlleri bakımından beraat değil, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerektiği; bununla birlikte medeni hukuk bakımından zorunluluk hâli teşkil eden fiillerin hukukun birliği ilkesi gereği ceza hukuku anlamında da hukuka uygun sayılarak, bu hâllerde beraat kararı verilmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Zorunluluk hâli, Hukuka uygunluk nedenleri, Hukuki sorumluluk, Cezai sorumluluk

The Legal Nature of State of Necessity in Light of the Principle of Unity of the Legal Order

Abstract

The current Turkish legal doctrine on the state of necessity mostly handles the concept separately in terms of civil and criminal law. However, the principle of unity of the legal order requires a holistic approach. Especially after the entry into force of the Turkish Penal Code (TPC) and the Code of Penal Procedure (CPP) on 01.06.2005, the legal nature of the state of necessity has been extensively discussed in criminal law doctrine. But these discussions rarely, if ever, take the fact that the state of necessity constitutes a ground of justification under civil law into account. This study takes a holistic approach in examining the legal nature of the state of necessity and emphasizes the interaction between civil law and criminal law within the context of grounds for justification. It starts with general remarks on the principle of unity of the legal order and proceeds with a description of the state of necessity with a particular focus on its legal nature from civil law and criminal law perspectives respectively. The study concludes that in light of the clear provision in Art. 223 (3) (c)

* Bu çalışmanın tashihlerini yapan Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi araştırma görevileri Levent Emre Özgüç ve Hüseyin Bahadır Çolak'a teşekkür ederiz.

** **Sorumlu Yazar:** R. Murat Önok (Dr. Öğr. Üyesi), Koç Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza Hukuku ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: monok@ku.edu.tr ORCID: 0000-0002-9758-2769

*** Işık Öney (Dr. Öğr. Üyesi), Koç Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: ionay@ku.edu.tr ORCID: 0000-0002-1332-7083

Atf: Önok RM, Öney I, "Hukuk Düzeninin Birliği İlkesi Çerçevesinde Zorunluluk Hâlinin Hukukî Niteliği" (2019) 77(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 847. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2019.77.2.0012>

CPP, the state of necessity does not constitute a justification in criminal law, and therefore, where Art. 25 (2) TPC applies, the judgment to be rendered is not an acquittal, but a decision that infliction of punishment is not required. Nonetheless in cases where the act qualifies as one performed in a state of necessity from a civil law perspective, the act shall also be deemed lawful in terms of criminal law and the court shall decide for acquittal.

Keywords

State of necessity, Grounds for justification, Civil liability, Criminal liability

Extended Summary

State of necessity is a legal concept, which is of importance for both criminal and civil liability. It relieves the perpetrator of an act from criminal liability and deems the act lawful in the context of civil liability. Nonetheless the scope of the concept is not uniform for criminal and civil law: An act may be considered one of necessity within the context of criminal law, whereas not within the context of civil law. This discrepancy is acceptable, albeit not ideal, in light of the principle of unity of the legal order, as it is not uncommon for the same term to mean different things in different branches of law.

The interaction between civil and criminal law within the context of necessity's legal nature is however more problematic. Due to the principle of unity of the legal order, an act is either lawful or wrongful in the eyes of the whole legal order. This means that deeming an act lawful in one branch of law would lead to consequences for another. An inquiry on the legal nature of state of necessity therefore requires a holistic approach. This article deals with the problem of necessity's legal nature with that in focus and explores the interaction between civil law and criminal law within this context.

State of necessity constitutes a ground for justification under civil law (Turkish Code of Obligations Art. 63, para. 2). A state of necessity in civil law exists if a person deliberately inflicts damage on another person's assets in order to avert an imminent danger directed to a considerably higher interest, which could not have been avoided otherwise. Such a lawful act may nevertheless trigger an obligation to compensate the damage (Turkish Code of Obligations Art. 64, para. 2) for the person who has benefited from the intervention by evading the danger. In cases of dispute, it is up to the court to decide whether and to what extent the damage must be compensated.

Under § 4, the regulation and legal nature of necessity under Turkish Penal Code (TPC) is discussed. At the time of the previous Penal Code, necessity was very widely regarded as a justification. The entry into force of the new Penal Code (Law no. 5237) caused great debate around the nature of the new provision embodied in TPC Art. 25 (2). The wording of the provision and a systematic method of interpretation do not lead to a definitive result. As a consequence, two main views emerged. The seemingly

(narrowly) prevailing view argues that necessity does not constitute a justification, but either an excuse or a ground precluding culpability. In both cases, Art. 223 (3) (b) of the Code of Criminal Procedure (CCP) would apply since this provision does not distinguish between excuses and grounds precluding culpability. On the other hand, numerous writers still argue that necessity constitutes a justification.

We are of the opinion that Art. 25 (2) TPC lays down a ground precluding culpability. This is confirmed by the official reasoning of the provision, and the case-law of the Court of Cassation. Whereas neither the reasoning nor the case-law is binding, we base our view on the clear wording of Art 223 (3) (b) which provides that in case of necessity no punishment shall be imposed on the defendant due to a lack of culpability. In cases where a justification enters into play, Art. 223 (2) (d) shall apply, and the defendant shall be acquitted. Surely, it can be (and has been) argued that a provision of the PPC is not the place where the legal qualification of a provision of the TPC shall be made. Yet, that is what the lawmaker has done. Therefore, even when a perpetrator acts under a state of necessity, his or her act is still criminal, but - in the words of CPP Art. 223 (3) (b) - ‘there is no need to inflict punishment’. The reason for a lack of punishment is the abnormality in the formation of the perpetrator’s motive in the face of a grave and imminent danger, which creates a difference in the value judgment to be passed over culpability, and leads to the conclusion that he or is she does not deserve punishment.

On the other hand, it cannot be argued that it is impossible to qualify TPC Art. 25 (2) as a justification by virtue of Turkish Code of Obligations Art. 64 (2): whereas it is argued that by reserving the right to demand damages Art. 64 (2) implicitly accepts the unlawful nature of the act, this is not true! That provision is based on equity, and not on the unlawful nature of the act.

We conclude that the state of necessity does not constitute a justification in criminal law, and therefore, where Art. 25 (2) TPC applies, the judgment to be rendered is not an acquittal, but a decision that infliction of punishment is not required. Nonetheless in cases where the act qualifies as one performed in a state of necessity from a civil law perspective, the act shall also be deemed lawful in terms of criminal law and the court shall decide for acquittal.

Hukuk Düzeninin Birliği İlkesi Çerçevesinde Zorunluluk Hâlinin Hukukî Niteliği

I. Konunun Takdimi ve Sınırlandırılması

Zorunluluk (ıztırar, zaruret, çaresizlik, zorda kalma) hâli (Alm *Notstand*; İng *State of necessity*; Fr *État de nécessité*; İt *Stato di necessità*.) içerisinde bir başkasına zarar verilmesi sorunu hem ahlak felsefesini hem de hukuku oldukça meşgul etmiş bir meseledir¹. Zorunluluk kavramı hukuk öğretisinde öncelikle bir ceza hukuku meselesi olarak ele alınmış olmakla beraber², medeni hukuk alanında da önem arz eder. Bunun sebebi zorunluluk hâlinin sorumluluk kavramıyla yakın ilişki içerisinde bir kavram olmasıdır. Normal şartlarda failin (cezai ve/veya hukukî) sorumluluğuna yol açacak bir davranış, zorunluluk hâlinde gerçekleştirilmişse failin bu davranışı nedeniyle cezai sorumluluğu söz konusu olmayacak, medeni hukuk bakımından ise ancak fedakârlığın denkleştirilmesi düşüncesine dayanan bir denkleştirme bedeli ödeme yükümlülüğü söz konusu olabilecektir.

Zorunluluk hâli mevzuatta farklı yerlerde, farklı şekillerde düzenlenmektedir (5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m 25/2; 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m 223/3-c; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m 64/2; 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu m 753). Bu düzenlemelerde zorunluluk hâlinin oluşmuş sayılması için aranan koşullar birbiriyle uyumlu olmadığı gibi, zorunluluk hâlinin hukukî niteliği bakımından da bir görüş birliği olduğu söylenemez. Özellikle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 01.06.2005'te yürürlüğe girmesiyle zorunluluk hâlinin ceza hukukundaki niteliği daha yoğun bir şekilde tartışılmış, fakat bu tartışmalarda yapılan değerlendirmelerde zorunluluk hâline ilişkin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'ndaki (TMK) düzenlemeler genelde -en azından yeterince- dikkate alınmamıştır. Hâlbuki hukuk düzeninin birliği ilkesi uyarınca, bir fiilin hukuka aykırı olup olmadığının tespitinde tüm hukuk düzeninin dikkate alınması zorunludur. İşte bu çalışmanın esas amacı da iki farklı hukuk dalında kullanılan bu kavramın hukukî niteliğini tespit ederken, hukuk düzeninin birliği ilkesini gözetmek ve buna göre bir değerlendirme yapmaktır. Zira aşağıda da açıklanacağı üzere, ceza hukuku veya medeni hukuk bakımından zorunluluk hâline ilişkin yapılacak hukukî nitelendirme, diğer hukuk dalı bakımından da etkili olabilecektir.

¹ Bacon, v. *Putendorf*, *Kant* ve *Hart* gibi düşünürlerin konuya yaklaşımlarının bir özeti için bkz Kristian Cedervall Lauta, 'When a Right is a Wrong: Compensation for Acts of Necessity' (2017) 8(3) Journal of European Tort Law 299 ff. Zorunluluk hâlini açıklayan teoriler için bkz Nevzat Toroslu, *Ceza Hukukunda Zaruret Hali* (Sevinç Matbaası 1968), 19 ff.

² Andreas von Tuhr, *Der Nothstand im Civilrecht* (Heidelberg, 1888) I: *von Tuhr*'un doçentlik tezi olarak hazırladığı ve ceza hukuku menşei zorunluluk hâli kavramını özel hukuk meseleleri bakımından incelediği bu eserdeki bazı fikirler, 20. yüzyılda Almanya ve İsviçre'de yürürlüğe giren kanunları etkilemiştir. Bu fikirlerin başında zorunluluk hâli içerisinde bir başkasına zarar veren kişinin, bu sırada yol açtığı zararın sonuçlarına (bu fiili hukuka uygun kabul edilmesine rağmen) katlanması gerektiği gelir [bkz Andreas von Tuhr and Hansjörg Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht* (3rd edn, Schultess 1979) 423, fn 106].

Bu temel sorundan yola çıkarak, aşağıda öncelikle hukuk düzeninin birliği ilkesine ilişkin genel açıklamalar yapılacak, bu ilkeyle bağlantılı olarak özellikle hukuka aykırılık kavramı üzerinde durulacaktır (bkz II). Ardından sırasıyla medeni hukuk (bkz III) ve ceza hukuku (bkz IV) bakımından zorunluluk hâli kavramı ana hatlarıyla incelenecektir. Çeşitli ceza hukuku çalışmalarında zorunluluk hâlinin hukukî niteliği hakkında kapsamlı değerlendirmeler yapıldığı için, kurumun ceza hukuku açısından niteliği, çeşitli görüşler ışığında, çalışmanın son bölümüne ışık tutmaya yetecek ölçüde ve kapsamda ele alınacaktır. Bununla birlikte, bu makalede savunulan görüş uyarınca medeni hukuk anlamında hangi hâllerin zorunluluk hâli teşkil ettiği, ceza hukuku bakımından da büyük önem arz ettiğinden, çalışmada medeni hukukun zorunluluk hâlinin şartlarına daha geniş yer ayrılmıştır. Son bölümde ise zorunluluk hâli kavramının medeni hukuktaki ve ceza hukukundaki benzerlikleri ve farkları ortaya koyularak, hukuk düzeninin birliği ilkesi çerçevesinde bu kavramın hukukî niteliğine ve bu tespitlerin diğer hukuk dalı açısından sonuçlarına ilişkin değerlendirmeler yapılacaktır (bkz VI).

II. Hukuk Düzeninin Birliği İlkesi

A. Genel Olarak

Bir hukuk sistemi oluşturma faaliyeti, hakkaniyet kavramını tutarlı ve rasyonel bir ilkeler bütünü hâlinde ortaya koyma teşebbüsü olarak tanımlanabilir³. Bir hukuk sistemi oluşturulabilmesinin ön koşulu, oluşturulacak bu sisteme konu olacak hukukun bir düzen ve birlik arz etmesidir. Bu yüzden hukuk yöntembilimi (metodolojisi) öğretisi için hukuk düzeninin birlik arz ettiği bir ön kabul niteliğindedir⁴. Bu ön kabul, hukukçuya münferit hukuk kurallarını bir bütünün (sistemin) içerisine yerleştirme ödevini yükler⁵. Hukukçu bu ödevini, münferit hukuk kurallarını bir sistem içinde anlam ifade edecek şekilde yorumlayarak⁶ (sistematik yorum) ve boşluk doldurma söz konusuysa yine bu faaliyeti hukuk düzenine uygun bir şekilde gerçekleştirerek ifa eder⁷. Hukukun (en azından yöntemi bakımından) ‘bilimsel’ addedilmesinin temelinde de bu yatar⁸.

³ Helmut Coing, ‘Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft’ in *Frankfurter Universitätsreden Heft 17* (1956) 41.

⁴ Claus-Wilhelm Canaris, ‘Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz’, in Jörg Neuner ve Hans Christoph Grigoleit (ed) *Claus-Wilhelm Canaris Gesammelte Schriften, Bd. 1: Rechtstheorie* (De Gruyter 2012) 199. Sistem kavramının hukuk kavramına ilişkin olduğu yönünde bkz Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Bd. 2 (4th edn, Springer 1992) 295.

⁵ Coing (n 3) 28; Heinrich Honsell and Theo Mayer-Maly, *Die Grundlagen des Rechts* (7th edn, Stämpfli 2017) 161.

⁶ Honsell and Mayer-Maly (n 5) 171; Ernst Kramer, *Juristische Methodenlehre* (5th edn, Stämpfli 2016) 92 ff

⁷ İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, hâkimin ZGB 1/2 (=TMK 1/2) uyarınca hukuk yarattığı hâllerde hukukun birliği ilkesini gözetmesi gerektiğini ifade etmektedir (BGE 126 III 138).

⁸ Canaris (n 4) 199; ayrıca bkz Rona Serozan, *Hukukta Yöntem* (Vedat Kitapçılık 2015) 6: ‘Hukukçu hukuk kurallarını yöntembilimin mantık kurallarına uyarak rasyonel tarzda yorumlayıp uyguladığı ölçüde baştan aşağı bilimsel bir etkinlikte bulunur... Hukuk öğretisi karşılaştırır; birleştirir; sınıflandırır; ilkeleştirir; sistematikleştirir; sistemleştirir.’

Hukuk düzeninin birliği (Alm *Einheit der Rechtsordnung*), ancak hukuk kurallarının kendi içinde tutarlı olması hâlinde gerçekleşebilir⁹. Bu tutarlılık sayesinde de hukuk güvenliği tesis edilmiş ve kişilerin hukuk önünde eşit olması sağlanmış olur¹⁰. Dolayısıyla hukuk kurallarının yorumlanmasının önemli bir işlevi de ilk bakışta birbiriyile tutarsız veya çelişkili görünen kuralları birbiriyile bağdaşır hâle getirmektir¹¹.

Hukuk düzeninin birliği kavramı üzerindeki tartışmaları 1935 yılında yaptığı bir konuşma¹² ile başlatan *Engisch*, hukuk düzeni içindeki tutarsızlıkları beş başlık altında inceler¹³. Konumuz bakımından bunların ilk ikisi önem taşımaktadır: Terminolojik tutarsızlıklar ve norm tutarsızlıkları.

B. Terminolojik Tutarsızlıklar ve Zorunluluk Hâli

Değineceğimiz ilk tutarsızlık türü terminolojik tutarsızlıklardır¹⁴. Bununla kast edilen, bir kavramın hukuk düzeninin farklı dallarında farklı anlamlara gelecek şekilde kullanılmasıdır. Bu tutarsızlıklara birçok örnek vermek mümkündür. Örneğin anayasa hukuku anlamında mülkiyet hakkı kavramı (AY m 35) ile medeni hukukun mülkiyet kavramı (TMK m 683 vd) birbiriyile örtüşmez. Keza kusur ve ihmal kavramları da medeni hukuk ve ceza hukuku bakımından farklı şekilde anlandırılmaktadır. Bu durumu ifade etmek için, hukuk kavramlarının göreceliğinden (Alm *Relativität der Rechtsbegriffe*) bahsedilmektedir. İdeal bir hukuk düzeninde hukukî kavramların hukuk düzeninin tamamında yeknesak şekilde kullanılması gerektiği savunulabilir. Fakat hukuk kuralları kaleme alınırken bu kaygıyla hareket edilmemişse, kavramın yeknesaklığı üzerinde ısrar etmek yerine, yorum faaliyeti sırasında her bir kavramı kendi bağlamı içerisinde anlamlandırmak daha isabetli olur¹⁵.

İşte bu çalışmanın konusu olan zorunluluk hâli kavramı bakımından da terminolojik bir çelişki söz konusudur. Aşağıda açıklanacağı üzere, TCK, CMK, TBK ve TMK'deki düzenlemeler incelendiğinde, medeni hukuk ve ceza hukuku bakımından yeknesak bir zorunluluk hâli kavramından bahsedilmesinin mümkün olmadığı görülmektedir¹⁶. Bu nedenle bu kavramın ceza hukuku ve medeni hukuk bakımından farklı anlamlandırılması gerektiği sonucuna varılmalıdır¹⁷.

⁹ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (2nd edn, Österreichisches Staatsdruckerei 1992) 209.

¹⁰ Coing (n 3) 29.

¹¹ Karl Engisch, *Einführung in das juristische Denken* (9th edn, Kohlhammer 1999) 207; Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (6th edn, Springer 1991) 313.

¹² Bu tebliğin genişletilmiş hâli kitap olarak yayınlanmıştır. Bkz Karl Engisch, *Die Einheit der Rechtsordnung* (Carl Winters Universitätsbuchhandlung 1935).

¹³ Engisch, *Einführung* (n 11) 209 vd; Engisch, *Einheit* (n 12) 41 ff.

¹⁴ *Engisch* bu tutarsızlıkları teknik tutarsızlıklar (Alm *technische Widersprüche*) veya yasa tekniği tutarsızlıkları (Alm *gesetzestechnische Widersprüche*) olarak adlandırır: Engisch, *Einführung* (n 11) 209; Engisch, *Einheit* (n 12) 43-45.

¹⁵ Engisch, *Einführung* (n 11) 209.

¹⁶ Öyle ki, ceza hukuku doktrini bakımından kendi içinde bile kavram üzerinde bir uzlaşma yoktur [Zeynel Temel Kangal, *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu* (Seçkin 2010) 28; Çağrı Kan, *Türk Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali* (Yetkin 2018) 38-39].

¹⁷ Bununla birlikte, ceza hukukundaki zorunluluk hâliyle medeni hukuktaki zorunluluk hâlinin temelinde yatan düşüncenin aynı olduğu söylenebilir [Andreas v.Tuhr, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, vol 2 (Duncker & Humblot 1918) 600].

C. Hukuka Aykırılık Bağlamında Norm Tutarsızlıkları ve Zorunluluk Hâli

Engisch'in hukuk düzenindeki tutarsızlıkları kategorize ederken, dikkat çektiği ikinci kategori norm tutarsızlıklarıdır (Alm *Normwidersprüche*). Şayet hukuk düzeni bir yandan yasakladığı bir davranışa diğer yandan izin veriyorsa (veya bu davranışın gerçekleştirilmesini emrediyorsa) bir norm tutarsızlığı söz konusu olur¹⁸. Norm tutarsızlıkları, terminolojik tutarsızlıklardan farklı olarak, tolere edilemez¹⁹ ve bunların mutlaka yorum yoluyla aşılması gerekir²⁰.

Bu bağlamda, öğretilerde tartışma konusu olan bir meseleye değinmek gerekir. Acaba hukuka aykırılık hukuk düzeninin tamamı bakımından yeknesak bir kavram mıdır, yoksa her hukuk dalı bakımından ayrı ayrı değerlendirilebilir mi²¹? Örneğin ceza hukuku bakımından hukuka aykırı olarak değerlendirilen bir davranış, medeni hukuk bakımından hukuka uygun sayılabilir mi? Bu konu öğretilerde özellikle hukukî sorumluluk ve cezai sorumluluk ilişkisi bağlamında tartışılmıştır²². Hâkim fikir, bizce de haklı olarak, bir davranışın hukuka aykırı olup olmadığı konusunda bir yargıya varıldığında bu yargının tüm hukuk düzeni bakımından geçerli olacağı yönündedir²³. Bir hukuka aykırı davranış sonucunda bir yaptırım uygulanıp uygulanmayacağı ise her hukuk dalına özgü bir sorundur. Hukuka aykırı fiile, cezai, hukukî veya idari yaptırımların uygulanıp uygulanmayacağı konusunda sırasıyla ceza hukuku, medeni hukuk ve idare hukuku kuralları uyarınca yaptırım uygulanması için aranan diğer şartlar belirleyici olur²⁴. Bu bakımdan, ceza hukuku açısından suç olarak düzenlenmiş her davranış bir 'haksızlık'²⁵ teşkil etmekle birlikte; hukuka aykırı olup da haksızlık teşkil eden her davranış suç olarak düzenlenmemiş olabilir²⁶. Doktrinde vurgulandığı üzere²⁷, ceza hukukunun ikincil niteliği gereği, bir davranışın hukuka aykırı olması ve tazminat talebi hakkını doğurmasına karşın, herhangi bir ceza hukuku sonucuna

¹⁸ Engisch, *Einführung* (n 11) 209 vd; Engisch, *Einheit* (n 12) 46.

¹⁹ Engisch, *Einführung* (n 11) 210.

²⁰ Yapılacak yorumda tutarsızlığa yol açan kuralların normlar hiyerarşisindeki yeri, aralarındaki genellik-özellik ilişkisi ve yürürlüğe giriş anları rol oynayabilir [Engisch, *Einführung* (n 11) 210; Kelsen (n 9) 210]

²¹ Engisch, *Einheit* (n 12) 56.

²² Görüşler ve gerekçeleri hakkında detaylı bilgi için bkz Selim Kaneti, *Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru* (Kazanıcı 2007) 99 ff; Tuğrul Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık* (Seçkin 2003) 21 ff.

²³ Kaneti (n 22) 107-110; Toroslu (n 1) 75-76; Katoğlu (n 22) 35-36; Karl Oftinger and Emil W. Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht Zweiter Band: Besonderer Teil- Erster Teilband: Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung* (4th edn, Schultess Verlag 1995) para 225; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14th edn, Seçkin 2018) 305. Alman hukukunda bu yönde Manfred Wolf, Jörg Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (11th edn, Beck 2016) § 21 para 71; Bernd Heinrich, *Ceza Hukuku Genel Kısım – I* (Yener Ünver ed; Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek, Özlem Yenerer Çakmut, Barış Erman, Koray Doğan, Ramazan Barış Atladı, Pınar Bacaksız and İlker Tepe trs, Adalet 2014) para 479. Alman hukukunda aksi yönde görüş için bkz Helmut Grothe, '§ 226-231 BGB: Ausübung der Rechte, Selbstverteidigung, Selbsthilfe' in Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker and Bettina Limperg (ed), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol.1 (8th edn, Beck 2018) § 227 para 1, § 228 para 2.

²⁴ Engisch, *Einheit* (n 12) 58.

²⁵ Bu bakımdan, hukuka aykırılık ve haksızlık kavramlarının eşanlamı olmadığına dikkat edilmelidir. Hukuka aykırılık, suç oluşturan fiilin bir sıfatıyken; haksızlık, hukuka aykırı fiilin bizatihi kendisini ifade etmektedir [Özgenç (n 23) 309].

²⁶ Özgenç (n 23) 308-309.

²⁷ Heinrich (n 23) para 52a.

yol açmaması mümkündür. Fakat bu durumda bile, söz konusu haksızlığın ‘ceza hukukuna aykırı olmadığı’ndan bahsedilemez²⁸. Neticede, Almanya’da *Hans-Ludwig Günther* tarafından savunulan ve ‘ceza hukukuna özgü özel hukuka aykırılık’ın salt ceza hukuku kuralları açısından değerlendirilmesi gerektiğini savunan yaklaşıma²⁹ katılmıyoruz.

Hukuka aykırılığın genelliği kabul edildikten sonra şu sonuca varılabilir: Eğer hukukun herhangi bir dalında bir davranışın hukuka uygunluğu kabul edilmişse aynı sonuç tüm hukuk düzeni bakımından kabul edilmelidir³⁰. Aksinin kabulü bir norm tutarsızlığı teşkil edeceği için mümkün değildir. Nitekim Türk öğretisinde hukuka aykırılığın genelliğini savunan yazarlar da bu görüşlerinin gerekçesi olarak hukukun birliği ilkesine dikkat çekmektedirler³¹. Aynı şekilde, hukuka uygunluk nedenleri de hukuk düzeninin bütününden ortaya çıkarılmalıdır. Örneğin, ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmiş gözükken bir davranışı hukuka uygun hâle getiren kural, hukukun herhangi bir alanında yer alabilir³². Bu bakımdan, doktrinde belirtildiği üzere³³, bir davranışın medeni hukuka aykırı fakat ceza hukukuna uygun olması ya da bir davranışın bu disiplinlerden sadece biri bakımından hukuka aykırı olmasından söz edilemez. Demek ki, örneğin, haksız fiil sorumluluğunu gerektiren bir davranış suç teşkil etmediğinde, bunun nedeni bu davranışın sadece medeni hukuka aykırı olması veya ceza hukukuna uygun olması değil; bir bütün olarak (ve dolayısıyla her iki disiplin açısından da) hukuka aykırı olmasına karşın, yasa koyucu tarafından ceza yaptırımına layık olarak değerlendirilmemesidir.

İşte bu çalışma kapsamında zorunluluk hâlinin hukukî niteliği değerlendirilirken, TCK, CMK, TBK ve TMK’deki düzenlemeler bu düşünceden hareketle anlamlandırılacaktır. Zorunluluk hâlinin hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edildiği hâllerde, bu durumun tüm hukuk düzeni bakımından geçerli olduğu sonucuna varılacaktır.

²⁸ Aksi görüşte Kengal (n 16) 179. Oysa yazarın aynı sayfada belirttiği gibi, doğrusu, ‘ceza hukuku bakımından önem taşıyan haksızlıktan’ bahsetmektir. Bir haksızlığın cezai yaptırıma layık görülmemiş olması, onu (bir bütün olarak hukuk düzeni ve bu arada ceza hukuku açısından) hukuka aykırı olmaktan çıkartmaz. Yine bkz Toroslu (n 1) 75: Yazar, ‘bir fiilin ceza hukuku bakımından hukuka aykırılığında bahsedilebilmesi için, tipte tasrih edilen hususların tahakkuku gerekir’ demektedir.

²⁹ Kengal (n 16) 180’den naklen.

³⁰ Katoğlu (n 22) 23, 24; Kunter (n 23) 110; Toroslu (n 1) 76; Oftinger and Stark (n 23) para 225; Marcus Desax, *Haftung für erlaubte Eingriffe* (Universitätsverlag Freiburg 1977) 51; Kengal (n 16) 178.

