

PAPER DETAILS

TITLE: TÜRK CEZA HUKUKU SİSTEMİNDE ZARURET HALI VE ÜÇÜNCÜ KİŞİYİ KURTARMA

AUTHORS: Zeki HAFIZOGULLARI

PAGES: 0-0

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/637673>

TÜRK CEZA HUKUKU SİSTEMİNDE ZARURET HALİ VE ÜÇÜNCÜ KİŞİYİ KURTARMA (*)

Zeki HAFIZOĞULLARI

GİRİŞ :

İncelenecek konu, Türk Ceza hukuku sisteminde, zaruret hali ve üçüncü kişiyi kurtarma¹ müessesesidir.

Hukukta, genellikle bir başka biçimde davranma imkânsızlığı, başka bir deyimle, mecbur olunan bir davranış veya bir başka biçimde, yahut ortaya koyulduğundan değişik bir biçimde ifadesi imkânsız bir davranışa yönelme zorunluluğu olarak tanımlanan zaruret hali² geniş anlamda bir cezalandırılmama nedenidir. Gerçekten TCK. 49. maddesi 3. bendinde «...zaruretin bahis olduğu mecburiyetle işlenen fiilden dolayı ceza verilmez» demekle zaruret halini bir cezalandırılmama nedeni saymıştır. Ancak, bulunması halinde onun, suç, yoksa cezalandırabilme üzerine mi etki ettiği; suçun herhangi bir ögesine etki ettiği kabul edildiğinde, hangisine etki ettiği tartışmalıdır. Bu bir yana, kanunda öngörülen koşulları dışındaki benzer hallerde zaruret halinin kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı sorunu da, halen çözümlenememiştir^{3,4}.

* Türk Hukuk Reformu konulu çağrısına uyularak hazırlanmış olan bu araştırma, Türkiye Barolar Birliği'ne, yönetiminde yapılacak kongreye tebliğ olarak sunulmak üzere tevdi edilmiştir.

¹ Mevaz kanun ve YİCK'nunda, «Lo stato di necessità» (=zaruret hali) ile birlikte tanzim edilmiş olan «soccorsio di necessità» müessesesi dilimizde üçüncü kişiyi kurtarma» olarak benimsenmiştir (Bk. Alacakaptan, Suçun Unsurları, Ankara, 1970, s. 102). Karışıklığa sebep olmaması ve sözü geçen müesseseyi en iyi biçimde ifade etmesi bakımından, bundan böyle inceleyeceğimiz müessese için bu ismi kullanacağız.

² Hukuk ve felsefede zaruret kavramı Bk. Mirto, Estensione specifica dello stato di necessità «Giustizia Penale» Cilt XLIII, 1937, s. 1012-1013, 1017.

³ «Kanunun insanca yorumu» için Bk. Erem, Ümanist doktrin açısından Türk Ceza Hukuku, Ankara, 1971, GH, Cilt II, s. 39 vd.; Aynı yazarın BK :

Tartışılması konumuz dışında kalmakla birlikte hemen belirtelim ki; araştırmacı, incelemeye koyulduğu konu bakımından, herhangi bir yöntemi seçmekte özgür değildir. Tersine o, araştırılacak konunun teknik gerekleriyle bağlıdır; çünkü, seçilen her yöntem ileride varılacak sonuçları da etkiler. Bundan böyle, önce genel anlamda «zaruret» kavramı üzerinde durulacaktır. Amaç, nihaî çözüm getirdiği düşünülen bir kuramın doğruluğunu kanıtlamak olmayıp, bazı ceza hukuku müesseselerinin üzerine oturduğu zaruret kavramının değişik anlayışlarını ve bunların ceza hukuku sistemimiz yönünden ne ölçüde tutarlı olduklarını ortaya koymaktır. Sonra; TCK'nun 49/3 maddesi hükmünde öngörülen zaruret hali ve zaruret halinde üçüncü kişiyi kurtarma müesseseleri, sadece, norma temel fikir (=ratio) yönünden incelenecektir. En sonra; hukuk sistemimizde zaruret hali ve zaruret halinde üçüncü kişiyi kurtarma müesseselerinin hukukî nitelikleri üzerinde durulacaktır.

B İ R İ N C İ B Ö L Ü M

EVRIMLERİ İÇİNDE GENEL ANLAMDA ZARURET HALİNİ AÇIKLAYAN KURAMLAR*

1 — «İrade muhtariyeti» kuramı — İcraî veya ihmali bir davranışı aklı aracılığıyla seçebilen kimse, hareketlerinde, kendini gütmeye yeteneğine sahiptir. Ancak o, davranışını icrada sadece kendi seçim özgürlüğüyle değil, aynı zamanda, çevre koşullarıyla da bağlıdır. Gerçekten, istenmiş olan hareket, bazı hallerde, gerçekleştirilemeyebilir. Örneğin, yüksekte düşmekte olan bir kimse, düştüğünü bilir ve düşmek istemez, fakat hareketlerinde kendisini gütmek yeteneğine sahip değildir. Bunun bir sonucu, düşüncenin soyut kudreti olarak seçim özgürlüğü, insanda her zaman bulunmaktadır; eksik kalan, sadece onun gerçekleşmesidir, yoksa bir «ide» olarak özgürlük değildir.⁵ Öyleyse iç veya dış nedenlerden birisi, kişinin hareketlerinde kendisini serbestçe gütmeye kudretini ortadan kaldırdığında, sorumluluk da ortadan kalkar veya azalır. Çünkü, işlenen

Hukukun Üstünlüğü Kavramı ve Bir Örnek, bayram mesajı, Aynı zamanda Cumhuriyet Gazetesinde yayınlanmıştır yıl 1971.

⁴ Vassalli, Analogia nel diritto penale, Nuovo Digesto Italiano Vol I, 1.

* Tamamlayıcı ve fazla bilgi için Bk. Toroslu, Ceza Hukukunda Zaruret Hali, Ankara, 1968.

⁵ Carrara, Programma del corso di diritto penale, Lucca, 1871, § 273.

fiil, işleyenin serbest iradesine bağlanamaz; başka bir deyimle, fiil failine isnat edilemez.⁶

Kişiyi iradesinin emrettiğinden değişik bir biçimde davranışa zorlayan nedenler fizikî veya «manevî» olabilirler. Bunlardan «manevî cebir, dar anlamda, irade üzerine etki eden ve bunun bir sonucu olarak, onun serbest oluşumunu bozan ağır ve muhakkak bir zararın kişiyi zorlamasıdır.⁷ Öyleyse «manevî cebir»in kaynağı, her zaman, henüz daha uğranmamış bir zarar korkusudur.⁸ Durum bu olunca, zaruret halinde işlenen fiilin meşru sayılabilmesi için, manevî zorlamanın yeterince ağır olması gerekir. Başka bir deyimle korku, failin kendiliğinden bir iradeye sahip olmasını engellemeye ve iradesinin direncini kırarak onu kanunu ihlale zorlamaya elverişli görülmelidir.⁹

Zaruret halinde işlenen fiil için failine ceza verilemez. Çünkü zaruretle birlikte «toplumun cezalandırma hakkı da son bulur». Kamusal savunmanın vatandaş güvenliğini sağlayamadığı hallerde, kişisel iktidar kendi hukukunu kullanmaya hak kazanır ve bunun bir sonucu olarak, kamu, kişi üzerindeki hakkını kaybeder. Düzensizliklerin eşitliği halinde de durum aynıdır. Çünkü, düzensizliklerin eşitliği cezalandırma hakkının «hikmeti vücudunu» ortadan kaldırır. Örneğin, ölümden kurtulmak amacıyla suçsuz bir kimsenin bir başka suçsuzu öldürmesi sonucu ortaya çıkan düzensizlikler birbirinin aynıdır.¹⁰ Bir fikre göre, zaruret halinde işlenen fiili Devlet, fiil suç olmasına rağmen, mazur görmektedir. Çünkü Devlet kurtarma görevini yerine getiremediği hallerde, korkuyu doğuran kötülük veya zarurî olan fiilden birini seçmek zorundadır. Bu tür bir seçimle karşı karşıya kalındığında, zarurî fiil, siyasi nedenlerden ötürü mazur görülür.¹¹

Zaruret halinin kaynağı olduğu ileri sürülen manevî cebir kuramı, değişik açıdan olmakla birlikte, çağdaş doktrinde de savunulmuştur. Kusurluluğun normatif anlayışından hareket eden bu anlayış taraftarlarına göre, manevî cebir tehdidini, en hafifinden başlayıp en ağırına varan bir kademelenme içinde düşünmek mümkün

⁶ Carmignani, *Teoria delle leggi della scienza sociale*, Pisa, 1871, III. Kitap, s. 236 vd.; Carrara, a.g.e. § 272; Pessina, *Elementi di diritto penale*, Napoli, 1871, Cilt I, s. 173.

⁷ Carrara, a.g.e. § 284.

⁸ Carrara, a.g.e. § 289; Carmignani, a.g.e. s. 297.

⁹ Carmignani, a.g.e. s. 238.

¹⁰ Carrara, a.g.e. 290, 291, 292, 295, 296 ve krş. 286.

¹¹ Carmignani, a.g.e. s. 239.

olabilmektedir. Öyleyse manevî cebir etkisiyle hareket eden bir kimsenin her zaman için cezaî sorumluluğunun olamayacağına hükmedilemez. Cezaî sorumluluğun yokluğu, sadece, kişinin kendisini veya bir üçüncü şahsı, şahıslarına yönelen halihazır ağır bir zarar tehlikesinden kurtarmak için hareket etmesi halinde söz konusu olmaktadır. Bunun dışındaki hallerde, kişi, manevî cebir etkisi altında hareket etmiş olsa bile fiilinden sorumlu olmak gerekir.¹²

2 — Bir yönüyle «irade muhtariyeti» öteki yönüyle «Toplumsal Mukavele» (Contratto sociale) varsayımı üzerine oturtulan Manevî Cebir Kuramı, oturtulduğu temelın tutarlılığı ölçüsünde gerçeği yansıtmaktadır. Kişinin irade muhtariyetine sahip olup olmadığı, felsefenin konusu olabilir, fakat hukukun konusu değildir. Öte yandan irade muhtariyeti, belirli bir ideolojinin ürünüdür. Başka bir deyimle bilimsel olmaktan çok ideolojiktir. Bu nedenle araştırma konumuzun dışında kalmaktadır.

Manevî cebir kuramı, cebrin etkilerini isnadiyetin yokluğuyla eş tuttuğu için kabul edilemez.¹³ Çünkü zaruret hali kanun tarafından suç sayılan bir fiili mazur gösteren bir neden olarak, kişinin bir durumu (= stato) olmaktan öteye gitmeyen isnadiyetten farklıdır.¹⁴ Isnadiyetin kusurluluğun bir ögesi¹⁵ veya onun bir ön koşulu¹⁶ olduğu düşünüldüğünde dahi, «manevî cebir» zaruret halini açıklamada yeterli sayılamaz. Çünkü, isnadiyet, her iki halde de, failin bir durumudur; suçla doğrudan doğruya ilgili değildir. Konuyu aydınlatmak bakımından bir örnek verelim: Zaruret hali veya meşru savunma durumunda bulunan bir kimse, işlediği fiilden ötürü ne

¹² Bettiol, Diritto penale, Padova, 1966, s. 238, 240 vd. «Fiile vücut veren psikolojik etmenler her zaman mevcut olduğuna göre, manevî cebir halinde fiilin yokluğu da söz konusu olamaz. Bu durumda mevcut olmayan şey, kusurluluk yargısına esas teşkil eden etkilenmenin normalliğidir (normalità della motivazione)». (s.240) Yazar, zaruret halinde manevî cebir ve kendini koruma içgüdüsünün kaynak olma niteliğini kabul etmekle birlikte, müessesenin düzenlenmesinde çatışma kuramından hareket edildiğini benimsemektedir. (age. s. 238).

¹³ Altavilla, Lo stato di necessita', Nuovo Digesto Italiano, Milano, 1939, Cilt : 8; Pergola, agm. s. 412.

¹⁴ Antolisei, Manuale di diritto penale, parte generale, Milano 1963 ss. 456 vd, 140 vd.; Battaglini, Diritto penale, parte generale, Padova, 1949, s. 191, 414.

¹⁵ Maggiore, Diritto penale, Parte generale, Bologna, 1955. C. I s. 340; Alacakaptan'a göre «isnat yeteneği, kusurluluğun, dolayısıyla suçun bir unsurudur» a.g.e. s. 108.

¹⁶ Bettiol, Dir. pen. s. 341; Erem, a.g.e. C. I. s. 543 «...ehliyetin kusurluluğun öncesi sayılması daha isabetlidir».

cezalandırılır ne de hakkında emniyet tedbirleri uygulanır (TCK. m. 49/2-3). Buna karşın, isnat yeteneği olmayan bir kimsenin işlemiş olduğu fiil, suç olduğu takdirde, kendisine ceza verilmez, ancak aleyhine emniyet tedbirleri (TCK. m. 54, 55) uygulanabilir.¹⁷ Görüldüğü gibi, isnadiyet ile suçu veya dar anlamda cezayı kaldıran nedenleri birbirine karıştırmamak gerekir. Bu iki kavram nitelikleri gereğince birbirinden farklı olduklarına göre, biri aracılığıyla ötekini açıklamak mümkün olamaz. İki kavram arasında olsa olsa bir çatı ilişkisi vardır, fakat bir yapı ilişkisi yoktur.

Zaruret halinin kökeni olduğu söylenen «korku»ya gelince, bu; isnadiyete etki eden bir neden olarak ceza kanunumuzda öngörülmemiştir. Her ne kadar yeni İtalyan Ceza Kanununun 90. maddesinde tutku (= passionali) ve heyecan (=emotivi) durumlarının isnadiyeti azaltmayacağı veya ortadan kaldırmayacağı¹⁸ öngörülmekteyse de, benzeri hüküm yokluğu ceza hukuku sistemimiz yönünden bir eksiklik sayılamaz.¹⁹ Sonra kabul etmek gerekir ki, ağır ruhî baskı hallerinde dahi, iradenin varlığından daima söz edilebilir.²⁰ Kaldı ki, zaruret halinde bulunan kimsenin bu durumlardan kurtulmak için, daha bilinçli davranması ve duygularını denetim altında tutması az görülen olaylardan değildir.²¹ «Zaruret»in serbest iradenin oluşumunda etken olabileceği elbette ileri sürülebilir.²² Ancak bu, hiç olmazsa positif hukuk yönünden, zaruret halinde failin iradesini mutlaka ortadan kaldıracak nitelikte görülemez. Gerçekten zaruret hali, kendince de öngörülen isnadiyeti değil, tersine, «cezaî mesuliyeti» (Ceza) ortadan kaldırır. Bunun bir sonucu, failine maddî olarak bağlanan fiil, ona maddî veya manevî nedenler dola-

¹⁷ Antolisei, a.g.e. ss. 589, 590.

¹⁸ Tutku ve heyecan durumlarının isnadiyete etkisizliği konusunda Bk. Altavilla, a.g.m.; Antolisei, a.g.e. p. g. s. 474; Bettiol., Dir. pen; s. 371 vd; Ranieri, Manuale di diritto penale, parte generale, Padova, 1952, s. 478.

¹⁹ Genel ilkeye istisna teşkil etmeyen isnadiyete ilişkin hükümlerin benzeri hallerde kıyasen uygulanabileceği kabul edilmekteyse de (Vasali., Analogia s. 610) Türk Ceza Kanununun «mesuliyeti kaldıran hali sarih bir hükümle halletmiş» olması nedeniyle tutku ve heyecana —kanunun öngördüğü biçimde akli melekelerin bozulmasını müncer olmadığı takdirde— isnadiyeti azaltmak veya kaldırmak konusunda bir etki tanınmaz (Erem Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku GH. Ankara, 1971, C. I, s. 573-574 ve krş. 583-584).