³¹ Kaneti’ye göre ‘[n]ormları birbirinden ayrı ve temas noktaları olmayan bölümlere ayırıp, bir fiilin ancak çiğnediği normun yer aldığı hukuk dalına aykırı olduğunu söylemek, hukuk düzeninin temeldeki birliğine, ve hukuk normunun ilgili hukuk dalının olduğu kadar, genel hukuk düzeni kavramının bir cüzü olduğu gerçeğiyle bağdaşmaz.’ (Kaneti (n 22) 107); Toroslu (n 1) 166-167: ‘Bize öyle geliyor ki, zaruret halinin hukuka aykırılığın tahakkukuna mani olduğunu bir kere kabul ettikten sonra, bu tesiri ceza hukuku sahasına münhasır kılmağa imkân yoktur. Zira hukuk nizamı tektir. Çeşitli sahalarda değişik özellikler taşıması, onun esasında bir ayırma tâbi olduğuna delâlet etmez. Bu, onun değişik icaplara cevap vermesinden ileri gelmektedir. Binnetice zaruret halinin hukuka aykırılığa tesiri, yalnız ceza hukuku bakımından değil, bütün hukuk nizamı bakımından kendisini gösterir.’

³² Özgenç (n 23) 313.

³³ Özgenç (n 23) 305.

III. Medeni Hukukta Zorunluluk Hâli

Medeni hukuk bakımından zorunluluk hâli şu şekilde tanımlanabilir: Zorunluluk hâli öyle bir hâldir ki, kişinin kendisine veya başkasına yönelik yakın bir tehlikeyi savuşturması, ancak üçüncü bir kişinin malvarlığına müdahale etmek suretiyle mümkündür³⁴. Aşağıda sırasıyla TBK ve TMK'deki ilgili düzenlemeler ile bunların uygulama alanı, zorunluluk hâlinin hukukî niteliği, şartları ve sonuçları incelenecektir.

A. Türk Medenî Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'ndaki Düzenlemeler

Medeni hukukta zorunluluk hâline ilişkin genel hüküm TBK m 64/2'de bulunmaktadır:

Kendisini veya başkasını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak için diğer bir kişinin mallarına zarar verenin, bu zararı giderim yükümlülüğünü hâkim hakkaniyete göre belirler.

Zorunluluk hâli içinde taşınmazlara yapılan müdahaleler ise özel olarak TMK m 753'te 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 taşınmaz müdahaleden doğacak zarardan önemli ölçüde büyük ise, malik buna katlanmak zorundadır.

Malik, bu yüzden uğradığı zarar için hakkaniyete uygun bir denkleştirme bedeli isteyebilir.

Bazı yazarlarca zorunluluk hâlinin özel bir görünümü olarak nitelenen ve bir taşınmazın zilyedine, o taşınmazı zarar veren hayvanı yakalama ve etkisiz hâle getirme imkânı veren bir hüküm de TBK m 68'de yer almaktadır.

Bir kişinin hayvanı, başkasının taşınmazı üzerinde bir zarar verdiği takdirde, taşınmazın zilyedi, o hayvanı yakalayabilir, zararı giderilinceye kadar alıkoymalı; hatta durum ve koşullar haklı gösteriyorsa hayvanı diğer yollarla etkisiz hâle getirebilir.

Belirtmek gerekir ki, TBK m 68'in uygulandığı her ihtimalde zorunluluk hâli söz konusu değildir. Hukukî nitelendirme için bir ayırım yapmak gerekir. Taşınmazı zarar veren (veya zarar verme tehlikesi bulunan³⁵) hayvanın, saldırıya maliki tarafından yönlendirildiği hâllerde, TBK m 68 uyarınca hayvanın etkisiz hâle getirilmesinin haklı savunma (TBK m 64/1) niteliğinde olduğunu kabul etmek gerekir³⁶. Buna karşılık, hayvanı yönlendiren kişi, hayvanın maliki değilse veya hayvan kendi içgüdüleriyle

³⁴ v.Tuhr and Peter (n 2) 422; v.Tuhr (n 17) 599; Valentin Landmann, *Notwehr, Notstand und Selbsthilfe im Privatrecht* (Schultess 1975) 33.

³⁵ Hayvanın öldürülebilmesi için zararın gerçekleşmesi aranmamalı, sadece zarar tehlikesi yeterli görülmelidir [Halük Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku* (Vedat 2010) 159]. Zarar tehlikesinin mevcut olduğu fakat zararın henüz doğmadığı hâllerde de tehlikenin önlenmesi için hayvanın yakalanmasının da mümkün olduğu kabul edilmelidir [aksi yönde bkz Tandoğan, (n 35)158]. Buna karşılık hayvan yakalanıp tehlike bertaraf edildikten sonra eğer bir zarar meydana gelmediyse, yakalayanın alıkoyma hakkı bulunmayacaktır.

³⁶ Landmann (n 34) 63, 98, 104; Oftinger and Stark (n 23) para 269. Alman hukuku bakımından bu yönde Heinrich (n 23) para 484.

hareket ediyorsa TBK m 68 uyarınca hayvanın etkisiz hâle getirilmesi zorunluluk hâli kapsamında (TBK m 64/2) kalmaktadır³⁷. Hayvanın kendi içgüdüleriyle hareket ettiği ihtimalde, zorunluluk hâlinin mevcudiyetine rağmen, zarar verene bir denkleştirme bedeli ödeme yükümlülüğü yükletilmemesi gerektiği savunulmaktadır³⁸.

B. Hükümlerin Uygulama Alanı

TBK m 64/2, TMK m 753 ile TBK m 68 karşısında genel hüküm niteliğindedir³⁹. Bu düşünceden hareketle öğretilerde TBK m 64/2'nin sadece taşınır eşyalara zarar verilen durumlarda uygulanabileceği, taşınmazlar bakımındansa TMK m 753'ün uygulanacağı savunulmuştur⁴⁰. Ancak, hâkim fikir bu yönde değildir. Medeni hukuk bakımından yeknesak bir zorunluluk hâli kavramı bulunduğu ve bu kavramın niteliği ve unsurları bakımından TBK m 64/2 ve TMK m 753'ün birlikte okunması gerektiği kabul edilmelidir⁴¹. O hâlde medeni hukuk bakımından zorunluluk hâlinin varlığı için, zarar gören eşyanın taşınır veya taşınmaz eşya olmasına göre bir ayırım yapılmaksızın, aynı şartlar aranmalı ve bu şartların varlığı hâlinde aynı hukukî sonuçların doğacağı kabul edilmelidir. Bu sayede örneğin önlenmek istenen zararın, verilen zarardan önemli ölçüde büyük olması şartı⁴², tüm zorunluluk hâlleri bakımından aranabilecektir⁴³. Hâlbuki anılan koşul yalnızca TMK m 753'te öngörülmüş, TBK m 64/2'de zikredilmemiştir.

³⁷ Oftinger and Stark (n 23) para 269; hayvanların saldırılarına karşı korunurken verilen zararların zorunluluk hâli bakımından değerlendirilmesi gerektiği yönünde: Kaneti (n 22) 256 ve özellikle fn 90. Bu durumda hukuka aykırılığın söz konusu olacağı; ancak kusurun olmaması nedeniyle zarar verenin sorumlu olmayacağı yönünde: Ronald Brehm, 'Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR' in Heinz Hausheer, Hans Peter Walter (ed) *Berner Kommentar Band/Nr. VII/1/3/1* (3rd edn, Stämpfli 2006) Art. 52 OR, para 19b. Bununla birlikte aynı yazar TBK m 68'i (OR 57) zorunluluk hâline ilişkin özel düzenlemeler altında incelemekte, bu hükmün uygulama alanına giren hâllerde hem haklı savunmaya hem de zorunluluk hâline benzer bir durumun olduğunu belirtmektedir. Yazara göre bu ihtimaller, haklı savunmadan ayrılmaktadır; çünkü bir hayvanın içgüdüsel saldırısı tek başına hukuka aykırılık oluşturmaz. TBK m 68'de düzenlenen bu ihtimalin zorunluluk hâline ilişkin genel düzenlemeden (TBK m 64/2) farkı ise yazara göre hayvana zarar verenin bir denkleştirme bedeli ödeme yükümlülüğünün olmamasıdır [Brehm (n 37) Art. 52 OR, para 40; aynı yönde Heinz Rey, *Ausservvertragliches Haftpflichtrecht* (4 edn, Schulthess 2008) para 785].

³⁸ Bu sonuca TBK m 64/1'i kıyasen uygulamak suretiyle varan yazarlar için bkz Oftinger and Stark (n 23) para 270-271; v.Tuhr and Peter (n 2) 421, fn 92. Kanımızca üstün tutulması gereken bir diğer görüşe göre, bu sonuca varmak için TBK m 64/1'i kıyasen uygulamaya lüzum bulunmamaktadır, zira hâkim TBK m 64/2 uyarınca sahip olduğu takdir yetkisi uyarınca, zarar verenin bu ihtimalde denkleştirme bedeli ödemeye mahkûm etmeyebilir [Landmann (n 34) 98; Hugo Oser, Wilhelm Schöenberger, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, erster Halbband: Art. 1-183* (2nd edn, 1929 Schulthess) Art. 52, para 12; Kaneti (n 22) 256 ve özellikle fn 90]. Landmann haklı savunmaya ilişkin hükmün kıyasen uygulanmasını öngören görüşün temelini, 1881 yılında kabul edilen, eski İsviçre Borçlar Kanunu'nda zorunluluk hâlinin düzenlenmemiş sadece haklı savunmanın düzenlenmiş olmasına (aOR Art. 56) dayandığını ifade etmektedir [Landmann (n 34) 63].

³⁹ Landmann (n 34) 34; Brehm (n 37) Art. 52, para 38-40; Walter Fellmann and Andrea Kottmann, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, vol 1 (Stämpfli 2012) para 362.

⁴⁰ Desax (n 30) 44.

⁴¹ Rey (n 37) para 784; Tandoğan (n 35) 37; İlhan Uluşan, *Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı* (2nd edn, Vedat 2012), 99; BGE 100 II 125. Kanunda zorunluluk hâlinin farklı yerlerde düzenleniyor oluşunun bir tesadüfe dayandığı yönünde bkz v.Tuhr and Peter (n 2) 423; 743 sayılı eski Medeni Kanun'un 677. maddesindeki (=TMK m 753) düzenlemenin lüzumsuz olduğu yönünde bkz Kaneti (n 22) 259-260.

⁴² Bkz III, E, 3.

⁴³ Oftinger and Stark (n 23) para 300; Heinrich Honsell, Bernhard Isenring and Martin A. Kessler, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (5th edn, Schulthess 2013) § 5, para 13; Martin A. Kessler, 'Art. 52 OR' in Heinrich Honsell, Nedin Vogt, Wolfgang Wiegand (eds) *Basler Kommentar Obligationenrecht I* (6th edn, Helbing Lichtenhahn 2015) para 11. TBK m 64/2'de zikredilmeyen bu koşulun TMK m 753'ün uygulama alanına girmeyen zorunluluk hâlleri bakımından aranmayacağı, ancak zorunluluk hâlinde yapılacak müdahalenin ölçülü olmasının aranacağı yönünde görüş için bkz Landmann (n 34) 106-107.

Zorunluluk hâline ilişkin hükümlerin uygulama alanına ilişkin olarak üzerinde durulması gereken bir mesele de bu hükümlerin borca aykırı fiillere de uygulanıp uygulanamayacağıdır. Kanımızca bu soruya olumlu cevap verilmelidir⁴⁴. Bu sonuca varırken haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyasen sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanmasını öngören TBK m 114/2'den yararlanılabilir. Örneğin tamir etmek üzere müşterisinin elbisesini dükkânında bulunduran terzinin, dükkânında başlayan yangını söndürmek amacıyla elbiseyi alevlerin üzerine örtmesi ve bu nedenle elbisenin zarar görmesi hâlinde durum böyledir⁴⁵. Zorunluluk hâlinin şartları gerçekleşmişse ne haksız fiilden ne de borca aykırılıktan sorumluluk söz konusu olacak, müşteri yalnızca fedakârlığın denkleştirilmesi esasına dayanan bir denkleştirme talebi ileri sürebilecektir.

C. Zorunluluk Hâlinin Hukukî Niteliği ve Amacı

Medeni hukuk bakımından zorunluluk hâli bir hukuka uygunluk sebebidir. Türk hukuku bakımından bu husus TBK m 63/2'de açıkça ifade edilmektedir: '... zorunluluk hâllerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz.'. Zorunluluk hâlinin hukukî niteliği ne 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nda ne de yürürlükteki İsviçre Borçlar Kanunu'nda⁴⁶ bu açıklıkta ifade edilmiştir. Buna rağmen gerek 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu döneminde Türk öğretisinde⁴⁷, gerekse İsviçre öğretisindeki hâkim görüş uyarınca⁴⁸ zorunluluk hâlinin bir hukuka uygunluk sebebi olduğu kabul edilmektedir.

Kanun koyucunun zorunluluk hâlinde gerçekleşen zarar verici fiili hukuka uygun saymasının nedeni, bu durumda yarışan iki meşru menfaatten daha üstün olanını tercih ederek, bunun korunması için diğerinin feda edilmesini arzu edilen bir sonuç olarak görmesidir⁴⁹.

⁴⁴ Bu gibi durumlarda önce çözümün önce sözleşmeler hukukuna ilişkin kurallarda aranması gerektiği, bunların bir çözüm sunmaması hâlinde zorunluluk hâline ilişkin düzenlemenin kıyasen uygulanacağı yönünde bkz Landmann (n 34) 128-129. Alman hukukunda zorunluluk hâlinin sözleşmesel bir yükümlülüğü ortadan kaldırdığı yönünde bkz v.Tuhr (n 17) 606.

⁴⁵ Bu örnekteki fiil hem haksız fiil hem de borca aykırı fiil niteliğindedir. Bir fiilin yalnızca borca aykırılık teşkil ettiği hâllerde de aynı sonuca varılması gerektiği yönünde bkz Landmann (n 34) 129. Benzer örnekler için bkz v.Tuhr (n 17) 607.

⁴⁶ Desax (n 30) 50.

⁴⁷ Tandoğan (n 35) 40; Ulusan (n 41) 101; Kaneti (n 22) 257; Selahattin S. Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu and Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7th edn, Filiz 1993) 485

⁴⁸ Brehm (n 37) Art. 52, para 4; Landmann (n 34) 126; v.Tuhr and Peter (n 2) 422; Kessler, 'Art. 52 OR' (n 43) para 14; Honsell et al (n 43) 71; Oftinger and Stark (n 23) para 299; Fellmann and Kottmann (n 39) para 365; Theo Guhl and Alfred Koller, *Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts* (9th edn, Schulthess 2000) para 34; Desax (n 30) 50. İsviçre'de azınlıkta kalan bir görüşe göre ise zorunluluk hâlinde izin verilen şey başkasının malvarlığına müdahale edilmesidir. Tek başına müdahale hukuka uygundur ancak bu müdahale bir zarar doğurursa hukuka aykırılık söz konusu olacak ve tazminat borcu doğacaktır [Karl Oechsli, *Kernpunkte der Kausalhaftungsproblematik* (Bern, 1966) 66 ff; Peter Jäggi 'Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung' in *Festschrift Wilhelm Schönenberger* (Universitätsverlag Freiburg 1968)181 ff; Desax (n 30) 49'dan naklen aktarılmıştır]. Alman hukukunda da medeni hukuk anlamında zorunluluk hâlinin iki türünü düzenleyen BGB § 228 ve § 904'te birer hukuka uygunluk sebebinin söz konusu olduğu kabul edilmektedir [Grothe (n 23) § 228 para 1; Wolf and Neuner (n 23) § 21 para 65-66].

⁴⁹ Brehm (n 37) Art. 52 para 36; Wolf and Neuner (n 23) § 21 para 62.

D. Haklı Savunma ile Karşılaştırılması

TBK m 64/1 uyarınca '[h]aklı savunmada bulunan, saldıranın şahsına veya mallarına verdiği zarardan sorumlu tutulamaz.' Haklı savunma (meşru müdafaa) da zorunluluk hâli gibi TBK'de bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmektedir (TBK m 63/2). Haklı savunmada da zorunluluk hâlinde olduğu gibi bir hukukî menfaatin başka bir hukukî menfaatin feda edilmesi suretiyle korunması söz konusudur⁵⁰.

Haklı savunmanın zorunluluk hâlinde ayrılan üç temel özelliği bulunmaktadır. Öncelikle haklı savunmanın söz konusu olabilmesi için zarar verici fiilin korunmak/savuşturulmak istenen saldırıyı gerçekleştiren kişiye yönelik olması gerekir. Tehlikeyle hiçbir ilgisi olmayan bir kişinin menfaatinin ihlali ise haklı savunma kapsamına girmez, ancak şartları gerçekleşmişse zorunluluk hâli kapsamında değerlendirilebilir⁵¹. İkinci olarak, saldıranın hem şahsına hem de malvarlığına zarar veren fiillerin haklı savunma kapsamına girebileceği, buna karşılık üçüncü kişinin yalnızca malvarlığına zarar verilmesi hâlinde fiilin TBK m 64/2 uyarınca hukuka uygun sayılabileceğini vurgulamak gerekir⁵². Son olarak da haklı savunma kapsamında zarar veren kişi verdiği zarardan hiçbir şekilde sorumlu tutulamazken hâkim, zorunluluk hâli kapsamında zarar veren bir denkleştirme bedeli ödemesine hükmedebilir⁵³.

Bu iki kavramın birbirinden farklarına ek olarak, aralarındaki ilişkiye de dikkat çekmekte fayda vardır. Zorunluluk hâli içerisinde gerçekleştirilen bir saldırıya karşı haklı savunma mümkün olamayacaktır. Zira haklı savunma ancak hukuka aykırı bir saldırıdan korunmak için yapılabilir⁵⁴. Zorunluluk hâli içerisinde gerçekleştirilen fiil hukuka uygun olduğu için, zarar verici fiile karşı yapılan savunma, haklı savunma niteliğinde değildir⁵⁵.

E. Şartları

1. Zarar Verene veya Başkasına Yönelmiş Yakın ve Gerçek Bir Tehlike Bulunması

Zorunluluk hâlinde bahsedebilmek için öncelikle devam eden⁵⁶ bir tehlikenin varlığı şarttır. Söz konusu tehlike hukuken korunan bir menfaatin kaybedilmesine veya bundan faydalanılmasının engellenmesine ilişkin olmalıdır⁵⁷. Bu menfaatin türü

⁵⁰ Landmann (n 34) 33.

⁵¹ Rey (n 37) para 782; Landmann (n 34) 33; Honsell et al (n 43) § 5, para 10.

⁵² Bkz III, E, 2.

⁵³ Bkz III, F, 2.

⁵⁴ Tandoğan (n 35) 34; Desax (n 30) 51; Kemal Oğuzman and Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 2 (12th edn, Vedat 2016) para 82; Halûk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (15th edn, Beta 2017) para 108.1.

⁵⁵ Guhl and Koller (n 48) § 24, para 35; Tandoğan (n 35) 34. Alman hukuku bakımından v. Tuhr (n 17) 602.

⁵⁶ Zararın doğmuş olması tehlikenin sona erdiğini gösterir ve artık bu andan sonra korunacak bir menfaatten söz edilemeyeceği için zorunluluk hâlinde yararlanılamaz [Landmann (n 34) 100].

⁵⁷ Tandoğan (n 35) 38; Landmann (n 34) 94.

önemli değildir⁵⁸; hukuken korunan her türlü menfaate (örn. malvarlığı hakları, şahıs varlığı hakları, zilyetlik) yönelmiş tehlike zorunluluk hâlinin oluşmasına sebebiyet verebilir⁵⁹.

Tehlike, zarar veren kişinin kendisine yönelmiş olabileceği gibi üçüncü bir kişiye de yönelmiş olabilir⁶⁰. TBK m 64/2'de '*kendisini veya başkasını ... bir zarar tehlikesinden korumak için diğer bir kişinin mallarına zarar veren*' den bahsedilmekte olup başkasına yönelik bir tehlikenin de zorunluluk hâlinin oluşmasına sebebiyet verebileceği açıktır.

Tehlikenin kaynağının ne olduğu büyük bir önem arz etmez, tehlike bir insanın davranışından⁶¹, bir hayvandan⁶², başka bir eşyadan veya bir doğa olayından doğabilir⁶³. Buna karşılık zorunluluk hâlinde söz edilebilmesi için tehlikenin gerçek olması şarttır. Bir başka deyişle, bir tehlikenin mevcut olduğu zannı zarar verici fiilin hukuka uygun sayılması için yeterli değildir. Görünüşte zorunluluk hâli (Alm *Putativnotstand*) olarak adlandırılan bu hâllerde -zarar veren kişi tehlike içerisinde olduğunu düşünmekte haklı olsa dahi⁶⁴- fiil hukuka uygun sayılmaz⁶⁵. Bu durum ancak TBK m 49 uyarınca yapılacak kusur değerlendirmesinde rol oynayabilir. Belirtmek gerekir ki, zarar verenin kusursuz olduğu hâllerde adaletsiz sonuçlar ortaya çıkabilir. Şöyle ki, zarar veren tehlikeyi gerçek zannetmekte ve gerekli özeni gösterse dahi gerçek olmadığını anlayamayacak durumdaysa, onu sorumlu tutmak (kusurlu olmadığı için⁶⁶) mümkün olmayacaktır; oysaki tehlike gerçek olsaydı zarar veren TBK m 64/2 uyarınca bir miktar denkleştirme bedeli ödemekle yükümlü

⁵⁸ Grothe (n 23) § 228 para 6.

⁵⁹ Kaneti (n 22) 258; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (21st edn, Yetkin 2017) 631.

⁶⁰ Landmann (n 34) 95.

⁶¹ Zarar verici davranış hukuka aykırı bir saldırıda bulunan kişiye yönelmişse, bu fiil zorunluluk hâli değil haklı savunma kapsamında değerlendirilir (bkz § 3, D).

⁶² Bir hayvandan kaynaklanan tehlike taşınmaz üzerindeki bir hukukî menfaate yönelmişse TBK m 68 uygulama alanı bulur ve taşınmazın zilyedi hayvanı alıkoymabileceği gibi gerekli olduğu takdirde onu yaralayabilir ve öldürebilir [Kaneti (n 22) 258].

⁶³ Oğuzman and Öz (n 54) para 85; Kaneti (n 22) 258; Eren (n 59) 632; Landmann (n 34) 97-99; v.Tuhr (n 17) 600; Grothe (n 23) § 904 para 5.

⁶⁴ Bu ihtimalde normalde irade beyanlarının yorumlanmasında kullanılan güven ilkesinin (*Vertrauensprinzip*) uygulanması ve fiilin hukuka uygun sayılması gerektiği yönünde bkz Landmann (n 34) 48-50.

⁶⁵ v.Tuhr and Peter (n 2) 423; v.Tuhr (n 17) 602. Bu nedenle bu şartlar altında yapılan bir müdahaleye karşılık verilmesi hâlinde haklı savunma söz konusu olabilir (Ofinger and Stark (n 23) para 301).

⁶⁶ Roma hukukunda, tehlikenin gerçek olup olmadığının belirlenmesinde ex-post bir bakış açısı mı yoksa ex-ante bir bakış açısı mı benimseneceğinin tartışmalı olduğu, *Servius*'un ex-post değerlendirmeyi, *Celsus*'un ise bir değerlendirmeyi savunduğu ifade edilmektedir [Reinhard Zimmermann *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (2nd edn, Juta & Co., Beck, Kluwer 1992) 1001].

⁶⁶ Belirtmek gerekir ki, davranış burada bilerek gerçekleştiriliyor ve zararlı netice öngörülebiliyor olmasına rağmen kusurun bulunmadığını söyleyebilmemizin nedeni zarar verenin durum ve koşullara göre o sırada davranışını hukuka aykırı kılan vakıaları bilebilecek durumda olmasıdır. Öğretide genel bir ifadeyle hukuka aykırılığı bilmenin (hukuka aykırılık bilincinin) kusurun bir şartı olmadığı ifade ediliyor olsa da [Ofinger and Stark (n 23) § 5 para 23; Fellmann and Kottmann (n 39) para 530] bu ifadeyle zarar verenin hukuk kurallarına ilişkin bilgisizliği kast edilmektedir [örnekler için bkz Ofinger and Stark (n 23) § 5 para 23 fn 23]. Ayrıca bkz Tandoğan (n 35) 47-48. Kasttan bahsedilebilir için zarar verici fiilin bilerek ve isteyerek yapılmış olması yeterli olmayacak, ayrıca failin hukuka aykırılığın da bilincinde olması aranacaktır [Eren (n 59) 598]. Bu nedenle bir zorunluluk hâlinin varlığı zannıyla hareket eden failin davranışı kasıtlı sayılamaz [Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band: Allgemeiner Teil* (6th edn, Beck, 1963) 211].

tutulabilecekti. İşte öğretilerde bu adaletsiz sonucu aşmak için görünüşte zorunluluk hâllerinde, fail kusursuz olsa dahi TBK m 64/2'nin kıyasen uygulanabileceği ve failin hakkaniyet gereği denkleştirme bedeli ödemekle yükümlü tutulabileceği kabul edilmektedir⁶⁷.

Ayrıca tehlikenin yakın olması gerekir⁶⁸. Bununla kast edilen, tehlikenin savuşturulması için harekete geçilmediği takdirde zararın doğrudan ve derhâl gerçekleşecek olmasıdır⁶⁹. Belirtmek gerekir ki, TBK m 64/2'de 'açık ya da yakın bir zarar tehlikesi'nden bahsedilmektedir. Bu ifade öğretilerde, tehlike açık olsa bile ayrıca yakın olmasının da aranması gerektiği gerekçesiyle, haklı olarak eleştirilmiştir⁷⁰. Kanımızca bu eleştiri bir adım daha ileri götürülmeli ve tehlikenin açık olması zorunluluk hâlinin bir şartı olarak aranmamalıdır. Tehlike objektif olarak açık olmasa, yani aynı durumdaki ortalama bir insanın tehlikeyi fark etmesi mümkün olmasa bile, üstün yetenekleri sebebiyle bu tehlikeyi fark eden kişinin TBK m 64/2'den yararlanamaması makul bir sonuç olmayacaktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, tehlikenin açık olması eski kanunda zorunluluk hâlinin bir şartı olarak aranmamakta, yalnızca 'derhâl vuku bulacak bir tehlike'den bahsedilmekteydi. Hüküm gerekçesindeki 'Sistematik yapısı ile metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Kanununa göre bir hüküm değişikliği yoktur.' şeklindeki ifade de kanun koyucunun iradesinin zorunluluk hâli için yeni bir şart getirmeyi amaçlamadığını göstermektedir.

2. Zarar Veren Üçüncü Bir Kişinin Malvarlığına İlişkin Menfaatini İhlal Etmesi

TBK m 64/2 uyarınca zorunluluk hâli yalnızca üçüncü bir kişinin malların verilen zarar bakımından söz konusu olabilecektir. Bir başka deyişle, şahıs varlığının ihlali hâlinde zarar verenin fiili, medeni hukuk anlamında zorunluluk hâli nedeniyle hukuka uygun sayılamaz⁷¹.

Hükümün açık ifadesine rağmen öğretilerde bazı yazarlarca şahıs varlığına yönelik ihlallerin de zorunluluk hâli kapsamında düşünülebileceği savunulmuş⁷² ve hatta bu düşünce bazı yüksek mahkeme kararlarında da ifade edilmiştir⁷³. Örneğin Yargıtay'ın

⁶⁷ v. Tuhr and Peter (n 2) 423; Brehm (n 37) Art. 52, para 57; Kessler, 'Art. 52 OR' (n 43) para 14; Robert Haab, August Simonius, Werner Scherrer and Dieter Zobl, 'Das Eigentum, Art. 641-729 CGB' in *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht* (2nd edn, Schultess 1977), Art. 701 ZGB para 13. İsviçre Federal Mahkemesinin ZGB Art. 702'yi (TMK m 753) böyle bir durumda kıyasen uyguladığı bir kararı için bkz BGE 100 II 129 E. 5.

⁶⁸ Tandoğan (n 35) 38; Kaneti (n 22) 258; Oğuzman and Öz (n 54) para 85; Tekinay et al (n 47) 487; Eren (n 59) 631. Alman hukukunda savunma planında zorunluluk bakımından karşı Grothe (n 23) § 228 para 7.

⁶⁹ Landmann (n 34) 100; Desax (n 30) 46.

⁷⁰ Nomer (n 54) para 109.1.

⁷¹ Tandoğan (n 35) 39; Kaneti (n 22) 259; Oğuzman and Öz (n 54) para 85; Tekinay et al (n 47) 487-488; Eren (n 59) 632.

⁷² Landmann (n 34) 102-103; Kessler, 'Art. 52 OR' (n 43) para 12.

⁷³ İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararına konu olan olayda, beyin ölümü gerçekleşen bir hastadan hastanede bir başka hastaya kalp nakli yapılmış ancak bu hususta kalbi nakledilen kişinin ebeveyninin rızası alınmamıştır. Federal Mahkeme

bir kararında bir kişinin öldürülmesi zorunluluk hâli nedeniyle hukuka uygun kabul edilmiş⁷⁴ ve kararda şu ifadeye yer verilmiştir:

Mahkeme hâdisede Borçlar Kanununun 52 nci maddesinin ıztırar halinde zarar vermeye ilişkin olan ikinci fıkrası hükmünü tatbik etmiştir. Her ne kadar bu fıkra sadece mallara zarar vermeden bahsediliyorsa da aynı hükmün evleviyetle ölüm ve cismani zarar halinde tatbiki de gerekir.

Öğretide bu karar *Tandoğan* tarafından eleştirilmiş, yazar fiilin hukuka aykırı olacağını ancak olayın özelliklerine göre kusurun hafifliği göz önüne alınarak tazminatta indirim yapılabileceğini ifade etmiştir⁷⁵. Gerçekten de Yargıtay'ın şahıs varlığına yönelik müdahaleyi 818 sayılı mülga BK m 52/2 uyarınca evleviyetle hukuka uygun sayması isabetli değildir⁷⁶. Ancak *Kaneti* tarafından haklı olarak ifade edildiği üzere, karar başka bir gerekçeyle (yalnızca sonucu itibarıyla) isabetli kabul edilebilir⁷⁷. Şöyle ki, kararın verildiği tarihte ceza hukuku öğretisinin önemli bir kısmı zorunluluk hâlini bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul etmekteydi⁷⁸. Kararın verildiği tarihte yürürlükte olan 765 sayılı Ceza Kanunu m 49 b. 3 uyarınca zorunluluk hâli -bugün olduğu gibi- şahıs varlığına yönelik ihlalleri kapsayacak şekilde geniş tanımlanmıştı. Dolayısıyla bu fiil TCK uyarınca hukuka uygunluk sebebi teşkil ediyorsa tüm hukuk düzeni bakımından hukuka uygun sayılmalıdır⁷⁹. Denkleştirme yükümlülüğü bakımından da TBK m 64/2'nin (= 818 sayılı mülga BK m 52/2) kıyasen uygulanması uygun bir çözüm olur⁸⁰.

Aşağıda açıklandığı üzere, günümüzde zorunluluk hâlinin ceza hukuku bakımından niteliği oldukça tartışmalıdır ve bu gibi olaylarda bu tartışmada benimsenecek görüş doğrultusunda bir sonuca varmak gerekir. Özetle, şahıs varlığına yönelik bir müdahalenin zorunluluk hâli nedeniyle hukuka uygun sayılması ancak ceza hukukunun bu fiili hukuka uygun olarak kabul etmesi hâlinde mümkün olabilecektir. Eğer ceza hukukunda zorunluluk hâlinin bir hukuka uygunluk sebebi olduğu kabul

rızanın dışında da hukuka uygunluk sebepleri olduğunu vurgulayarak, somut olayda çatışan menfaatler arasında bir tartım yapılması gerektiğine işaret etmiş ve müdahalenin zorunluluk hâli nedeniyle hukuka uygun olduğu sonucuna varmıştır (BGE 101 II 197). Hâlbuki olayda ebeveynin malvarlığına değil kişilik haklarına bir müdahale söz konusudur.

⁷⁴ Yargıtay 4 HD, 3287/439, 23.1.1958 [Senai Olgaç, *Kazai ve İlimi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi* (İsmail Akgün Matbaası 1976) 510].

⁷⁵ *Tandoğan* (n 35) 39.

⁷⁶ *Kaneti* (n 22) 258, fn 93: Bu dipnotta yazarın Yargıtay'ın bu gerekçesini yerinde bulduğu ifade edilmektedir. Ancak yazarın sonraki cümlelerinden aslında gerekçeyi isabetli bulmadığı anlaşılmakta, söz konusu ifadenin bir yazım/basım hatasından kaynaklandığı izlenimi doğmaktadır.

⁷⁷ *Kaneti* (n 22) 257-258.

⁷⁸ Örneğin bkz Toroslu (n 1) 67-68: '[Z]aruret hali ne isnadiyetin, ne kusurluluğun ve ne de cezalandırılabilmenin tahakkukuna mani olan bir sebeptir. Bunun suçun tipiklik ve maddi unsurlarına tesir etmesi de söz konusu olamayacağına göre, hukuka aykırılığın tahakkukuna mani olan sebepler arasında yer aldığını kabul etmek gerekir.' Ayrıca bkz aşağıda § 4, A.

⁷⁹ İsviçre öğretisinde *Desax* da şahıs varlığına yönelik müdahalelerin hukuka uygun sayılabileceğini ifade ettikten sonra bu görüşünün yerinde olarak ceza hukukunun bu fiili hukuka uygun saymasıyla desteklemektedir. Yazar, eseri yazdığı dönemde yürürlükte olan İsviçre Ceza Kanunu'nun 32. maddesinde düzenlenen zorunluluk hâlinin öğretinin çoğunluğu bakımından bir hukuka uygunluk sebebi olarak görüldüğünü ifade etmektedir [Desax (n 30) 44-45].

⁸⁰ *Kaneti* (n 22) 257.

edilirse, bu hâllerde TBK m 64/2'ye kıyasen medeni hukuk bakımından denkleştirme yükümlülüğünün doğacağı savunulabilir. Ancak bu çalışmada savunulan görüşe göre yürürlükteki hukuka göre ceza hukukunda zorunluluk hâli bir hukuka uygunluk sebebi teşkil etmediğinden⁸¹ şahıs varlığına yönelik müdahaleleri zorunluluk hâli sebebiyle hukuka uygun saymak yürürlükteki hukuk bakımından mümkün gözükmemektedir.

3. Korunan Menfaatin İhlal Edilen Menfaatten Önemli Ölçüde Üstün Olması

Zorunluluk hâlini taşınmazlara yapılan müdahaleler bakımından özel olarak düzenleyen TMK m 753'te zarar verici fiilin hukuka uygun sayılabilmesi için korunması amaçlanan menfaatin taşınmaza verilecek zarardan önemli ölçüde üstün olması aranmaktadır. Bu şart sadece taşınmazlara yapılan müdahaleler bakımından değil, medeni hukukun tüm zorunluluk hâlleri bakımından aranmalıdır⁸². Bu ölçüt, herhangi bir kanun hükmüne gerek duyulmaksızın, zorunluluk hâli kurumunun amacından da çıkartılabilir. Zira zorunluluk hâlinin temelinde yatan düşünce, bir menfaatin daha üstün bir menfaatin korunması için feda edilmesine izin vermektir⁸³. Menfaatler arasında tartım yapılırken malvarlığı değerinin kural olarak objektif (piyasa) değeri esas alınsa da, somut olayın şartlarına göre malik için ifade ettiği subjektif değer de dikkate alınması düşünülebilir. Bu özellikle ev hayvanları bakımından önem taşır⁸⁴.

Bu şart öğretide de neredeyse oybirliğiyle aranmakta, bazen de 'ölçülülük' olarak adlandırılmaktadır⁸⁵. Bu şartın gerçekleşmediği hâllerde zarar verenin davranışı hukuka aykırı niteliktedir⁸⁶.

Belirtmek gerekir ki, İsviçre öğretisinde ölçülülük şartını arayan yazarlardan bazıları feda edilen menfaat ile korunan menfaatin eşit olduğu hâllerde de zorunluluk hâlinin mevcut olacağını ifade etmektedirler⁸⁷. Kanımızca bu yaklaşım eleştiriye açıktır. Zorunluluk hâlinde gerçekleştirilen zarar verici fiilin hukuka uygun sayılmasının

⁸¹ Bkz IV, A.

⁸² v.Tuhr and Peter (n 2) 423; Oftinger and Stark (n 23) para 300. Medeni hukuk bakımından yeknesak bir zorunluluk hâli kavramı bulunduğu yönündeki açıklamalar için bkz yukarıda n 41 ve buna bağlı metin. Aksi yönde görüş için bkz Landmann (n 34) 106 ff. Yazara göre 'önemli ölçüde üstün olma' şartı yalnızca taşınmazlara yapılan müdahaleler bakımından arandığından bu şart tüm zorunluluk hâllerine uygulanamaz. Bununla birlikte yazar yine de korunan menfaat ile ihlal edilen menfaat arasında makul bir oran olması gerektiğini bunun da zorunluluk hâlinin amacından çıkarılabileceğini ifade etmektedir.

⁸³ v.Tuhr (n 17) 600.

⁸⁴ Grothe (n 23) § 228 para 10, § 904 para 10-11.

⁸⁵ v.Tuhr and Peter (n 2) 423; Desax (n 30) 47; Kessler, 'Art. 52 OR' (n 43) para 11; Honsell et al (n 43) §5 para 13; Nomer (n 54) para 109.4; Oftinger and Stark (n 23) para 300; Guhl and Koller (n 48) para 34; Oğuzman and Öz (n 54) para 85; Tandoğan (n 35) 39; Uluşan (n 41) 99-100; Kaneti (n 22) 258-259. Bu ölçütün arandığı bazı mahkeme kararları için bkz Yargıtay 3 HD, 5821/4275, 8.7.1954 [Olgaç (n 74) 895]; BGE 101 II 197.

⁸⁶ v.Tuhr (n 17) 602.

⁸⁷ Rey (n 37) para 782; Fellmann and Kottmann (n 39) para 364. Türk öğretisinde *Tekinay et al* de 'tehlikenin meydana getirilen zarardan daha önemsiz olduğu açıksa' zorunluluk hâlinin söz konusu olmayacağını ifade etmektedirler [Tekinay et al (n 47) 488].

temelinde hukuk düzeninin bu davranışı teşvik etmesi, daha üstün menfaat için daha düşük menfaatin feda edilmesi yatar. İki menfaat arasında böyle bir hiyerarşinin kurulmadığı hâllerde kendi menfaatini korumak için bir başkasının eşit ağırlıktaki menfaatini feda eden kişinin fiilinin hukuka aykırı sayılması daha doğrudur. Böylece korunmak istenen menfaate eşit derecedeki menfaati saldırıya uğrayan kişi de haklı savunma hükümlerinden yararlanabilecektir. Ayrıca, medeni hukukta zorunluluk hâllerinin kapsamının geniş tutulmasının ceza hukuku üzerinde de etkileri olacağını⁸⁸ unutmamak, bu nedenle zorunluluk hâlinin kapsamını genişletecek sonuçlara varırken çok ihtiyatlı davranmak gerekir.

Bununla birlikte kişinin bir menfaati korumak için eşit (ve hatta daha yüksek) önemde bir başka menfaati feda etmesi istisnai olarak ‘ortak tehlike’ hâllerinde hukuka uygun sayılabilir⁸⁹. Bu konuda verilen tipik örnek şudur⁹⁰: Bir binada başlayan yangının komşu binalara sıçrama tehlikesi bulunmakta fakat yangın söndürülememektedir. Yangının komşu binaya sıçramasını engellemenin tek yolu, yanmakta olan binayı yıkmaktır. Bu durumda komşu binanın değeri yanmakta olan bina ile eşit ve hatta daha düşük olsa bile, yanmakta olan evin feda edilmesi⁹¹ hukuka uygun sayılmalıdır. Zira bu müdahale yapılmazsa iki ev birden yanıp yıkılacaktı. Bunun yerine sadece yanan evin yıkılması tercihe şayandır, dolayısıyla hukuk düzeni bu davranışı teşvik etmeli ve hukuka uygun kabul etmelidir⁹². Ortak tehlikeye verilebilecek bir diğer örnek de kökenleri *lex Rhodia de iactu*’ya dayanan⁹³, günümüzde de TTK m 1272 vd’nda düzenlenen müşterek avaryadır⁹⁴.

Kurtarılan menfaat ile ihlal edilen menfaat tartılırken somut olaya göre değerlendirme yapılmalı, menfaat türleri arasında mutlak bir hiyerarşi benimsenmemelidir⁹⁵. Şahıs varlığına ilişkin menfaatlerin çoğu zaman malvarlığına ilişkin menfaatlerden üstün olduğu⁹⁶ doğrudur. Ancak bazı hâllerde bir kişinin şahıs varlığına ilişkin bir menfaati korumak için başkasının malvarlığına müdahalesi pekâlâ zorunluluk hâli kapsamının dışında kalabilir⁹⁷. Örneğin vücut bütünlüğüne yönelmiş ancak çok hafif sonuçları

⁸⁸ Bu husustaki açıklamalar için bkz VI.

⁸⁹ Desax (n 30) 51, 53.

⁹⁰ Ulsan (n 41) 114.

⁹¹ Aslında çoğu zaman, müdahalenin gerçekleştiği an itibarıyla yanmakta olan ve zaten çökeceği anlaşılan binanın değerinin, henüz yangının sıçramamış olduğu diğer binadan daha düşük olduğu da düşünülebilir [Ulsan (n 41) 115]. Ayrıca bkz Grothe (n 23) § 228 para 10.

⁹² Ulsan (n 41) 114-115.

⁹³ Toroslu (n 1) 7; Desax (n 30) 89; Kerim Atamer, *Deniz Ticareti Hukuku* (vol.1, On İki Levha 2017) para 239; İpek Sevda Söğüt, ‘A Synoptic Overview of the Lex Rhodia De Iactu’ (2017) 23(3) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* Özel Sayı: Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu’na Armağan 209.

⁹⁴ Ulsan (n 41) 117 ff; krş. Samim Ünan, Ergon Çetingil and Rayegan Kender, *Müşterek Avarya Hukuku* (On İki Levha 2011) 7: Yazarlar müşterek avaryanın deniz yolculuklarına has özel bir kurum sayılması gerektiğini ve bu kurumun temelinin medeni hukuk kurumlarıyla açıklanmasının gerekli olmadığını ifade etmektedirler.

⁹⁵ Krş. Brehm (n 37) Art. 52 para 43; Fellmann and Kottmann (n 39) para 364: Yazarlar şahıs varlığını korumak isteyen kişinin bir başkasının malvarlığına müdahalesini her zaman hukuka uygun sayılacağını ifade etmektedirler.

⁹⁶ v.Tuhr (n 17) 600.

⁹⁷ *Ulsan* da yaşam, sağlık, vücut bütünlüğü gibi hukuki menfaatlerin ilke olarak malvarlığına nazaran üstün tutulması gerektiğini ifade etmektedir [Ulsan (n 41) 101, fn 4].

olacak bir tehlikeden korunmak için çok değerli bir sanat eserinin feda edilmesi hâlinde, kurtarılan menfaatin feda edilen menfaatten önemli ölçüde üstün olduğu söylenemez⁹⁸.

4. Kendisini veya Başkasını Tehlikeden Koruma Amacıyla Kasten Zarar Verme

Öğretideki hâkim görüşe göre zorunluluk hâlinde bahsedilebilmesi için zarar veren kişinin zarar verici davranışı, kendisini veya başkasını tehlikeden koruma amacıyla, kasten gerçekleştirilmesi gerekir.⁹⁹ Bir başka deyişle, zarar veren kişinin hem tehlikenin farkında olarak bunu savuşturmak amacıyla hareket etmesi hem de bu fiil sonucunda meydana gelecek zarara yönelik kastının bulunması gerekir. Gerçekten de bu ölçütün aranması yerindedir. Eğer bu şart aranmasa ve zarar verici fiilin tehlikeyi önlemiş olması yeterli görülseydi, tehlikenin farkında olmadan zarar verici davranışı gerçekleştiren fakat tesadüfen bu sırada tehlikeyi önleyen kişinin fiili de hukuka uygun sayılacaktı. Hâlbuki bu gibi durumlarda fiili hukuka uygun saymanın hükmün amacına uygun olduğu söylenemez¹⁰⁰. Örneğin (A), (B)'yi öldürmek amacıyla, kendisine ait olmayan bir otomobille takip ederken, bu durumun farkında olmayan (C)'nin (A)'nın kullandığı araca çarpması ve bu nedenle (A)'nın durması ihtimalinde, (C)'nin zarar verici fiili TBK m 64/2 kapsamında değerlendirilmez ve hukuka aykırı sayılır. Zira üçüncü kişinin maruz kaldığı tehlikeyi bilmeyen (C)'nin zarar verici fiili tehlikeyi tesadüfen önlemiştir¹⁰¹. Benzer şekilde tehlikenin farkında olmasına rağmen, bunu savuştururken tesadüfen zarar veren kişinin de zorunluluk hâli içerisinde hareket ettiği söylenemez; bu fiil hukuka aykırı sayılır¹⁰².

İsviçre öğretisinde *Landmann* kasıt ölçütünün aranmasının, hükmün amacına giren bazı hâlleri dışlaması sebebiyle yerinde olmadığını savunmaktadır. Yazara göre bu ölçütün aranması, hukuka aykırılık ölçütünü yanlış bir şekilde sübjektifleştirmekte¹⁰³

⁹⁸ Benzer bir örnek için bkz Desax (n 30) 47-48, fn 5. Alman hukuku bakımından aynı yönde Ludwig Enneccerus and Heinrich Lehmann, *Das Bürgerliche Recht* (1. Cilt, Verlag N. G. Elwertsche 1900) 326; Grothe (n 23) §228 para 10.

⁹⁹ Brehm (n 37) Art. 52 para 37; Kessler, 'Art. 52 OR' (n 43) para 9; v.Tuhr and Peter (n 2) 424; Oftinger and Stark (n 23) para 302; Fellmann and Kottmann (n 39) para 363; Rey (n 37) para 781; Tandoğan (n 35) 40; v.Tuhr (n 17) 602. *Kaneti* zararın bilerek verilmiş olmasını aramakta (*Kaneti* (n 22) 259); *Tekinay et al* de kişinin kendisini veya bir başkasını tehlikeden kurtarmak için harekete geçmesini aramaktadır (*Tekinay et al* (n 47) 487).

¹⁰⁰ Landmann (n 34) 53.

¹⁰¹ Nitekim Yargıtay da bir kararında tehlikeden korunma amacını vurgulayarak zorunluluk hâline ilişkin hükmü uygulamıştır: 'Borçlar Kanununun 52 nci maddesi ikinci fıkrası uyarınca kendisini veya diğerini zarardan yahut derhal vuku bulacak bir tehlikeden koruyan için başkasının mallarına zarar veren kimsenin borçlu olduğu tazminat miktarını hâkimin hakkaniyet uyarınca tayin etmesi gerekir. Davalı şoför önüne ani çıkan çocuğun ölümüne veya yaralanmasına sebebiyet vermemek ve kendisi de suçluluk sorumluluğu altına girmek için direksiyonu kırdığı anlaşıldığından olayda bu madde hükmü uygulanır.' [Yargıtay 3 HD, 1639/1247, 25.02.1964 [Olgaç (n 74) 895].

¹⁰² *Oftinger and Stark* bu duruma örnek olarak, bisikletiyle yolda seyreden bir kişinin yola çıkan bir çocuğu ezmek için yön değiştirip park hâlindeki bir araca zarar vermesini göstermektedir [Oftinger and Stark (n 23) § 31 para 302, fn 456; benzer bir örnek için bkz Grothe (n 23) § 904 para 7]. Kanımızca bu örnek her zaman isabetli olmayabilir. Burada tehlikenin farkına vararak yön değiştiren bisikletli kişinin, zarara yönelik olası kastının olduğunun söylenebileceği durumlarda, zarar verenin fiilinin TBK m 64/2 uyarınca hukuka uygun sayılması gerekir. Olası kastın da zorunluluk hâli için aranan kast şartını yerine getireceği yönünde bkz v.Tuhr (n 17) 604, fn 29; Grothe (n 23) § 904 para 7.

¹⁰³ Alman hukuku bakımından hâkim görüşe karşı benzer bir eleştiri için bkz Grothe (n 23) § 228 para 11.

ve aynı zamanda hakkaniyetli olmayan sonuçlara yol açmaktadır.¹⁰⁴ Yazar bu adil olmayan sonuçlara ilk örnek olarak aniden farkına varılan bir tehlikeden korunmak için, içgüdüsel olarak ortaya çıkan bir refleks hareketiyle zarar verici davranışta bulunan kişiyi göstermektedir. Böyle durumlarda kişinin kastından bahsedilemez, zira bu tür refleks hareketleri istemsiz olarak gerçekleşmektedir. Kişi, tehlikenin farkına varıp bunu savuşturmak için gerekli zarar verici davranışı yapıp yapmama konusunda bir değerlendirme yapma imkânı bulmaksızın hareketi gerçekleştirmektedir. Yine yazara göre ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kişinin kendini koruma içgüdüleriyle hareket ettiği hâllerde de benzer bir durum söz konusudur.¹⁰⁵ Yazar, son olarak bir köpeğin bir kişiyi kurtarmak için bir başkasına zarar verdiği ihtimallerde de köpeği hayvan bulunduran yönlendirmemiş olsa dahi hayvan bulunduranın zorunluluk hâlinde faydalanması gerektiğini savunmaktadır.¹⁰⁶ *Landmann* bu görüşü doğrultusunda kast yerine tehlikeyi önleme amacına yönelmiş bir hareketin bulunmasını aramanın daha uygun olduğunu savunmaktadır.¹⁰⁷

Kanımızca hâkim görüş üstün tutularak kastı bir şart olarak aramak gerekir. Bunun bir sebebi, medeni hukuktaki zorunluluk hâlinin kapsamı belirlenirken bunun ceza hukuku ile etkileşimini de gözetme gerekliliğidir. Aşağıda açıklanacağı üzere, medeni hukuk bakımından zorunluluk hâli kapsamında değerlendirilecek fiillerin ceza hukuku bakımından da hukuka uygun kabul edilmesi gerekecektir.¹⁰⁸ Bu nedenle medeni hukuktaki zorunluluk hâlinin uygulama alanını başka çözümler bulunabildiği takdirde genişletmemek gerekir. Kaldı ki, bu tür istemsiz davranışlar kanımızca hükmün amacı kapsamında da değildir. Hükmün amacı bir tehlikenin varlığını idrak etmiş ve bunu savuşturmak için üçüncü bir kişiye zarar verip vermeme konusunda iradesini kullanarak karar veren kişinin fiilinin hukuka uygun sayılmasıdır.

Landmann tarafından verilen örneklerin ilk ikisinde zarar verenin sorumlu tutulması gerçekten de hakkaniyete uygun değildir. Ancak kasıt şartından vazgeçmek yerine bu hâllerde aynı sonuca başka gerekçelerle de varılabilir. Eğer istemsiz hareketin bir fiil dahi teşkil etmediği kabul edilirse,¹⁰⁹ zaten sorumluluk

¹⁰⁴ Landmann (n 34) 52.

¹⁰⁵ Landmann (n 34) 52. Bu durumlarda yine de kasttan bahsedilebileceği yönünde aksi görüş için bkz Oftinger and Stark (n 23) para 306, fn 463: Yazılar ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin de kasıtlı hareketlerinden bahsedilebileceğini, zira kastın sadece irade ile sonucun uyuşmasıyla oluştuğunu, bunun için kişinin mantıklı bir şekilde karar verebiliyor olmasının gerekmediğini ifade etmektedirler. v.Tuhr da Alman hukuku bakımından ayırt etme gücünün zorunluluk hâli için bir şart olarak aranmayacağını ifade etmektedir [v.Tuhr (n 17) 604]. 5237 sayılı TCK sistemi bakımından da kast ve kusurluluk ayrı meseleler olarak görüldüğü için, algılama ve irade yeteneği olmayan bir kişinin bile kasıtlı fiilde bulunabileceği kabul edilmektedir [Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (6th edn, Beta 2016) 363-364].

¹⁰⁶ Yazar kastı hem haklı savunma hem zorunluluk hâli hem de hakkını kendi gücüyle koruma bakımından ortak bir ölçüt olarak değerlendirmektedir ve hayvan bulundurana ilişkin verilen bu örnek haklı savunmaya ilişkindir.

¹⁰⁷ Landmann (n 34) 53-54.

¹⁰⁸ Bkz VI.

¹⁰⁹ *Kaneti*'ye göre irade bulunmuyorsa fiilden dahi bahsedilemez: '... [S]uurun katılması olmaksızın yapılan refleks hareketler iradenin yokluğu dolayısıyla fiil kavramına girmezler'. Yine *Kaneti*'ye göre ayırt etme gücünden yoksun kişiler bakımından bir ayırım yapmak gerekir. Kişinin bilinçli faaliyetleri tamamen durmuşsa onların gerçekleştikleri hareketler fiil olarak değerlendirilemez. Zira fiilin irade unsuru gerçekleşmemiştir [Kaneti (n 22) 17-18].

doğmayacaktır. İstemsiz hareketin bir fiil niteliğinde olduğu kabul edilirse sorumluluk zaten kusur şartı gerçekleşmediği için doğmayacaktır. Zira bu tür istemsiz hareketlerde bulunan kişinin bu davranışı kınanabilir nitelikte değildir. Eğer zarar veren ayırt etme gücüne sahip değilse¹¹⁰ şartları gerçekleşmişse hakkaniyet sorumluluğu (TBK m 65) uyarınca sorumlu tutulabilir. *Landmann*'ın verdiği son örnekte ise kanımızca hayvan bulunduranın sorumlu tutulması gerekir. Eğer hayvan bulunduran gerekli özeni göstermeyerek köpeği başıboş bıraktıysa burada köpeğin saldırganına zarar verirken aynı zamanda bir tehlikeyi önlemiş olması bir tesadüften ibarettir. Bu ihtimalde zorunluluk hâlinde bahsedilmemeli, hayvan bulunduranın sorumluluğu için aranan tüm şartlar gerçekleştiği takdirde kişi sorumlu tutulmalıdır.

5. Zarar Verici Davranışın Tehlikeden Korunmak İçin Zorunlu Olması

Medeni hukukta zorunluluk hâli bakımından değineceğimiz son şart, zarar verici davranışın tehlikeden korunmak için zorunlu olmasıdır. Gerçekten de eğer zarar veren kişi, tehlikeden başka bir şekilde kurtulabilecek idiye artık zorunluluk hâlinde bahsedilemez.¹¹¹ Örneğin haklı savunma yapmak¹¹² veya kaçmak¹¹³ suretiyle tehlikeyi savuşturma imkânı olan kişi, tehlikeyi üçüncü bir kişinin malvarlığına zarar vermek suretiyle savuşturduysa bu kişinin fiilini hukuka aykırı saymak gerekir¹¹⁴. Kişi somut olayda diğer imkânları fark edemese ve hatta bunda haklı olsa bile fiili hukuka aykırı olarak değerlendirmek, kişinin içinde bulunduğu durumu kusur değerlendirmesinde dikkate almak gerekir¹¹⁵.