²⁰ Ranieri, age. s. 147

²¹ Antolisei, a.g.e. s. 210; aynı mahiyette, Toroslu, a.g.e. s. 95

²² Bettiol, Dir. pen. s. 238

yısıyla isnat edilemiyorsa, failin zaruret hali nedeniyle değil, isnat yeteneğinin olmadığı gerekçesiyle, beraet ettirilmesi gerekir.²³

3 — Temelini kendini koruma içgüdüsünde bulan kuramlar

I — Kişinin kendini korumaya hakkı olmak : Zaruret halinin köklerini bizzat insanın kendini koruma içgüdüsünde aramak gerekir. Kendini korumak için hemcinsini feda etmek ahlâkî değil, ama ne yazık ki hukukîdir : Hukuk düzeni «bizzat kendini koruma» hakkını tanımamazlık edemez. O halde, kendini kurtarmak için hemcinsini feda eden kimsenin davranışı hukuka aykırı olmadığı gibi, cürüm niteliğinde de görülemez. Bir tehlike halinde kendi ahlâkına göre Devlet nasıl davranırsa, kişi de, kendisine atfedilmeyen bir tehlike halinde, aynı şekilde davranır. Devlet, ikisinden birini feda etmemek için, iki kişinin birden ölmesine, elbette göz yumamaz. Bu halde olduğu gibi, zaruret halinde de, tarafına tanınmış bir kamu hukuku yetkisini kullanma örneğin, kişi, kamusal-kişilerüstü (= super individuale) bir görev yüklenmektedir.²⁴

II — Zarurî fiilin cezasız kalması siyasî bir nedende aranmalıdır : Zaruret halinde işlenen fiil, meşruiyetini; içgüdü etkisi sonucu kanunun suç saydığı bir fiili işleyen kimsenin, fiili başkalarının meşru menfaatlerini ihlâl etse bile, cezalandırılmasının muvafık olmayacağı anlayışına dayanan, siyasî nitelikteki bir ölçütte bulur. Gerçekten, kişinin istemeksizin (=involontariamente) kendisini içinde bulduğu ve bu nedenle de nefsinin veya başkasını kurtarmak uğruna ceza kanununu ihlâl zorlandığı «zaruret»in göz önüne alınması sonucudur ki, Devletin cezalandırma yetkisinden (=potestà di punire) vaz geçmesi söz konusu olmaktadır.²⁵ Zaruret halinde fiille tehlike arasında nisbet olduğu takdirde, kanun, failin cezalandırılmayacağını öngörür : Cezalandırılmamak, ceza hukukunun zarurî fiil karşısında kayıtsız (=indifferente) olduğu anlamına gelir ve bunun bir sonucu, suç-fiili yapmak veya yapmamak bizzat failin yetkisi içinde olmak gerekir. Öyleyse; zaruret halinde davranış gösteren failin cezalandırılmamasını öngören norm, ona, tüm hüküm ve neticeleri ile birlikte, hukukça korunan bir yetki tanımaktadır.²⁶ Söz konusu yetki, kendisini veya başkasını —suç sayılan

²³ Manzini., Trattato di diritto penale Italiano, Torino, 1961, C. II s. 401 vd.

²⁴ Maggaiore, a.g.e. Cilt I s. 319 vd; Aynı doğrultuda fakat değişik olarak Mirto, Estensione specifica dello stato di necessità, Giuristia penale, Cilt XLIII, 1937, s. 1017 vd.

²⁵ Manzini, a.g.e. Cilt II, s. 398

²⁶ Manzini, a.g.e. Cilt II, krş. s. 398 ve 404

bir fiil aracılığıyla da olsa— kurtarmak amacıyla hareket eden kimseyi tehdit eden muhakkak bir tehlikeye, bizzat kamusal kurtarma görevini zamanında yaparak müdahale etmediği ve bu gerekçeyle de faili cezalandırmadığı hallerde, Devletin, sadece özel durumlar için, kişiye tanıdığı bir yetki niteliğindedir. Öyleyse, tarafından kurtarma görevinin yerine getirilmediği hallerde Devlet, «kendini koruma içgüdüsünün» serbestçe tezahürünü kabul etmiştir. Böylece, Devlet ve kişi arasında, hukukun tanıdığı zaruret hali üzerine oturan ve «hüküm ve neticeler» doğuran bir münasebet ortaya çıkmaktadır. Elbette bu, kişi yararına tesis edilmiş bir subjektif hak değildir. Bilâkis, Devlet, zaruret halindeki kişiye, normal hallerde cezalandırılabilir bir fiil aracılığıyla kendisini veya bir başkasını kurtarma konusunda yetki tanımıştır.²⁷

III — Pozitivist okulun görüşü : Zaruret hali bir hukukî çatışma varsayımdır. Kendini veya başkasını ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtarmak zorunluluğu nedeniyle üçüncü kişilerin hakkını ihlâl eden zarurî fiil, insandaki korunma içgüdüsü, yani «meşru saik»ler tarafından belirlenmektedir. Bu halde fiil, ne suçtur, ne de ahlâk dışıdır. Devlet, vatandaşından fedakarlık isteyemeyeceği için değil, tersine, fiil «kendini koruma üstün hakkına» uygun düştüğü için zarurî fiili cezalandırmaktan vazgeçmektedir.²⁸ Görünüşte suç olan fiilin mazur görülmesi, hukukî çatışma terimiyle açıklanmak istenen hukukî durum (=condizione giuridica) ve fiilin cezaî değerlendirilmesinde göz önünde tutulan psikolojik durumun bir sonucudur. Hukukî veya nesnel durum, kanunun buyruğu veya kazaî bir çözüme başvurma imkânsızlığı nedeniyle, ikisinden birinin feda edilmesi zorunlu olan iki hak arasındaki çatışmada kendisini bulur. Öznel yahut psikolojik duruma gelince; belirleyici «motiflerin» hukuka uygun olması ve «antisosyal» olmaması gerekir. Öyleyse ancak bu iki koşulun —öznel ve nesnel— birlikte bulunması halindedir ki, zarurî fiil suç teşkil etmez ve fail için herhangi bir cezaî sorumluluk gerekmez. Öte yandan söz konusu koşulları birbirinden ayırmak imkânsız olmasına karşın, öznel durum her zaman ötekine nazaran üstündür. O, psikolojik olarak kişinin boyun eğmezlik edemeyeceği, zaruretin bir sonucudur ve «zaruretin kanunu yoktur».²⁹

Bu anlayış daha sonra «hareketin amacı» ölçütüyle tamamlanmak istenmiştir : Kendini koruma içgüdüsü, bir başına, zarurî fiil-

²⁷ Manzini, a.g.e. Cilt II s. 399, 401

²⁸ Ferri, Principi di diritto criminale, Torino, 1928, s. 474

²⁹ Ferri, a.g.e. s. 462 vd.

li meşru göstermekte yeterli değildir. Kaldı ki, içgüdü aracılığıyla daha birçok durumu meşru göstermek de mümkündür. Bu nedenle «hareketin amacı»nı, yahut saiki göz önüne almak gerekir. Amaç, zaruret halinde, başkasına zarar vermek olmayıp, tersine bizzat kendini korumaktır. Gerçekten alelâde insandan (=uomini comuni) olağanüstü bir davranış beklenemez. Öyleyse, zarurî fiille güdülen amaç faile atfı mümkün her tür sosyal tehlikeliliği ortadan kaldırır.³⁰

IV — Inesigibilità (= istenmezlik *) kuramı : Kendini koruma içgüdüsi bir başına insan davranışının saikini açıklayabilir ama, davranışın niçin mazur görüldüğünü açıklamakta inandırıcı değildir. Bu nedenle sorunun değişik biçimde ortaya konulması gerekir : Davranışın saiki yerine, zarurî fiilin niçin mazur görüldüğü araştırılmalıdır. Başka bir deyimle Devlet, kendini koruma içgüdüsinü tanımak zorunda mıdır, yoksa tabaadan bir fedekârlık bekleyebilir mi.³¹

Medenî Kanunlar, insandan belirli bir olgunluk bekleyebilirler, ama hiçbir zaman onda, mükemmel insanı arayamazlar. Elbette kanunlar da, dinlerde olduğu gibi, insandan kahramanlık bekleyebilirler. Ancak, büyük bir iman gücünün gerektirdiği cesarete sahip olmayanları, dinlerin aksine cezalandıramazlar.³²

Kendini koruma içgüdüsi, kanunun korumadığı birçok şeyi açıklayabilmesine karşın, aynı güdüye sahip bir başka kimsenin öldürülmesini hiç bir zaman meşrulaştıramayacağından, sorunun çözümünde yararlı olamamaktadır. O halde, bu konuda, öznel öğeler yanında nesnel öğelere de başvurmak gerekir. Mademki fail, bir başkasını mağdur etmemek için kendisini feda etmek durumundadır, o halde sormak gerekir : Devlet böyle bir fedakârlığı tabaadan bekleyebilir mi? Devletin amaçları ve insan tabiatının sınırları unutulmadığı takdirde, cevap hayır olacaktır. Bu kuram Devletin tabaadan fedakârlık bekleyemeyeceğini değil, tersine, onun tabaadan fe-

³⁰ Florian, Trattato di diritto penale, PG, Milano, 1934 s. 541

* Bk.: Erem, age., C. I. s. 28.

³¹ Bk. Alimena, I limiti e modificatori dell'imputabilità, Vol III, Torino, 1894, s. 150, 155; Aynı doğrultuda fakat değişik olarak Civoli, Della imputabilità, e delle cause che la escludono o la diminuiscono, Enciclopedia del Diritto Penale Italiano, Vol IV, Milano, 1904, s. 159 vd.

³² Filangeri, La Scienza della Legislazione, Libro III, Milano, 1847, böl. VIII. Bununla beraber belirtmek gerekir ki; yazar mazeretin kabul edilebilmesi için, zaruri fiille tehlike arasındaki nisbete ilişkin menfaatler çatışmasının da göz önüne alınmasını önerir (age. Libro III, böl. VIII).

dakârlık beklememesini önerir. Öyleyse, belirli amaçların tabiatı için gerekli gördüğünde Devlet, fedakârlık isteme hakkına sahiptir. Örneğin, gemiciler, askerler v.s., gerekli olduğunda, canlarını dahi feda etmek zorundadırlar. Ancak benzeri bir davranış halktan beklenemez.³³

Bu doğrultudaki düşünceler çağdaş doktrinde yeni bir anlayışın doğumuna yol açmıştır : Inesigibilità.

En genel anlamında inesigibilità kavramıyla, failin içinde davranış gösterdiği durumların anormalliği kastedilmektedir.³⁴ Inesigibilità değişik amaçlar için değişik biçimlerde yorumlanmasına karşın, kökeninin kendini koruma içgüdüsi olduğu konusu tartışmasız benimsenmektedir.³⁵ Durum bu olduğuna göre, ceza hukuku sistemi, geçerliliğini bilfiil kabul ettirebileceği sınırların belirlenmesinde, müşterek uygulama ve deneylerin ortaya koyduğu sonuçlara uymak ozrundadır : Güç koşullarda ortalama bir insandan, gerçekten, başkalarının zararını kendi zararına üstün tutmayı sağlayıcı nitelikte, güçlü bir ahlâk olgunluğu beklenemez.³⁶ Bu temelden hareket eden birbirinden çok değişik fikirlerin başlıca iki grupta toplanabileceği savunulmaktadır.³⁷ Inesigibilità'dan, birinci grup görüşlere göre, zarurî fiilin yeterince etkili bir biçimde, bizzat hukuk sistemi tarafından, yasaklanması imkânsızlığı anlaşılmaktadır : Gerçekten, ceza tehdidi, niteliği gereğince ne kadar ağır olursa olsun bazı hallerde fail üzerinde önleyici etkiyi haiz olamaz. Zarurî fiili yapmaktan kaçınmanın doğuracağı zarla muhtemel bir cezayla ortaya çıkacak zararı karşılaştıran kimse, zor durumdan kurtulmak için kendisine zarurî fiili işlemek daha az zararlı görüneceğinden, bir fiili durum yaratmaktan asla çekinmeyecektir. Aslında uygulama ve deneyler göstermektedir ki, zor durumlarda, hiç bir ceza zarurî fiili yapma iradesine karşı, yeterince engelleyici bir etmen olamamıştır. Gerçekten, ölümün muhakkak olduğu hallerde, muhtemel ölüm cezasının varlığı, faili adam öldürmekten alıkoyma konusunda, çok zaman yetersiz kalmaktadır.³⁸

³³ Alimena, age. s. 150, 155 vd.

³⁴ Molari, Profili dello stato di necessità, Padova, 1964, s. 45

³⁵ Molari, age., s. 46

³⁶ Bk. Scarano, La non esigibilità in diritto penale, Napoli, 1948 s. 65, 119 vd; Musotto, Colpevolerza, dolo e colpa, Palermo, 1939 s. 186; Alman doktrindeki eserler için Bk. Molari, age. s. 46 dipnot 2.

³⁷ Molari, age. s. 48.

³⁸ Bk. Molari, age., s. 48, 49 vd.; Bu düşüncüyü savunanlar genellikle Kantçı felsefeden hareket etmektedirler (Kant, Principi metafisici della dottrina del diritto, in Scritti Politici di Immanuel Kant, Torino, 1956, s. 412). Bi-

İkinci grup görüşler, inesigibilità'yı, genellikle insanın zayıflığı (= umana fragibilità)ndan esinlenen hakkaniyet (= equità) ilkesine dayandırmaktadırlar: Çok zor koşullar altında hareket etmek zorunda bırakılan failden, ceza kanunlarının öngördüğü hükümlere uygun bir davranış beklemek, doğru olmadığı kadar mantıkî de değildir. Öyleyse ağır koşullar altında gerçekleştirildiğinde, emri adil olmadığı kadar mantıkî de olmayan bir davranışın ceza normuna uygunluğu beklenemez.³⁹

Kısaca belirtmek gerekirse denebilir ki, inesigibilità, birinci durumda, bir hükme uygun davranışı sağlamak için hukukun gerekli araçları sağlayamadığı; oysa ki, ikinci durumda, norma uygun bir davranış beklemenin gereksiz farzolunduğu halleri belirtmeye yaramaktadır.⁴⁰

4 — Kendini koruma içgüdüsünün zaruret halini açıkladığı kabul edilse bile, üçüncü kişiyi kurtarma müessesesini açıklayamadığı bir gerçektir. Zarurî fiili işleyen kimseyle kurtarılan kişi arasında bir yakınlık bağının söz konusu olmadığı hallerde, içgüdünün fail üzerine etken olduğu da söylenemez.⁴¹ Öte yandan «zaruret halini bir içgüdüde aramak sadece bir gözlemdir. Eğer iç güdü esas tutulursa ceza hukukunun gelişim tarihçesini inkâr etmek lâzım gelecektir».⁴² Kaldı ki, kendini koruma içgüdüsü çok genel (=generico) bir kavramdır. Bu nedenle, ona dayanılarak, barbarca işlenmiş birçok suçu meşru göstermek her zaman mümkün olabilmektedir. Bu da halkın hukuka olan inancını fazlasıyla zedeler.⁴³ Zarurî fiilin meşruiyetini açıklama konusunda kendini koruma içgüdüsünün hukukî bir ölçüt olmadığı da ortadadır.⁴⁴

«Kendini koruma» hakkından söz ederek zarurî fiilin failine kişileriüstü bir görev yüklemek, çağdaş hukukun esaslarını inkâr olur.⁴⁵ Sonra, gerek positif hukuk ve gerekse hukukun genel ilkelereinden, kendini koruma içgüdüsünün bir hak olduğu ve bu hak

raz değişik olmakla birlikte Civali'de aynı görüşü savunur: Zarurî fiilin meşru görülmesinin tek nedeni, failine ceza vermenin faydasız ve gereksizliğidir, agm. s. 159 vd).

³⁹ Scarano, age., Passim; Vassalli, Limiti del divieto d'analogia in materia penale, Milano, 1942 s. 115, 122, 127; Musotto, age, s. 188 vd.

⁴⁰ Molari, age, s. 48

⁴¹ Pergola, agm. s. 413; Toroslu age, s. 30.

⁴² Erem, age, C. II, s. 40

⁴³ Pergola, agm. s. 413; Florian, age, s. 541

⁴⁴ Ranieri, age, Vol I, s. 147

⁴⁵ Bk. Erem, age, Cilt II, s. 39 vd.; Alacakaptan, age, s. 98

dolayısıyla kişiye bir kamu hukuku yetkisi veya kişiler üstü bir görev tanındığını çıkarmak mümkün de değildir.⁴⁶ Zarurî fiilin cezasız kalmasını siyasi bir ölçüte dayandırmak da tutarsızdır. İlkenin çok genel olması ve bu yönüyle de doğru sayılabilmesi bir yana; hiçbir zaman vekilin yetkisi, kendisine vekâlet verenin yetkilerinden farklı olamaz. Kaldı ki, Devletin tehlikede olan kimseyi kurtarma görevini yerine getirmek için, kanunda suç olarak öngörülen bir fiili yapmak ihtiyacında olduğu, asla vaki olmamıştır.⁴⁷ Positivist okulun görüşleride mevcut hukuk sistemimiz yönünden tutarlı olmamak gerekir. Hareketin saikine suç sayılan bir fiili mazur gösterme yeteneği tanımak, tüm ceza hukuku müesseselerini yeniden düzenlemek zorunluluğunu doğurur: Yürürlükteki ceza hükümleri suçlu değil, suç varsayımına dayanmaktadır. Kaldı ki «failin sosyal tehlikeliliği» kavramı üzerinde doktrinin büyük bir kısmı da, anlaşmış değildir. Sami suçu işlemeye iten nedenlere, hukukumuzda, suç sayılan bir fiili meşrulaştırma kuvveti tanınmadığı gibi,⁴⁸ bizatihi «sosyal amaç» kavramı da kusurlu iradeyi ortadan kaldırmaya yeterli değildir.⁴⁹

Halihazır bir tehlikenin, ileride muhtemel bir tehlikeye nazarın daha ağır olduğu varsayımından hareketle, hükme uygun davranışı sağlamak için hukukun gerekli araçlara sahip olmadığı sonucuna varan anlayış ise, insan gerçeği karşısında pek tutarlı görünmemektedir. Zira ölüm tehlikesiyle karşı karşıya gelen bazı kimselerin, ceza tehdidini düşünmeksizin, insanlık duyguları gereği, kendilerini feda ettikleri az görülen olaylardan değildir.⁵⁰ Kaldı ki, bir kimsenin, kendisine muhtemel bir mahkûmiyetin doğuracağı acıdan çok daha ağır görünen —hatta bunun ölümden değişik olması halinde bile—, kişiliğinin ağır bir ihlâline yol açabilecek nitelikteki bir kötülükle tehdit edilmesi halinde, ceza tehdidinin önleme konusunda gereğince etkili olmadığı deneyle sabittir.⁵¹ Durum bu olunca, sadece ölüm —ölüm cezası varsayımı üzerine oturtulan zaruret halinde değil, ondan sayılmayan bazı hallerde de, örneğin tahrik sonucu işlenen suçlarda olduğu gibi,⁵² hukuk, suç

⁴⁶ Bk. Ranieri, age. Vol I. s. 147

⁴⁷ De Marsico, Diritto penale, Napoli, 1937, s. 101; Antolisei, P. G. s. 219.