Zarar veren kişinin belirli bir mesleği icra etmesi sebebiyle tehlikeye göğüs germe yükümlülüğü bulunuyorsa farklı bir değerlendirme yapmak gerekir. Mesleğin gereklerine aykırı olarak bu tehlikeden kurtulma amacıyla üçüncü kişinin malvarlığına zarar veren kişinin zorunluluk hâli içerisinde olduğu söylenemez. Medeni hukuk öğretisinde pek üzerinde durulmayan bu mesele daha çok ceza hukuku öğretisinde tartışılmaktadır¹¹⁶.

¹¹⁰ Tam fiil ehliyetine sahip kişinin istemsiz olarak gerçekleştirdiği refleks hareketi bakımından -sadece o an için- ayırt etme gücüne sahip olmadığının savunulması da düşünülebilir. Böylece bu kişiyi hakkaniyet gerektiriyorsa TBK m 65 uyarınca sorumlu tutmak mümkün olacaktır.

¹¹¹ v. Tuhr and Peter (n 2) 422; Ulsan (n 41) 99; Nomer (n 54) para 109.3; Tandoğan (n 35) 40; Kaneti (n 22) 258; Oğuzman and Öz (n 54) para 85; Eren (n 59) 632; Tekinay et al (n 47) 488. Alman hukuku bakımından Heinrich (n 23) para 485; Wolf and Neuner (n 23) para 67.

¹¹² Kessler, 'Art. 52 OR' (n 43) para 13. Tehlikeye yol açan olaya dahil olmayan bir üçüncü kişinin hukukî menfaatleri, tehlikeye yol açan saldırganı nazaran korumaya şayandır [Desax (n 30) 46; Landmann (n 34) 105].

¹¹³ Desax (n 30) 47; Wolf and Neuner (n 23) para 64; Grothe (n 23) § 228 para 9.

¹¹⁴ Brehm (n 37) Art. 52 para 47.

¹¹⁵ Brehm (n 37) Art. 52 para 47: Yazar bu durumu zarar verenin kusurlu olmadığı, gerçek olmayan (görünüşte) zorunluluk hâline benzetmektedir. Daha önce de açıklandığı gibi bu hâllerde TBK m 64/2'nin kıyasen uygulanmasının gündeme gelmesi mümkün olabilmektedir.

¹¹⁶ Bkz IV, C.

6. Zarar Veren Tehlikenin Ortaya Çıkmasında Kusurunun Bulunmaması

İsviçre öğretisinde ileri sürülen bir görüşe göre zarar veren tehlikenin ortaya çıkmasında kusurlu olduğu hâllerde zorunluluk hâli söz konusu olmaz¹¹⁷. Zira bu görüşe göre bu gibi hâllerde failin korunmasına ihtiyaç yoktur¹¹⁸.

Bir an için tehlike bir kez ortaya çıktıktan sonra zorunluluk hâlinde bulunan kişinin daha düşük menfaati feda ederek tehlikeyi savuşturmasının tercihe şayan olduğu, bu nedenle bu gibi durumlarda fiilin hukuka aykırı sayılmaması; ancak hâkimin zararın tamamının denkleştirilmesine hükmetmesi gerektiği düşünülebilir. Ancak, daha önce de açıklandığı üzere¹¹⁹, medeni hukukta zorunluluk hâlinin şartlarını belirlerken, yapılacak tercihlerin ceza hukuku üzerindeki etkisini de göz önünde bulundurmamak gerekir. Aşağıda açıklanacağı üzere, medeni hukuk bakımından zorunluluk hâli kapsamında değerlendirilecek fiillerin ceza hukuku bakımından da hukuka uygun kabul edilmesi gerekecektir¹²⁰. Bu nedenle medeni hukuktaki zorunluluk hâlinin uygulama alanını başka çözümler bulunabildiği takdirde genişletmemek gerekir.

Eğer bu şart zorunluluk hâlinin bir koşulu olarak aranmazsa, kendi kusuru ile zorunluluk hâline yol açan kişinin fiili hukuka uygun sayılacak ve bu nedenle kendisine cezai bir yaptırım uygulanması mümkün olmayacaktır. Hâlbuki TCK m 25/2 uyarınca zorunluluk hâlinin söz konusu olması için failin tehlikeye bilerek¹²¹ yol açmamış olması kanunda açıkça aranmaktadır. Bu şart medeni hukuk bakımından

¹¹⁷ Brehm (n 37) Art. 52 para 46; Kessler, 'Art. 52 OR' (n 43) para 10. Aynı koşulun Mecelle'de de arandığı yönünde Mustafa Reşit Belgesay 'Mecellenin Külli Kaideleri ve Yeni Hukuk' (1946) XII (2-3) *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 561, 578. Alman hukukunda ise failin tehlikenin ortaya çıkmasındaki kusurunun zorunluluk hâline engel olmayacağı kabul edilmekte, bu sonuca BGB § 228/2'nin zıt anlamından ulaşılmaktadır. Bu hükmeye göre savunma planında zorunluluk hâlinde zarar veren ancak tehlikenin ortaya çıkmasında kusurluysa denkleştirme yükümlülüğü ödemekle yükümlü tutulur. Alman hukukunda tehlikeyi bilerek ortaya çıkaran kişinin § 228'den yararlanması hakkını kötüye kullanılması yasağıyla sağlanmaktadır [Grothe (n 23) § 228 para 11; Wolf and Neuner (n 23) § 21 para 6].

¹¹⁸ Brehm (n 37) Art. 52 para 46.

¹¹⁹ Bkz. III, E, 4.

¹²⁰ Bkz VI.

¹²¹ Ceza hukukunda baskın doktriner görüşe göre, failin bilinçli taksiri hâlinde bu hüküm anlamında bilerek hareket ettiği kabul edilmektedir; demek ki adi taksirin varlığı durumunda kuruma başvurmak mümkündür (bu görüş yönünde bkz Köksal Bayraktar, Serap Keskin Kiziroğlu, Hamide Zafer, Pınar Memiş Kartal, Hasan Sınar, R. Barış Erman, Fulya Eroğlu and R. Murat Önok), *Dönmezer & Erman Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt II (14th edn, DER 2019), para 424; Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Dersleri (Filiz Kitabevi 1992)* 253 Nevzat Toroslu and Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (24th edn, Savaş 2018) 175; Nur Centel, Hamide Zafer and Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (10th edn, Beta 2017) 327; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (21st edn, Adalet 2017) 429; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız and İlker Tepe, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (9th edn, Seçkin 2018) 392; Zeki Hafizoğulları and Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (8th edn, US-A 2015) 224; Mahmut Koca and İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11th edn, Seçkin 2018) 351; Zafer (n 104) 338 Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (5th edn, Adalet 2018) 560; Ayşe Nuhoglu, 'Tıp Ceza Hukukunda Zaruret Halinin Sınırları' in *Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları: V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu* (TBB 2008) 44; Kangal (n 16) 278; Elif Bekar, *Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali* (Seçkin 2013) 101. Kuruma daha geniş uygulama alanı tanıyan diğer bir görüşe göreyse, ancak (olası veya doğrudan) kastın varlığı durumunda hükmeye başvurmak mümkün değildir; demek ki adi veya bilinçli taksirin varlığı, hükmün uygulanmasına engel olmaz (bu yönde bkz Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Emin Alşahin and Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11th edn, Adalet 2017) 508; Bahri Öztürk and Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (17th edn, Seçkin 2017) para 432; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (6th edn, Yetkin 2014) 392); Kayhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7th edn, Beta 2017), 364). Öte yandan, StGB § 35'te failin 'tehlikeye bizzat kendisinin sebebiyet vermiş bulunması'ndan bahsedildiği için, tartışmalı olmakla birlikte (bu konuda bkz Heinrich (n 23) para 573), failin adi taksirle tehlikeye yol açması durumunda bile hükmün uygulanmayacağı savunulabilir.

aranmadığı takdirde, ceza hukuku anlamında kusurluluğu kaldıran neden¹²² olarak bile kabul edilmeyen hâllerde fiilin hukuka uygun kabul edilmesi ve fail hakkında beraat kararı verilmesi gerekecektir. Bu gerekçelerle failin tehlikeye kendi kusuruyla (TCK m 25/2 anlamında bilerek¹²³) yol açmamış olmasının medeni hukuk bakımından zorunluluk hâli için de bir şart olarak aranması gerektiği kanaatindeyiz.

F. Sonuçları

1. Fiilin Hukuka Uygun Sayılması

Daha önce açıklandığı üzere medeni hukukta zorunluluk hâli bir hukuka uygunluk sebebidir¹²⁴. Yukarıda açıklanan şartlar gerçekleştiği takdirde, normal şartlarda hukuka aykırı sayılacak zarar verici fiil zorunluluk hâli nedeniyle hukuka uygun sayılır.

2. Denkleştirme Yükümlülüğü

Zorunluluk hâlinde zarar veren kişinin fiili hukuka uygun olmasına rağmen TBK m 64/2'de bu kişinin zararı giderim yükümlülüğünü hâkimin hakkaniyete göre belirleyeceği ifade edilmektedir. Bu yükümlülük hukuka aykırı bir fiilden doğan tazminat yükümlülüğü ile karıştırılmamalıdır. Burada fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanan bir denkleştirme yükümlülüğü¹²⁵ söz konusudur. Bu düzenlemenin arkasında yatan düşünce, tehlikenin önlenmesi için zarara uğrayan kişinin bu zarara tek başına katlanmasının adil görülmemesidir¹²⁶.

Denkleştirme yükümlülüğünün içeriğinin ve kapsamının belirlenmesi hâkimin takdir yetkisine bırakılmıştır¹²⁷. Bunun nedeni de böyle bir denkleştirme yükümlülüğüne ihtiyaç duyulup duyulmayacağı veya ihtiyaç duyulacaksa bunun kapsamının nasıl belirlenmesi gerekeceğinin somut olayın şartlarına göre değişkenlik gösterebilecek olmasıdır¹²⁸. Hâkim takdir yetkisini TMK m 4 uyarınca kullanır¹²⁹. Bununla birlikte şu iki temel ilke göz önünde bulundurulmalıdır: 1) Yükümlülüğün konusunu oluşturan zarar yalnızca zarar verilen nesnenin değerinden ibaret olmayabilir. Zarar görenin

¹²² Ceza hukukunda zorunluluk hâlinin hukukî niteliğine dair görüşler ve bu çalışmada savunulan görüş için bkz § 4, A.

¹²³ 5237 sayılı TCK sisteminde kast ve taksirin kusur türleri olarak değil de, haksızlığın ceza hukukunda gerçekleştiriliş biçimleri olarak düşünüldüğüne dikkat etmek gerekir. Buna karşılık özel hukukta 'kast' ve 'ihmal', kusur çeşitleri olarak mütalaa edilmektedir. Bu açıdan, burada 'kusur' terimini özel hukukta anlaşıldığı şekliyle kullanmış bulunmaktayız. Ceza hukuku açısından bunun karşılığı ise, failin tehlikeye bilerek (yani en azından bilinçli taksirle) yol açmış olmasıdır (bkz yukarıda dn. 121).

¹²⁴ Bkz III, C.

¹²⁵ Bu nedenle kanunda kullanılan 'zararı giderim yükümlülüğü' ifadesi yerine bu ifadeyi kullanmanın daha isabetli olduğu yönünde bkz Ulusan (n 41) 351; Nomer (n 54) para 109.5. İsviçre hukuku bakımından Landmann bu durumda bir tazminat talebi (Alm *Ersatzanspruch*) yerine zararın giderilmesine ilişkin bir talepten (Alm *Entschädigungsanspruch*) bahsetmek gerektiğini ifade etmektedir [Landmann (n 34) 130].

¹²⁶ Landmann (n 34) 130.

¹²⁷ Kessler, 'Art. 52 OR' (n 43) para 14; Fellmann and Kottmann (n 39) para 365.

¹²⁸ Landmann (n 34) 130.

¹²⁹ Brehm (n 37) Art. 52 para 51; Fellmann and Kottmann (n 39) para 365.

bununla bağlantılı olarak gördüğü başkaca zararların (örn eşyanın yok olması nedeniyle uğranan manevî zarar veya eşyaya gelen zarar ile uygun illiyet bağı içinde olan başkaca zararlar) da dikkate alınması söz konusu olabilir¹³⁰; 2) Denkleştirme yükümlülüğünün üst sınırını her hâlükârda toplam zarar miktarı oluşturur.

Öğretide hâkimin denkleştirme yükümlülüğünün kapsamına ilişkin değerlendirme yaparken yararlanabileceği bazı ölçütlere dikkat çekilmektedir:

- Zarar verici davranışın saldırı planında mı savunma planında mı gerçekleştirildiği denkleştirme yükümlülüğüne ilişkin değerlendirmede yol gösterici olabilir. Eğer zarar veren kişi tehlikenin doğumuna neden olan malvarlığı değerine müdahale etmişse savunma planında zorunluluk hâlinde (Alm *defensiver Notstand*; *Verteidigungsnotstand*; *Sachwehr*), önlenmek istenen tehlikeyle bağlantısı olmayan bir malvarlığı değerine müdahale hâlinde ise saldırı planında zorunluluk hâlinde (Alm *aggressiver Notstand*; *offensiver Notstand*) bahsedilir¹³¹. Savunma planında zorunluluk hâlinde bir denkleştirme yükümlülüğünün söz konusu olması çoğunlukla adil olmayacakken, saldırı planında zorunluluk hâlinde çoğu zaman denkleştirme yükümlülüğüne hükmedilmesi uygun olur¹³².
- Zarar verenin ve zarar görenin kusurlu olup olmadığı da denkleştirme yükümlülüğünün belirlenmesinde hâkimin dikkate alması gereken ölçütlerden biridir¹³³. Burada kusurla kast edilen tehlikenin (zarar verenin zorunluluk hâlinin) ortaya çıkmasındaki kusurdur. Tehlikenin ortaya çıkmasında zarar görenin kusuru bulunuyorsa¹³⁴ veya tehlike ona ait bir şeyden kaynaklanıyorsa¹³⁵ bu durum denkleştirme yükümlülüğünün daha hafif takdir edilmesini gerektirir. Tehlikenin ortaya çıkmasında zarar verenin kusurunun¹³⁶ bulunduğu hâllerde ise bu çalışmada savunulan görüşe göre zorunluluk hâli söz konusu değildir¹³⁷.

¹³⁰ v. Tuhr'un ifadesiyle zarar görenin tüm menfaati (*volle Interesse*) dikkate alınmalıdır [v. Tuhr (n 17) 605].

¹³¹ Ulsan (n 41) 100-101; Landmann (n 34) 104; Oftinger and Stark (n 23) para 296; Rey (n 37) para 784; Guhl and Koller (n 48) § 24 para 36.

¹³² Brehm (n 37) Art. 52 para 55; Landmann (n 34) 132. Bu ayrım Alman hukukunda kanunda yapılmış; savunma planında zorunluluk hâli için denkleştirme yükümlülüğü öngörülürken (BGB § 904), saldırı planında zorunluluk hâli için denkleştirme yükümlülüğü kural olarak öngörülmemiş, yalnızca failin tehlikenin ortaya çıkmasında kusurlu olduğu hâllerde öngörülmüştür (BGB § 228). Ayrıca bkz Wolf and Neuner (n 23) § 21 para 63 ff; Grothe (n 23) § 228 para 1.

¹³³ Landmann (n 34) 132; Tandoğan (n 35) 40.

¹³⁴ Tandoğan (n 35) 38-39; v. Tuhr and Peter (n 2) 423; Landmann (n 34) 132. Belirtmek gerekir ki, zarar görenin tehlikenin ortaya çıkmasında kusurlu olduğu bazı hâllerde zaten zorunluluk hâli değil, haklı savunma söz konusu olacaktır [Tandoğan (n 35) 38] ve bir denkleştirme yükümlülüğü gündeme gelmeyecektir. Eğer zarar gören zarar verene yönelik hukuka aykırı bir saldırıda bulunmuşsa durum böyledir [v. Tuhr (n 17) 600; Tekinay et al (n 47) 488]. Buna karşılık, tehlikenin kaynağının zarar gören olduğu tüm hâllerde zorunluluk hâlinin değil haklı savunmanın bulunduğu [bu yönde Eren (n 59) 631] söylenemez. Zira zarar görenin hukuka aykırı bir saldırıda bulunmadığı hâllerde de tehlikenin ortaya çıkması zarar görenin kusurundan veya ona ait bir eşyadan kaynaklanabilir. Örneğin sahibi tarafından başı boş bırakılan köpeğin, bir başkası tarafından birine saldırtılması ve saldırıya uğrayanın kendini savunarak köpeğe zarar vermesi hâlinde durum böyledir. Bu gibi hâllerde haklı savunmadan bahsedilemez, çünkü kendini savunan kişi saldırgana değil, üçüncü bir kişiye (örnekte üçüncü kişiye ait köpeğe) zarar vermiştir. Dolayısıyla zorunluluk hâline ilişkin hükmü uygulamak gerekir. Fakat bu durumda tehlike zarar görenin kusurundan veya ona ait bir şeyden kaynaklandığı için denkleştirme yükümlülüğü daha hafif takdir edilir.

¹³⁵ Tandoğan (n 35) 39; v. Tuhr and Peter (n 2) 423.

¹³⁶ Zarar verenin üçüncü kişiye yönelik bir tehlikeyi önlediği hâllerde, üçüncü kişinin tehlikeli durumun oluşmasındaki kusurunun zarar verenin kusuru olarak değerlendirilemeyeceği yönünde bkz Landmann (n 34) 132. Bu çalışmada savunduğumuz ve biraz aşağıda açıklanacak görüşe göre üçüncü kişinin tehlikeden kurtarıldığı hâllerde denkleştirme yükümlüsü bu üçüncü kişi olacaktır. Dolayısıyla bu gibi durumlarda denkleştirme yükümlülüğünün kapsamını belirlerken söz konusu üçüncü kişinin kusurunu dikkate almak gerekir. Tehlikenin ortaya çıkmasında bu kişinin kusurlu olması hâlinde denkleştirme yükümlülüğü daha ağır takdir edilir. Zarar verenin üçüncü kişiyi koruduğu bu gibi hâllerde üçüncü kişinin kusuru zarar verenin fiilinin hukuka uygun sayılmasına engel olmaz.

¹³⁷ Bkz. III, E, 6. Krş. Landmann (n 34) 132: Yazar bu gibi hâllerde denkleştirme yükümlülüğünün daha ağır takdir edilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

- Denkleştirme yükümlülüğünün belirlenmesinde faydalanabilecek bir diğer ölçüt olarak feda edilen menfaat ile kurtarılan menfaat arasındaki farka dikkat çekilmektedir¹³⁸. Buna göre, eğer bu fark büyükse yani kurtarılan menfaat, feda edilene göre çok daha ağır basıyorsa zararın tamamının denkleştirme yükümlülüğüne konu edilmesi adil bulunmaktadır¹³⁹. Bu ihtimalde zarar verenin önemli derecede üstün bir menfaati korunmuş olduğu için buna nazaran çok daha önemsiz bir zararın tamamını karşılamakla yükümlü tutulması makul bir sonuç olarak görülebilir.
- Şayet müdahalede bulunulmasaydı söz konusu zarar başka bir şekilde meydana gelecek idiyse denkleştirme yükümlülüğünün doğmayacağı kabul edilmektedir¹⁴⁰. Bu duruma verilen klasik örnek, yanmakta olan bir binanın yangının komşu binaya sıçramaması için yıkılmasıdır¹⁴¹.

Denkleştirme yükümlülüğüne ilişkin oldukça tartışmalı bir mesele, müdahaleden bulunanın başka birinin menfaatine yönelik tehlikeyi savuşturmak için üçüncü kişiye zarar verdiği hâllerde denkleştirme yükümlüsünün kim olacağına ilişkindir.

Öğretideki hâkim görüşe göre denkleştirme yükümlüsü müdahalede bulunandır fakat bu kişi ödediği denkleştirme bedeli için vekâletsiz iş görme hükümleri uyarınca (TBK m 529) tehlikeden kurtardığı kişiye rücu edebilecektir¹⁴². Bu görüşün en güçlü dayanağı TBK m 64/2'nin lafzı ile uyumlu olmasıdır. Gerçekten de hükümde kişinin hem kendisini hem de başkasını tehlikeden korumak için başkasının mallarına zarar verdiği takdirde zararı giderim yükümlülüğü olduğundan bahsedilmektedir. Kanun koyucu zarar verenin hem kendisini hem de başkasını koruduğu hâlleri düzenlemiş ama denkleştirme yükümlüsünün kim olacağı konusunda bir ayırım yapmamıştır¹⁴³. Bu görüş lehine ileri sürülen bir diğer gerekçe de denkleştirme bedelini talep edecek zarar görenin, müdahaleden yararlanan kişiyi tespit etmekte yaşayabileceği güçlüktür¹⁴⁴.

Kanımızca da üstün tutulması gereken ikinci bir görüşe göre ise bu hâllerde denkleştirme yükümlüsü müdahaleden yararlanan olmalıdır¹⁴⁵. Her şeyden önce

¹³⁸ Kessler, 'Art. 52 OR' (n 43) para 14; Fellmann and Kottmann (n 39) para 365; Tandoğan (n 35) 40.

¹³⁹ Brehm (n 37) Art. 52, para 54.

¹⁴⁰ v.Tuhr (n 17) 603-604; Ulsan (n 41) 116. Aslında bu ihtimalde sorumluluk hukukundaki farazi nedensellik problemine benzer bir durum söz konusudur [Ulsan (n 41) 116, fn 44; Lauta (n 1) 317]. Farazi nedenselliğin varlığı gerçek sebep teşkil eden fiilin failini kural olarak sorumluluktan kurtarmaz ancak bu durum zararın belirlenmesi aşamasında dikkate alınabilir [Nomer (n 54) para 112.4].

¹⁴¹ Bu örneğe Roma hukukunun kaynaklarında da rastlanılmaktadır [Ulpian (Celsus) D. 9.2.49.1] ve kaynaklarda müdahalede bulunanın bir denkleştirme yükümlülüğüne işaret edilmemektedir. Aynı zamanda kurtarılan menfaatin feda edilene nazaran önemli ölçüde üstün olmasının arandığından da bahsedilmemektedir. Bunun nedeninin Romalı hukukçuların yangının binayı zaten yok edeceğini düşünmüş olmaları olabileceği tahmin edilmektedir [Zimmermann (n 65) 1002]. Ayrıca Roma'da o dönemde şehirlerde çıkan bir yangının kontrol altına alınmasının çok güç olduğuna ve bu nedenle yangına karşı olan hassasiyetin de bu duruma yol açmış olabileceğine de işaret edilmektedir [Zimmermann (n 65) 1002].

¹⁴² Kessler, 'Art. 52 OR' (n 43) para 14; v.Tuhr and Peter (n 2) 423; Honsell et al (n 43) § 5 para 14; Oftinger and Stark (n 23) para 305; Tandoğan (n 35) 40; Kaneti (n 22) 260; Oğuzman and Öz (n 54) para 575; v.Tuhr (n 17) 603-604; Brehm (n 37) Art. 52, para 48; Alman hukuku bakımından Grothe (n 23) § 904 para 16-19.

¹⁴³ Desax (n 30) 55; Ulsan (n 41) 105.

¹⁴⁴ Ulsan (n 41) 105'te anılan yazarlar.

¹⁴⁵ Ulsan (n 41) 113; Nomer (n 54) para 162; olması gereken hukuk bakımından bu yönde Desax (n 30) 56-57. Alman hukuku bakımından bu yönde Wolf and Neuner (n 23) § 21 para 69.

bu sonuç hükmün temelinde yatan düşünceye uygun düşer. Unutmamak gerekir ki, zorunluluk hâli içerisinde verilmiş zararlar bakımından hukuka aykırı fiilden doğan bir sorumluluk söz konusu değil, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanan bir sorumluluk söz konusudur. Bu nedenle denkleştirme yükümlüsünün de müdahaleden yararlanan olması hükmün amacıyla tutarlı bir yaklaşım olacaktır¹⁴⁶. Birinci görüşü savunan yazarların önerdiği şekilde denkleştirme bedelini ödeyen müdahalede bulunana TBK m 529 uyarınca rücu imkânı tanımak da yeterli olmayacaktır¹⁴⁷. Zira bu ihtimalde müdahaleden yararlananın ödeme güçsüzlüğü riski müdahalede bulunana yüklenmiş olur. Bu sonuç adil olmadığı gibi, hukuk politikası bakımından da tercihe şayan değildir. Şöyle ki, zorunluluk hâlinde üçüncü kişiyi koruma amaçlı müdahaleler hukuk düzenince teşvik edilmelidir. Eğer böyle bir risk müdahalede bulunana yüklenirse bu tür bir hukukî düzenleme zor durumdaki üçüncü kişiye yardım etme konusunda cesaret kırıcı olur¹⁴⁸. Nitekim Yargıtay da bir apartman dairesinde çıkan yangını söndürmek üzere müdahale eden itfaiyenin üst kattaki dairenin malikine verdiği zarara ilişkin bir kararında, dairesindeki yangın söndürülen maliki (yani müdahaleden yararlananı) denkleştirme yükümlüsü olarak belirlemiştir¹⁴⁹.

Birinci görüş lehine ileri sürülen, zarar görenin müdahaleden yararlananı tespit etmek bakımından yaşayabileceği güçlükler işaret eden gerekçe ise şu şekilde cevaplanabilir: Müdahalede bulunanın müdahaleden yararlanan hakkında zarar görenden daha çok bilgiye sahip olduğu hâllerde TMK m 2 uyarınca zarar göreni bilgilendirme yükümlülüğü olduğu kabul edilebilir. Eğer müdahalede bulunan bu yükümlülüğünü yerine getirmez ve zarar gören bu nedenle müdahaleden yararlandıktan denkleştirme bedelini talep edemezse, müdahalede bulunan bu yükümlülüğe aykırı davranışı nedeniyle sorumlu tutulabilir.

Belirtmek gerekir ki, olması gereken hukuk bakımından üstün tutulması gerektiğini kabul ettiğimiz ikinci görüşün yürürlükteki hukuk bakımından savunulabilmesi ise ancak TBK m 64/2'nin lafzının amacıyla çelişmesi nedeniyle bu mesele bakımından bir örtülü kanun boşluğunun bulunduğu kabul edilmesi¹⁵⁰ hâlinde mümkündür.

Son olarak belirtmek gerekir ki, denkleştirme alacağına kıyasen haksız fiillere ilişkin zamanaşımı süresi uygulanır¹⁵¹.

¹⁴⁶ Ulsan (n 41) 117.

¹⁴⁷ Aksi yönde Oğuzman and Öz (n 54) para 575.

¹⁴⁸ Ulsan (n 41) 109, fn 29.

¹⁴⁹ Yargıtay 11. HD 4306/4775, 15.6.1990 (YKD, 1991/2, 216). Kararın isabetli olduğu yönünde Ulsan (n 41) 352.

¹⁵⁰ TBK m 64/2'nin (818 sayılı mülga Borçlar Kanunu m 52/2) gerçek olmayan bir boşluk içerdiği yönünde bkz Ulsan (n 41) 113. Bir örtülü boşluğun bulunduğu yönünde bkz Nomer (n 54) para 109.5. Bu durum bakımından gerçek olmayan bir boşluğun mevcut olduğunun kabul edilemeyeceği yönünde Desax (n 30) 57-58. Gerçek olmayan boşluk ve örtülü boşluk kavramları hakkında bkz M Kemal Oğuzman and Nami Barlas, *Medenî Hukuk* (25th edn, Vedat 2019) para 340-341.