⁴⁸ Ranieri, age. s. 147

⁴⁹ Antolisei, age. P. G. s. 219

⁵⁰ Erem, age. G. H. Cilt II. s. 41; «Meskun mahallere düşmemek için kendini feda eden pilotlara rastlanmaktadır».

⁵¹ Molari, age. s. 51

⁵² TCK. 51. maddesi tahrikin haksız olması halinde sadece cezanın azaltılacağını amirdir. Bu da gösteriyor ki, hukuk sistemimiz, tahrike, cezayı veya

fiili önleme konusunda mutlak bir imkânsızlıkla karşı karşıyadır. Bundan böyle, hukukun tüm mutlak imkânsızlık hallerinde değil de sadece zaruret hallerinde, zarurî fiili cezanın önlemede etken olamayacağı gerekçesiyle mazur görmesi, tümünden keyfiliktir. Öte yandan, insanlık dışı kabul edildiğinden, sistemlerinden ölüm cezasını çıkaran hukuklarda, hiç bir ceza, mutlak bir ölüm tehlikesinden dağa ağır olamayacaktır.⁵³

Gerçekleşmesi çok zor koşullara bağlanmış olan bir fiilin norma uygunluğunu beklemenin gereksiz farzolunduğu hallerde, failinin cezalandırılmasının haksız olduğu kadar, mantıksız da olduğu varsayımı da eleştirilmiştir. Eleştiriler, genellikle çatışma kuramı yanlılarından gelmektedir. Amaç, bir değer yargısına varmaktan çok, geçirilen evrimi saptamak olduğundan, eleştiriler tek tek sıralanmayacak, kuramlar aynı anlayışların ürünleri olmadıklarından, birisi ötekisinin karşısına konulmakla yetinilecektir. Ancak şu kadarını söyleyelim ki, söz konusu kuram, genellikle hukukî himayenin konusu yönünden eleştirilmiştir : Hukuk, süjelerinin eşitliği ilkesinden hareket eder ve hukukî menfaatleri, sırf menfaat oldukları için himaye eder. Eğer hukukun himaye ettiği menfaatler ve bu menfaatlerin mensupları karşısında tarafsız kalması isteniyorsa, bizzat kendi menfaatinin koruma zorunluluğu nedeniyle failin, bir başkasına ait eş değerli menfaatinin feda etmesi, hukuka aykırı olarak yargılanmamak gerekir.⁵⁴

II

ZARURET HALİNİN KÖKENİNİ NESNEL NEDENLERDE ARAYAN GÖRÜŞLER

5 — Çatışma Kuramı :

I — Hakların çatışması : İzahını Hegel felsefesinde bulur. Üstün bir varlık, yahut amaçlar bütünü olarak hayat, soyut haklar karşısında, üstün hak niteliğindedir. Bunun bir sonucu, hayatın sona ermesiyle bütün haklar son bulacağından, hayat karşısında

suçu tamamen ortadan kaldırıcı bir nitelik tanımamaktadır. Halbuki zaruret halinde işlenen fiil, ya mazur görülmekte veya hukuka aykırı sayılmamaktadır. İki halde de, aslında suç sayılan fiil, zaruret hali nedeniyle ya fiil veya sadece faili bakımından bu niteliğini kaybetmektedir. Haksız tahrik için Bk. Erem, F. age. Cilt II. s. 49 vd.

⁵³ Bk. Molari, age. s. 53 vd.

⁵⁴ Nuvolone, I limiti taciti della norma penale, Palermo, 1947 s. 89.

her türlü hak, üstünlüğünü kaybeder. Bu başlangıç noktasından hareketle denmiştir ki, üstün bir hakkın kendisine göre daha az üstün bir hakla çatışmaya girmesi halinde, iki hakkın bir arada bulunamayacağı koşulu sonucu, üstün hak, kendine göre daha az üstününe, üstün gelecektir. Çatışan hakların eşit olması halinde —Bernier kuramı— bir hakkı ötekine üstün tutmak olanağı olamayacağına göre, «insan zayıflığı»ndan hareketle, adil olmasa bile, zarurî fiili mazur görmek gerekir. Çatışan hakların eşitsizliği halinde, az üstün hakkın üstün için feda edilmesinin mantıki sonucu olarak, zarurî fiil faili, subjektif bir hakka sahip olacaktır.⁵⁴

II — Hukukî varlıkların çatışması : Birinin imhasına gidilmeksizin ötekinin korunmasının mümkün olmadığı hallerde Devlet, iki varlıktan daha az önemli olanını feda eder. Buna karşılık, çatışma halindeki varlıklar birbirine eş değerde iseler, tehlikede olan yararına, güven altında olanını terketmek akla uygun değildir. Öte yandan eş değerli iki varlığın tehlikeye birlikte konulmuş olmaları söz konusu olduğunda galip gelen menfaat, kaybedene üstün sayılır. Çünkü, Devlet çatışmaya el koyarak ikisinden birini feda edebileceği kadar, ikisinden birinin ortadan kalkmasına kayıtsız da (=indifferente) kalabileceğinden, sonucun kendiliğinden ortaya çıkmasını bekleyebilir. A zönemli menfaatin daha önemlisini ortadan kaldıracabileceği bir çatışmada Devlet menfaatlerini koruyamıyorsa, bu demektir ki, zaruret halindedir. Zaruret hali iradeye karşı dışarıdan gelen bir etken olduğuna ve kendisine istenmeyerek tahammül edildiğine göre, bu durumda herkes, az önemli menfaati ona nazaran daha önemliye feda etmekle Devletin iradesine uygun biçimde hareket etmiş olur. Ancak, çatışma halindeki menfaatlerin eş değerliliği halinde, kamu menfaatinin himayesine ilişkin yasakların ihlâline Devletin izin vermesi, herhalde, mümkün olamaz. Bunun bir sonucu, üçüncü kişi yararına tanınmış bir yetkiden de söz edilemez.⁵⁵

Özel kişilere ait menfaatlere gelince; meşruiyetleri kabul edilip Devletin himayesine alındıklarından, kamu menfaatinden sayılırlar. Bunlardan eş değerli iki varlığın kendilerini bir çatışma ortamında bulmaları halinde, Devlet tarafsız kalma kistiyorsa, hiçbir tercihte bulunmamak zorundadır. Buna karşılık, menfaatler eş değerli değillerse, Devlet üstün olanını korumak amacıyla daha az üstün olanının feda edilmesini menfaat sahibinden her zaman istemek hak-

⁵⁴ Bk. (nakledenler) Alimena, age. ss. 151, 152; Pergola, agm. s. 416

⁵⁵ Bk. (nakleden) V. Buri, Lo Stato di necessità e legittima difesa, Riv. Pen. It. Vol VII, 1880-1881, fasc. 13-14, s. 343, 435.

kına sahiptir. Durum bu olunca, herkes, zaruretin baş göstermesi halinde, üstün menfaati kurtarmak amacıyla, ona göre daha az üstün olanını feda edebilir.⁵⁶

Zaruret halinin kökenini Devlet veya özel kişilere ait varlık veya menfaatlerin çatışmasında bulan bu anlayış,⁵⁷ gerçek hayatın karmaşıklığı dolayısıyla çatışma halinde bulunabilen hukukî varlıkları düzenlemeye yeterli nesnel —hukukî bir ilke bulma zorunluluğu nedeniyle, çağdaş doktrinlerde, yeni bir muhteva kazanarak, tekrar karşımıza çıkmaktadır :

III — Hukukî varlıkların değerlendirilmesi veya ölçülmesi kuramı :⁵⁸

Ceza hukuku hükümleri, cezayla himaye ettiği her hukukî varlığı, açık bir biçimde göstermektedir. Bunun bir sonucu, ancak bu hükümler, hukukî varlıkları ihlâl eden veya tehlikeye koyan fiilleri hukuka aykırı fiillere dönüştürebilirler. Ancak bilmek gerekir ki, normlar, hukukî varlıkların kendi aralarında bir çatışma, öyleyse karşı karşıya olma durumunda bulunmalarını hiç bir zaman önleyemez. Özellikle bu durum, belirli bir davranışın, zaruret nedeniyle bir hukukî varlığı kurtarıırken, öteki bir varlığı tahrip etmesi halinde ortaya çıkar. Ananın hayatı için gebeliğe son vermelerde olduğu gibi. Sonuç olarak denebilir ki, üstün değerdeki bir hukukî varlığın kurtarılması, ancak daha az üstün değerdeki bir varlığın tehlikeye konulması veya ihlâliyle mümkünse işlenen fiil hukuka aykırı değildir.⁵⁹

Hukukî varlıklar arasındaki bu karşı karşıya olma durumunu düzenleyen müstakil bir norm mevcut olmadığına göre, bütün hal-

⁵⁶ V. Buri, agm. s. 436 vd.; Devletin, kurallarına sıkı sıkıya bağlı ve yanılmaz insanlar (=uomini infallibili) istemeye hakkı olmadığından ve kurallara istisna tanımının hukukî olduğu kadar, kamusal da olduğu düşüncesinden hareket eden yazar, zaruri fiilin meşruiyetinin sadece matematiksel ölçülere dayanmayacağını, tersine, değerlendirmede nesnel-özel nitelikte bir ilkenin göz önüne alınmasını önermektedir (agm. s. 436 vd. 442, 443).

⁵⁷ Hukukî varlıkların çatışması kuramı biraz değişik olmakla birlikte Janka ve Moriand tarafından da benimsenmiştir (Bk. Pergola, agm. s. 413-414, 418; Alimena, age. s. 153 vd.; V. Buri agm. s. 438 vd)

⁵⁸ Mezger, Diritto Penale, Tr. It. Padova, 1935, s. 256 vd; Bettiol, G. age. s. 238; Antolisei, age. P. G. s. 227; Ranieri, s. age. Vol I. s. 147-148; Carnelutti, Lezioni di diritto penale, Milano, 1943, s. 113 vd; Nuvolone, age. s. 89 vd; Bellavista, II problema della colpevolerza, Palermo, 1942 s. 78 vd; De Marsico, age. s. 113.

⁵⁹ Mezger, age. s. 256-257

ler için geçerli bir ilkenin bilimsel metodlarla bulunması gerekmektedir. Ceza hükümlerinden bu nitelikte bir ilke çıkarmak mümkün değildir. Çünkü her bir norm, koruduğu hukukî varlıkla çatışan varlığı değil, bizzat koruduğu varlığı konu edinmektedir. Yürürlükteki hukukun öteki bölümlerinde, bu nitelikte bir ilke çıkarmaya elverişli bir hüküm de yoktur. Bu nedenle, bütün durumlar için geçerli bir ilkeyi elde etmek, ancak bütün hukukî varlıkların yasal nitelikte değerler teşkil ettiklerini ve bunların kendi aralarında belirli bir değerler ilişkisi içerisinde olduklarını kabul etmekle mümkündür.⁶⁰

Elde edilen ilkenin niteliğine gelince, o, nesnel niteliktedir: Hukukî varlıkların değerlendirilmesinde, zarurî fiil failinin olduğu kadar, görevini yapan kimsenin yargıları da nihai değildir. Bu konuda sadece, tüm hukuk sisteminden çıkarılan ve yargıç tarafından yorumlanan ölçme (=valutazione) nihai niteliktedir. Bunun bir sonucu, hukuka aykırı fiilin öznel öğeleri, değerlendirmede herhangi bir önemi haiz olamazlar.⁶¹

Zaruret halinin kökenini, bazı yazarlara göre, sosyal zararın yokluğunda aramak gerekir.⁶² Feda edilen hukukî varlık, korunana nazaran daha az önemliyse, sosyal bir zararın söz konusu olmayacağı açıktır. İki varlığın eş değerli olmaları halinde de durum aynı olmak gerekir. Çünkü, zaruret nedeniyle beraber bulunmaları imkânsız çatışma halindeki iki varlıktan birinin feda edilmesi, başka bir deyimle, biri yerine öteki «süje» nin zarar görmesi, toplum yönünden farketmediğinden, tehlikede bulunan kimsenin hareketi, sosyal birliğin durumunda her hangi bir ağırlaşma yaratmamaktadır.⁶³ Sonuç olarak denebilir ki, zaruret halindeki hukukî varlıkların eş değerli olmaları halinde, hukuk (veya Devlet) çatışmaya kayıtsız kalmak zorundadır. Çünkü O, süjelerin eşitliği ilkesinden hareket eder ve menfaatleri sadece menfaat oldukları için korur.⁶⁴

⁶⁰ Mezger, age. s. 257; Az değişik, fakat aynı mahiyette Bk. Nuvolone, age. s. 121.

⁶¹ Mezger, age. s. 257; az değişik, fakat aynı mahiyette Bk. Nuvolone, age. s. 121; Halbuki Bettiol değerlendirmenin mekanik bir biçimde uygulanamayacağı, tersine, bunun, toplumsal değerlendirme ölçütleri ön şartını gerektiren bir işlem olduğu yargısındadır (Bettiol, Dir. Pen. s. 201, 238).

⁶² Bettiol, Dir. Pen. s. 238; Antolisei, age. s. 227; Alacakaptan, age. s. 85

⁶³ Antolisei, age. s. 227; Bettiol Dir. Pen. s. 283; Nuvolone, age. s. 89-91 vd.

⁶⁴ Nuvolone, age. s. 89; Buna karşılık Antolisei, çatışma karşısında Devletin kayıtsız kalmasını sosyal faydanın yokluğu yanında, yığınlardan (=masa) kahramanlık beklenemeyeceği ilkesine bağlamaktadır (age. s. 227).

6 — Hakların çatışması kuramı yalnız çağdaş hukuk anlayışına değil, aynı zamanda hukuk sistemimize de ters düşmektedir. Eşitsizlik fikrinden hareketle hakları değerlerine göre bir değerlendirmeye tabi tutmak, bizzat hukuk kavramını zedeleyeceğinden tümünden mantıksızdır.⁶⁵

Hukukî varlıkların çatışması (değerlendirilmesi veya ölçülmesi) kuramı mantığının bir sonucu olarak üçüncü kişiyi kurtarma müessesesini en iyi biçimde açıklamakla birlikte, doktrinde eleştirilmiştir : Haklılığı uğruna izlenen mantık ne olursa olsun, söz konusu kuram, çok genel olması ve «harkesin herkesle savaşına» yol açması nedeniyle hukukun gereklerine uymamaktadır.⁶⁶ O, sadece, kusurluluğu cezanın vazgeçilmez bir koşulu olarak benimseyen çağdaş ceza hukukundan kopmakla kalmamakta, Devletin adaleti dağıtmaktan kaçınması sonucunu doğuran tehlikeli bir hukuk anlayışına da yer vermektedir.⁶⁷ Eş değerli hukukî varlıkların çatışması varsayımında, bir varlığın ötekine üstün çıkmasını Devlet, (toplum, hukuk) niçin kayıtsız kalmaktadır; niçin bir suçun ceza görmesini emreden normun «otoritesini» zedelemekle sonuçlanan bir istisna tanımak yerine, kendilerini çatışma ortamında bulan her iki varlığı da feda etmemektedir. Sonra kim inkâr edebilir ki, Devletin koyduğu kurallara uymayı sağlamakta üstün bir menfaati de yoktur. Öyle geliyor ki, o, biri veya ötekinin yaşamasına sadece kayıtsız olduğu veya —belediye meclisi adaylıklarında olduğu gibi— iki vatandaş yerine tek bir vatandaş kaybetmeyi üstün tuttuğu için vahşet dolu fiillere izin vermekte ve onları meşrulaştırmaktadır.⁶⁸

Varlıkların eş değerli olmamaları halinde —hele onlar maddî bir muhtevadan da yoksunlarsa— üstün varlığı teşhise elverişli olduğu kadar, bütün durumlar için de geçerli sayılabilecek bir ölçüyü bulmak çok zaman mümkün değildir.⁶⁹ Gerçekten ileri sürüldüğü gibi, her normun yalnızca bir hukukî varlığı koruduğu ilkesinden hareketle değerlendirmeye elverişli bir ölçütü hukuk sisteminin çıkarmak da imkânsızdır. Çünkü, muhtelif ceza normları her zaman muhtelif varlıkları değil, fakat çok zaman —hırsızlık ve dolandırıcılığa ilişkin hükümlerde olduğu gibi— aynı varlığı korumaktadırlar.⁷⁰ Öte yandan zarurî fiilin meşru görülmesini «sosyal

⁶⁵ Alimena, age. s. 148; Pergola agm. s. 446.