¹⁵¹ Landmann (n 34) 134; Oğuzman and Öz (n 54) para 575; v.Tuhr (n 17) 605.

IV. Ceza Hukukunda Zorunluluk Hâli

A. Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenleme ve Kurumun Hukukî Niteliği

TCK m 25/2'ye göre:

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 fillerden dolayı faile ceza verilmez.

Ceza hukuku bakımından zorunluluk hâli, bir kimsenin bilerek neden olmadığı bir tehlikeden kendini veya bir başkasını kurtarmak için tehlikeyi uzaklaştırmak için yetecek ölçüde fakat suç teşkil eden bir fiili işlemesidir¹⁵².

Hemen belirtelim ki bu makalede sadece TCK m 25/2'de bir genel hüküm olarak düzenlenen zorunluluk hâli ele alınacak, TCK'nin çeşitli özel hükümlerinde yer verilen özel zorunluluk düzenlemelerine değinilmeyecektir.

5237 sayılı TCK'de düzenlenen zorunluluk hâlinin hukukî niteliği doktrinde çok ciddi ihtilafa neden olmaktadır. Kanunun sistematiğinden bir sonuca varmak mümkün olmamaktadır¹⁵³ çünkü zorunluluk hâli, altında hem hukuka uygunluk sebeplerinin hem de kusurluluğu etkileyen hâllerin aynı başlık altında düzenlendiği 'Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler' başlıklı bölümde düzenlenmiştir¹⁵⁴. Kurumun hukukî niteliği bakımından hükmün lafzından yola çıkarak da bir sonuca varmak mümkün değildir: Zorunluluk durumunda 'faile ceza verilmez' denilmek suretiyle, kurumun sadece hukukî *neticesi* ortaya konulmuştur. Bilindiği üzere, ister bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı sonucunda beraata hükmedilsin (CMK m 223/2), isterse kusurluluğu kaldıran bir nedenin varlığı sonucunda ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilsin (CMK m 223/3), her iki durumda da faile ceza verilmez¹⁵⁵.

¹⁵² Çok benzer tanım için bkz Sulhi Dönmez and Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, (Vol II, 11th edn, Beta 1997) para 816; İçel (n 119) 356; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13th edn, Seçkin 2018) 300; Nuhoğlu (n 119) 35; Kan (n 16) 36. Çeşitli tanımlar için bkz Kangal (n 16) 30; ayrıca bkz Toroslu (n 1) 6-7.

¹⁵³ Kıyaslıyız, Zafer (n 104) 335: Yazar, zorunluluğun TCK m 25'te meşru savunma ile birlikte düzenlenmesinden hareketle, zorunluluğa 'meşru savunmadan farklı bir hukukî nitelik vermek, sistematik yorum kuralları ile bağdaşmaz.' demektedir. Oysa aynı maddede hukukî nitelikleri farklı kurumlara yer verilmesi pekâlâ mümkündür. Nitekim bu yazar da TCK m 24'te kanunun hükmünü yerine getirme (f. 1) ve emrin yerine getirilmesi (f. 2-4) bir arada düzenlenmesine rağmen; ilkinin hukuka uygunluk nedeni [Zafer (n 104) 317 ff], ikincisini ise kusurluluğu kaldıran neden [Zafer (n 104) 378 ff] olarak ele almaktadır.

¹⁵⁴ Veli Özer Özbek and Koray Doğan, 'Zorunluluk Halinin (TCK m25/2) Hukukî Niteliği' (2007) 9(2) *DEÜHFD* 195, 195. *Özgenç*'e göre bu tercihteki maksat, bu başlık altında yer alan hükümlerin hukukî niteliği açısından doktrinde öne sürülen farklı görüşler bakımından bağlayıcı bir düzenleme getirmemektir (İzzet Özgenç, 'Ana Hatlarıyla TCK Tasarısı' (2004) 2 *Hukukî Perspektifler Dergisi* 102, 104). Yasa koyucunun bu yaklaşımının eleştirisi için bkz Kan (n 16) 96; Can Canpolat, *Kusur İlkesi Işığında Mazeret Nedeni Olarak Zorlayıcı Cebir*, (Adalet 2016) 184-185.

¹⁵⁵ Oysa daha önceki TCK döneminde, yasa koyucunun yine aynı nötr ibareleri kullanması eleştiri konusu yapılmış ve zorunluluk hâlinin hukukî niteliğinin açıkça belirtilmesi gerektiği öne sürülmüştür (Toroslu (n 1) 167). Yeni kanun açısından benzer eleştiri için bkz Hafizoğulları and Özen (n 119) 222-223. Yine bkz Canpolat (n 151) 187: hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu kaldıran nedenler arasındaki ayırım CMK'de değil, TCK'nin ilgili hükümlerinde açık ifadelere yer verilme suretiyle ortaya konulmalıdır.

Bu durum karşısında, zorunluluk hâlinin hukukî niteliği açısından başlıca iki görüş ortaya çıkmıştır. Belirtelim ki, kurumun hukukî niteliğini açıklamaya çalışan teorilerden ‘tekçi’ olarak bilinenler, zorunluluk hâlinin niteliğini tek bir esasa dayandırmaya çalışırlar; ayırma teorisine göreyse, zorunluluğun birden çok hukukî niteliğe bürünmesi mümkündür¹⁵⁶. Daha sonra ifade edeceğimiz gibi, pozitif ceza hukukumuz açısından tekçi yaklaşımın benimsenmesi taraftarıyız.

Öğretide 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden sonra ortaya çıkan kuvvetli bir görüşe göre, m 25/2’de düzenlenen zorunluluk hâli **kusurluluğu kaldıran** (veya etkileyen) bir nedendir¹⁵⁷. Nitekim madde gerekçesinde zorunluluk hâlinin kusurluluğu kaldıran bir neden olduğu belirtilmiştir; CMK’deki düzenleme de (m 223/3-b) bu yöndedir. Yargıtay uygulaması da zorunluluk hâlini kusurluluğu kaldıran neden olarak nitelendirmektedir¹⁵⁸. Bu görüşe (ve CMK hükmüne) göre, zorunluluk hâlinin yararlanan kimse, hukuka aykırılık içindedir ve hatta bir suç işlemiştir; bu kişinin zorunluluk hâlinin yararlanması onun ‘suçsuz’ sayılmasını ve beraat etmesini gerektirmez, ancak kusuru bulunmadığından bu kişi hakkında ceza verilmesine yer olmadığı yönünde hüküm kurulur. Ağır ve muhakkak bir tehlike ile karşı karşıya olan failin saikinin teşekkülü sürecindeki anormallik, kusur yargısı açısından değişiklik yaratmaktadır ve failin cezaya layık görülmemesini açıklamaktadır¹⁵⁹.

Türk doktrininde zorunluluğun kusurluluğu etkileyen bir ‘mazeret nedeni’ (Alm *Entschuldigungsgrund*) olduğu da öne sürülmektedir: kusur yeteneği bulunmakla ve hukuka aykırı hareket etmiş olmakla birlikte, içinde bulunduğu durum nedeniyle failin somut olayda kınanması mümkün değildir¹⁶⁰. Aslında mazeret sebepleri, kusurluluğu kaldıran nedenlerden farklıdır: Mazeret sebebinde kusurun azalmasına yol açan husus, faili harekete geçiren dürtü veya saiktir; buna karşılık, mazeret sebebinin doğması için kusurun ‘ortadan kalkması’ şart değildir¹⁶¹. Mazeret sebebi söz konusu olduğunda, azalmış da olsa bir kusurdan bahsedilebilir; fakat failin içinde bulunduğu özel durum nedeniyle ona yönelik kınama yargısında bulunmaktan vazgeçilmektedir¹⁶². Bunun da nedeni, failin içinde bulunduğu özel durumun yarattığı aşırı motivasyon baskısı nedeniyle, pozitif hukukun gereklerine uymasının artık kendisinden beklenemeyecek olmasıdır¹⁶³. Mazeret nedenleri var olduğunda failin cezalandırılmama nedeni,

¹⁵⁶ Kangal (n 16) 31, 36, 37.

¹⁵⁷ Doktrinde bu yönde Özgenç (n 23) 425; Artuk et al (n 119) 503; Koca and Üzülmöz (n 119) 346; Hakeri (n 119) 418; Akbulut (n 119) 557; Bekar (n 119) 80.

¹⁵⁸ Yargıtay CGK, 1-281/37, 26.2.2008; Yargıtay CGK, 2012/1551, 2013/64, 19.2.2013.

¹⁵⁹ Stefano Canestrari, Luigi Cornacchia and Giulio De Simone, *Manuale di diritto penale – Parte generale*, (Il Mulino 2007) 564.

¹⁶⁰ Kangal (n 16) 435; Özgenç (n 23) 425-426; Koca and Üzülmöz (n 119) 347; Akbulut (n 119) 557; Özbek et al (n 119) 377; Canpolat (n 151) 179.

¹⁶¹ Özbek et al (n 119) 378.

¹⁶² Çok benzer yönde Kangal (n 16) 432; Heinrich (n 23) para 563; Canpolat (n 151) 179. Yine bkz Bekar (n 119), 43: ‘cezalandırmaya liyakat sınırına ulaşmadığı’ için fail cezasız kalmaktadır.

¹⁶³ Çok benzer yönde Heinrich (n 23) para 563; Akbulut (n 119) 557.

‘içinde bulunduğu durumda failden tehlikeye katlanmasının beklenmesinin (Alm *Unzumutbarkeit*) imkânsız olmasıdır.’¹⁶⁴

Bununla birlikte, CMK m 223/3 hükmü karşısında, mazeret sebebinin varlığı ile kusurluluğu kaldıran nedenin varlığı aynı hukukî sonuca yol açacaktır: ‘kusurun bulunmaması’ gerekçesiyle faile ceza verilmesine yer olmadığına hükmedilecektir. Bu bakımdan, normatif düzlemde, hukukumuz açısından iki kavram arasında fark olmadığı söylenebilir¹⁶⁵. Keza, sonuçları açısından da; teorik olarak, mazeret sebebi teşkil eden zorunluluğun varlığında faile ceza vermek ve sadece indirim uygulamak mümkün olmakla birlikte¹⁶⁶, CMK m 223/3 böyle bir fark yaratmaya olanak tanımamakta ve faile ceza verilmesinin önüne geçmektedir¹⁶⁷.

Neticeten, zorunluluk hâline ister ‘kusurluluğu kaldıran’ neden isterse ‘mazeret’ nedeni diyelim, çalışma konumuz açısından varılacak sonuç aynıdır: ortada hukuka aykırı bir fiil vardır. Bu bakımdan bu iki görüşü aynı ana başlık altında toplamak mümkündür. Bunun sonucu olarak, zorunluluk hâlinde işlenen fiile iştirak eden bir kimsenin cezalandırılması mümkündür¹⁶⁸.

Buna karşılık, bugün bile doktrinde birçok yazar¹⁶⁹ zorunluluk hâlini, 765 sayılı eski TCK döneminde olduğu gibi¹⁷⁰, hukuka uygunluk nedeni olarak ele almaya devam etmektedir. Bu görüş esas alındığında, TBK m 64/2’ye göre çok daha geniş kapsamı olan TCK m 25/2 kapsamına giren fiiller hukuka uygundur. Bu esastan hareket edildiğinde, hukuk düzeninin birliği ilkesi uyarınca, bu fiillerin medeni hukuk açısından da hukuka uygun olduğunu söylemek gerekecektir. Keza bu ihtimalde, suçla korunan hukuksal değer ihlal edildiğinden de bahsedilemeyecektir¹⁷¹. Mesela hırsızlık suçu açısından düşündüğümüzde, şayet zorunluluğu kusurluluğu etkileyen

¹⁶⁴ Özbeke ve Doğan (n 151)198. Yine bkz Canpolat (n 151) 178-179; Akbulut (n 119) 558.

¹⁶⁵ Hatta *Özgenç*’e göre mazeret sebebinin varlığı durumunda da kişi kusurlu addedilmemektedir [Özgenç (n 23) 426]. Bu bakımdan, yazara göre [Özgenç (n 23) 427], ‘mazeret sebepleri, kusurluluğu etkileyen nedenlerin bir değişik ifadesi olarak telakkî edilmektedir’. Aksi görüşte Kargal (n 16) 433 ve Heinrich (n 23) para 562: yazarlara göre iki kavram arasında ayrım yapmak gerekir. Ayrımın eleştirisi için bkz Canpolat (n 151) 180-181.

¹⁶⁶ Özbeke et al (n 119) 384.

¹⁶⁷ Bekar (n 119) 81.

¹⁶⁸ Özbeke ve Doğan (n 151) 215.

¹⁶⁹ Örneğin, Centel, Zafer and Çakmut (n 119) 323 ff; Toroslu and Toroslu (n 119) 171; İçel (n 119) 359; Demirbaş (n 149) 300; Öztürk and Erdem (n 119) para 428; Soyaslan (n 119) 389; Hafizoğulları and Özen (n 119) 222; Nuhoğlu (n 119) 208; Ersan Şen, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, C: 1 (Madde 1-140)* (Vedat 2006) 70; Yener Ünver, ‘YTCK’da Kusurluluk’, (2006) 1 *CHD* 37, 59; Kan (n 16) 98, 161, 162. Fakat *Kan*’ın bu yargısına gerekçe olarak belirttiği hususun ikna edici olduğu söylenemez. Yazara göre [Kan (n 16) 304], “zorunluluk hali” “tehlikenin ağırlığı” “konu” ve “kullanılan araç arasında orantı” bulunmasını şart kıldığı için bir hukuka uygunluk nedenidir”. Oysa aynı değerlendirme kusurluluğu kaldıran neden veya mazeret sebebi teşkil eden zorunluluk hâli açısından da yapılmaktadır.

¹⁷⁰ Bu dönemde kurumu hukuka uygunluk nedeni olarak gören başlıca eser için bkz Dönmezer and Erman (n 149) para 825; yine bkz Toroslu (n 1) 67, 166; Önder (n 119) 251. Eski TCK döneminde dahi kurumun niteliğini kusurluluğu kaldıran neden olarak gören bir eser için bkz Faruk Erem, Ahmet Danışman and Mehmet Emin Artuk, *Ceza Hukuku Genel Hükmeler* (14th edn, Seçkin 1997) 584. Bununla birlikte, baskın görüşün, zorunluluğun hukuka uygunluk nedeni olduğu yönünde olduğu rahatlıkla söylenebilir (aynı yönde Fatih Selami Mahmutoğlu, ‘5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Hukuka Uygunluk Nedenleri’ (2005) 5 *Hukuk ve Adalet Dergisi* 42, 51).

¹⁷¹ Aynı görüşte Özgenç (n 23) 313; aksi görüşte Katoğlu (n 22) 78.

bir neden olarak düşünürsek, ortada hukuka aykırı bir fiil vardır ve haksızlık teşkil eden bu fiil aracılığıyla çalınan malın sahibinin mülkiyet hakkı ve/veya zilyedinin zilyetliği ihlal edilmiştir. Oysa zorunluluğu hukuka uygunluk nedeni olarak kabul ederse; hukuka uygun bu fiil vasıtasıyla malikin mülkiyet hakkına ve/veya zilyedin zilyetliğine bir ‘müdahale’ söz konusu olsa da hukukun izin verdiği ve meşru saydığı bu davranışı ilgilinin mülkiyet hakkının veya zilyetliğinin ‘ihlali’ olarak değerlendirmek söz konusu olamaz.

Zorunluluk hâlinin hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmesi, hele Türk doktrininde birçok yazarın hukuka uygunluk sebeplerinin objektif nitelikli olduğunu kabul ettikleri düşünüldüğünde¹⁷², garip ve kabul edilemez bazı sonuçlara yol açabilir. Şöyle bir örnek düşünelim: Çok hasta çocuğu için acil ilaç alması gereken ve fakat açık eczane bulamayan fail, geceleyin kapalı bir eczanenin önünde beklemektedir. İlaç başka türlü temin edememiş olan fail, yoldan geçmekte olan (Z)’ye ‘Şu camı kırmama ve içeriden X ilacını almama yardım eder misin?’ der. ‘Harika, adrenalin benim işim!’ diyen (Z), camı kırarak içeri girer ve kendisine tarif ve işaret edilen ilaçtan 2-3 kutu alır. Ne var ki, eczanenin iç kısmında uyumaktan olan (E) uyanır ve (Z)’ye müdahale ederek elindeki ilaçları zorla alır. Şimdi, Türk doktrininde birçok yazarca savunulduğu üzere, zorunluluğun bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu ve hukuka uygunluk nedenlerinin de objektif nitelikte olduğunu düşünelim Bu durumda (Z)’nin de eylemi hukuka uygun olacaktır; hukuka uygun eyleme karşı meşru savunma söz konusu olamayacağı için de¹⁷³, (E)’nin eylemi cebir suçunu teşkil edecektir! Oysa zorunluluğun kusurluluğu kaldıran bir neden olarak kabul edilmesi durumunda, (E)’nin eylemi her hâlükârda meşru savunma kapsamında kalacaktır¹⁷⁴; ayrıca, bir de zorunluluğun sübjektif unsuru olduğu da kabul edilirse, (Z)’nin zaten cezadan kurtulması mümkün olmayacaktır. Bu örnek ilk bakışta abartılı gelse de aslında teorik ve pratik gerçeğe uygundur: Zorunluluk hâlinin hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiği vakit, kendisine karşı suç işlenmekte olan masum üçüncü kişinin kendini hukuka uygun olarak savunması olanağı elinden alınmış olacaktır¹⁷⁵. Gerçi, masum üçüncü kişinin eyleminin de bu sefer zorunluluk hâli kapsamında görülebileceği savunulabilirse de¹⁷⁶; zorunluluk kurumunun çerçevesine tam da uymayan bir durum söz konusu olacaktır.

Öte yandan, zorunluluk hâlinin ceza hukuku bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi ile TBK m 64/2 uyarınca zorunluluk hâlinde bulunan kimsenin zararın tamamını veya bir kısmını karşılamaya mecbur bırakılabilmesini

¹⁷² Örneğin bkz Dönmezer and Erman (n 149) para 696; Centel, Zafer and Çakmut (n 119) 299; Demirbaş (n 149) 276; Soyaşlan (n 119) 357.

¹⁷³ Kangal (n 16) 435; Heinrich (n 23) para 401; Öztürk and Erdem (n 119) para 428; Hakeri (n 119) 423.

¹⁷⁴ Bu konularda bkz Mahmutoglu (n 167) 51-52.

¹⁷⁵ Nitekim doktrinde bu konuda masum üçüncü kişiye kendini savunmak hakkını tanyan özel bir düzenleme yapılması gerektiği savunulmaktadır [Mahmutoglu (n 167) 52].

¹⁷⁶ Bu yönde Mahmutoglu (n 167) 52.

bağdaştırmak mümkündür. TBK m 64/2 hükmü hakkaniyet düşüncesine dayanan bir düzenlemedir; kaldı ki, bu tazminatın verilen zararı tümüyle karşılaması da aranmamaktadır¹⁷⁷. Yukarıda da açıklandığı üzere, kanunun açık ifadesi karşısında TBK'daki zorunluluk hâlinin bir hukuka uygunluk sebebi olduğu tartışmasızdır (TBK m 63/2)¹⁷⁸. TBK m 64/2 uyarınca failin ödemekle yükümlü tutulabileceği denkleştirme bedelinin kaynağı, hukuka aykırı bir fiilden doğan bir sorumluluk değildir¹⁷⁹. Zorunluluk hâli içerisindeki kişi hukuka uygun davranmış, buna rağmen zararın tamamına zarar görenin katlanması adil bulunmamış ve fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi uyarınca hâkimin zararın tamamı veya bir kısmını tehlikeden kurtulan kişinin ödemesine hükmetmesine imkân tanınmıştır¹⁸⁰. Bu bakımdan, salt TBK m 64/2 gereği zorunluluk hâli altında hareket eden kişinin de denkleştirme bedeli ödemek zorunda bırakılabileceğinden hareketle ortada bir hukuka uygunluk nedeni bulunmadığı sonucuna varılamaz¹⁸¹, bilakis TBK m 63/2 uyarınca aksi sonuca varılması gerekir. Netice olarak, Türk Borçlar Kanunu'nda zorunluluk hâli içerisinde hareket eden kişinin denkleştirme bedeli ödemesine olanak sağlayan düzenlemeye dayanarak, zorunluluğun bir hukuka uygunluk nedeni teşkil edemeyeceği; hukuk düzeninin birliği ilkesi uyarınca, 'tazminat sorumluluğu'¹⁸² olabilen failin fiilini ceza hukuku bakımından hukuka uygun kabul edebilmenin olanaksız olduğu yönündeki görüşte¹⁸³ isabet yoktur¹⁸⁴. Bu görüş, TBK m 64/2'de hâkime tanınan denkleştirme bedeline hükmetme olanağının, fiilin aslında hukuka aykırı olduğunu gösterdiği yönündeki dayanaksız ön kabulden kaynaklanmaktadır. Yukarıda izah edildiği üzere, TBK m 64/2'de öngörülen denkleştirme yükümlülüğünün dayanağı hukuka aykırı bir fiil değil, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesidir.

Mehaz Alman Ceza Kanunu'na (StGB) bakarsak, zorunluluk düzenlemesi iki ayrı maddede ele alınmıştır¹⁸⁵: Bir maddede hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk

¹⁷⁷ Toroslu (n 1) 167; Dönmezer and Erman (n 149) para 825; Özbek and Doğan (n 151) 204; İçel (n 119) 359; Kan (n 16) 159. İtalyan doktrininde aynı yönde Antolisei (n 207) 310.

¹⁷⁸ Bkz § 3, C.

¹⁷⁹ Bu nedenle de, TBK'de zorunluğun hem hukuka aykırılığı kaldıran bir neden olarak kabul edilmesi hem de bu durumda verilen zararın tazmin yükümlülüğü getirilmesinin 'kendi içinde (...) çelişkiye neden' olduğu görüşü [Koca and Üzülmöz (n 119) 206] isabetli değildir. Bu bakımdan, TBK düzenlemesinden hareketle TCK m 25/2'deki hükümün kusurluluğu etkileyen bir mazeret sebebi olarak kabul edilmesinin zorunlu olduğu sonucuna da [Koca and Üzülmöz (n 119) 207] varılamaz.

¹⁸⁰ Bkz. III, F, 2.

¹⁸¹ Aynı yönde Kan (n 16) 93-94; Soyaşlan (n 119) 390. Ayrıca bkz Toroslu (n 1) 167: '*Şu halde, zaruret hali sebebiyle kanunun suç olarak ön gördüğü bir fiili işleyen kimsese ceza verilemeyeceği gibi, medeni hukuk yönünden de, bir hukuka aykırılık mevcut olmadığı ve haksız fiilden söz edilemeyeceği cihetle, faille bir mes'uliyet terettüp etmez. Borçlar Kanununun 52/2 nci maddesinde söz konusu olan tazminat, zaruri kılınmış fiilin hukuka aykırılığına değil, sadece hakkaniyete müstenittir (1). Nitekim bu tazminatın, zararın tamamını telâfi etmesi şart değildir. Hatta hâkimin, icabında, tazminata hiç hükmetmemesi de mümkündür (2).*'

¹⁸² TBK m 64/2'de öngörülen denkleştirme bedeli ödeme yükümlülüğü hukuka aykırı bir fiilden sorumluluğa değil, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanır (bkz § 3, F, 2).

¹⁸³ Koca and Üzülmöz (n 119) 347.

¹⁸⁴ Keza, TBK m 64/2'de tazminat yükümlülüğü öngörülmesinin nedenini zorunluluk hâlinin hukuk düzeninin tümü tarafından hukuka uygun sayılmaması ile açıklamak da (bu yönde Hakeri (n 119) 423) doğru değildir.

¹⁸⁵ Heinrich (n 23) para 401.

hâli (StGB § 34)¹⁸⁶, diğ erinde ise kusurluluğ u kaldıran neden olarak zorunluluk hâli (StGB § 35)¹⁸⁷ düzenlenmiştir. Hâliyle, her iki düzenlemenin uygulanma koş ulları farklıdır. Belirtmek gerekir ki, kusurluluğ u kaldıran zorunluluk hâline tekabül eden § 35 düzenlemesi kanunun 1871 tarihli orijinal versiyonunda yerini bulmuş ken, hukuka uygunluk nedeni teşkil eden zorunluluk hâline dair düzenleme StGB'ye 1969 yılında eklenmiştir¹⁸⁸. Bununla birlikte hem doktrinde hem de içtihatlarda hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hâlinin varlığı 'Fark Gözetme Teorisi' (Alm *Differenzierungstheorie*) kapsamında 'kanun üstü zorunluluk hâli' (Alm *übergesetzlicher Notstand*) olarak kabul edilmekteydi¹⁸⁹. Öyle ki, bugün için de Alman doktrininde bazı yazarlar, hem § 34'e hem de § 35'e girmeyen bazı fiillerin yine kanun üstü zorunluluk kavramı dahilinde (Alm *übergesetzlicher entschuldigender Notstand*) cezasız bırakılabileceğ i kanaatindedir, fakat içtihat henüz o yönde geliş im göstermemiştir¹⁹⁰.

StGB'deki hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk hâli ile kusurluluğ u kaldıran neden olarak zorunluluk hâli arasında, *inter alia*, ş u farklar vardır:

- 1) Hukuka uygunluk nedeni olarak zorunlulukta, korunmak istenen hukukî yarar, feda edilen yarardan üstün (hatta StGB'ye göre, 'önemli ölçüde' üstün) olmalıdır¹⁹¹. Örneğ in, açlıktan ölmek için ekmek çalmak gibi. Buna karşılık, eğer korunmak istenen hukuksal yarar ile feda edilen hukuksal yarar eş it ölçüde öneme sahipse, bu durumda zorunluluk, kusurluluğ u ortadan kaldıran bir neden olacaktır¹⁹². Bu farkı anlamak kolaydır: Eğ er fail zaten üstün (hatta 'önemli ölçüde' üstün) yararı korumuş sa, bu davranış zaten hukuk düzeninin kendisinden beklediğ idir. Buna karşılık, mesela eş it değ erin korunması durumunda (kendi canını kurtarmak için masum ve alakasız bir üçüncü kişiyi öldürmek), hukuk düzenine objektif olarak uygun bir davranış olmasa da failin bu tercihi mazur görülebildir. Hatta StGB § 35'in uygulanmasında hukukî değ erlerin mukayesesi esasından hareket edilmediğ i için¹⁹³, korunan yararın (feda edilene) mutlaka eş it olması da aranmamaktadır; makul bir

¹⁸⁶ Hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk hâli: 'Her kim, hayat, vücut, özgürlük, şeref, mülkiyet veya diğ er bir hukukî menfaate yönelik olan, hâlihazırdaki ve baş ka türlü bertaraf edilemeyen bir tehlike içinde iken, tehlikeyi kendisi veya bir başkası bakımından def etmek için, bir suç fiili işlerse, tarafların rakip menfaatlerinin, özellikle ilgili hukukî menfaatler ile onları tehdit eden tehlikenin derecesi karşılaştırıldığında, korunan menfaat tehdit edilen menfaate nazaran önemli ölçüde ağı r basıyorsa, fail, hukuka aykırı hareket etmiş olmaz. Ancak bu hüküm sadece, işlenen fiilin tehlikeyi def etmek için uygun bir araç olduğ u durumlarda uygulanır.' [Feridun Yenisey and Gottfried Plagemann, Alman Ceza Kanunu – Strafgesetzbuch (StGB) (2nd edn, Beta 2015) 25].

¹⁸⁷ Kusurluluğ u ortadan kaldıran zorunluluk hâli: '(1) Her kim, hayat, vücut veya özgürlüğe yönelik, hâlihazırdaki ve baş ka türlü bertaraf edilemeyen bir tehlike içinde iken, tehlikeyi kendisi, ailesine mensup bir kişi veya bir yakını bakımından def etmek için, bir hukuka aykırı bir fiili gerçekleştirirse, kusurlu sayılmaz. Olaydaki şartlara göre, özellikle tehlikeye bizzat kendisinin sebebiyet vermiş bulunması veya özel bir hukukî ilişki içinde bulunması nedeniyle, tehlikeye atlanması failden beklenebilir idiyse, yukarıdaki hüküm uygulanmaz (...)' [Yenisey and Plagemann (n 175) 25-26].

¹⁸⁸ Özbek and Doğan (n 151) 207.

¹⁸⁹ Özbek and Doğan (n 151) 207; Michael Bohlander, *Principles of German Criminal Law* (Hart Publishing 2009) 106; Heinrich (n 23) para 403; Kan (n 16) 153.

¹⁹⁰ Bohlander (n 178) 129-130.

¹⁹¹ Demirbaş (n 149) 302; Özbek et al. (n 117) 384; Koca and Üzülmöz (n 119) 346; Santiago Mir Puig, *Derecho Penal Parte General* (8th edn, Editorial Reppertor 2006) 457. Bu dengelemenin nasıl yapılacağına dair kriterler için bkz Kai Ambos and Stefanie Bock, 'Germany' in Alan Reed, Michael Bohlander, Nicola Wake and Emma Smith (eds) *General Defences in Criminal Law - Domestic and Comparative Perspectives* (Ashgate, Farnham/Burlington 2014) 234.

¹⁹² Artuk et al (n 119) 502; 460; Özbek et al (n 119) 411.

¹⁹³ Ambos and Bock (n 180) 236; Özbek and Doğan (n 151) 208; Zafer (n 104) 336.

oranın varlığı yeterlidir¹⁹⁴. Bu yaklaşımın nedeni de, kusurluluğu kaldıran neden olarak işlev gösteren StGB § 35 açısından ceza verilmemesinin çıkış noktasının failin anormal motivasyonu (saiki), yani psikolojik bir esasın olmasıdır¹⁹⁵.

- 2) StGB düzenlemesine göre, hukuka uygunluk nedeni oluşturan zorunluluk her hak bakımından uygulanabilirken, kusurluluğu kaldıran neden olarak zorunluluk hâli, sadece hayat, vücut ve özgürlüğü korumak için vardır¹⁹⁶. Bunu da anlamak kolaydır: Kişinin aslında hukuka aykırı olan davranışa yönelmesinin mazur görülebilmesi ve kınanabilirliğinin ortadan kalkması, sadece çok önemli bazı hukukî değerlerin korunması amacıyla hareket etmesi durumunda söz konusu olabilir.
- 3) Kusurluluğu kaldıran neden olarak zorunluluk hâli, sadece failin kendisini, akrabasını veya yakınına koruması durumunda uygulanabilir¹⁹⁷; oysa hukuka uygunluk nedeni teşkil eden zorunluluk hâli açısından, tehlikede bulunan kişi ile fail arasında özel bir ilişkinin varlığı aranmaz¹⁹⁸. Bunu da anlamak kolaydır: Kendisiyle hiçbir irtibatı olmayan bir kimseye yönelik bir tehlikenin varlığında, failin iradesinin ciddi baskı altına girdiğini ve objektif olarak yanlış davranışı seçmesi nedeniyle kınanabilirliğinin ortadan kalktığını söylemek çok zordur; böyle bir psikolojik etki ancak kendisine, akrabasına veya en azından yakınına yönelik bir tehlike durumunda mevzubahis olur¹⁹⁹.

StGB’de ikili bir düzenleme mevcut olmakla birlikte; TCK’de böyle bir ayırım yapılmadığına ve m 25/2’te tek bir düzenleme olduğuna dikkat edilmelidir²⁰⁰. Bu bakımdan, bizim hukukumuz açısından, TCK m 25/2’deki zorunluluğa ya hukuka uygunluk nedeni ya da kusurluluğu kaldıran neden denilmelidir²⁰¹. Fakat Türk Hukuku bakımından da, ‘fark gözetme teorisi’ni (Alm *Differenzierungstheorie*) savunarak²⁰² korunan ve feda edilen yararların mukayesesini dikkate almak suretiyle ikili ayırım yapan yazarlar mevcuttur²⁰³: Söz konusu yazarlara göre, korunan hukukî değer (feda edilen değere nazaran) ‘önemli ölçüde üstün’ ise, hukuka uygunluk nedeni; korunan

¹⁹⁴ Mir Puig (n 180) 457. Mesela TCK’de ‘tehlikenin ağırlığı ile konu ile kullanılan araç arasında orantı’ bulunması arandığı içindir ki, Türk doktrininde *Öztürk and Erdem* ve *Nuhoğlu* kurumu hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmektedirler [Öztürk and Erdem (n 119) para 428; Nuhoğlu (n 119) 41].

¹⁹⁵ Mir Puig (n 180) 457.

¹⁹⁶ Özbek et al (n 119) 411; Ambos and Bock (n 180) 236. Bu sayımın sınırlayıcı olduğu çok baskın doktriner görüştür [Bohlander (n 178) 124].

¹⁹⁷ Özbek et al (n 119) 411.

¹⁹⁸ Ambos and Bock (n 180) 234.

¹⁹⁹ Yine bkz Mir Puig (n 180) 457-458.

²⁰⁰ Kaldı ki, TCK m 25/2’de ‘önemli ölçüde üstünlük’ kıstasının da yer almadığı belirtilmektedir [Bekar (n 119) 88].

²⁰¹ Aslında teorik olarak isabetli bir görüşe göre [Özbek et al (n 119) 414], TCK’deki düzenleme ile amaçlanan her ne olursa olsun, m 25/2’deki kurum bazı yönleriyle hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk hâli bazı yönleriyle de kusurluluğu kaldıran neden olarak zorunluluk hâlinin unsurlarını bünyesinde barındırmaktadır [bu hususta detaylı bilgi için bkz Özbek and Doğan (n 151) 216 ff; yine bkz ve kıyaslayız Soyaslan (n 119) 394]. Ne var ki, düzenlemenin tek olması karşısında, hukukî niteliği açısından birini (hukuka uygunluk nedeni) ya da diğerini (kusurluluğu kaldıran neden) seçmek gerekecektir [netice olarak aynı görüşte Kan (n 16) 126]. İspanyol ceza doktrininde aynı tartışma hususunda benzer görüş için bkz Mir Puig (n 180) 457. Doktrinde belirtildiği üzere, belki de temel sorun, her biri farklı hukukî esasa dayandırılacak birçok görünüm biçimi olan zorunluluk kurumunun tek bir hüküm ve nitelik altında düzenlenmeye çalışılmış olmasıdır [Kan (n 16) 306].

²⁰² Bu konuda bkz Özbek and Doğan (n 151) 205.

²⁰³ Kangal (n 16) 48; Demirbaş (n 149) 302; Fatih Selami Mahmutoğlu and Selami Karadeniz, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi* (Beta 2017) 521-522. Yine bkz Zafer (n 104) 335: yazara göre TCK m 25/2 hükmü hem hukuka uygunluk nedeni hem de kusurluluğu kaldıran neden olan zorunluluk hâlinin hukukî dayanağı olarak görülebilir.

hukukî değer (feda edilen değere) eşit ise, zorunluluk hâli söz konusudur. Hatta bizdeki gibi tek bir hüküm içeren İspanyol Ceza Kanunu m 20/5 açısından İspanyol doktrininde de baskın görüşün bu yönde olduğu belirtilmektedir²⁰⁴. Bu ayırım teorik olarak makul olmakla birlikte, TCK'de tek bir hükmün yer alması karşısında, TCK m 25/2'nin bazen hukuka uygunluk nedeni, bazense kusurluluğu kaldıran neden olabileceğini söylemek, kanaatimizce, mümkün değildir²⁰⁵.

Kanaatimizce, TCK m 25/2'deki hükmü kusurluluğu kaldıran bir neden olarak görmek gerekir. Bunun temel nedeni ise CMK m 223/3-b hükmüdür²⁰⁶. Madde gerekçesindeki bu yöndeki açıklamanın ve m 25/2 hükmünün niteliğini bu şekilde açıklayan Yargıtay Ceza Genel Kurulu içtihadının bağlayıcı olmadığı açıktır²⁰⁷. Ne var ki, CMK'deki hükmün göz ardı edilmesi olanaksızdır²⁰⁸. Şüphesiz, TCK m 25/2'deki hükmün hukukî niteliğinin ortaya konulacağı yer CMK olmamalıdır²⁰⁹. Ne var ki, yasa yapma tekniği açısından eleştiriye açık olsa da, böyle bir nitelendirme yapılmıştır. CMK m 223/3-b hükmünde açıkça '*Yüklenen suçun (...) zorunluluk hali (...) etkisiyle işlenmesi, (...) Hallerinde, kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.*' denilmiştir. Böylece, zorunluluk hâli, '*Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması*' durumunda beraat kararı verilmesini öngören CMK m 223/2 hükmünün kapsamı dışında bırakılmıştır. Olması gerekene ve TCK m 25/2'deki hükmün gerçek mahiyetine dair akademik tartışmalar bir yana, bu hükmün ve yaratılan farklılığın görmezden gelinmesi hukuken mümkün değildir²¹⁰. Nitekim Yargıtay da CMK'deki hükümden hareketle hükmün niteliğini kusurluluğu kaldıran bir sebep olarak kabul etmiştir²¹¹.

B. Zorunluluk Hâlinin Kabul Nedenini Açıklayan Teoriler

Zorunluluk hâlindeki faile niye ceza verilmeyeceğine dair farklı teoriler öne sürülmüştür²¹². Kanaatimizce, zorunluluk hâline atfedilen hukukî niteliğe göre sonuca varılmalıdır.

İspanyol doktrininde ayırım gözetme teorisi (İsp *teoría de la diferenciación*, İt *teoria differenziale*) olarak adlandırılan bu yaklaşımın hâkim olduğu belirtilmektedir

²⁰⁴ Mir Puig (n 180) 457.

²⁰⁵ Aynı yönde Koca and Üzülmöz (n 119) 347 n 998. İspanya açısından aynı yönde Mir Puig (n 180) 457.

²⁰⁶ Aynı yönde Özbek and Doğan (n 151) 218.

²⁰⁷ Gerekçe yönünden aynı argüman için bkz Kangal (n 16) 47; Zafer (n 104) 334.

²⁰⁸ Aynı mealde Bekar (n 119) 81. Aksi görüşte Kangal (n 16) 48; Zafer (n 104) 334; Kan (n 16) 160 [hatta yazara göre (148) söz konusu hüküm 'yasal ama hukuk dışı bir düzenleme' (?) teşkil etmektedir].

²⁰⁹ Aynı eleştiri için bkz Kan (n 16) 118.

²¹⁰ Yine bkz Özgenç (n 23) 428: 'CMK'nın bu düzenlemesi de göz önünde bulundurulduğunda, mevzuatımızca zorunluluk halinin kusurluluğu etkileyen bir neden olarak kabul edildiği açık bir şekilde görülecektir.'

²¹¹ Özbek and Doğan (n 151) 206.

²¹² Bilgi için bkz Dönmezer and Erman (n 149) para 820 ff; Toroslu (n 1) 20 ff.

ve kurumun hukukî esasına bağlı olarak dayanağı açıklanmaktadır²¹³. Bu anlayışa göre²¹⁴, hukuka uygunluk nedeni olan zorunlulukta, korunan hukuksal değer feda edilen nazaran objektif anlamda üstün olduğuna göre, birbiriyle çatışan iki hukukî değerden üstün olanı tercih etmiş failin davranışı objektif olarak hukuka uygundur [hakların (veya hukuksal değerlerin) çatışması teorisi]²¹⁵. Bu anlayışa göre, eğer failin başka türlü davranma imkânı yoksa, hukuken daha üstün olan hukuksal değeri korumak amacıyla daha değersiz olana zarar verilmesine hukuk düzeni izin verir ve hukukî değeri ihlal edilen kişinin de buna katlanma yükümlülüğü vardır²¹⁶. Buna karşılık, Türk doktrininde²¹⁷ ve İtalyan doktrininde²¹⁸ birçok yazar kendini koruma içgüdüsüne dayanmaktadır. Ancak, şayet kendini koruma içgüdüsüne dayanılacaksa, kurumun kusurluluğu kaldıran neden olarak kabul edilmesi makul olacaktır²¹⁹. Kaldı ki, bu durumda üçüncü kişi lehine zorunluluk hâlinin kabulünü açıklamak mümkün olmamaktadır²²⁰.

Zorunluluğu kusurluluğu kaldıran bir neden olarak kabul ettiğimizde, korunan hukuksal değer üstün olması şart olmadığına göre, hakların çatışması teorisine dayanmak artık mümkün olmaz²²¹. Bu durumda ceza verilmemesinin nedenini failin içinde bulunduğu psikolojik durumla açıklamak gerekir²²²: Failin karşı karşıya bulunduğu tehlike nedeniyle içinde bulunduğu psikolojik baskı (manevi cebir teorisi) onun irade serbestisine tesir eder ve esasen ahlaka aykırı sayılabilecek davranışı nedeniyle onun hukuken kınanmasına engel olur²²³. Almanya ve İspanya gibi ülkelerde

²¹³ Mir Puig (n 180) 456.

²¹⁴ Öztürk and Erdem (n 119) para 428; Özbek et al (n 180) 407-408.

²¹⁵ Teori hakkında bilgi için bkz Toroslu (n 1) 35 ff; Kungal (n 16) 221 ff; Bekar (n 119) 52-53; Kan (n 16) 67 ff. Mesela kurumun esasen hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendiren *Demirbaş ve Hafizoğulları and Özen* bu teoriye dayanmaktadır [Demirbaş (n 149) 306; Hafizoğulları and Özen (n 119) 222]. İtalyan doktrininde de, bu teoriye dayanılacaksa, kurumun niteliğinin hukuka uygunluk nedeni olarak benimsenmesi gerektiği ifade edilmiştir. [Canestrari, Cornacchia and De Simone (n 156) 563].

²¹⁶ Özbek and Doğan (n 151) 216.

²¹⁷ Bayraktar et al (n 119) para 416 (fakat sosyal yarar yokluğu teorisi de benimsenmektedir); Toroslu (n 1) 166 (fakat yazar, 'hakların veya menfaatlerin çatışması' teorisine de başvurmuştur; aynı yönde Centel, Zafer and Çakmut (n 119) 323; Önder (n 119) 250; Artuk et al (n 119) 504-505; İçel (n 119) 358; Mahmutoğlu (n 167) 51; Kan (n 16) 82; Zafer (n 104) 333 (yazar manevi cebir ve sosyal yarar yokluğu görüşlerine de dayanmaktadır).

²¹⁸ Francesco Antolisei, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale* (16th edn, Giuffrè 2003) 308.

²¹⁹ Canestrari, Cornacchia and De Simone (n 156) 563. Kıyaslayınız Öztürk and Erdem (n 119) para 428. Yine bkz ve kıyaslayınız Toroslu and Toroslu (n 119) 172: yazarlara göre, kendini koruma içgüdüsü hukuk tarafından tanınarak doğalcı bir norm, hukuk normu hâline getirilmiştir. Bunun etkisi hukuka aykırılık yönündendir: bu durumlarda sosyal bir zarar olmadığı için hukuka aykırılığın maddi yönü gerçekleşmemiştir.

²²⁰ Bekar (n 119) 53. Nitekim Kan üçüncü kişi lehine zorunluluk durumunda kendini koruma içgüdüsü teorisinin uygulanamayacağını teslim etmekte; çıkış yolunu, hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk, kusurluluğu kaldıran neden olarak zorunluluk ve üçüncü kişi lehine zorunluluk düzenlemelerinin ayrı ayrı yapılmasında görmektedir [Kan (n 16) 301]. Üçüncü kişi lehine zorunluluk hâlini açıklayabilen tek teori, hakların çatışması teorisi olarak gözükmektedir [Nuhoğlu (n 119) 37] *Kan*'a göre, hükümda haklar arasında bir ayırım ya da hiyerarşinin gözetilmemiş olması, bu teoriyi hükmü açıklayan – en azından tek – dayanak olarak görmeye engeldir [Kan (n 16) 298-299].

²²¹ Özbek et al (n 180) 408.

²²² Özbek et al (n 180) 408.

²²³ Erem, Danişman and Artuk (n 167) 581; Nuhoğlu (n 119) 36. Teori hk bilgi için bkz Toroslu (n 1) 22 ff; Bekar (n 119) 48-50; Kan (n 16) 102 ff. *Kan*'a göre, TCK m 28'deki ayrı düzenleme karşısında, manevi cebir esasına dayanarak zorunluluğu açıklamak Türk hukuku açısından mümkün değildir [Kan (n 16) 299]. Teorinin eleştirisi ve reddi için bkz Toroslu (n 1) 25-27 ve Erem, Danişman and Artuk (n 167) 583.

popüler olan normatif teorilere göre²²⁴, tehdit altında olan hukukî değeri feda etmesi kendisinden beklenemeyecek/istenemeyecek olan fail mazur görülmelidir²²⁵. Bu bakımdan, kusurluluğu kaldıran neden olarak zorunluluk hâli söz konusu olduğunda fiil artık hukuk düzeni tarafından onaylanmamaktadır; fakat fail açısından cezaya gereksinim duyulmamaktadır²²⁶. Öyle ki, Almanya'daki baskın görüşe göre, failin aynı zamanda bir hukuksal değeri koruması nedeniyle, fiilin haksızlık muhtevası da azalmaktadır; kusurdaki azalmayla birlikte değerlendirildiğinde ise, failin cezadan kurtarılması izahat bulmaktadır²²⁷. Keza, zorunluluk durumunun etkisiyle suç işleyen kişinin cezalandırılmasında cezanın önleme amacı açısından fayda olmadığını savunan görüşler de vardır²²⁸.

C. Şartları

Yukarıda belirttiğimiz üzere, TCK m 25/2'nin bütün uygulama koşullarına ilişkin derinlemesine bir değerlendirme yapmak bu çalışmanın kapsamı dahilinde değildir; zaten çalışmanın ortaya konulan amacı açısından bunu yapmaya gerek de yoktur. Bu bakımdan, hükmün hukukî niteliğinin hukuka uygunluk nedeni olarak mı yoksa kusurluluğu kaldıran neden/mazeret nedeni olarak mı kabul edileceğinin uygulama şartları açısından yaratacağı farkı ele almakla yetineceğiz.

Bilindiği üzere, doktrinde TCK m 25/2'nin uygulama koşulları iki başlık altında kategorize edilmektedir: 'tehlikeye ilişkin şartlar' ve 'korunma hareketine/fiiline' veya 'kurtarma hareketine/fiiline' ilişkin şartlar²²⁹.

Tehlikeye ilişkin şartları şöyle tasnif edebiliriz:

1. 'Ağır ve muhakkak bir tehlikenin varlığı',
2. 'Tehlikenin, kişinin kendisinin veya başkasının bir hakkına yönelik olması',
3. 'Tehlikeye bilerek sebebiyet verilmemiş olması',
4. 'Tehlikeye karşı koyma yükümlülüğünün bulunmaması' (veya 'tehlikeye göğüs

²²⁴ Bunların varyasyonları için bkz Kungal (n 16) 437 ff.

²²⁵ Yine bkz Özbek and Doğan (n 151) 212. İtalyan doktrininde 'inesigibilità' (istenemezlik) olarak ifade edilen kavram hakkında geniş bilgi için bkz Kan (n 16) 54 ff.

²²⁶ Kungal (n 16) 435.

²²⁷ Kungal (n 16) 439-440; Canpolat (n 151) 179. Belirtmek gerekir ki, fiilin haksızlık içeriğindeki azalmadan hareketle, CMK m 223/4'ün de uygulanabilir hâle geldiğinin savunulabileceğine dair düşüncede (Kan (n 16) 151) isabet yoktur. CMK m 223/4 açısından kast edilen, tek başına ele alındığında, haksızlık muhtevası itibarıyla ceza hukuku açısından önemsiz olan ve cezaya layık olmayan harekettir. Buna birkaç parça boş kâğıdın 'çalınması' örnek olabilir. Böyle bir durumda zaten zorunluluk hükmüne başvurmaya gerek yoktur.

²²⁸ Kungal (n 16) 441-442; Soyaslan (n 119) 390. Cezalandırmada sosyal faydanın yokluğuna dair teoriler için bkz Toroslu (n 1) 31 ff. İtalyan doktrininde Antolisei kurumun esasını sosyal zararın yokluğuyla açıklamaktadır (Antolisei (n 207) 309). Özellikle de, feda edilen hukuksal değer ile korunan hukuksal değer eşit olduğu vakit, tehlike ile karşı karşıya kalan kişinin fiili sosyal topluluk nezdinde mevcut durumu kötüleştirmemektir zira zarar bir şahıs yerine bir başkası üzerinde gerçekleşmektedir. İki değerden birini feda etmek gerektiğine ve bunlar da eşdeğer olduğuna göre, toplum açısından bir zarar doğmamıştır (age, 310). Benzer yönde görüş için bkz Bayraktar et al (n 119) para 416.

²²⁹ Dönmezer and Erman (n 149) para 826; Önder (n 119) 251 ff; Artuk et al (n 119) 505 ff; İçel (n 119) 359; Centel, Zafer and Çakmut (n 119) 325 ff.; Demirbaş (n 149) 307; Öztürk and Erdem (n 119) para 429 ff; Hafizoğulları and Özen (n 119) 223; Kungal (n 16) 230 ff; Koca and Üzülmöz (n 154) 349 ff; Hakeri (n 119) 425 ff; Kan (n 16) 163 ff.

germe yükümlülüğünün bulunmaması’).

Korunmaya ilişkin şartlar:

1. ‘Tehlikeden başka türlü kurtulma imkânının bulunmaması’, yani korunma hareketinde zorunluluk bulunması;
2. ‘İşlenen fiil ile tehlike arasında oran bulunması’.

Çalışmamız açısından, zorunluluk hâlinin hukuka uygunluk nedeni mi yoksa kusurluluğu kaldıran neden/mazeret nedeni mi sayılacağına dair fark, kendini ‘oran’ koşulu açısından gösterecektir. Diğer bir deyişle, Türk ceza hukuku açısından, sadece bu son koşulun tanımlanması açısından bir fark doğacaktır. Bu bakımdan, kurumun hukukî niteliğine göre farklı uygulama koşulları belirleyen STGB §§ 34-35’in aksine, TCK m 25/2’yi nasıl nitelendirirsek nitelendirelim, doktrinimizde öne sürülen uygulama koşulları yukarıdakilerden ibarettir. Bunların içeriğini anlamlandırmak açısından ise, sadece ‘oran’ koşulu esaslı bir farklılık gösterecektir.

Alman ceza hukuku açısından, hukuka uygunluk sebebi teşkil eden zorunluluk hâli her hakkın korunması açısından söz konusu olabileceken; kusurluluğu kaldıran neden olan zorunluluk hâli sadece belirli hakların korunması açısından gündeme gelebilmektedir²³⁰. TCK m 25/2’nin hukukî niteliği nasıl kabul edilirse edilsin, bizim kanunumuzda hak kategorisi açısından bir sınırlama yoktur. TCK m 25/2’nin kapsamına açıkça her türlü hak alınmak suretiyle, önceki TCK m 49/3’te ‘nefsini’ ibaresinin kullanılması sonucu doktrinin mecbur kaldığı daraltıcı yorumun²³¹ geçerliliği kalmamıştır.

Keza, Alman hukukuna göre, kusurluluğu kaldıran neden olarak zorunluluk hâli, sadece failin kendisini, akrabasını veya yakınıni koruması durumunda uygulanabilir²³². Kanunumuz açısından, üçüncü kişi lehine zorunluluk durumunda böyle bir sınırlama yoktur²³³.

Yine Alman Hukukuna göre, ‘tehlikeye karşı koyma yükümlülüğünün bulunmaması’ koşulu sadece StGB § 35 açısından uygulanmaktadır; Türk hukuku açısından ise, TCK m 25/2’de bu hususta bir açıklık olmamasına rağmen, hükmün niteliğini hukuka uygunluk nedeni olarak kabul eden yazarlar da bu koşulu zikretmektedir²³⁴. Kaldı ki, bu koşulu zorunlu şart olarak aramayan Almanya’da, failin tehlikeye katlanmakla yükümlü olup olmadığı hususu orantılılık değerlendirmesi

²³⁰ Özbek et al (n 119) 384.

²³¹ Bu konuda bkz Toroslu (n 1) 109.

²³² Özbek et al (n 119) 384.

²³³ Bu konuda eleştiri için bkz Toroslu and Toroslu (n 119) 174: yazarlara göre üçüncü kişi lehine zorunluluk durumu sınırlandırmak gerekmektedir.

²³⁴ Örneğin bkz Toroslu (n 1) 138; Önder (n 119) 255; Bayraktar et al (n 119) para 425; Toroslu and Toroslu (n 119) 176; Hafizoğulları and Özen (n 119) 225; Centel, Zafer and Çakmut (n 119) 328; Öztürk and Erdem (n 119) para 403; Demirbaş (n 149) 310; Soyaslan (n 119) 392; Zafer (n 104) 339; Nuhoğlu (n 119) 45; Kan (n 16) 205. Yine bkz Kangal (n 16) 284.

esasnda dikkate alınmaktadır²³⁵. Türk doktrininde, mazeret sebebi teşkil eden (veya kusurluluğu kaldıran neden olan) zorunluluk hâli açısından da bu koşulun aranması gerektiği savunulmaktadır²³⁶.

Aynı husus, failin tehlikeye kendisinin sebebiyet vermiş olmaması koşulu açısından da söylenmelidir: bu koşula sadece § 35'ye ver verilmiştir²³⁷. Ne var ki, TCK m 25/2'de tehlikeye bilerek neden olmama koşuluna açıkça yer verilmiştir. Kaldı ki, zorunluluğu hukuka uygunluk nedeni olarak kabul eden ülkeler açısından da bu koşulun aranıp aranmayacağı konusunda yeknesak bir yaklaşım olmadığı gibi, bu koşulu zorunlu şart olarak aramayan Almanya gibi ülkelerde bile failin tehlikeye bilerek neden olup olmadığı hususu orantılılık değerlendirmesi esasnda dikkate alınmaktadır²³⁸.

O hâlde, zorunluluğun hukukî niteliği ne olarak kabul edilirse edilsin, 'tehlikeye bilerek neden olmama' ve 'tehlikeye katlanma yükümlülüğünün olmaması' koşullarının aranmasında dogmatik bir sorun gözükmemektedir.

Keza ağır ve muhakkak bir tehlikenin varlığı koşulunun yorumu açısından, hükmün hukukî niteliğinin öyle ya da böyle kabul edilmesi bir fark yaratmayacaktır, denilebilir²³⁹.

Korunma hareketinde zorunluluk bulunması (başka türlü korunma olanağının bulunmaması) koşulu açısından da aynı şey söylenebilir²⁴⁰.