⁶⁶ Florian, age. s. 541

⁶⁷ Scarano, age. s. 127.

⁶⁸ Alimena, age. s. 154

⁶⁹ Alimena, age. s. 151; Scarano, age. s. 127; Toroslu, age. s. 40.

⁷⁰ Scarano, age. s. 129; Krş. Antolisei, F. age. PG. s. 130

bir zararın yokluğuna dayandırmak, aslında çatışma kuramının özüne bir katkıda bulunmak sayılamayacağından, terim çoğaltmaktan başka bir işe yaramaz. Gerçekten «sosyal bir zararın yokluğu» da, en az ötekiler kadar, geçerli bir ölçütü zorunlu kılar. Durum bu olunca, denebilir ki muhtevası kesinlikle belirlenmeyen her ilke, hukukta aranan katiyeti zedelemeye elverişli olduğundan tehlikelidir.⁷¹ Kaldı ki, norm öncesi normun doğumuna etken değerlendirmelerden, gerçek hayatın bir çatışma ortamına soktuğu hukukî varlıkların değerlendirilmesine elverişli hukukî bir ölçüt elde etmek mümkün değildir. Unutmamak gerekir ki, her norm, sosyal değeri üstün olduğu kabul edilen bir varlığı himaye etmektedir.⁷²

İ K İ N C İ B Ö L Ü M

ZARURET HALİNİ DÜZENLEYEN HÜKÜMLERİN ANALİTİK GÖRÜNÜMÜ

I

ZARURET VE ZARURÎ FİİLE İLİŞKİN KOŞULLAR

7 — Genel olarak : Bir kuramın kökeni olduğu norm içerisinde tutarlı olup olmadığı, hukuk sistemindeki görünümünden farklı olmak gerekir. Sistemde tutarlılık, bir ilkenin sistemi teşkil eden öteki ilkelerle olan organik bütünlüğünde ifadesini bulduğu halde, normda tutarlılık, norma temel fikir (=ratio), bunun kapsam ve sınır koşullarının, aralarında birbirlerini yatırmamasıdır. Gerçekten, hukuk öncesi bir durum, bir norm tarafından belirlenmedikçe, mevcut menfaatler, asla hukukî menfaatlere değişmezler. «Münasebetleri» belirleyerek, onları hukukî münasebete edgıştiren bizzat normun kendisidir; tersi söz konusu olamaz. Hiçbir münasebetin, tabiatından ötürü, hukukî olmadığının doğruluğu ölçüsünde, ancak hukuk sistemine ait bir norm tarafından düzenlendikleri takdirde, insanlar arasındaki münasebetlerin bir hukuk münasebetine dönüşeceği de doğru olmaktadır.¹ Öyleyse, zaruret haline vücut veren temel fikri (=ratio), bizzat onu öngören hükmün yapısında aramak gerekir. Bu da, her şeyden önce, çözümsel bir incelemeyi gerektirir.

8 — Zarureti doğuran tehlikeye bilerek yer vermemiş olmak : Tehlikeye bilerek yer vermemiş olmak, norma temel fikrin (=ra-

⁷¹ Değişik olmakla birlikte aynı sonuç için Bk. Scarano, age. s. 131

⁷² Scarano, age. s. 131

¹ Bobbio Teoria della norma giuridica, Torino, 1958, s. 32.

tio) belirlenmesi konusunda güçlükler arz etmektedir. Bu nitelikteki bir koşulun, ilk bakışta, gerek varlıkların çatışması, gerekse kendini koruma içgüdüüne dayandırılan inestigibilità kuramıyla bağdaşamayacağı akla gelebilir. Denilmektedir ki; zaruret hali varlıkların çatışması kuramı üzerine oturuyorsa, kendi doğumunu sağlayan sebebi araştırması da gereksizdir. Burada önemli olan çatışmanın çözümü olduğuna göre; üstün değere nazaran daha az üstün olanının feda edildiği hallerde, hatta tehlikeye kusurlu olarak yer verilmiş olsa bile, zarurî fiil, mutlaka mazur görülmek gerekir.

Öte yandan, hüküm dikkatlice incelendiğinde; tehlikeye bilerek yer vermemiş olmanın, zarurî kılınmakla değil, zarurî fiilin meşruiyeti veya mazur görülmesiyle ilgili olduğu ortaya çıkar. Gerçekten, üçüncü kişiyi kurtarmada, kurtarılan kimsenin içine düştüğü tehlikenin sebebi olmaması koşulu, zarurî fiilin meşruiyeti veya mazur görülmesi yönünden aranmamaktadır.² Tehlikeye bilerek yer vermemek, doktrinde değişik yorumlamaktadır : Bazı yazarlara göre,³ tehlikenin istenerek meydana getirilmiş sayılabilmesi için, onun anlayarak ve isteyerek yapılan bir fiille gerçekleştirilmesi gerekir. Öteki bazı yazarlar,⁴ bir davranışın sadece istenmiş olmasının, tehlikenin iradî bir fiille yaratılmış olduğu anlamına gelmeyeceği kanaatinde idirler. Taksirli bir hareketle tehlikeye sebep olmanın taksire dayalı sorumluluğu gerektireceği de savunulmaktadır.⁵ Alanının sayılı hukukçuları arasındaki bu kesin fikir ayrılıkları da göstermektedir ki, tehlikeye bilerek yer vermemiş olmak, zarurî durumun değil, zarurî fiilin bir koşuludur. Öte yandan, hukuk sistemi bir varlığı bir başkasıyla değerlendirmeye koyup, çatışma halinde bunlardan sadece birini himaye etmiyorsa; bu demektir ki, himaye edilmeyen varlık himaye edilene nazaran daha az değerlidir. Ancak bu, hiçbir zaman, bilerek (=iradî) tehlikeye konulan bir varlığın, kanun yapıcıya, ötekilerine nazaran, daha az değerde görüldüğü anlamına gelmez. Gerçekten sırf tehlikenin sebebi olduğu için hayatı, mülkiyet varlıkları karşısında daha az değerde saymak saçmalık olur.⁶ Bu konuda TCK. 49/3'de öngörülen üçüncü kişiyi kurtarma müessesesini incelemek, konuyu aydınlatmak bakımından önemlidir : Kurtarılan üçüncü kişi tehlikeye bilerek sebep olmuş olsa bile, zarurî fiil mazur görülmektedir. Başka bir deyimle, zaruret halinde

² Aynı şekilde Bk. Molari, age. s. 61, 67

³ Manzini, age. vol II. s. 410

⁴ Antolisei, age. PG. s. 229

⁵ Vannini, Manuale di diritto penale, Firenze, 1947, s. 160.

⁶ Molari, age. s. 67

hareket eden kimse tehlikenin isteyerek sebebi olmamak zorundadır; halbuki, kurtarılan üçüncü kişi tehlikenin sebebi olabilir ve bu, zarurî fiilin meşruiyeti üzerine etken değildir.⁷ Görüldüğü gibi, bir varlığın istenerek tehlikeye konulması, onun tümünden değerinin azalması sonucunu doğurmamaktadır.⁸ Bir varlığın tehlikeye konulmuş olması onun değerlendirilmesi üzerine etken olmadığına göre, incelenen koşulun çatışma kuramıyla ters düşüp düşmediğini araştırmak gerekmektedir.

Çatışma kuramının sadece çatışmanın çözümüyle ilgili olduğu; bu nedenle de, çatışmayı ortaya koyan sebebin niteliğinin, çözümde herhangi bir önem taşımadığı; çünkü, çatışmakta olan varlıkların salt nesnel değerlendirilmesinin söz konusu olduğu ileri sürülmüştür. Ancak, ilkenin bu yollu bir yorumu, kabulü mümkün olmayan sonuçlara götürmektedir. Hayatını bilerek tehlikeye koyan bir kimsenin, bir başkasını öldürerek kendini kurtarmasında olduğu gibi. Mantıkî sonuç bu olmasına karşın, kuram yanlılarının hemen tümü, bu gibi hallerde, zarurî fiilin meşru görülemeyeceği veya mazur sayılamayacağı kanısındadırlar.⁹ Öyleyse, kuşkusuz denebilir ki, «tehlikeye bilerek sebep olmamak» olduğu kadar, çatışmanın çözümü şekli de, çatışma kuramı yönünden önemlidir;¹⁰ yani biri için ötekinden vazgeçilemez.

Çatışma kuramı, mantığı gereği, toplum yararına çözümleri amaçlar; üstün değeri, kendisine nazaran da az üstün olanına üstün tutar. Değerlerin eşitliği halinde, biri veya ötekiyle ilgili olmadığı için değil, bir imkânsızlık içinde bulunduğu için, çatışmaya kayıtsız kalır. Görüldüğü gibi, kuram, mantığının bir gereği olarak, zararı daima en azına indirmeyi amaçlamaktadır. Bunun bir sonucu, zarureti zorlayan olayları, normatif usullerle en azına indirmeye çalışmak, çatışma kuramıyla ters düşmez, bilâkis amaçlarına yaklaşımı sağlar. Nitekim TCK. 49/3. madde hükmü, ancak tehlikenin başka bir biçimde önlenmesinin mümkün olmadığı hallerde, zaruretin vücut bulabileceğini öngörmektedir.¹¹ Açıktır ki, tehlikeyi, suç olan bir fiili yapmaksızın geçiştirmenin mümkün olması halinde, zaruret halinden de söz edilemez. En az zarar üstün tutulmuş olsa bile, zararın her zaman zarar olduğu da bir gerçektir. Hukuk sistemi, öyleyse mümkün olduğu ölçüde, zararı önleme

⁷ Manzini, age. vol II s. 414 ve 409

⁸ Molari, age. s. 68.

⁹ Molari, age. s. 61

¹⁰ Molari, age. s. 61

¹¹ Mirto, agm. s. 1017

yollarını araştırmak ve zaruret halinde zararın en aza indirgenmesi için, elverişli araçlarla zaruret kavramını sınırlamak zorundadır.¹² «Tehlikeye bilerek yer vermemiş olmak» koşulunun anlamı, şimdi, daha açık olarak ortaya çıkmaktadır. Gerçekten çatışmaların doğumunu en aza indirmekte tek etken araç, tehlikeye bilerek yer vermiş olan kimseyi zaruret halinden yararlandırmamaktır.

Burada ileri sürülen fikrin, ilk bakışta üçüncü kişiyi kurtarma müessesesiyle ters düştüğü ileri sürülebilir; çünkü, tehlikeye yer vermemiş olmak koşulu, söz konusu müessese için gerekli görülmemiştir. Ancak, derinlemesine düşünüldüğünde yanlış ortadadır. Hiç kimse başkaları tarafından kurtarılacağı umuduna dayanarak kendisini tehlikeye atmaz. Bu nedenle de, tehlikeye yer vermekten azamî kaçınacaktır. Bu da, failin tehlikeye bilerek yer vermesini önlemekte etken ve aynı zamanda yeterli bir araçtır.¹³ Üçüncü kişiyi kurtarma müessesesinin bu yönü, muhtemel çatışmaların doğumunu en aza indirdiğine göre, onu, bir daha tehlikeyi doğuran sebeple dengelemeye kalkışmak gereksizdir.

Zaruret halinde işlenen fiilin meşruiyeti, önce de belirtildiği gibi, zarurî fiil failinin tehlikeye bilerek yer vermemiş olması varsayımına dayanmaktadır. Tehlikenin bilerek sebebi olmama koşulunun, TCK. 49/3. hükmü karşısında, zarureti doğuran sebepleri en aza indirdiği ve bunun çatışma kuramı mantığıyla hiç de ters düşmediği her ne kadar doğruysa da, söz konusu kuramın zaruret halinden çok, zaruret halinde üçüncü kişiyi kurtarma müessesesini açıklamaya elverişli olduğu ortadadır.

Öte yandan, belirtmek gerekir ki, tehlikenin isteyerek sebebi olmama koşulu, inestigibilità kuramıyla da ters düşmemektedir: İsteyerek içine düştüğü tehlikenin sebebi de olsa, hiç kimse-den kahramanlık beklenemeyeceği ve bu nedenle fiilin mazur görüleceği kuramın mantığı gereğidir. Ancak bu, zarurî fiil failinden, tehlikeye bilerek sebep olmamasını isteyememek anlamına gelmez. İnestigibilità kuramı alanında kalarak denebilir

¹² Molari, age. s. 71; Değişik açıdan fakat aynı sonuç için Bk. Erem, age, Cilt II. s. 41. «Zaruret halini kusurluluğu kaldıran sebep sayan düşünceler daha haklıdır. Fakat böyle olunca zaruret halinin alanı çok daralmış olacaktır ve bu müessesenin meşru olabilmesi için de buna ihtiyaç vardır. Aksi takdirde insanın egoist tarafını meşrulaştırmış oluruz». O halde zaruret halini belirlemekte, «...gerek tehlikenin konusu, gerek zaruret ve mecburiyet, gerek nisbet unsurlarının tayininde... ümanist açı asla ihtilal edilmemelidir».

¹³ Molari, age. s. 71

ki, tehlikenin bilerek sebebi olan kimseden, işlediği zarurî fiilin sorumluluğunu yüklenmesini emreden bir normun tesisi her zaman mümkündür.¹⁴ Sonra, inestigibilità kuramının benimsenmiş olması, zaruret halinin norma temel fikirle ters düşmeyecek biçimde düzenlenmemesi anlamına gelmez. Zarureti belirleme ve sınırlama gereğinin bir sonucu olarak, çatışma kuramı hakkında söylediklerimiz burada da geçerlidir. Görüldüğü gibi, tehlikenin sebebi olmamak koşulundan hareketle, zaruret hali ve üçüncü kişiyi kurtarma müesseselerinin birlikte esinledikleri tek bir temel fikre (=ratio) varmak TCK. 49/3. madde hükmü karşısında mümkün görünmemektedir. Inestigibilità kuramı zaruret halini açıklamakla birlikte, üçüncü kişiyi kurtarma müessesesini açıklayamamaktadır. İçgüdü etkisi altında hareket etmek, divergâm duygular sonucu hareket etmekle aynı sayılmaz. Kaldı ki, zarurî fiil failini üçüncü kişiyi kurtarmaya zorlayan genel bir hukukî yüküm, hukuk sistemimizde yer almamıştır. Bu bir yana, çok zor koşullar altında gerçekleştirilen bir hareketin norma uygunluğunu beklemenin mantıklı olmayacağı kadar adil de olmayacağı, bizzat zaruret halinde bulunan kimse bakımından geçerli olabilir. Zaruret halinde bulunan üçüncü kişiye yardımda, bu durum söz konusu değildir; çünkü, zarurî fiili işleyerek üçüncü kişiyi kurtaran kimse, zor koşullar, yani zaruret halinin dışındadır. Başka bir deyimle, o, mevcut zaruret haline dışardan müdahale etmekte ve zaruret halindeki kimseyi kurtarmak amacıyla zarurî fiili işlemektedir.

9 — Tehlike ile korunma arasındaki nisbet:¹⁵ Tehlike ile korunma arasındaki nisbetin ne olduğu doktrinde ihtilâfıdır. Bazılarına göre; zaruret haline ilişkin hükümde öngörülen nisbet, failin emrindeki savunma araçlarıyla, fiilen savunmasında kullandıkları arasındaki nisbettir.¹⁵ Öteki bir kısım yazarlara göre; savunmanın saldırıyla ölçülü olduğunu söyleyebilmek için, ihlâl eden varlıkla zarar gören arasında belli bir nisbetin bulunması zorunludur.¹⁶ Bununla söz konusu nisbetin araçlarla ilgili olmadığının belirtildiği açıktır. Gerçekten, zaruret haliyle ilgili hüküm,

¹⁴ Molari, age. s. 66

¹⁴ Bk. Alacakaptan, age. s. 101 «Yasanın açıkça söylemediği... bu koşul zaruret halinin doğal bir sonucu olarak kabul edilebilir».

¹⁵ Manzini, age. Vol II. s. 384, 421; Vannini, Manuele di diritto penale, Firenze, 1947. s. 153. Yazar, aynı zamanda, zaruret halinde himaye edilen varlıkla zarar gören varlık arasında bir nisbetin zorunluluğuna da işaret etmektedir.

¹⁶ Antolisei, age. PG. s. 224, 230; Bettiol, Dir. Pen. 233, 239; Carnelutti, Lezioni di diritto penale, Milano, 1943, Vol I, s. 116, 117; Molari, age. s. 77,79.

tehlikenin bir başka şekilde önlenmesinin mümkün olmamasını öngörürken, aynı zamanda, kullanılabilecek savunma araçlarıyla fiilen kullanılanlar arasındaki belirli bir nisbeti de işaret etmektedir.¹⁷

Bunlardan, ilk fikrin, dar kapsamlı olduğu, varlıklara ilişkin her tür mülâhazalardan bağımsız olarak yalnızca araçları değerlendirdiği¹⁸ ve zaruret halinde her zaman günâhsız üçüncü kişilere ait varlıkların feda edildiği gerçeği karşısında; sadece kullanılabilecek savunma araçlarıyla, fiilen kullanılanları kapsayan sırf maddî nitelikteki bir nisbet kavramını benimsemenin, gerçekten, imkânsız olduğu ileri sürülmüştür.¹⁹ Öte yandan zaruret halini düzenleyen hüküm dikkatlice incelendiğinde; nisbet ilişkisinin öğelerinden birinin bir varlığın ağır ihlâliyle ilgili olduğu görülür. Bu nedenle, ikinci öğe diğer hukukî varlık üzerine etkisi esasına göre anlaşılmalıdır.²⁰

Hepsi bir yana, tehlike ile korunma arasındaki nisbetten hareketle zaruret halini düzenleyen norma temel fikre varmak mümkün görülmemektedir. Belirtmek gerekir ki, karşılaştırılan iki şey arasında belli bir oranın olması halinde, feda edilen varlık öteki-ne nazaran üstün değerde de olsa, tehlikenin korunmaya oranlı olduğunu dil mantığı bakımından ileri sürmek her zaman mümkündür.²¹ Gerçekten, hayat varlığıyla cinsi hürriyete ilişkin varlıklar arasında çok büyük bir fark olmasına karşın, kendisine zor kullanan bir kimseyi öldüren kadının durumunda daima bir oranın bulunduğu varlıkların çatışması kuramını benimseyen bir çok yazar tarafından da kuşkusuz benimsenmektedir.²² Öte yandan tehlike ile korunma arasındaki nisbet koşulu, inesigibilitâ kuramıyla da ters düşmemektedir. Söz konusu kuram, çatışan varlıklar arasındaki orana bir sınır getirmede kanun koyucuyu engellemektedir. Bilâkis böyle bir sınır tanımak inesigibilitâ'nın üzerine oturduğu hakkaniyet (equità) ilkesinin gerçekleşmesi ve etken bir ceza

¹⁷ Molari, age. s. 79 Krş. 62: Tehlikenin muhakkaklığıyla nisbet birbirlerine karıştırılmamalıdır. Gerçekten tehlikeden bir başka şekilde kurtulmak olanağı varsa, fail, en az zararlı olanını seçmek zorundadır.

¹⁸ Bettiol, Dir. Pen. s. 233

¹⁹ Antolisei, age. PG. s. 230; Molari, age. s. 79.

²⁰ Bk. Molari, age. s. 79

²¹ Molari, age. s. 80, 85, 86; Azzali, Premesse alla teoria dell'eccesso colposo, Milano, 1961, s. 109; Nisbet = oran dilde, büyüklük, nicelik veya derece bakımından iki şey arasında veya parça ile tüm arasında bulunan bağıntı, nisbet, tenasüp. Türkçe Sözlük, TDK., Ankara, 1959.

²² Antolisei, age. PG. s. 224; Bettiol, Dir. Pen. s. 234;

politikası takip yönünden tavsiyeye şayandır.²³ Gerçekten, Yeni İtalyan Ceza Kanunu, 384/I, 592/2 ve 587/son madde hükmüyle, öznel nedene dayanan bir mazeret sebebine ihlâl edilen menfaat göz önüne alınarak sınır konulmasının her zaman mümkün olabileceğini göstermiştir.²⁴

10 — Nefse yönelmiş ağır tehlike : Bu kavramdan hareketle, doktrinde, zaruret halinin kökenine varılmak istenmiştir. Denmektedir ki, çatışma kuramından esinlediği ileri sürülen bir hukuka uygunluk nedeni, himaye edilen menfaatler arasında her hangi bir ayırım yapamaz. O, sadece çatışmanın üstün veya eşit değer esasına göre çözümlenmesini sağlar. Yönü itibarıyla nefse yönelmiş ağır bir tehlikeyi öngören bu norm, her şeyden önce, çatışma kuramı mantığıyla çelişir. Öte yandan, tehlikenin fail üzerine etken olağanüstü psikolojik bir durum olduğu anlayışından hareketle, zaruret halinin kökenini öznel-psikolojik nedenlerde, yani inesigibilità kavramında arama eğiliminde olanlar da rastlanmaktadır.²⁵

İkinci anlayış yönünden durumu açıklayabilmek için, önce, hâkim doktrinde tehlike kavramına verilen anlamın saptanması gerekmektedir. Bir fikre göre tehlike, korkulan bir neticenin gerçekleşmesi ihtimalidir. Hukukta, hukuka aykırı bir neticenin ortaya çıkması ihtimalidir.²⁶ Tehlike, bazılarına göre «emotif» kökenli normatif bir kavramdır. Bir zarar ihtimali, belirgin bir zarar doğurma ihtimali anlamına gelir.²⁷ Bir başka anlayış iki görüşü birleştirmeye niteliktedir. Buna göre tehlike kavramı, istenmeyen bir neticenin gerçekleşmesi ihtimalini içerdiği kadar, genel tecrübeye dayanan fiili durumun zararlı olabilme ihtimalini teyid konusunda verilmiş olan bir değer yargısını da içermektedir.²⁸ Görüldüğü gibi

²³ Musotto, age. Vol I. s. 209, 210, 233; Molari, age. s. 82.

²⁴ Molari, age. s. 83, 84, 106; Vassalli, Limiti del divieto d'analogia in materia penale, Milano, 1942 s. 129-130

²⁵ Scarano, age. s. 121. «Nefse yönelmiş ağır ve muhakkak bir tehlikeden söz edildiğinde kastedilmek istenen, nesnel bir durumdan çok, aslında failin kusurluluğu üzerine etki eden olağanüstü psikolojik bir durumdur».

²⁶ Antolisei, age. s. 170. Tehlike kavramı için Bk. Antolisei, age. PG. s. 169-171; Roco, L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale, Roma, 1932, s. 306.

²⁷ Bettiol, Dir. Pen. s. 213, 214. Gerçekte mevcut olan sadece himaye edilen menfaati fiilen ihlâl etmelerine veya onun muhtemel zararını belirleyebilmelerine göre, bizim tehlikeli veya zararlı olarak nitelendirdiğimiz neticelerdir».

²⁸ Molari, age. s. 88

ilk iki halde tehlike, nesnel; üçüncü halde, öznel-nesnel niteliktedir. Ancak sonuncu haldeki öznel nitelik, kökenini korkuda bulan öznel-psikolojik tehlike kavramıyla karıştırılmamak gerekir. Buradaki öznelilik, kökenini genel tecrübede bulan toplumsal değer yargısıdır.²⁹ Öyleyse tehlike kavramı öznel-psikolojik bir kavram olarak alınmadığı sürece, zaruret halinin kökenini, incelenen koşuldan hareketle, çözümlemeye imkân yoktur.

Birinci anlayışa gelince, durum biraz daha karmaşık. Acaba çatışma kuramını norma temel alan bir hukuka uygunluk nedeni, uygulama alanına bazı sınırlar getirebilir mi ve sınırlamalar, norma temel fikrin varlığı veya yokluğu üzerine etken midir? Her tür sınırlama, norma temel fikrin uygulanma alanı ve bunun sınırlarını saptar. Oysa, varlığı sebebi bizzat eşyanın karmaşıklığına dayanan norma temel fikir, bir üst kavram olup, içinde bulunduğu sistemde, düzenleyici bir göreve sahiptir. Sınırlama, pratik hayatın bir gereği, norma temel fikir, eşyayı bir biçimde düzenleme ihtiyacından doğmaktadır. O, bağımlı değil, özerktir. Oysa, sınırlamaya esas olan ilke, norma temel fikirle bağımlıdır. Bu nitelikleri nedeniyle, norma temel fikirler, birlikte bir sistemi oluştururken, sınırlamaları yöneten fikirler, sadece bu fikirlerin uygulanma alanlarını belirtmekle görevlidirler.³⁰ Durum bu olunca, çatışma kuramı da, değerinden hiç bir şey kaybetmeksizin, doğal uygulanma alanına bazı sınırlamalar tanıyabilir. Öte yandan belirtmek gerekir ki, her sınırlama bir düşünceye dayanır ve bu yönüyle de bir amacı vardır. Kanun koyucu, zaruret halinin uygulanma alanını sadece nefse yönelmiş ağır bir tehlikeye bağlamakla, mutlaka bir amaç gütmüştür. Bir fikre göre, bizzat kişiyi konu edinen menfaatlerin üstünlüğü, kanun koyucuyu bazı sınırlar tanımaya zorlamıştır.³¹ Bir başka fikir, bu tür sınırlamaların nedenini, tamamen kişiliğe bağlı oldukları için ötekilerine üstünlük gösteren varlıkların, bu nitelikleri gereğince, her türlü ekonomik değerlendirmelerin dışında kalmalarına bağlamaktadır.³² Doktrinde, zarar görmeleri halinde onarımları kadar yerlerine ikamenin de mümkün olmadığı bizzat kişiliğe ilişkin hukukî varlıkların, ötekilerine nazaran daha üstün bir himaye gerektirdikleri görüşü de savunulmuştur.³³ Sınırlamaya temel ilke hakkındaki görüşler bir yana, denebilir ki kanun koyucu, her zaman, iyi bir ceza politikası, hukuk sisteminin organik birli-

²⁹ Molari, age. s. 88, 89

³⁰ Krş. Molari, age. s. 93-95

³¹ Canelutti, age. s. 114

³² De Cupis, *Il diritto della personalità*, Milano, 1959, s. 48

³³ Nuvolone, age. s. 120.

ğini koruma veya gerçek hayatın gereği olarak, norma temel fikrin (=ratio) uygulanma alanında, bazı sınırlamalar getirebilir. Bu da, hiçbir zaman, norma temel fikrin özüne etken değildir. Başka bir deyimle, uygulanma alanına getirilen sınırlama norma temel fikrin özüne dokunur nitelikteyse, bir sınırlama koşulundan değil, yeni bir norma temel fikirden söz etmek gerekir. Bütün bunlardan sonra kısaca belirtmek gerekirse denebilir ki, normun uygulanma alanına sınır koyan nefse yönelmiş ağır tehlike koşulundan hareketle zaruret halinin esinlendiği norma temel fikre varmak mümkün değildir. Zaruret hali uygulanma alanına getirdiği bu sınırlamayla çatışma kuramıyla ters düşmediği gibi, inesigibilità'ya ilişkin düşüncelerle de ters düşmemektedir.

II

HÜKÜM VE NORM

11 — Türk ceza hukuku sistemimizde «zaruret kavramı»nın düzenleniş şekli: Buraya kadarki araştırmada, zaruret ve zarurî fiile ilişkin bazı koşullardan hareketle zaruret hali ve zaruret halindeki üçüncü kişiyi kurtarma müesseselerinin esinlendiği norma temel fikri saptamak mümkün olamadı. Bu bölümde, söz konusu müesseselerin hükme bağlanış biçimleri üzerinde durulacaktır.³⁴

Türk Ceza Kanununun 49. madde hükmü = (disposizione) incelendiğinde, birden çok normun bir hükümde düzenlenmiş olduğu görülür: Kanun hükmünün yerine getirilmesi, yetkili bir merciden verilen emrin icrası,³⁵ meşru müdafaa, zarureti hali ve zaruret halindeki üçüncü kişiyi kurtarma. Aslında böyle bir düzenlemeyi, onun tarihi gelişimine ineksizin, salt hukuk mantığıyla açık-

³⁴ Ceza normu ve ceza Kanunu hükümleri birbirlerinden ayrı şeylerdir. Çünkü ceza hükümleri kavramı, çok zaman, gerçek norm kavramıyla çakışmaktadır. Norm, belirli cezaî hüküm ve neticeler getirmeğe elverişli bir fiili açıklamaya yeterli ve gerekli bütün özel ve genel hükümlerin bir tertibinden ortaya çıkar (Vannini, La norm penale, Riv. Pen. İt. vol. s. 50). Hüküm (disposizione) kanun yapma tekniğinin zorunlu bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Başka bir deyimle, bir veya birden çok normun, bir esas dahilinden organik bir metinde yer almaları hükme vücut verir. «Kanun hükmü» ile «ceza kuralı» arasında anlamca fark vardır» «hüküm daima bir metne bağlılığı ifade eder...» (Erem, age. GH. Cilt II s. 63).

³⁵ Bk. Anayasa Md. 125; ACK. md. 41/2; Polis vazife ve Selâhiyetleri Kanunu md. 2/B. Anayasa Mahkemesi Kararı. 8.7.1963, E. 63/204, K. 63/179, Resmî Gazete 13.11.1963; 16.7.1965 tarih ve 694 sayılı Kanun.

lamaya imkân yoktur. Gerçekten zaruret kavramı, başlangıçta, karşısında dayanılmaz güç yahut mücbir sebepten (=forza maggiore) doğan bir tür «manevî cebir» olarak düşünülmüştür. 1808 tarihli Napoli Kanunu mücbir sebepten söz etmektedir. 1819 tarihli Napoli Kanunu ve öteki İtalyan Kanunları «karşı koyamayacağı bir gücün egemenliğine boyun eğen kimsenin fiilinin suç olmayacağını hükme bağlamışlardır. İleriki yıllarda, bu tür bir tanzimin kötüye kullanılması söz konusu olduğundan, yeni yasamalarda başka tanzim şekilleri düşünülmüş ve bunun bir sonucu olarak da, kanunumuza mehzaz olan İtalyan Ceza Kanununun 49, 50 ve 51. maddesi hükümleri doğmuştur.³⁶ Ancak dikkatle incelendiği takdirde, TCK. 49. maddesi hükmünde öngörülen hallerden sadece meşru müdafaa ve zaruret halinin zaruret kavramıyla ilgili olduğu görülür; ötekiler bu kavramın dışındadırlar.³⁷ Gerçekte, bunlardan biri, zaruret hallerinde savunma esasına dayanırken, ötekisi ağır bir tehlike karşısında zarurettten kurtulma esasına dayanmaktadır. Böylece bizzat ceza hukukuna ait olan bu iki hal, tüm hukuk sistemi yönünden ortak ve genel bir ilkenin esası olarak değerlendirilip genelleştirilmiştir. Her ikisi de, kendilerini aynı sistematik görüş altında birleştiren ortak bir yöne sahiptirler: Zaruret. Zaruret nedeniyedir ki, başkalarının hukukî varlıklarının zarara uğramaları, her iki halde de, meşru görülmektedir. Zarara katlanacak «süje» nin farklı olması —birinde mütecavizin bizzat kendisi, ötekinde üçüncü bir kişi— nedeniyle, bir halde meşru müdafaa, ötekinde zaruret hali olarak saptanan zaruretin doğurduğu değişik durumlar ortaya çıkar.³⁸

TCK. 49. maddesi üçüncü bendinde teknik anlamda zaruret hali düzenlenmiştir. Madde hükmü, «nefsini ve gerek başkasını... bir tehlikeden muhafaza etmek zarureti»ni öngörmekle, bir hükümde organik ortak yönleri olan iki ayrı norma vücut vermiştir: Zaruret hali ve üçüncü kişiyi kurtarma. Öte yandan, TCK. nun 126/2. maddesi hükmü, zaruret halinin özel bir şeklini öngörmektedir.³⁹ Söz ko-

³⁶ Mirto, agm. s. 1015

³⁷ Gerekçe için Bk. Mirto, agm. s. 1015 vd.

³⁸ Mirto, agm. s. 1016; Zaruret hali ile meşru müdafaa için Bk. Erem age. GH. Cilt II s. 42; Alacakaptan, age. s. 98; Toroslu, age. s. 81 vd.

³⁹ I - Erem. Türk Ceza Hukuku, Cilt II, Hususi Hükümler, Ankara, 1965 s. 23; II - TCK. 476/2 Mecruh ve sair tehlikede bulunan bir kimseye yardım (Omisione di soccorso, İCK. 389/2 YICK. 593/2) 1879 tarihli Zanardelli Kanunu, 389/2. madde hükmünün uygulanabilmesini, kişisel tehlike yahut bir zararın yardımıda bulunan için doğmaması koşuluna bağlamakla özel bir hukuka uygunluk nedeni ortaya koymuştur. Bu gibi hallerde, Pessina'

nusu hükümlerden şu davranış biçimleri çıkmaktadır : 1 — Zaruret halinde, kendini kurtarmak için, kanunen suç sayılan bir fiilin işlenmesi; 2 — Zaruret halindeki bir kimseyi kurtarmak için, kanunen suç sayılan bir fiilin işlenmesi. Görüldüğü gibi, ortak yönleri olan birden çok norm —TCK. 126/2. madde hükmü bir yana— tek bir genel hükümde ifadesini bulmaktadır.