Ek bir bilgi olarak, Alman hukuku açısından, gerek StGB § 34 gerekse StGB § 35 durumunda failin hükümden yararlanması için sübjektif bir unsurun varlığının aranacağı kesindir; bu bakımdan, failin tehlikeyi bertaraf etmek amacıyla hareket etmesi gerekir²⁴¹. Öyle ki, baskın görüşe göre, fiilin tehlikeyi bertaraf etmek saikine dayanması bile aranır²⁴². Türk doktrininde zorunluluk hükmünün uygulanması açısından sübjektif bir unsurun aranıp aranmayacağı tartışması hükmün hukukî niteliğinden bağımsız olarak cereyan etmektedir denilebilir²⁴³. Daha önce belirttiğimiz gibi, Türk doktrininde birçok yazar hukuka uygunluk nedenlerinin uygulanması açısından bile 'objektif' yaklaşımı kabul ederek bunların objektif olarak somut olayda var olmasını hükmün uygulanması için yeterli görmektedir.

²³⁵ Kantal (n 16) 284; Heinrich (n 23) para 423.

²³⁶ Kantal (n 16) 460; Artuk et al (n 119) 510; Hakeri (n 119) 430; Akbulut (n 119) 561. Aksi yönde Koca and Üzülmöz (n 119) 351-352.

²³⁷ Kantal (n 16) 270; Özbek and Doğan (n 151) 215.

²³⁸ Kantal (n 16) 270-271; yine bkz Heinrich (n 23) para 573.

²³⁹ Aynı yönde Kantal (n 16) 445, 448 Bohlander (n 178) 124; Heinrich (n 23) para 565, 568.

²⁴⁰ Bohlander (n 178) 125; Heinrich (n 23) para 570.

²⁴¹ Bohlander (n 178) 126. Kıyaslayımız Özbek and Doğan (n 151) 212.

²⁴² Heinrich (n 23) para 432.

²⁴³ Kurumu hukuka uygunluk nedeni olarak gören *Öztürk and Erdem* failin tehlikeyi bilmesi ve 'daha üstün bir yararı korumak amacıyla hareket' etmesini aramaktadır [Öztürk and Erdem (n 119) para 437]. Buna karşılık, hukukî nitelik açısından aynı kanaatte olan diğer yazarlar böyle bir sübjektif koşula yer vermemektedir.

O hâlde, zorunluluk altında işlenen fiille (korunma hareketiyle) tehlike arasında orantı bulunması koşuluna yoğunlaşabiliriz. Türk doktrininde çok baskın görüşe göre, korunan hak, feda edilen haktan üstün olmalıdır ya da en azından bunlar birbirine eşit olmalıdır²⁴⁴. Burada bir hukuka uygunluk nedeni olmadığı için, korunan hakkın, korunma hareketini yapmak suretiyle feda edilen haktan ‘önemli ölçüde üstün’ olması aranmaz. Zorunluluk hâlinin etkisiyle işlenen fiil hâlâ suç oluşturduğu için, önemli olan, korunan hak ile feda edilen hakkın birbirine *en azından eşit* olmasıdır. Hatta Alman doktrininde, StGB § 35 açısından, yol açılan zararın, kaçınılmak istenilen zarara nazaran ‘açıkça orantsız’ olmaması yeterli görülmektedir. Daha da önemlisi, değerlendirme sadece yarışan hukuksal değerlerin hiyerarşik değeri üzerinden yapılmadığı için, somut olayın özelliklerine göre, daha ‘değersiz’ bir hakkın korunması amacıyla daha önemli bir hakkın feda edilmesi bile, istisnaen, mazur görülebilir²⁴⁵. TCK m 25/2 açısından da aynı sonuca varılabilir zira hükümde aranan orantı ‘tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında’ kurulmalıdır. Kusurluluğu kaldıran neden (ya da mazeret sebebi) olarak zorunluluğun hakların yarışması esasına dayanmadığı düşünüldüğünde, korunan hukukî yarar ile feda edilen yarar arasındaki ilişki bu oranı tespit etmekte sadece bir kriterdir. İtalyan Ceza Kanunu m 54’te, verilen zarar ile karşı karşıya olunan tehlike arasında oran aranmış olup İtalyan doktrininde şu husus ifade edilmiştir: Somut olayın koşulları ışığında bütüncül bir değerlendirme yapmak gerektiği için, tehlike altında bulunan hukuksal değere nazaran daha üstün bir değer hiçbir zaman ihlal edilemeyeceği söylenemez²⁴⁶. StGB § 34’te ‘açıkça üstün’lükten bahsedilse de, baskın doktriner görüşe göre bundan kasıt, salt olarak korunan hukuksal değerini feda edilene nazaran çok daha önemli olması değildir²⁴⁷; daha ziyade, olayın tüm özgül koşulları da değerlendirildiğinde, ortalama makul kişinin değerlendirmesine göre, korunan değer üstün olduğu ‘açık’ (bariz/belirgin) olmalıdır²⁴⁸. *Kangal*’ın ifadesiyle: ‘*Tehlike tarafından tehdit edilen hukuksal değerlerin korunmasındaki ve böylece genel olarak yasaklanmış bir fiile cevaz verilmesindeki yararın, bu fiilin yapılmamasındaki yarardan daha ağır basıp basmadığı (üstün olup olmadığı) somut olayın bütünsel olarak değerlendirilmesi*’yle tespit edilecektir²⁴⁹. Bu tespit nasıl yapılacağı konusunda da farklı görüşler olmakla birlikte²⁵⁰, bizim açımızdan şu kesindir: değerlerin mukayesesi ve dengeleme faaliyeti de sadece mukayese edilen hukuksal değerler üzerinden değil; pozitif hukuk düzeninin ve

²⁴⁴ Dönmezer and Erman (n 149) para 836; Artuk et al (n 119) 510; Özgenç (n 23) 429; İçel (n 119) 366; Demirbaş (n 149) 311; Hakeri (n 119) 432; Özbek et al (n 119) 414, 421; Koca and Üzülmöz (n 119) 352; Zafer (n 104) 340; Akbulut (n 119) 562; Nuhoğlu (n 119) 44; Bekar (n 119) 116 ff.

²⁴⁵ Nitekim bkz Heinrich (n 23) para 571: ‘Korunan menfaat, ihlal edilen menfaate göre önemli ölçüde daha ağır nitelikte olmadıkça, hakkın ihlaline ilişkin bir mazeret nedeni kabul edilebilir’.

²⁴⁶ Canestrari, Cornacchia and De Simone (n 156) 566.

²⁴⁷ Heinrich (n 23) para 423. Detaylı bilgi için bkz Kangal (n 16) 304 ff.

²⁴⁸ Bohlander (n 178) 113.

²⁴⁹ Kangal (n 16) 306; yine bkz Bekar (n 119) 118-119.

²⁵⁰ Kangal (n 16) 304-305.

genel olarak kabul gören hukukî ilkelerin tümü ışığında yapılacaktır²⁵¹. StGB § 34 açısından, hükmün son cümlesinde yer alan ve fiilin tehlikeyi uzaklaştırmak için ‘uygun’ bir araç olması gerektiğini öngören koşul bu son değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır²⁵². Örneğin, Alman doktrinindeki ‘zorla kan alma’ örneğinde²⁵³ bu son kurala bağlı olarak StGB § 34’ün tatbiki kabul edilmemektedir²⁵⁴. Türk doktrininde de, koruma hareketinin hukuk düzeni ile uyuşabilir nitelikte olması gerektiğini belirten *Hakeri*, hukuk düzeninin temel ilkeleri ile çatışan bir fiilin zorunluluk hâli kapsamında görülemeyeceğini savunmaktadır²⁵⁵.

Zorunluluğu hukuka uygunluk nedeni olarak gören yazarların, korunan yararın zarara uğratılan zarardan üstün olmasını aramaları beklenirdi²⁵⁶. Nitekim yabancı doktrinde bu kıstas aranmaktadır²⁵⁷. Oysa Türk doktrininde zorunluluğu hukuka uygunluk nedeni olarak gören yazarlar korunan haklar arasında ‘eşitlik’ şartını²⁵⁸ ve/veya genel olarak korunma hareketiyle tehlikenin konusu ve ağırlığı arasındaki *orantıyı*²⁵⁹ yeterli görmektedirler²⁶⁰. Bu durumda, eşitliği yeterli gören yazarların

²⁵¹ Bohlander (n 178) 113.

²⁵² Kantal (n 16) 330-331. Bu konuda bkz Heinrich (n 23) para 427.

²⁵³ Örneğin bkz Heinrich (n 23) para 427 (imla hataları tarafımızca düzeltilmiştir): ‘*Anton, hastanedeki eşi Berta’yı ziyaret eder. O esnada, bir otomobil kazasında çok kan kaybeden ve bu nedenle acilen kan nakline ihtiyacı olan ağır yaralı Bruno hastaneye getirilir. Bruno hastanede hiç yedeği bulunmayan çok nadir bir kan grubuna sahiptir. Görevli doktor Armin tesadüfen, Anton’un bu gerekli (çok nadir) kan grubuna sahip olduğunu bilmektedir. Kendisine sorulmakla birlikte, Anton kan başışlamaktan kaçınır. Kan başışı Bruno’nun tek kurtarılma olanağı olduğu için, Armin şöyle bir tertip yapar: Anton dört güçlü hasta bakıcı tarafından tutulacaktır ve kendisinden Armin tarafından zorla kan alınmasına katlanacaktır.*’

²⁵⁴ Kantal (n 16) 333; Heinrich (n 23) para 427.

²⁵⁵ Hakeri (n 119) 433.

²⁵⁶ Nitekim bu yönde Öztürk and Erdem (n 119) para 436. Yine bkz Özbek and Doğan (n 151) 211; Demirbaş (n 149) 302; Hafizoğulları and Özen (n 119) 225.

²⁵⁷ Örneğin ABD bakımından bkz Luis E Chiesa, ‘United States of America’ in Alan Reed, Michael Bohlander, Nicola Wake and Emma Smith (eds) *General Defences in Criminal Law - Domestic and Comparative Perspectives* (Ashgate 2014) 337. İngiliz uygulaması bakımından aynı yönde bkz Kantal (n 16) 108. İsviçre Ceza Kanunu’nda da hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hâli (§ 17) ile mazeret nedeni olan zorunluluk hâli (§ 18) farklı hükümlerde düzenlenmiş ve § 17 açısından korunan yararın (feda edilene nazaran) üstün olması aranmıştır [Kantal (n 16) 131]. Keza İspanyol Ceza Kanunu m 20/5 açısından, hükmün hem hukuka uygunluk nedeni hem de kusurluluğu kaldıran neden olarak işlev gösterebileceğini savunanlar, ilk ihtimalde, koruna hukukî yararın üstün olmasını aramaktadırlar [Mir Puig (n 180) 457]. Buna karşılık, Fransız Ceza Kanunu m 122-7 açısından, bizde olduğu gibi Fransız doktrininde de feda edilen ile korunan hak arasındaki eşitlik yeterli görülmektedir [Catherine Elliott ‘Germany’ in Alan Reed, Michael Bohlander, Nicola Wake and Emma Smith (eds) *General Defences in Criminal Law - Domestic and Comparative Perspectives* (Ashgate 2014) 218; Kantal (n 16) 99]. Ancak Fransız Ceza Kanunu’nda düzenlemenin hukuka uygunluk nedeni mi yoksa kusurluluğu kaldıran nedeni mi teşkil ettiği Fransız doktrininde pek tartışılmamıştır ve düzenlemenin her ikisini de kapsayabileceği ifade edilmektedir (Kantal (n 16) 99). İspanyol Ceza Kanunu m 20/5’te de ‘yol açılan kötülüğün önlenmek istenilenden daha büyük olmaması’ (İsp ‘Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar’) yeterli görülmüştür. Fakat bu hükmün yer aldığı bölümün başlığı, bizde olduğu gibi, ‘ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler(e) dair’ şeklinde, belirsizdir. Hükmünde hukuka uygunluk nedenleri ile kusur yeteneğini veya kusurluluğu kaldıran nedenlere bir arada yer verildiği gibi; hükmünde, aşağıda sayılan durumlardakilerin ‘cezai sorumluluktan muaf olacakları’ (İsp ‘Están exentos de responsabilidad criminal’) belirtilmiştir. Doktrinde de hükmün hukukî niteliği tartışmalıdır [bu son hususta bkz Kantal (n 16) 145, detaylı tartışma için bkz Mir Puig (n 180) 456 ff, özellikle 458-459]. Polonya Ceza Kanunu m 26’da da, ilk fıkrada hukuka uygunluk nedeni olan, ikinci fıkrada ise kusurluluğu kaldıran neden olan zorunluluğa yer verilmiş ve ilk durumda korunan yararın üstün olması aranmışken ikinci durumda açık bir orantısızlığın bulunmaması yeterli görülmüştür [Kantal (n 16) 152-153]. Ayrıca bkz n 257.

²⁵⁸ Önder (n 119) 255.

²⁵⁹ Kan (n 16) 224.

²⁶⁰ Hatta bkz ve kıyaslayınız Centel, Zafer and Çakmut (n 119) 328: yazarlar, değerler arasında eşitlik bulunmasını şart görmemekte, ‘korunan hukukî değer feda edilen hukukî değerden *çok daha önemsi ise*’ (vurgu tarafımızca eklenmiştir), bu koşulun gerçekleşmediğini savunmaktadırlar. Yine bkz Soyaslan (n 119) 393: yazara göre eşitlik şart değildir; ‘Aralarında

hükümün dayanağı olarak hakların çatışması teorisine de dayanmamaları icap ederdi²⁶¹.

Oran açısından Almanya’da tartışılan bir durum, farklı kişilerin yaşam hakkının kıyaslanıp kıyaslanamayacağıdır²⁶². Bu noktada da kurumun hukuka uygunluk nedeni mi yoksa kusurluluğu kaldıran neden mi olduğuna dair tespit belirleyici olacaktır. Örneğin, iyileşme olanağı bulunan genç hastanın yaşam hakkı, zaten kurtulamayacak olan yaşlı hastanınkine tercih edilebilir mi? Ya da bir kişinin yaşam hakkı, on kişinin yaşam hakkını korumak için feda edilebilir mi; örneğin, terör eylemi için kaçırılan ve içinde 10 yolcu bulunan, teröristler tarafından şehir merkezinde kalabalık bir binaya çakılacağı bilinen uçağın havada vurulması mümkün müdür? Alman doktrinindeki yaygın bir görüşe göre, yaşam hakkı gerek nitelik (mesela sağlıklı bir gencin yaşama hakkına karşı yaşlı ve hastanın yaşama hakkı), gerekse nicelik bakımından (bir kişinin yaşamına karşı on kişinin yaşamı), yararlar karşılaştırılmasına konu edilemez²⁶³. Dolayısıyla, genç ve kurtarılabilir bir kimsenin hayatını kurtarmak adına yaşlı ve zaten nispeten kısa bir zaman içerisinde ölecek kimsenin hastanedeki yaşam destek ünitesini çekip çocuğu buna bağladığınızda, zorunluluk hâli yoktur – fail kasten öldürmeden sorumludur²⁶⁴! Fakat Almanların bu görüşleri StGB § 34 kapsamında öne sürdüğüne çok dikkat edilmelidir. Öyle ki, Almanya’daki klasik görüşe göre, meşhur dağcı örneğinde bile²⁶⁵ bu hüküm uygulanamaz²⁶⁶! Diğer bir örneğe göre, bir tren kontrolden çıkar ve terminale çarpacaktır, kişileri tahliye edecek vakit olmayıp tren terminale çarptığında yüzlerce kişi ölecektir. Buna yol açmamak için, içinde on kişi olan treni bombalayan ve böylece yüz kişinin hayatını kurtaran failin zorunluluk hâlinde yararlanmayacağı Alman doktrininde savunulmaktadır²⁶⁷. Bu argüman, hukuka uygunluk nedeni söz konusu ise, teorik olarak doğrudur çünkü yaşam hakkı açısından niceliksel bir kıyas yapılamaz: bu manada, ‘yüz kişinin yaşamı, on kişinin yaşamından daha önemlidir’ denilemez.

az-çok fark olabilir. Ancak büyük bir fark olmamalıdır’). Oysa Alman doktrininde bu koşul StGB § 35 açısından savunulmaktadır. Mesela Avusturya Ceza Kanunu § 10 (1)’de de ‘önemli ölçüde orantısız’ olmama kıstasını açıkça aramakla birlikte, bu hükümden sadece bir mazeret nedeni olarak zorunluluk hâli düzenlenmiştir [Kangal (n 16) 132]. Kanunda yer almamakla birlikte doktrinde ve uygulamada tatbik olanağı kabul edilen, hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk hâli açısından ise, korunan yararın feda edilenden üstün olması aranmaktadır [Kangal (n 16) 133]. Hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluğun esaslı menfaatlerin tartımına dayandığı için [Heinrich (n 23) para 401] dayandığı için, baskın görüşe göre, daha üstün hukuksal değerini feda edilmesi asla kabul görmez.

²⁶¹ Canestrari, Cornacchia and De Simone (n 156) 564. Yazarlara göre, bu ihtimalde faille ceza vermemenin dayanağını olsa olsa saikin oluşum sürecinde aramak mümkündür.

²⁶² Detaylı bilgi için bkz Kangal (n 16) 320 ff.

²⁶³ Ambos and Bock (n 180) 234; Bohlander (n 178) 110, 112; Heinrich (n 23) para 425; Demirbaş (n 149) 312.

²⁶⁴ Hakeri (n 119) 432.

²⁶⁵ Sayısız eserde yer alan bu örneğe göre [bkz *inter alia* Önder (n 119) 249]; iki dağcı aynı iple bir dağa tırmanmaktadır, ne var ki bir noktadan sonra ipin ikisinin birden ağırlığını taşıyamayacak ve kopacak olduğu anlaşılır. İkisinin birden düşeceğini anlayan üstteki dağcı, en azından kendini kurtarmak için, ipi hemen altından keser ve böylece, düşmekten kurtulur; alttaki dağcı ise düşerek ölür (veya ağır yaralanır).

²⁶⁶ Örnek için bkz Heinrich (n 23) para 425. Yine bkz Bohlander (n 178) 112. Bu durumda kusurluluğu kaldıran neden olarak zorunluluk hâlinin uygulanabileceğine dair bkz Özbek and Doğan (n 151) 216; Heinrich (n 23) para 425.

²⁶⁷ Hakeri (n 119) 432. Fakat yazar, TCK m 25/2’yi kusurluluğu kaldıran neden olarak kabul etmesine rağmen, bu örneğe ve görüşe yer vermektedir.

Bununla birlikte, en az yüz kişinin öleceği kesinse ve başka bir çare yoksa, yüzlerce kişiyi kurtarmak için bir kişinin öldürülmesi durumunda bunu yapan kişinin ‘kınanması’, kusur yargısı bakımından adil ve doğru olmaz. Böyle bir durumda bir kişinin yaşam hakkı diğerinden üstün değere sahip olmasa da, her ikisinin yaşam hakları eşittir. Yani, birinin yaşamı diğerinden daha önemsiz olmadığından; diğer bir deyişle, korunan yarar feda edilen değere en azından eşit olduğundan, zorunluluk hâli kabul edilebilmelidir. Korunan değer (yüz kişinin hayatı), feda edilen değere (on kişinin hayatı) en azından eşit ise, bu, kusurluluğa kaldıran neden olarak zorunluluk hâlinin yararlanmak için yeterli olmalıdır. Yukarıdaki örneklerde, eğer zorunluluk hâlinin hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etseydik, o zaman farklı bir sonuca varmak gerekirdi: Yaşlı ve hasta kişinin yaşam hakkı daha değersiz olmadığı gibi; x kişinin yaşam hakkının x+1 kişinin yaşam hakkından değersiz olduğu da söylenemeyeceği için, zorunluluk hâline başvurmak mümkün olmazdı²⁶⁸. Nitekim Alman ceza hukuku bakımından da, StGB § 35 söz konusu olduğunda, bir kimsenin kendi yaşamını korumak için masum birçok kişiyi öldürebileceği örneği verilmektedir²⁶⁹. Öyle ki, sadece orantı arandığından, ‘vücut bütünlüğüne yönelik ağır tehlikeler bakımından’ bile kasten öldürme suçunun mazur görülebileceği kabul edilmektedir²⁷⁰.

Buna karşılık, Amerikan içtihadı hukukunda, hiçbir davada cinayetin zorunluluk hâli kapsamında kabul edildiği olmamıştır²⁷¹. Öyle ki, yaşam hakkının feda edilmesinin hiçbir zaman zorunluluk hâli altında (hukuka uygun anlamında) *meşru* olmayacağı Anglosakson hukuk sisteminde sıklıkla savunulan bir görüştür²⁷². Fakat bu noktada da hemen üç hususa dikkati çekmek gerekir: (i) Anglosakson hukuk sistemi açısından zorunluluk hâli bir hukuka uygunluk nedeni olarak görülmektedir²⁷³; (ii) aksi yöndeki

²⁶⁸ Alman doktrini açısından tren örneğinde zaten kusurluluğu kaldıran neden olarak zorunluluk (StGB § 35) uygulanamayacaktır çünkü hakkı korunmak istenen kişiler failin ‘akrabası veya yakını’ değildir.

²⁶⁹ Ambos and Bock (n 180) 236. Aynı yönde Kangal (n 16) 470. Yine bkz Heinrich (n 23) para 571: StGB § 34’ün aksine, burada başka bir insanın öldürülmesi bile, istisnaen, mazur görülebilir.

²⁷⁰ Kangal (n 16) 470-471.

²⁷¹ Chiesa (n 254) 338; Bekar (n 119) 123.

²⁷² Bohlander (n 178) 106. İngiltere bakımından bkz Richard Card, *Card, Cross & Jones Criminal Law* (17th edn, Oxford University Press 2006) 802. Türkçe eserlerde de sıklıkla atf yapılan (örneğin bkz Toroslu (n 1) 10-11; Bekar (n 119) 124 ff), kazazedelerden açılıktan ölmek için bir miçoynu öldürüp kısmen yedikleri olaya dair 1884 tarihli *Dudley and Stephens* davası bu kabulün klasik bir örneği olarak gösterilmektedir (Card (n 269) 803). Bununla birlikte, diğer bir klasik örnek olan ve yukarı da aktardığımız dağcı örneği açısından, ‘kimin’ öleceğine dair failin hiçbir tercih olanağı olmadığı durumlarda onu yine de ölümden sorumlu tutmanın mümkün olmaması gerektiği de İngiliz doktrininde savunulmuştur [Card (n 269) 804; David Ormerod, *Smith & Hogan Criminal Law* (11th edn, Oxford University Press, 2005) 321]. Keza, *Dudley and Stephens* davası açısından değerlendirme yapan bir yazara [Ormerod (n 269) 320] göre, görünen odur ki, kazazedelerden biri kendini gönüllü olarak feda etmeye razı olmadıkça, Mahkemeye göre hepsinin üzerine düşen görev, ölmektir! Özellikle kusurluluğu kaldıran neden olarak zorunluluk açısından, hukukun hiç kimseden böyle bir beklenti içerisinde olmaması gerektiği düşüncesindeyiz. Karara yönelik eleştirilere dair bilgi için bkz Bekar (n 119) 126 ff. Türk doktrininde de yaşam hakkını feda etmenin hiçbir zaman zorunluluk hâli kapsamında görülemeyeceği savunulmuştur (Erem, Danışman and Artuk (n 167) 583-584).

²⁷³ Bekar (n 119) 73. ABD’de de baskın kabulün bu yönde olduğuna dair bkz Bekar (n 119) 64; fakat Kanada’da içtihadın aksi yönde olduğuna dair bkz aynı eser, 79. Bununla birlikte, Amerikan Hukukunda (ki bu tespit İngiliz Hukuku açısından da geçerlidir), hukuka uygunluk nedenleri ile mazeret nedenlerinin ceza mahkemeleri tarafından aynı şekilde karşılandığı; zorunluluk hâlinin hangisine girdiği (veya her ikisine de girip girmediği) konusunda tam bir netlik olmadığı belirtilmektedir [Bekar (n 119) 60].

içtihadı rağmen, Amerikan Model Ceza Kanunu'nun düzenlemesinde (§ 3.01), birçok kimsenin hayatının kurtarılması için masum bir kimsenin öldürülmesine ceviz verilmiştir²⁷⁴; (iii) bilhassa İngiliz Hukuku bakımından içtihadı bakıldığında, zorunluluğun genel olarak oldukça dar bir kapsamda kabul gördüğü ve çok istisnaen uygulanmak istendiği söylenebilir²⁷⁵.

V. Ceza Hâkiminin Zorunluluk Hâline İlişkin Verdiği Kararın Hukuk Hâkimi Üzerindeki Bağlayıcılığı Sorunu

Medeni hukuk ile ceza hukukunun zorunluluk hâli bağlamında etkileşimine ilişkin olarak değerlendirilmesi gereken bir mesele de ceza hâkiminin zorunluluk hâline ilişkin kararının hukuk hâkimini bağlayıp bağlamayacağı sorunudur.

TBK m 74 uyarınca,

[h]âkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir.

Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz.

Hükümün ikinci fıkrasında yalnızca kusur ve zararın belirlenmesine ilişkin hususlardan bahsediliyor olsa da özellikle İsviçre öğretisinde hâkim olan bir görüşe göre hukuk hâkimi hukuka aykırılık bakımından da ceza hâkiminin verdiği kararla bağlı değildir²⁷⁶. Yargıtay'ın da benimsediği²⁷⁷ ve Türk hukukunda hâkim olduğu görülen bir diğer görüşe göre ise ceza hâkiminin verdiği karar hukuka aykırılık bakımından hukuk hâkimini bağlar²⁷⁸.

²⁷⁴ Chiesa (n 254) 338; Bekar (n 119) 135-136.

²⁷⁵ Card (n 269) 799 ff, 808; Ormerod (n 269) 315, 316; Bekar (n 119) 130-131; Yazar aksi durumda kurumun kötüye kullanılması ihtimalinden korkulduğunu belirtmektedir. Türk ceza hukuku bakımından zorunluluk hâli kapsamında göreceğimiz tipik örneklerin çoğunun İngiliz Hukukunda 'necessity' (zorunluluk) kavramı altında değil de, 'duress of circumstances' (şartların yarattığı icbar) kavramı altında ele alındığını da vurgulamak gerekir. Bununla birlikte, bu son kurumun, zorunluluğun bir alt türü olduğu da içtihadta ifade edilmiştir [Card (n 269) 798-799]. Genel olarak da, bunlar arasındaki farkın, varsa, ne olduğunun içtihad tarafından ortaya konulamadığı eleştirisi yapılmıştır [Ormerod (n 269) 325]. Yine bkz Bekar (n 119) 28: Zorunluluk teriminin tek bir tanımlanmadığı gibi, ABD'de en az üç farklı anlamda kullanılmaktadır.

²⁷⁶ Brehm (n 37) Art. 53 para 26-27; Martin A. Kessler 'Art. 53 OR' in Heinrich Honsell, Nedim Vogt, Wolfgang Wiegand (eds) *Basler Kommentar Obligationenrecht I* (6th edn, Helbing Lichtenhahn 2015) para 4; Eren (n 59) 849,851; Ofinger and Stark (n 23) para 134; v. Tuhr and Peter (n 2) 437; aksi yönde Oser and Schönenberger (n 38), Art. 53 para 9.