12 — Zaruret halini düzenleyen hükümlerin yapı çözümlemesi : TCK.nun 49. maddesi üçüncü bendi aynı müessesenin iki ayrı yönünü birlikte hükme bağlamıştır : Kendilerini zaruret hali içinde bulan «süjelerin» saptanması; failin, aracılığıyla kendisini veya üçüncü kişiyi kurtardığı zarurî fiilinin saptanması. Öte yandan, dikkat edildiğinde görülür ki, mazur görülen veya hukuka uygun addedilen sadece zaruret halinde işlenmiş zarurî fiildir. Bu da göstermektedir ki, zaruretle zarurî fiil arasında, sonuncunun göz önüne alınabilmesi için öncekinin varlığını öngören bir ilişki söz konusu olmaktadır. Öyleyse zaruret hali müessesesinin çekirdeğini, zarurî kılınmış olan durum teşkil etmektedir. Başka bir deyimle, gerek üçüncü kişiyi kurtarma, gerek dar anlamda zaruret hali, zarurî kılınmış durum üzerine oturmaktadır. Buradan hareketle iki müesseseyi açıklayabilecek norma temel fikirlerin, ancak zarurî fiilin bağlı olduğu zarurî kılınan durumdan çıkarılabileceğini ileri sürmek, şimdiye dek izlenen yola hiç de ters düşmemektedir.

Açıktır ki, kendini koruma içgüdüğü kökenine dayalı hakkaniyet ilkesinden esinlenen kuramlar, failin bizzat kendisini kurtarmak için içinde davranış göstermeye zorlandığı durumları açıklar nitelikteyseler de, zaruret halindeki üçüncü kişiyi kurtarma müessesesini açıklamakta yetersizdirler.⁴⁰ Bir düşünceye göre, üçüncü

ya göre, özellikle, kimseden kahramanlık beklenemez (Pessina E. Il Nouova Codice Penale Italiano, Milano, 1890 s. 376). Ancak, herkesten kahramanlık beklenemeyeceği esasına dayanarak bu hukuka uygunluk (mazeret) nedeni gerek yeni İtalyan Ceza Kanununda, gerek TCK 476/2. madde hükmünde yer almamıştır. «Mümkün olan yardım» kavramından hareketle ortada bir hukuka uygunluk (mazeret) nedeninin olduğu da ileri sürülemez. Çünkü, kanunumuz «kurtaran yönünden şahsi bir zarar yahut tehlike doğmadığı hallerde» (= quando ciò non lo espongono a danno o pericolo personale) ibaresini benimsemeksizin sadece mümkün olan yardım (=assistenza occorrente) dan söz etmiştir. Bu da göstermektedir ki, madde hükmü bünyesinde bir hukuka uygunluk (mazeret) nedenine yer vermek istememiştir. Söz konusu hüküm, bu yönüyle YICK. 593/2. madde hükmüyle paralellik göstermektedir.

⁴⁰ Molari, age. s. 101; Bk. Birinci Bölüm

kişiyi kurtaran, kurtardığı kimse yararına hareket edebilmek, yetkisini kullanmaktadır. Çünkü, uygun bir toplumda, tüm insanlara yardım ve dayanışma bir ahlâk ödevidir.⁴¹ Üçüncü kişiyi kurtarma müessesesi karşısında bu görüşü benimsemek imkânsızdır. Çünkü ahlâkî ödevlerle, söz konusu görüşe temel olan kendini koruma içgüdüğü arasında herhangi bir bağıntı yoktur. Kaldı ki, ahlâk içgüdülere hâkim olmayı önerir. Öte yandan üçüncü kişiyi kurtarma müessesesini bu görüş altında açıklamaya çalışmak, daha başlangıçta onun dar anlamda zaruret halinden ayrı olduğunu kabul etmektir. Bu da, içgüdüye dayalı norma temel fikir dışında, tamamen başka bir temel fikir arama zorunluluğunu ortaya koyar.

Üçüncü kişiyi kurtarma müessesesini TCK. 476/2. madde hükmünden hareketle açıklamak eğiliminde olanlar da doktrinde mevcuttur. Bunlara göre norma temel fikir «diyergamlık» görevidir. Bunun bir sonucu olarak zarurî fiil pasif süjesi fiile katlanmak mecburiyetindedir. Öyleyse fiil meşrudur.⁴² Zaruret haline gelince; o, bazan bir hakkın kullanılmasının özel bir şeklidir, o halde mahiyeti gereğince meşrudur; yahut bazan hukuka aykırı bir fiil olmasına karşın, cezalandırabilmeye etken bir nedendir, o halde mazur görülmektedir. Bu anlayışa kanunun sistematik yorumundan varılmaktadır.⁴³ Aslında zaruret hali ve üçüncü kişiyi kurtarma müesseselerini açıklamakta farklı iki ilke önermek çözüm kolaylıkları getirebilir. Fakat önerilen ilkelerin müesseseler karşısında ve hukuk sistemi içinde tutarlı olmaları gerekir. Hemen belirtelim ki, zaruret hallerinin cezalandırılabilmesiyle değil de, bizzat suçla ilgili olduğu doktrinin büyük bir kesimince kusursuz kabul edilmektedir. Sonra, zaruret halleriyle, bunlardan tamamen farklı olan kanun hükmünün veya yetkili merciiden verilmiş olan bir emrin icrası müesseselerini bir genellik-özellik ilişkisi içinde görmeye imkân yoktur: Bir norma uygun olarak açıklandığı için bizzatihi meşru olan muamele, bir icra yetkisi verirken veya be-

⁴¹ Manzini, age. Cilt II. s. 409

⁴² Frosali, agm. s. 77

⁴³ Frosali, *Liceità e illiceità dei fetti levisi necessitati*, Archivio penale, Roma 1948, fasc. I s. 77 vd; Bir hukuk normunun bir süje yararına bir başka süjeye yardım zorunluluğu yüklediği hallerde, bu, o kimse için fedakârlığı da gerektirirse, gerçekleştirilen zarurî fiil, 51. madde anlamında kanun hükmünü icra sayılmak gerekir (Frosali, *sistema penale Italiano*, Vol II, Torino, 1958, s. 337). Yazara göre YİCK'nun 593. madde hükmü de bu niteliktedir (Frosali, agm. s. 77).

lirli bir ödev yüklerken, kalkıp meşruiyeti salt fiilde aramak gereksizdir.⁴⁴ Kanun ve emirlerin yerine getirilmesi zorunluluğunun ortaya koyduğu zaruret, zaruret halleriyle karıştırılmamak gerekir; çünkü, bu müesseselerden her biri bir başka ilkenin ürünüdür.⁴⁵ Üçüncü kişiyi kurtarma müessesesinde norma temel fikre gelince; bunun «diyergamlık» olacağını sanmıyoruz. Her şeyden önce, o, teknik değil, tersine siyasi bir kavramdır: Hukuk düzeninin yurttaşlardan karşılıklı olarak diyergamlık beklemesi ve bunu sağlayıcı tedbirler alması, eşyanın tabiatının zorunlu kıldığı bir düzenlemeden farklıdır. Bunun doğal bir sonucu olarak denebilir ki, üçüncü kişiyi kurtarma müessesesinin amacını yurttaşın özgeci eğitimini sağlamaya bağlamak, onun niteliklerini bozmak ve teknik bir müesseseyi siyasileştirmek anlamına gelir. Oysaki o, bunun dışındadır ve amacı, sadece hukukça korunan varlıklara himaye sağlamaktan ibarettir. Buna karşılık TCK.nun 476. maddesi ikinci fıkra hükmü, tam tersine, yardımlaşma duygusunu, hatta bazı hallerde cesareti, yurttaşlık görevi düzeyine çıkararak güçlendirmek amacını güden, ceza hukukunun eğitici görevinin (= missione) bir ifadesidir.⁴⁶

Öte yandan hukuk normu salt emir olarak da düşünülemez; o aynı zamanda bir değer hükmüdür de.⁴⁷ Bu niteliği nedeniyle her norm, bir yandan, Devletin amaçlarını göz önüne alarak, değerlendirmede üstün saydığı varlıklara, bu nitelikte görmedikleri karşısında daha üstün bir himaye sağlarken, öte yandan, insan davranışlarından hangilerinin Devletin amaçlarıyla ters düştüğünü de belirler. Başka bir deyimle, bir davranışı değerlendirmek, aynı zamanda bizzat onun konusunu teşkil eden şeyi de değerlendirmektir. Gerçekten, ancak bu doğrultuda düşünüldüğü takdirde ki, tedavi nedeniyle tıbbi müdahaleyi gerektiren çocuk aldırma (= aborto terapeutico) ve benzeri durumları, zaruret halindeki üçüncü kişiyi kurtarma müessesine bağlayarak açıklayabilmek mümkün olmaktadır.⁴⁸

⁴⁴ Mirto, agm. s. 1015

⁴⁵ Ayrıntılı bilgi için Bk. Mirto, agm. s. 1015 vd.

⁴⁶ Antolisei, age. Parte speciale, vol I. s. 102

⁴⁷ Antolisei, age. P. G. s. 29 vd; Erem, s. 63, Toroslu, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukukî Kanusu, Ankara, 1970, s. 217 vd.

⁴⁸ Molari, age. s. 101; Antolisei, age. Parte speciale, vol I s. 88; Pannain, Manuale di diritto penale PS. Torino, 1957, Vol II s. 553 vd; Zuccola, L'aborto, Enciclopedia del diritto, Milano, 1958, s. 135; Gurzon, Dell'aborto terapeutico, Archivio penale 1960, Vol XVI. Facs. 9-10 s. 160; İtalyan Yargıtay Kararı: Cass. Ser. III, 8 Ottobre 1957, giustizia penale 1958, II, s. 245, n. 197»

13 — Tehlikeye göğüs germe yüklemine bulunmaması: Doktrinde, tehlikeye göğüs germe yüklemine bulunmaması⁴⁹ koşulu- na yer veren bir hukuka uygunluk (mazeret) nedenini, inesigibilità ve hatta çatışma kuramıyla, uygun düşmeyeceği ileri sürülmüştür. Denmiştir ki, tehlikeye göğüs germekle yükümlü kimse, tehlikede- ki kimseden daha az değerli değildir. Bu nedenle, zaruret hali ve üçüncü kişiyi kurtarma müesseselerini çatışma kuramıyla açıkla- mak mümkün olmamak gerekir. İnesigibilità'ya gelince: o, önce- likle söz konusu müesseselerin mantığıyla ters düşer; çünkü kah- ramanlık beklememeyi ilke edinmiş bir hukuk sistemi, sıfatı ne olursa olsun, tehlike karşısında, hiç kimseden fedakârlık bekleme- mek zorundadır.

Aslında itirazlar, tehlikeye göğüs germe yükümünün hukukî mahiyetini ihmal ettikleri için, olumsuz sonuçlara varmışlardır. Unutmamak gerekir ki çatınmakta olan iki menfaat karşısına, teh- likeye göğüs germe yükümlülüğünün bir sonucu olarak üçüncü bir menfaat çıkmaktadır. Bu halde çatışma, çatışma halindeki iki menfaatle üçüncü bir menfaat arasındadır. Kamu görevlisi olmak nedeniyle tehlikeye göğüs germekle yükümlü olan kimsenin zarur- et halinden yararlanamaması, yapmakla yükümlü kılındığı görev- in bir gereğidir.⁵⁰ Tehlikeye göğüs germe yükümünün söz konu- su olduğu hallerde, kanun koyucu, bu yükümle zorunlu kılınan kimseye ilişkin menfaatleri, çatışmakta olanlar karşısında daha az önemli gördüğü için değil, toplumsal düzeni sağlamakta Devle- tin üstün çıkarı olduğu için, görevliyi zaruret halinden yararlan- dırmamıştır. Öte yandan, başlıca görevlerinden biri toplumsal dü- zenin sağlamak olan her hukuk sisteminin, bu görevin yerine geti- rilmesiyle görevli kılınan herkesten, görevin gereği olan bir feda- kârlığı istemeye hakkı vardır. Tersini düşünmek hukukun görevi- ni inkâr anlamına gelir.⁵¹ Gerçekten, tehlikeye göğüs germe yükü- münün söz konusu olduğu hallerde, zaruret halinden yararlan- mama nedenini, herkeste bir kahraman olma yeteneği aranmasın- da değil, olsa olsa ondan tamamen farklı, yüksek toplumsal men-

⁴⁹ Alacakaptan, age. s. 100 «TCK. böyle bir koşuldan söz açmamıştır. Ne var ki, başka bir hukuk kuralı tarafından, tehlike halinde onu karşılamak, et- kisiz kılmakla yükümlü kılınmış bir kimsenin, tehlikeden kurtulmak için suç işlemesinin onu ceza sorumlundan kurtarmaması doğaldır. Böyle bir kural Askeri Ceza Yasasının 46. maddesinde yer almıştır»; Toroslu, age. s. 138 vd.

⁵⁰ Molari, age. s. 114; Carnelutti, Lezioni, s. 115; Contieri, Lo stato di neces- sità, Milano, 1939, s. 64.

⁵¹ Krş. Alimena, age. s. 150, 155.

faatlere varma mülâhazasıyla kahramanlık emredilmesinde aramak gerekir⁵² görüldüğü üzere, tehlikeye göğüs germe yükümü koşulu, çatışma kuramıyla olduğu kadar inestigibilità kuramıyla da ters düşmemektedir.

Ü Ç Ü N C Ü B Ö L Ü M

ZARURET HALLERİNİN GÖREVSEL NİTELİKLERİ VE SUÇ KURAMINDAKİ YERLERİ

14 — Genel olarak : TCK. 49/3. madde hükmünden hareketle, geniş anlamda zaruret halini düzenleyen normların esinlendikleri temel fikirlere varmanın, mümkün olmadığı ortaya konulmaya çalışıldı. Belirtelim ki, çelişkisiz bir sistemi oluşturmak, ancak, zarureti düzenleyen normların esinlendikleri temel fikre varmak ve onların, suç koyan normları, başka bir deyimle suçu ne yolda etkilediklerini, dolayısıyla temel fikirle normun görevsel niteliği arasında herhangi bir çelişkinin olup olmadığını saptamakla mümkündür. Bu, öncelikle, hukuka uygunluk (zaruret) nedeninin etki biçimini araştırmayı zorunlu kılar. Zaruret hallerinin hukukça meşru veya mazur görülmesi, bunları düzenleyen normların esinlendikleri temel fikirlerle ilgili olduğu halde, zaruret hallerinin görevsel niteliği, yani etki biçimi onların suç kuramındaki yerleriyle ilgilidir. Ancak norma temel fikrin (=ratio), daima görevsel niteliği belirleyeceğini de gözden ırak tutmamak gerekir.

15 — Zaruret hali ve üçüncü kişiyi kurtarma müesseselerinin görevsel nitelikleri : Zaruret hali ve zaruret halindeki üçüncü kişiyi kurtarma müesseseleri, doktrinimizdeki hâkim fikre göre, nesnel (=objektif) nitelikte birer hukuka uygunluk (zaruret) nedenleridir.¹ Ancak belirtelim ki, Ceza Kanunumuzda hukuka uygunluk nedeninin objektif nitelikte olduklarını gösteren bir norma rastlanmamaktadır.² Bu nedenle, norma temel fikirle normun görevsel

⁵² Molari, age. s. 114.

¹ Kunter, Suçun kanunî Unsurları Nazariyesi, İstanbul, 1949, s. 152; Dönmezer-Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku. İstanbul, 1965, Cilt II/I, n. 699; Erem, age. Cilt II s. 4. Bununla birlikte yazar, zaruret halini kusurluluk üzerine etki eden bir «mazeret sebebi» olarak görmektedir ki, görüş yazarın sistemi içerisinde tutarlıdır (s. 41, krş. 3); Alacakaptan, age. s. 86; Toroslu, age., s. 157 vd).