²⁷⁷ Yargıtay HGK, 2013/4-1008, 2014/490, 09.04.2014: 'Bu açık hüküm karşısında, ceza mahkemesince verilen, beraat kararı, kusur ve derecesi, zarar tutarı, temyiz gücü ve yükletilme yeterliği, illiyet gibi esasların hukuk hakimini bağlamayacağı konusunda duraksama bulunmamaktadır. Ancak, hemen belirtilmelidir ki, gerek öğretilerde ve gerekse Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarında, ceza hakiminin tespit ettiği maddi olaylarla ve özellikle 'failin hukuka aykırılığı' konusyla hukuk hakiminin tamamen bağlı olacağı kabul edilmektedir'. Ayrıca bkz Nomer (n 54), para 101.3, n 499'da anılan kararlar.

²⁷⁸ TCK'deki bir kuralın ihlal edildiğini tespit ettiği takdirde hukuk hâkiminin failin hukuka aykırı olmadığına karar vermemesi gerektiği yönünde Tekinay et al (n 47) 714; ceza mahkemesi kararının hukuka aykırılık bakımından hukuk mahkemesinde kesin delil etkisi bulunduğu yönünde Kadir Berk Kapancı 'Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi (TBK m 74)' 7 (1) (2016) *Inönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 511, 525; failin cezaya mahkûm edildiği kararlar bakımından aynı yönde Oğuzman and Öz (n 54) para 252; Nomer (n 54), para 101.3; failin suç teşkil edip etmediğine ilişkin ceza mahkemesi kararının hukuk mahkemesi için bağlayıcı olacağı yönünde Murat Atalı 'Karar ve Hüküm' in Hakan

Açıklanan görüşlerden hangisi kabul edilirse edilsin, maddi olguların tespiti bakımından ceza hâkiminin kararının hukuk hâkimini bağladığı söylenebilir. Nitekim Türk öğretisindeki hâkim görüş²⁷⁹ ve Yargıtay uygulaması²⁸⁰ da ceza hâkiminin maddi olgulara ilişkin tespitlerinin hukuk hâkimini bağlayacağı yönündedir.

Konumuz bakımından ceza hâkiminin zorunluluk hâline ilişkin verdiği kararın hukuk hâkimini ne ölçüde bağlayacağı önem taşımaktadır. Ceza hâkiminin zorunluluk hâlinin varlığı nedeniyle kusur bulunmadığından faile ceza verilmesine yer olmadığı yönünde bir karar (CMK m 223/3-b) vermesi ve bu kararın kesinleşmesi hâlinde hukuk hâkimi aynı fiilin TBK m 64/2 kapsamına girdiğini tespit ederse fiilin hukuka uygun olduğuna karar verebilecek midir? Öncelikle belirtmek gerekir ki, ceza hâkiminin bu kararı fiilin hukuka aykırı olduğuna dair bir tespit de içermektedir. Zira fiil hukuka uygun olsaydı beraat kararı verilmesi gerekirdi. Dolayısıyla kanımızca ceza hâkiminin fiilin TBK m 64/2 kapsamına girip girmediğini değerlendirmesi ve eğer girdiği sonucuna varıyorsa beraat kararı (CMK m 223/2-d) vermesi uygun olurdu. Ceza hâkimi bu hususu değerlendirmeden ceza verilmesine yer olmadığı yönünde (aslında hatalı) bir karar verdiğinde, hukuk hâkiminin bununla ne ölçüde bağlı olduğu yukarıda işaret edilen tartışmada benimsenecek görüşe göre farklılaşır.

- Eğer ceza mahkemesinin kararının hukuka aykırılık yönünden hukuk hâkimini bağladığı kabul edilirse, bu durumda hukuk hâkimi fiilin hukuka uygun olduğuna karar veremeyecektir. Bir başka deyişle ceza mahkemesinin yanlış kararı hukuk hâkimini de bağlayacaktır.
- Şayet ceza mahkemesinin kararının hukuka aykırılık yönünden hukuk hâkimini bağlamadığı kabul edilirse, bu durumda hukuk hâkimi fiilin hukuka uygun olduğuna karar verebilecektir.²⁸¹ Bir başka deyişle, ceza hâkiminin medeni hukuk bakımından zorunluluk hâlinin şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini incelemeksizin verdiği bir karar kesinleşmiş olsa dahi hukuk hâkimi, gerekçelerini açıklamak kaydıyla, medeni hukuk anlamında zorunluluk hâlinin mevcut olduğu sonucuna varabilir.

Benzer bir sorun ceza hâkiminin -CMK m 223/3-b'ye rağmen- TCK m 25/2'de düzenlenen zorunluluk hâlini bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edip beraat kararı vermiş olması hâlinde de ortaya çıkabilir. Belirtmek gerekir ki, günümüzde

Pekantez, Muhammet Özkes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz (eds) *Pekantez Usûl Medenî Usûl Hukuku Cilt III* (15th edn, On İki Levha 2017) 2076.

²⁷⁹ Tandoğan (n 35) 354; Tekinay et al (n 47) 714; Nomer (n 54), para 101.3.

²⁸⁰ Yargıtay 4 HD 2018/4420, 2019/3470, 20.06.2019: '6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 74. maddesi uyarınca hukuk hakimi, ceza mahkemesinin beraat kararı ile bağlı değil ise de hem ilmi, hem de kökleşmiş yargı kararlarında ceza mahkemesince belirlenen maddi olgunun hukuk hakimini bağlayacağı kabul edilmektedir.' Yargıtay HGK, 2013/4-1008, 2014/490, 09.04.2014: 'Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına ve öğretideki genel kabule göre, maddi olgunun tespitine ilişkin ceza mahkemesi kararı hukuk hakimini bağlar. Ceza mahkemesinde bir maddi olayın varlığı ya da yokluğu konusundaki kesinleşmiş kabule rağmen, aynı konunun hukuk mahkemesinde yeniden tartışılması olanaklı değildir.'

²⁸¹ Hukuk hâkiminin hukuka uygunluk nedenleri bakımından ceza hâkiminden farklı bir sonuca varabileceği yönünde bkz Brehm (n 37) Art. 53 para 26. Ceza hâkiminin kararının hukuk hâkimi üzerindeki bağlayıcılığı değerlendirilirken, hukuka uygunluk sebeplerinin ceza hukuku ve borçlar hukukunda tamamen aynı olmadığının göz önünde bulundurulması gerektiği yönünde bkz Tandoğan (n 35) 354.

zorunluluk hâllerinde ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi yönündeki Yargıtay uygulaması dikkate alındığında bu ihtimalin gerçekleşme olasılığı oldukça düşüktür. Her nasılsa bu ihtimal gerçekleşirse (örn. kanun yollarına başvurmadan kararın kesinleşmesi söz konusu olabilir) yukarıda değinilen tartışmada benimsenecek görüş önem taşıyacaktır:

- Eğer ceza mahkemesinin kararının hukuka aykırılık yönünden hukuk hâkimini bağladığı kabul edilirse, bu durumda hukuk hâkimi fiilin hukuka uygun olduğuna karar vermek durumunda kalacak, fiil TBK m 64/2 kapsamında değerlendirilemeyecek olsa bile bu sonuca varması gerekecektir²⁸².
- Şayet ceza mahkemesinin kararının hukuka aykırılık yönünden hukuk hâkimini bağlamadığı kabul edilirse, bu durumda hukuk hâkimi fiilin hukuka aykırı olduğuna karar verebilecek²⁸³ ve failin haksız fiil sorumluluğu nedeniyle tazminata hükmedebilecektir.

VI. Değerlendirme ve Sonuç

Bu çalışmanın çıkış noktası ve temel amacı zorunluluk hâli kavramı bağlamında medeni hukuk ile ceza hukukunun etkileşiminin incelenmesidir.

Bu incelemeyi yaparken ortaya koyulması gereken ilk tespitler hukuk düzeninin birliği ilkesine (bkz yukarıda § 2) ilişkindir. Zorunluluk hâli kavramının benzer durumları ifade etmek üzere hem medeni hukukta hem de ceza hukukunda kullanıldığı aşikârdır. Yukarıda hukukun bu iki dalı bakımından ayrı ayrı yapılan inceleme göstermektedir ki, aynı terim bu iki hukuk disiplinde farklı anlamlar taşımaktadır. Dolayısıyla bu kavram bakımından terminolojik bir tutarsızlık söz konusudur. Ancak bu durum zorunluluk hâli kavramına özgü olmadığı gibi, bu iki farklı kurumun aynı hukukî düşünceye dayandığı da göz önünde bulundurulduğunda mazur görülebilir²⁸⁴.

Zorunluluk hâli kavramının şartları iki disiplin bakımından incelendiğinde, bunlar arasındaki en dikkat çekici farkın şahıs varlığına yönelik müdahaleler bakımından ortaya çıktığı görülmektedir. Medeni hukukta zorunluluk hâli malvarlığına yapılan müdahalelerle sınırlı tutulmuşken, ceza hukukunda böyle bir sınırlamaya gidilmemiştir. Dolayısıyla şahıs varlığına yapılan müdahalelerin de zorunluluk hâli kapsamında değerlendirilebildiği ceza hukukunda bu kavramın medeni hukuka nazaran çok daha geniş bir uygulama alanı olduğu sonucuna varılabilir.

²⁸² Bu ihtimalde dahi hâkim TBK m 64/2'ten kıyasen yararlanmak suretiyle hâkim denkleştirme bedeli ödemesine hükmedebilir.

²⁸³ Hukuk hâkiminin hukuka uygunluk nedenleri bakımından ceza hâkiminden farklı bir sonuca varabileceği yönünde bkz Brehm (n 37) Art. 53 para 26. Ceza hâkiminin kararının hukuk hâkimi üzerindeki bağlayıcılığı değerlendirilirken, hukuka uygunluk sebeplerinin ceza hukuku ve borçlar hukukunda tamamen aynı olmadığı göz önünde bulundurulması gerektiği yönünde bkz Tandoğan (n 35) 354.

²⁸⁴ İki farklı hukuk disiplinindeki iki farklı anlam için farklı terim tercih edilmesinin daha yerinde olacağı yönünde Enneccerus and Lehmann (n 98) 325. Yazarlar bu düşünceyle medeni hukuktaki zorunluluk hâli kavramı için Almanca *Nothstand* yerine *Nothrecht* (zorunluluk hakkı) kavramının kullanılmasını önermişlerdir.

Hukuk düzeninin birliği ilkesi uyarınca önemle vurgulanması gereken asıl husus hukuka aykırılığa ilişkindir. Anılan ilke uyarınca bir hukuk düzeninde bir davranışın hukuka aykırı olup olmadığı konusunda bir yargıya varıldığında bu yargının tüm hukuk düzeni bakımından geçerli olması gerekir. Dolayısıyla bir davranışın medeni hukuk uyarınca hukuka uygun sayılması fakat ceza hukuku bakımından hukuka aykırı sayılması söz konusu olamaz. Bunun tersi de geçerlidir: Hukukun herhangi bir disiplinine aykırı davranış, ceza hukuku açısından da hukuka aykırıdır; ceza hukukuna özgü bir özel aykırılıktan bahsedilemez. Hukuka (ve hâliyle ceza hukukuna) aykırı davranışın cezalandırılabilirliği ise, yasa koyucu tarafından kararlaştırılacak ayrı bir meseledir. Bir haksızlığın cezai yaptırıma layık görülmemiş olması, onu (bir bütün olarak hukuk düzeni ve bu arada ceza hukuku açısından) hukuka aykırı olmaktan çıkartmaz.

Medeni hukukta zorunluluk hâlinin bir hukuka uygunluk sebebi olduğu konusunda hiçbir tereddüde yer yoktur (TBK m 63/2). Ceza hukukunda ise konu oldukça tartışmalı olsa da bu çalışmada zorunluluk hâlinin kusurluluğu kaldıran bir neden olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Bunun temel nedeni CMK m 223/3-b'deki açık hükümdür. Buna karşılık, öğretilerde bazı yazarlarca zorunluluk hâlinin hukuka uygunluk nedeni teşkil etmemesine gerekçe olarak TBK m 64/2'de öngörülen denkleştirme yükümlülüğünün gösterilmesi isabetli değildir. Zira TBK m 64/2'de öngörülen denkleştirme yükümlülüğünün dayanağı hukuka aykırı bir fiilden sorumluluk değil, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesidir.

O hâlde hukuk düzeninin birliği ilkesi uyarınca varılması gereken sonuçlar şunlardır:

- 1. Şayet bir davranış medeni hukuk bakımından zorunluluk hâli teşkil ediyorsa (ceza hukuku da dahil olmak üzere²⁸⁵) tüm hukuk düzeni bakımından hukuka uygun kabul edilmelidir.** O hâlde böyle bir davranış ceza hukuku bakımından da haksızlık teşkil etmeyecek, hâliyle ortada bir suç bulunduğu söylenemeyecektir²⁸⁶. **Bu nedenle de böyle bir fiilin faili ceza yargılaması sonucunda CMK m 223/2-d uyarınca beraat ettirilmelidir.** Bu hâllerde fiilin TCK m 25/2 kapsamına girdiğinden hareketle CMK m 223/3-b uyarınca ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi hukuk düzeninin birliği ilkesine aykırı olur²⁸⁷. Hemen belirtmek gerekir ki, hukuka uygun davranan ve cezai yaptırıma tâbi tutulamayacak bu fail bakımından TBK m 64/2 uyarınca bir denkleştirme yükümlülüğü söz konusu olabilecektir.
- 2. Medeni hukuk bakımından zorunluluk hâli kapsamına girmeyen fakat TCK m 25/2 uyarınca zorunluluk hâli kapsamında değerlendirilen ve suç teşkil eden bir davranış**

²⁸⁵ Aynı yönde Ambos and Bock (n 180) 233. Nitekim Alman Hukuku bakımından BGB §§ 228 ve 904'teki hükümlerin 'hukuk düzeninin birliği ilkesi' uyarınca ceza hukukuna da şamil olduğu belirtilmektedir [Bohlander (n 178) 106-107].

²⁸⁶ Akbulut (n 119) 557.

²⁸⁷ Bu durumda, TBK m 64/2 ve TCK m 25/2 arasında bir çelişkidende bahsedilemeyecektir. Kıyaslayınız Bekar (n 119) 87: yazar, TBK'de yer alan hükmün TCK'ye uygun olarak tekrar düzenlenmesi gerektiği görüşündedir. Bizim görüşümüz esas alındığında, buna ihtiyaç olmayacaktır.

söz konusu olduğunda, failin fiili hukuka aykırıdır²⁸⁸. Yine de böyle bir fiilin failine ceza verilemez çünkü onun kusuru söz konusu değildir (ya da davranışı mazur görülebilir). Böyle bir fiilin ceza yargılamasına konu olması hâlinde, **yargılamanın sonucunda ortada bir suç bulunmasına rağmen ceza verilmesine gerek yoktur** (CMK m 223/3-b). Böyle bir fiilin failinin hukukî sorumluluğu değerlendirilirken ise hukuka aykırılık şartının gerçekleştiği kabul edilecek, sorumluluğun diğer şartları da gerçekleştiyse fail sorumlu tutulacaktır. Bu ihtimalde TCK m 25 anlamında zorunluluk hâli, failin kusurlu olup olmadığını değerlendirirken önem taşıyabilecektir.

Eğer bu çalışmada **benimsemediğimiz**, TCK m 25/2 uyarınca zorunluluk hâlinin bir hukuka uygunluk nedeni olduğu yönündeki görüş kabul edilirse hukukun düzeninin birliği ilkesi gözetilerek varılacak sonuç şudur: TCK m 25/2 kapsamına giren ancak medeni hukuk bakımından zorunluluk hâli kapsamında değerlendirilmeyen fiiller medeni hukuk bakımından da hukuka uygun sayılacaktır. Bu ihtimalde TBK m 64/2'ye kıyasen denkleştirme yükümlülüğüne hükmedilebilir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, medeni hukuk anlamında zorunluluk hâlinin şartlarını değerlendirirken, yapılacak tercihlerin ceza hukuku üzerindeki etkileri de göz önünde bulundurulmalıdır. Zira medeni hukukta zorunluluk hâlinin kapsamının genişletilmesi bu genişletme sonucu hukuka uygun sayılan fiillerin (ceza hukuku da dahil olmak üzere) tüm hukuk düzeni bakımından hukuka uygun hâle gelmesi anlamına gelecektir. Kavramın kapsamını sadece medeni hukuka odaklı bir bakış açısıyla genişletmek, diğer disiplinler bakımından öngörülemeyen ve adil olmayan sonuçlar doğurabilir²⁸⁹. Bu yüzden medeni hukukta zorunluluk hâlinin şartları mümkün olduğu ölçüde ve özellikle başka çözümler bulunabildiği takdirde genişletilmemelidir²⁹⁰.

Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almamışlardır.

²⁸⁸ Aynı yönde v.Tuhr (n 17) 599-600: Yazar, eseri yazdığı tarihte yürürlükte olan Alman Ceza Kanunu § 54'ün zorunluluk hâlinin hukukî niteliğine ilişkin bir açıklık içermediğini belirtmekte; bununla birlikte hükmün kişinin kendisinin veya yakınlarının hayatını ya da vücut bütünlüğünü korumak amacıyla zorunluluk hâli içerisinde gerçekleştirdiği fiiller bakımından sorumlu tutulamayacağı düzenlediğine işaret etmektedir. Yazar bu hükmün kapsamına giren fakat BGB § 904 kapsamına girmeyen fiillerin medeni hukuk bakımından hukuka aykırı olduğunu ifade etmektedir. Benzer şekilde Enneccerus and Lehmann (n 98) 325

²⁸⁹ Bu çalışmada zarar verenin kasten hareket etmesi (§ 3, E, 4) ve tehlikeye kendi kusuruyla neden olmaması (§ 3, E, 6) şartlarının aranması yönündeki görüşler tercih edilirken bu düşünce de etkili olmuştur.

²⁹⁰ Ceza hukuku öğretisinde zorunluluk hâlinin kapsamının dar tutulması gerektiğine dair görüşler bulunduğu gibi [Erem, Danışman and Artuk (n 167) 584-585], geniş tutulması yönünde görüşler de bulunmaktadır [Akbulut (n 119) 562; Özgenc (n 23) 429].

Bibliyografya/Bibliography

- Akbulut B, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (5th edn, Adalet 2018)
- Ambos K and Bock S, ‘Germany’ in Reed A, Bohlander M, Wake N and Smith E (eds) *General Defences in Criminal Law - Domestic and Comparative Perspectives* (Ashgate, Farnham/ Burlington 2014)
- Antolisei F, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale* (16th edn, Giuffrè 2003)
- Artuk M E, Gökçen A, Aļşahin E and Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11th edn, Adalet 2017)
- Atalı M, ‘Karar ve Hüküm’ in Pekcanitez H, Özekes M, Akkan M, Taş Korkmaz H (eds) *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku Cilt III* (15th edn, On İki Levha 2017)
- Atamer K, *Deniz Ticareti Hukuku* (vol 1, On İki Levha 2017)
- Bayraktar K, Kiziroğlu S K, Zafer H, Kartal P M, Sinar H, Erman R B, Eroğlu F and Önok R M, *Dönmezer & Erman Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, (Vol II 14th edn, DER 2019)
- Belgesay, M R, ‘Mecellenin Külli Kaideleri ve Yeni Hukuk’ (1946) XII (2-3) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 561
- Bekar E, *Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali* (Seçkin 2013)
- Bohlander M, *Principles of German Criminal Law* (Hart Publishing 2009)
- Brehm R, ‘Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR’ in Hausheer H, Walter H P (eds) *Berner Kommentar Band/Nr. VI/1/3/1* (3th edn, Stämpfli 2006)
- Canaris C W, ‘Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz’ in Neuner J and Grigoleit H C (eds) *Claus-Wilhelm Canaris Gesammelte Schriften, Bd. 1: Rechtstheorie* (De Gruyter 2012)
- Canestrari S, Cornacchia L and De Simone G, *Manuale di diritto penale – Parte generale*, (II Mulino 2007)
- Canpolat C, *Kusur İlkesi Işığında Mazeret Nedeni Olarak Zorlayıcı Cebir*, (Adalet 2016)
- Card R, *Card, Cross & Jones Criminal Law* (17th edn, Oxford University Press 2006)
- Centel N, Zafer H and Çakmut Ö, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (10th edn, Beta 2017)
- Chiesa L E, ‘United States of America’ in Reed A, Bohlander M, Wake N ve Smith E (eds), *General Defences in Criminal Law - Domestic and Comparative Perspectives* (Ashgate 2014)
- Coing H ‘Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft’ *Frankfurter Universitätsreden Heft 17* (Buchdruckerei Otto 1956)
- Demirbaş T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13rd edn, Seçkin 2018)
- Dönmezer S and Erman S, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, (Vol II, 11th edn, Beta 1997)
- Desax M, *Haftung für erlaubte Eingriffe* (Universitätsverlag Freiburg 1977)
- Elliott C, ‘Germany’ in Reed A, Bohlander M, Wake N and Smith E(eds), *General Defences in Criminal Law - Domestic and Comparative Perspectives* (Ashgate 2014)
- Engisch K, *Einführung in das juristische Denken* (9th edn, Kohlhammer 1999)
- *Die Einheit der Rechtsordnung* (Carl Winters Universitätsbuchhandlung 1935)
- Enneccerus L and Lehmann H, *Das Bürgerliche Recht* (1st vol, Verlag N. G. Elwertsche 1900)
- Erem F, Danışman A and Artuk M E, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14th edn, Seçkin 1997)
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (21st edn, 2017 Yetkin)
- Fellmann W and Kottmann A, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (vol 1, Stämpfli 2012)
- Flume W, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (vol 2, 4th edn, Springer 1992)

- Grothe ‘§ 226-231 BGB: Ausübung der Rechte, Selbstverteidigung, Selbsthilfe’ in Säcker F J, Rixecker R, Oetker H and Limperg B (ed) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (8th ed, vol 1, Beck 2018)
- Guhl T and Koller A, *Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts* (9th edn, Schultess 2000)
- Haab R, Simonius A, Scherrer W and Zobl D, ‘Das Eigentum, Art. 641-729 CGB’ in *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht* (2nd edn, Schultess 1977)
- Hafizoğulları Z and Özen M, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (8th edn, US-A 2015)
- Hakeri H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (21st edn, Adalet 2017)
- Heinrich B, *Ceza Hukuku Genel Kısım – I* (Ünver Y ed; Hakeri H, Ünver Y, Özbek V Ö, Yenerer Çakmut Ö, Erman B, Doğan K, Atladı R B, Bacaksız P and Tepe İ trs, Adalet 2014)
- Honsell H and Mayer-Maly T, *Die Grundlagen des Rechts* (7th edn, Stämpfli 2017)
- Honsell H, Isenring B and Kessler M A, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (5th edn, Schultess 2013)
- İçel K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7th edn, Beta 2017)
- Jäggi P, ‘Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung’ in *Festschrift Wilhelm Schönenberger*, (Universitätsverlag Freiburg 1968)
- Kan Ç, *Türk Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali* (Yetkin 2018)
- Kaneti S, *Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru* (Kazancı 2007)
- Kangal Z T, *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu* (Seçkin 2010)
- Kapancı K B, ‘Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi (TBK m. 74)’ 7 (1) (2016) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 511
- Katoğlu T, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık* (Seçkin 2003)
- Kelsen H, *Reine Rechtslehre* (2th edn, Österreichisches Staatsdruckerei 1992)
- Kessler M, ‘Art. 52 OR’ in Honsell H, Vogt N, Wiegand W (eds) *Basler Kommentar Obligationenrecht I* (6th edn, Helbing Lichtenhahn 2015)
- ‘Art. 53 OR’ in Honsell H, Vogt N, Wiegand W (eds) *Basler Kommentar Obligationenrecht I* (6th edn, Helbing Lichtenhahn 2015)
- Koca M and Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11th edn, Seçkin 2018)
- Kramer E, *Juristische Methodenlehre* (5th edn, Stämpfli 2016)
- Landmann V, *Notwehr, Notstand und Selbsthilfe im Privatrecht* (Schultess 1975)
- Larenz K, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (6th edn, Springer 1991)
- Larenz, K, *Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band: Allgemeiner Teil* (6th edn, Beck, 1963)
- Lauta K C, ‘When a Right is a Wrong: Compensation for Acts of Necessity’ (2017) 8(3) JETL 297
- Mahmutoğlu F S, ‘5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Hukuka Uygunluk Nedenleri’ (2005) 5 Hukuk ve Adalet Dergisi 42
- and Karadeniz S, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi* (Beta 2017)
- Mir Puig S, *Derecho Penal Parte General* (8th edn, Editorial Reppertor 2006)
- Nomer H N, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (15th edn, Beta 2017)
- Nuhoğlu A, ‘Tıp Ceza Hukukunda Zaruret Halinin Sınırları’ in *Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları: V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu* (TBB 2008) 44
- Oechslin K, *Kernpunkte der Kausalhaftungsproblematik* (Bern, 1966)

- Oftinger K and Stark E W, *Schweizerisches Haftpflichtrecht Zweiter Band: Besonderer Teil - Erster Teilband: Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung* (4th edn, Schulthess 1995)
- Öğuzman M K and Barlas N, *Medenî Hukuk* (25th edn, 2019 Vedat)
- Öğuzman M K and Öz M T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (vol 2, 12th edn, 2016 Vedat)
- Olgaç S, *Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi* (İsmail Akgün Matbaası, 1976)
- Ormerod D, *Smith & Hogan Criminal Law* (11th edn, Oxford University Press, 2005)
- Oser, H, Schönenberger, W, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, erster Halbband: Art. 1-183* (2nd edn, 1929 Schulthess)
- Önder A, *Ceza Hukuku Dersleri (Filiz Kitabevi 1992)*
- Özbek V Ö and Doğan K, ‘Zorunluluk Halinin (TCK m.25/2) Hukuki Niteliği’ (2007) 9(2) *DEÜHFD* 195
- Özbek V Ö, Doğan K, Bacaksız P and Tepe İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (9th edn, Seçkin 2018)
- Özgenç İ, ‘Ana Hatlarıyla TCK Tasarısı’ (2004) 2 *Hukuki Perspektifler Dergisi* 102
- *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14th edn, Seçkin 2018)
- Öztürk B and Erdem M R, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (17th edn, Seçkin 2017)
- Rey H, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht* (4 edn, Schulthess, 2008)
- Serozan R, *Hukukta Yöntem* (Vedat 2015)
- Soyaslan D, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (6th edn, Yetkin 2014)
- Söğüt İ S, ‘A Synoptic Overview of the Lex Rhodia De Iactu’ 23(3) *MÜHFHAD* 209
- Şen E, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, C: I (Madde 1-140)* (Vedat 2006)
- Tandoğan H, *Türk Mes’uliyet Hukuku* (Vedat 2010)
- Tekinay S S, Akman S, Burcuoğlu H and Altop A, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7th edn, Filiz 1993)
- Toroslu N, *Ceza Hukukunda Zaruret Hali* (Sevinç Matbaası 1968)
- and Toroslu H, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (24th edn, Savaş 2018)
- Ulusan İ, *Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı* (2nd edn, Vedat 2012)
- Ünan S, Çetingil E, Kender R, *Müşterek Avarya Hukuku* (On İki Levha 2011)
- Ünver Y, ‘YTCK’da Kusurluluk’, (2006) 1 *CHD* 37
- v.Tuhr A, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts* (vol 2/2, Duncker & Humblot 1918)
- and Peter H, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht* (3rd edn, Schulthess 1979)
- Wolf, M, Neuner, J, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (11th edn, Beck, 2016)
- Yenisey F and Plagemann G, *Alman Ceza Kanunu – Strafgesetzbuch (StGB)* (2nd edn, Beta 2015)
- Zafer H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (6th edn, Beta 2016)
- Zimmermann R, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (2nd edn, Juta & Co., Beck, Kluwer 1992)