² Yeni İtalyan Ceza K. 59. maddesi, hukuka uygunluk nedenlerinin objektif nedenler olduğunu öngörmektedir (Bk. Antolisei, age. PG. s. 202; Molari, age. s. 33; Krş. Musotto, age. s. 86, 183; Petrocelli, La Concezione norma-

niteliği arasında, dogmatik hukukun gereği herhangi bir bağlantı kurmak da mümkün değildir.³ Bununla birlikte, hâkim kanaati benimsemek için herhangi bir neden de mevcut değildir. Kaldı ki, bu halde, TCK. 49/3. madde hükmü karşısında, normun görevsel niteliğiyle norma temel fikir arasındaki bağlantıya varmak mümkün olamamaktadır. Zaruret hali, 49/3. madde hükmü karşısında, çatışma kuramıyla olduğu kadar inesigibilità ile de ters düşmemektedir. Öte yandan, üçüncü kişiyi kurtarma müessesesi, inesigibilità dan çok, çatışma kuramıyla uyuşur niteliktedir. Her iki hali bir tek temel fikre bağlamanın imkânsız olması bir yana⁴ normun kökeninin öznel bir kuramda bulunması halinde de, sorun çözülememektedir. Çünkü norm, temeli yönünden öznel (=subjektif) bir kurama otururken, etkileri yönünden nesnel (=objektif) nitelik göstermektedir. Böylece ortaya şu çelişki çıkmaktadır: Kökeni itibariyle öznel kuramlara dayanan bir mazaret nedeni, etkileri yönünden nasıl olur da nesnel bir nitelik gösterir. Bir an için, öznel kuramlardan esinlenen bir hukuka uygunluk (mazeret) nedeninin nesnel nitelikte bir etki gösterebileceği kabul edilmiş olsa bile, gene nihaî bir çözüme gidilememektedir. Çünkü bir hukuka uygunluk (mazeret) nedeninin görevsel niteliği, bir bakıma üzerine etki ettiği suç unsuruna göre şekil almaktadır. Zaruret hallerinin görevsel niteliğini belirleyen bir hüküm ceza kanunumuzda yer almadığına göre, konuyu bu sonucu şekilde ele alarak çözümlemelere gitmek zorunludur.

16 — Cezalandırabilme ve zaruret halleri: «Zaruret hali ve üçüncü kişiyi kurtarma müesseselerinin cezalandırabilme (=punubilità) veya onun bir ögesiyle ilgili olmadığı, doktrinde genellikle

tiva della colpavolerza, Rivista Italiana di diritto penale, 1949, s. 24; Aynı yazar, La Colpevolerza, Padova, 1962, s. 99).

³ Bu konuda, sayın Prof. Erem'in görüşünü ilginç ve bizi destekler nitelikte bulmaktayız. «Mazeret sebepleri bakımından iki kural karşılaşır; birincisi fiili suç sayan, ikincisi —belli şartlarla— fiili suç olmaktan çıkaran kuraldır. O halde mazeret sebepleri objektif niteliktedir age. Cilt II. s. 3 vd.

⁴ Krş. Toroslu, age. s. 47 vd, 166 Yazar, üçüncü kişiyi kurtarma müessesesini muhafaza insiyaki ile açıklamaya imkan olmadığını belirttikten sonra; bu halde, üstün değer kurtarılmasının söz konusu olduğu sonucuna varmaktadır. Ancak «netice olarak kanunumuzun zaruret haline, esas itibariyle nefsi muhafaza insiyakına istinat ettirdiğini kabul etmekle beraber, bunun tatbik sahasını tesbit hususunda hakların çatışması nazariyesini de göz önünde bulundurduğu» kanaatindedir. Alacakaptan, age. s. 99.» Zaruret halinin bir hukuka uygunluk nedeni sayılması... nedeni... toplumsal açıdan bir zararın bulunmamasıdır. Öte yandan, her insanda bulunan kendini koruma içgüdüsüne değer vermeyen bir hukuk gerçekçi

benimsenmektedir.⁵ «Ceza verebilmek imkânının suçların unsuru sayılması mantıkî değildir... mazeret sebebinin mevcudiyeti halinde «ceza verilmez» (TCK. 49) kaydı genel nitelikte bir deyimdir».⁶ Bu nedenle bir hukuka uygunluk (mazeret) nedeni olan zaruret halleriyle, cezalandırabilmeye etki eden nedenler arasında herhangi bir ilişki söz konusu olmamaktadır.⁷

17 — Suçun öğeleri yönünden zaruret halleri : Doğmatik hukukla bağlı kalmaksızın, zaruret hallerinin kusurluluğa veya hukuka aykırılığı etki ettiğini savunmak her zaman mümkündür. Ancak, çözümlemelere varmada salt zarurî fiilden hareket etmek, zarurî fiil faili ve zarurî fiil - zarurî fiil failinden hareket etmekle aynı şey olmamak gerekir : İlki, hukukun, genellikle nesnel bir anlayışına, götürürken; ikincisi, hukukun öznel ve sonuncusu, öznel-nesnel anlayışını zorunlu kılar. Soruna, ister fiil, ister fail, isterse fiil- fail açısından bakılsın konu hep aynı kalacaktır : Zaruretin zorunlu kıldığı fiil niçin meşrudur veya niçin faili mazur görülmektedir? Bunu açıklamak, ancak zaruret halini açıklayan kuramlara inmek ve öte yandan, onları doğmatik hukuk açısından değerlendirmekle mümkündür.

I — Zaruret hallerinin, manevî cebir nedeniyle isnadiyete etki ederek suçun unsurlarından kusurluluğu ortadan kaldırdığını ileri sürülmüştür.⁸ Önce de belirtildiği gibi zaruret kişi iradesine etken olmakla birlikte, onu kısmen veya tamamen ortadan kaldıran bir etmen olarak ceza hukuku sistemimiz tarafından kabul edilmiş

olamazdı». Bu gözlem dahi TCK. 49/3. madde hükmünün tek bir temel fikre oturması zorluğunu açıkça ortaya koymaktadır.

⁵ Contieri, age. s. 116 vd; Bettiol, Diritto penale s. 705, 247, 169; Antolisei, age. P. G. s. 552; Vassalli, La Potestà punitiva, Milano 1942, s. 374, 377 ve dipnot; Erem, age. Cilt II. s. 5; Toroslu, age. s. 66 vd. Zaruret hallerinin cezalandırabilmeye etki ettiğini savunanlar arasında Bk. Battaglini, Diritto penale, PG. 1940, s. 119; Gli elementi del reato nel nuovo codice penale, Annali di diritto e procedura penale, 1943 i Cavallo, L'esercizio del diritto nelle teoria générale del reato, Napoli, 1939, passim; Frosali, agm. s. 78; Sistema penale Italiano, Torino, 1958, Vol II. s. 328 vd; Altavilla, Manuale di diritto penale P.G. Napoli 1934, s. 100, 110; Lo Stato di necessità, Nuovo digesto Italiano, Torino, 1939; Beling'in görüşleri için Bk. Contieri, age. s. 114 vd; Toroslu, age. s. 62 vd.

⁶ Erem, age, Cilt II. s. 5

⁷ Bk. Toroslu, age. s. 66 vd; Kunter, age. s. 181.

⁸ Carrara, age. § 283, 284 vd; Florian, Trattato di diritto penale Milano, 1934, P.G. s. 541. Yazar Yeni İtalyan Ceza Kanunu karşısında zaruret hallerinin hukuka aykırılık üzerine etki ettiğini söylemektedir (Trattato, s. 542).

değildir.⁹ Kaldı ki 49/3. madde hükmü zaruret halindeki kimsenin zarurî fiili işlerken isnat yeteneğine sahip olmasını öngörmektedir.¹⁰ Kanun hükmü «...işlenen bir fiilden dolayı... ceza verilmez» demekle fiilin, kanun tarafından suç sayılmasını öncelikle kabul etmiştir. Zaten fiil ceza kanununun bir hükmünü ihlâl niteliğinde değilse ortada zaruret var, fakat kanunun anladığı anlamda bir zaruret hali yoktur.¹¹ Öyleyse manevî cebir kuramından hareketle, zaruret hallerinin kusurluluğun bir ögesini kaldırdığını ileri sürmek ve böylece ona öznel nitelikte bir görev yüklemek mümkün değildir.

II — Zaruret hallerinin, kusurluluğun normatif anlayışı gereğince, suçun kusurluluk ögesini ortadan kaldırdığı ileri sürülmektedir.¹² Bu anlamda kusurluluk bir değer yargısıdır; genellikle öznel bir konuda verilen nesnel nitelikte bir yargıdır.¹³ İşte sadece bu anlamda, öznel nitelikteki kuramlardan esinlenen her hangi bir normda, normun esinlendiği ilkeyle onun görevsel niteliği arasında, her hangi bir çelişki söz konusu olmamaktadır.

TCK. 49/3. madde hükmünde iki ayrı müessese düzenlenmektedir. Bu iki müessese benzer ve ortak yönleri yanında, onları kesinlikle birbirlerinden ayıran farklı yönleri de sahiptirler. Durum bu olduğuna göre, nasıl olurda gerek zaruret hali, gerek üçüncü kişiyi kurtarma müessesesi suçun kusurluluk ögesine etki eder. Bir anlayış, onları sosyal faydanın yokluğu kuramıyla açıklamakla birlikte, bir üst kavram olarak benimsenen manevî cebir ilkesinden hareketle, bu hallerde suçun kusurluluk ögesinin ortadan kalkacağını ileri sürerken;¹⁴ başka bir anlayış, bu iki müessesenin aynı şey

⁹ Bk. Birinci Bölüm

¹⁰ Erem, age. Cilt II. s. 40; Toroslu, age. s. 51 vd; Antolisei, age. P.G. s. 219; Contieri, age. s. 105; Pergola, agm. s. 410; Musotto, age. s. 184

¹¹ Contieri, age. s. 105; Pergola, agm. s. 410; Alacakaptan, age. s. 101; Erem, age. Cilt II s. 47; Toroslu, age. s. 145.

¹² Bk. Mezger, age. s. 380, 384; Velzel, agm. s. 68 vd; Delitala, *Il fatto nella teoria generale del reato*, padova, 1930, s. 22; Bettiol, *Il problema*, s. 110; Musotta, *Colpevolerza, dolo e colpa*, Palermo 1939, s. 185 vd; Scarano, age. passim; Alimena, *i principi*, s. 590; Erem, age. G.H. Cilt II s. 3, Cilt I. s. 462 vd; Krş. Alacakaptan, age. s. 85.

¹³ Mezger, age. s. 264,

¹⁴ Bettiol, *Dir. Pen.* s. 238 vd. Krş. *Il problema* s. 110. Yazar norma temel fikir olarak çatışma kuramını benimser. Ancak zaruret halleri ve öteki benzer haller, hukukta, manevi cebirin değişik tondaki yansınılarıdır. Tüm bu hallerde kusurluluk hakkındaki yargıda esas olan normal bir «motivazione» failin kişiliğinde gerçekleşmemektedir. Tehlike tehdidinin manevi sorumluluğu ortadan kaldıracak bir ağırlık kazanması halinde, nefsi-

olmadıkları yargısına dayanarak, zaruret halinin kusurluluğu, buna karşılık, üçüncü kişiyi kurtarma müessesesinin hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığını savunmaktadır.¹⁵ Hatta, üçüncü kişiyi kurtarma müessesesine inandırıcı bir çözüm getirmeksizin, tüm zaruret ve benzeri hallerin, inesigibilità nedeniyle, suçun unsurlarından kusurluluk üzerine etki ettiğini ileri sürenler de küçümsenemeyecek kadar çoktur.¹⁶ Birbirlerine ters düşen bu kadar fikir ayrılığı karşısında, söz konusu iki müesseseyi aynı ilkede birleştirme çabaları, olsa olsa gereksiz bir zorlamadır. Hukukçunun başlıca görevi elbette dogmatik hukukun bir sistematığına varmaktır. Ancak bu, temelde birbirinin aynı olmayan iki müesseseyi tek bir ilkeye bağlama zorunluluğunu yükleyemez. Ters, dogmatik hukukun evrimini inkâr olur. Kaldı ki, sistem çelişkileri ne kadar çok uymulama alanına yansırı, o kadar çok hukukun değişme ve gelişme olanakları doğar.

Kusurluluk ister normatif, ister psikolojik,¹⁷ isterse formel — normatif¹⁸ açıdan alınsın, TCK. 49/3. madde hükmünden hareketle norma temel fikirler saptanmadığı sürece, varılacak yargılar kişi-

ni veya başkasını kurtarmak için hareket eden kimse, bu nedenle, sorumlu tutulmamaktadır. Yazara göre bu halde dahi sorun, nihai bir çözüme kavuşturulmamakta ve hep aynı kalmaktadır: Zaruret hallerinde, zaruri fiilin hukuka uygunluğu mu, yoksa zaruri fiil failinin kusurlu görülmemesi mi söz konusudur (Diritto Penale s. 240). Görüldüğü gibi bu anlayışta manevi cebir kuramı, çatışma kuramına nazaran düzenleyici bir üst kavram niteliğindedir. Bu halde dahi üçüncü kişiyi kurtarma müessesesi açıklanamamaktadır. Çünkü «normal bir motivasyonun» yokluğu, nefsinin kurtaran için söz konusu olmakla birlikte üçüncü kişiyi kurtaran yönünden ileri sürülemez.

¹⁵ Mezger'den naklen Contieri, age. s. 107; Mezger, age. s. 384 vd. Krş. 248 vd. 260, 385; Welzel, agm. s. 68. Yazara göre kurtarma hareketleri haklı amaç için uygun araç olmaları nedeniyle meşrudurlar. Oysa bunun dışındaki hallerde failden hukuka uygun bir karar alma beklenemeyeceğine göre, fiilinden ötürü mesul görülür.

¹⁶ Scarano, age, Passim, özellikle s. 70-71; Musotto, age, s. 158. 181. 183, 184 vd. İki yazar aynı sonuçlara varmamakla birlikte, her ikisi de, zaruret hallerinin, inesigibilità nedeniyle, suçun kusurluluk ögesi üzerinde etki ettiği yargısında dırlar.

¹⁷ Zaruret hallerinin etkilerini kusurluluğun psikolojik anlayışında bulanlar sorunun çözümünü genellikle isnat yeteğneinde aramaktadırlar. Isnat yeteneğinin suçun bir ögesi sayılamıyacağı gerçeği bir yana, zaruret hallerini kusurluluğun psikolojik anlayışına bağlamaya imkân yoktur. Çünkü, üçüncü kişiyi kurtarma müessesesini kusurluluğun psikolojik anlayışıyla bağdaştırmak mümkün değildir (Krş. manevi cebir halleriyle zaruret hallerinin isnadiyete etki ettiğini savunan görüşler).

¹⁸ Petrocelli, La Colpevezza, Padova, 1962. s. 20 vd.

sel tercihler olmaktan öteye geçemeyecektir. Eğer zaruret hallerinin esinlendiği temel fikir çatışma kuramıysa, mantığının bir gereği olarak nesnel nitelikte olacağından, asla suçun öznel bir yönünü hatta bu nesnel bir değer yargısı niteliğinde de olsa, etkilemeyecektir. Aynı şekilde, kendisinden esinlenen temel fikir öznel nitelikteyse, bu halde, suçun nesnel yönüyle etkileneceği ileri sürülemez. TCK. 49/3. ve 126/2. madde hükümleri içinde kalınarak bir yargıya varılmak istendiğinde ortaya şu gerçek çıkmaktadır: Hükümden hareketle norma temel fikre varmaya imkân yoktur. Ancak, denebilir ki; öznel kuramlar, genel ve özel zaruret halini, oysa çatışma kuramları, zaruret halindeki üçüncü kişiyi kurtarma müessesesini daha iyi bir biçimde açıklar niteliktedirler. Ceza hukuku sistemimizde zaruret hallerinin görevsel nitelikleri hükme bağlanmadığına ve TCK. 49/3. madde hükmünden de bu konuda yararlanmak mümkün olmadığına göre, zaruret halindeki üçüncü kişiyi kurtarma müessesesinin suçun kusurluluk ögesi üzerine etken olabileceğini savunmak mümkün olmamak gerekir. Kaldı ki zarurî fiilin hukukça meşru veya mazur görülmesi, onun suç teorisindeki yeriyle aynı şey değildir: İkinci hep birinciye göre şekillenir. Bunun bir sonucudur ki, zaruret halinde işlenen fiillerin, aslında Ceza Kanununun bir ihlâli olmalarına karşın, niçin suç sayılamıyacaklarını açıklayan kuramlar doğmuştur. Başka bir deyimle, yasakladığı bir davranışa, kanunun bir başka normla izin vermesini açıklayan nedenler, «tabiri caizse», suçu oluşturan ögelere istisna koyan normların etki biçimlerini açıklayan nedenlerden farklıdır. Bunlardan ilki, normun doğumu evresiyle ilgiliyken, ikincisi, doğum sonrası evreye ait olup suçu belirleme ve nitelendirmeye ilişkindir.

III — Hukuka aykırılık, çağdaş doktrinde, hukuka uygunluk nedenlerini, bu arada azruret halini, uygun bir dogmatik sisteme kavuşturma zorunluluğundan doğmuştur.¹⁹ Ancak, mahiyeti ve suç kuramındaki yerine ilişkin çatışmalar bugüne dek son bulmuş değildir. Doktrinde hukuka aykırılık salt nesnel anlamda alındığı kadar,²⁰ salt öznel anlamda da alınmaktadır.²¹ Hukuka aykırılığı suçun bir ögesi değil özü olarak niteleyenler yanında²² hukuka aykırılıkta nesnel ve öznel yönlerin, aslında birbirlerinin aynı olmamalarına

¹⁹ Dell'andro, L'antiquiridicità, Enciclopedia del diritto, 1958, Vol I. s. 542.

²⁰ Delitala, age. s. 15 vd.; Bettiol, Dir. Pen. 247 vd; Mezger, age. s. 181 vd; Vassalli, La potestà, s. 305; Alacakaptan, age. s. 81 vd.

²¹ Petrocelli, L'antiquiridicità, Padova, 1959, passim, La Colpevolezza, s. 50 vd.

²² Rocco, L'oggetto, s. 475; Antolisei, age. P.G. s. 139; Nuvolone, age. s. 16; Ranieri, Manuela s. 128, Vannini, Manuale, s. 140.

rağmen, karşılıklı olarak birinin ötekini belirlediğini; bu nedenle, hukuka aykırılığın hukuka göre «negatif» bir kavram olduğunu; bunun bir sonucu, onun sadece fiile (= atto) ilişkinliğini ileri sürerler de mevcuttur.²³ Hatta hukuka aykırılığı «insanlığa aykırılık»la eş tutup, suçun öğeleri dışında düşünenler de doktrinde yok değildir.²⁴

Bu bir yana, zaruret hallerinin niçin ve ne yolda hukuka aykırılığı etkilediği konusu da, hâlâ doktrinde tartışmalıdır. Gerçekten, bir kısım düşünür, üstün değerın himayesi nedeniyle zaruret hallerinin hukuka aykırılığa ilişkin olduğunu ileri sürerek²⁵ öteki bir kısım, aynı sonuca kendini koruma içgüdüsünden hareketle varmaktadır.²⁶ Ancak, her iki gruptan bazıları temel ilke yanında kendini koruma içgüdüsünü de benimserken;²⁷ öteki bazıları, çatışma kuramını, temel ilkenin uygulanma alanının sınırlamaları olarak almaktadırlar.²⁷ Genellikle doğru olan bu son eğilim de göstermektedir ki, salt nesnel veya öznel bir hukuk ve hukuka aykırılık anlayışına saplanıp kalmak istenmediği takdirde, zaruret hallerini tek bir ilke doğrultusunda açıklamak mümkün olamamaktadır. Öyleyse, bunların gerçekçi bir algılanmasıyla karşı karşıyayız. Amaç, temelde doğru olan bu düşünceleri tümünden yatsımak değil, tersine, zaruret hallerini açıklamakta onlardan yararlanarak yeni denemelere girişmektir. Şimdi bunu yapmaya çalışalım.

Gerçekçi olmak isteyen her normda, norma temel ilke, ona göre ikinci dereceden olanlarla birlikte bulunabilir. Ancak, yapıya giren ikinci dereceden ilkelerin, temel ilkeyi tamamlayıcı nitelikte olmaları gerekir. Doğaldır ki, birbirini yatsıyan düşüncelerin ürünü temel ve tamamlayıcı ilkeler, aynı yapıda yer alamazlar. Öte yandan mantıkları gereğince biri ötekini yatsıyan iki ilkedenden birinin ötekinin uygulanma alanını sınırladığını savunmak TCK. 49/3. maddede hükmü karşısında mümkün olmamak gerekir. Söz konusu hü-

²³ Moro, L'antiquiridicità, Palermo, 1947, s. 13, 114, 121, 127 vd; Aynı şekilde Kunter, age. n. 63

²⁴ Erem, age. GH. Cilt I. s. 39 «Ümanist doktrin hukuka aykırılığı suçun genel unsurları arasında yer alan bir kavram olarak kabul etmemektedir... suçun üçüncü bir unsuru olarak hukuka aykırılık gerçek değildir. Fiil ve fail dışında bir gerçek mevcut olamaz».

²⁵ Antolisei, age. PG. s. 227; Nuvolone, age. s. 89; Alacakaptan, age. s. 99.

²⁶ Toroslu, age. s. 48; Maggiore, age, vol. I. tomo I, s. 287 vd, 293 vd; 319; Nanzini, age., cilt 2. s. 398 vd.

²⁷ Alacakaptan, age. s. 99; Antolisei, age PG. s. 227; Civoli, agm. s. 319 vd; Mirto, agm. s. 1017 vd.

^{27'} Toroslu, age., s. 48, 166.

küm, hiç bir kurama öteki karşısında üstünlük tanımadığı gibi, uygulanma alanına getirilen sınırlamalar da, kuramlardan hiç birinin sahip olduğu niteliklerin doğal bir sonucu değildir.²⁸ Kaldı ki, norma temel fikirle, normun uygulanma alanına sınırlar getiren ilkeler, mahiyetleri gereğince de birbirlerinden farklıdırlar : İlki, eşyanın şu veya bu yolda «tanziminin», oysa ikincisi, «icabı halin» yani pragmatik bir düşüncenin sonucudur. Öyleyse, bu gözlem gereğince, zaruret hali ve zaruret halindeki üçüncü kişiyi kurtarma müesseselerini tek bir ilkeye bağlamak mümkün olmamak gerekir. Bunun bir sonucu, söz konusu müesseselerin suç kuramındaki yeri ve buna bağlı olarak görevsel nitelikleri birbirlerinden elbette farklı olacaktır. Bize göre sorun sadece, yönetem yönünden ters konulmuştur : Hukuka aykırılık kavramından hareketle hukuka uygunluk hallerini açıklamak yerine, aslında suçun şu veya bu biçimde oluşumunu etkileyen nedenlerden, yani parçadan, hareketle bütününe algılanmasına gitmek gerekmektedir.

Hukuka aykırılığın şu veya bu anlamda alınmış olması, çok zaman, soruna bir çözüm getirememektedir. Genellikle kural-istisna ilişkisinden hareketle, zaruret hallerinin, suçun özü olarak nitelenen hukuka aykırılığa ilişkin olduğunu savunan görüşler²⁹ hukuka uygunluk nedenlerinin suç koyan norma göre, bir istisna olmadığı, tersine onların da kural oldukları şeklinde eleştirilmiştir.³⁰ Öte yandan, öznel-nesnel temele oturtulan suça etken bir nedenin, suçun özü olması nedeniyle kendisine hiç bir sıfatın izafe edilemediği hukuka aykırılığa³¹ ilişkin olabileceği düşünülemez. Çünkü, bu durumda, normun görevsel etkileri, eğer esinlendiği temel fikirle çelişkide olmak istemiyorsa, salt nesnel nitelikte olmamak zorundadırlar. Sonra, denilmektedir ki, hukuka aykırılık suçun bir ögesi değil de sadece onun özü olarak alındığında, bu kez, suçun oluşumuna etki eden öznel ve nesnel nedenleri birbirlerinden ayırmak mümkün olamayacağı gibi, suçun oluşumuyla ilgili nedenleri cezalandırabilmeye etken nedenlerden ayırmak da imkânsız olacaktır. Çünkü, bu durumda, hukuka aykırılık ileri sürüldüğü gibi salt fiille değil, bütünüyle suça ilişkin olmaktadır.³²

²⁸ Bk. Birinci Bölüm n. 3,5; İkinci bölüm n. 10

²⁹ Rocco, Loggetto, s. 553; Antolisei, Problemi penali odierni, Milano 1940, s. 154.

³⁰ Delitala, age. s. 38; Bobbio, Norma giuridica, Novissimo digeato Italiano Vol VI. s. 230 vd.

³¹ Antolisei, Manuela, PG. s. 144.

³² Delitala, age. s. 18, 20 vd; Bettiol, Dir. Pen. s. 247 vd; Bk. Vassalli, La potestà, s. 372 vd; aynı zamanda dip not (s. 373).

Hukuka aykırılığın öznel anlayışı da, hukukun salt emir anlayışından hareket etmesi, nesnel sorumluluğu kabul eden bir hukuk sisteminin gerekleriyle bağdaşmadığı ve ceza hukukunun öteki bazı müesseselerini açıklayamadığı için eleştirilmiştir. Bu nedenle olsa gerek, bazıları temelde hukuka aykırılığın nesnel anlayışını benimsemekle birlikte, hukuka aykırılığın nesnel ve öznel yönlerinin karşılıklı olarak birbirlerini belirlediklerini; böylece, tek bir kavrama vücut verdiklerini ileri sürmekte ve onun, fiilin ahlâkî-hukukî düşüklüğünün bir işareti olduğunu belirtmektedirler.³³ Bu anlayış, zaruret hallerini, genellikle kanun hükmünü veya yetkili bir merciden verilen emrin icrası kavramları içerisinde düşünmektedir.³⁴ Önceki eleştiriler bir yana, denilmektedir ki, zarurî fiilin yarattığı bir durum içinde kendilerini bulan üçüncü kişiler, koşulları varsa, zaruret halinden, hatta bazılarına göre, meşru savunmadan yararlanabilmektedirler;³⁵ şu halde, zaruret halindeki kimsenin zarurî kılınan fiilî işlemekle ortaya koyduğu zarar veya zarar tehlikesine katlanma hususunda, üçüncü kişilerin hukukî herhangi bir yükümleri söz konusu olmamaktadır.

IV — Kısaca söyleyelim ki, zaruret hallerini, ceza hukuku sistemimizde tek bir kurama bağlayarak açıklamak mümkün olmadığı gibi, birden çok kuram doğrultusunda açıklamak da mümkün değildir. Öte yandan, onların görevsel nitelikleri ve suç kuramındaki yerleri kesinlikle saptanamadığından, gerek kuramsal, gerek uygulama alanında ortaya çıkan önemli bir çok soruna nihaî çözümler getirilememektedir. Bunun bir sonucu, zaruret haline karşı meşru savunma olup olmayacağı, zarurî fiilin ortaya koyduğu zararın tazmini ve mahiyeti ve bunlara benzer uygulama alanına ilişkin bir çok sorun, hâlâ inandırıcı bir çözüme kavuşturulamamıştır.³⁶

II

Genel Değerlendirme ve Sonuç

I — Çağımızda zaruret hali müessesesinin bir kriz geçirdiği; ceza hukukunun ahlâkileştirilmesine ve insanileştirilmesine çalışıldığı şu dönemde onun daha sınırlı bir biçimde düzenlenmesi gerek-

³³ Moro, age. s. 13, 114, 121, 127 vd, 131, 132 vd.

³⁴ Moro, age. s. 145, 146; değişik fakat aynı doğrultuda Carnelutti, *Lezioni di diritto penale*, Milano, 1943, s. 107, 110, 144 vd.

³⁵ Toroslu, age. s. 89 «...zaruret haline karşı ancak zaruret halinin ileri sürülebileceğini kabul ediyoruz». Fazla bilgi için bk. 87 vd.

³⁶ Bettiol, *Dir. Pen.* s. 240; Tazminat konusunda bk. Toroslu age. s. 166 vd.

tiği savunulmaktadır.³⁷ Bu anlayış karşısında, zaruret hallerinin kaynağını açıklayan kuramlar acaba neye göre ve nasıl değerlendirilmek gerekir?

Zaruret halini açıklayan kuramlardan her birinin, gerçeği bir başka yönde ortaya koyma çabası içinde olduğu doğrudur.³⁸ Kendisini zaruret hali içinde bulan kimsenin iradesini isharda koşullardan etkilenmeyeceğini savunmak elbette ki mümkün değildir. Ancak manevî cebir altında ishar edilmiş olsa bile, zaruret halleri yönünden muteber bir irade daima mevcuttur.³⁹ Biran için manevî cebir kuramı benimsenmiş olsa bile, sorunu çözümlemek gene mümkün olamamaktadır. Çünkü üçüncü kişiyi kurtaran kimse, zaruretin ortaya koyduğu fiilî duruma sonradan katılması nedeniyle, bir cebir altında hareket etmiş olamaz.

İnesigibilità kuramı, dar anlamda zaruret halini açıklamakla birlikte üçüncü kişiyi kurtarma müessesesini açıklayamamaktadır.* Gerçekleştirilmesi çok zor koşullara bağlanmış olan hukuka uygun bir davranış yapısı nedeniyle zayıf insandan beklemek, doğru olmadığı kadar adil de değildir. İnsanı tek boyuta indirgeyen her felsefe, davranış biçimleri korken tek boyutta düşünen her hukuk, sistemleri yönünden ne kadar mükemmel olursa olsunlar, gerçeğin tek bir boyutta soyutlanması olmaya mahkûmdur.

Çatışma kuramı üçüncü kişiyi kurtarma müessesesini açıklamakla birlikte, dar anlamda zaruret halinin gereklerine uygun düşmemektedir. Zaruret halindeki üçüncü kişiyi kurtaran kimsenin fiili, toplumun, insanlığın çıkarlarıyla çatışma halinde olmadığı takdirde meşrudur. Çatışmanın yokluğu toplum ve insanlık açısından zararın yokluğu sonucunu doğurur.⁴⁰

Teknik kuramlar, daima bir değerlendirmenin konusu olmaktadır: Norma temel kuramın değerlendirilmesinde izlenecek

³⁷ Alacakaptan, age. s. 98; Erem, age. Cilt II, s. 41; Bettiol, Dir. Pen. 5. ed. s. 281.

³⁸ Krş. Bettiol, Dir. Pen. s. 238.

³⁹ Musotto, age. s. 89.

* İnesigibilità'nın kusurluluğa etki eden özel bir neden sayılması veya geniş anlamda cezalandırabilme sorunuyla birlikte düşünülmesiyle, mesigibilità'nın dar anlamda zaruret halinde norma temel fikir olması birbirine karıştırılmamak gerekir. Onun kusurluluğu kaldıran bir neden sayılıp sayılmıyacağı, ayrı bir araştırmanın konusu olması nedeniyle, bu araştırmanın sınırları dışında kalır.

⁴⁰ Alacakaptan, age. s. 85.

yol, insancılık olmak gerekir. Öyleyse insancılık bir norma temel fikir olmaktan çok, değerlendirmede bir ölçüdür. Bu niteliği nedeniyle sadece özel bir sorunla değil, tüm hukuk sistemiyle ilgilidir. Kanunumuza kaynak kanun yapıldığından bu yana toplumun toplumsal, teknik, ekonomik ve hukuk hayatında olagelen evrim etkilerini giderek duyurmaktadır. Salt bireyci felsefe önemini çoktan yitirmiştir. Sosyal Devlet anlayışı, bu çağın bir gereği olarak, anayasalara kadar girmiştir. Doğmalardan kurtulup çağdaş bir hukuk yaratılmak isteniyorsa, hukukun, özellikle ceza hukukunun, insancılık doğrultusunda yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.⁴¹

II — Zaruret hallerinin zorunlu kıldığı zarurî fiiller, hukukta aynı doğrultuda yargılanmaktadırlar. Gerek zaruret halinde, gerek üçüncü kişiyi kurtarmada, kanunca suç sayılan bir fiil meşru veya mazur görülmektedir. Ancak, bu sonuca götüren nedenler, söz konusu müesseselerin kendilerine özgü özellikleri karşısında, önemli farklar ortaya koymaktadırlar. Bunları salt zarurî fiilden hareketle açıklamak mümkün olamamaktadır: Bir fiilî suç sayan bir normla, bazı koşullar altında işlendiğinde ona izin veren norm arasındaki ilişki doğmuş normlar alanının bir sorunuyken zor koşullar altında işlenen fiillerin şu veya bu biçimde değerlendirilmesi normların doğumu alanının bir sorunudur. Bu gözlem zaruret halleri düzenlendiğinde bir hareket noktası seçimini zorunlu kılar. Zarurî kılınmış fiilin hareket noktası alınması, bizi nesnel kuramları benimsemeye götürmektedir. Oysa zarurî fiil failinden yola çıkıldığında öznel kuramlara gitmek zorunluğu doğmakta ve üçüncü kişiyi kurtarma müessesesini açıklamak mümkün olmamaktadır. Her iki kuramın birlikte benimsenmesi halinde, söz konusu hukuka uygunluk (mazeret) nedenlerinin suça etki biçimleri saptanamamakta; bunun bir sonucu olarak da, onların geçerli bir sistematiğine varılamamaktadır. Bu durum karşısında, ya müesseselerin kendilerine özgü özellikleri bir tarafa itilip salt zarurî fiil esas alınacak ve düzeltme buna göre yapılacak; yahut, her iki müessese birbirinden ayrılarak, ortak özelliklerinin

⁴¹ «Ne sadece insan faktörünü ihmal etmek yolunda bir realizim, ne çağdaş uygarlığa yaraşır insanileştirme isteğinin dış ölçü olarak kabulü, konuyu çözemez. Ceza hukukunu insanlık kurallarına göre kurmak lâzımdır. Bu açıdan çağını aşamayan bir ceza hukuku geri kalmıştır» Erem, age. Cilt I, s. 3; Bk. Bettiol, Ceza hukukunun insanileştirilmesi (Çev. Erem, F.), Adalet Dergisi, 1949, s. 938; Erem, age. Cilt I başlık : Ümanist doktrinin esaslari; Falchi, Sistema generale umanista del diritto penale, Catania, 1928, başlık : «Fondamento filosofico del diritto penale Umanista».

bir sonucu, üst bir kavramda birleştirilecektirler. Bize uygun düşen de bu sonuncusudur.

III — Suçun doğumuna etken nedenleri, geniş anlamda, öznel ve nesnel nedenler olarak ikiye ayırmak mümkündür. Hukuka aykırılık ister kabul edilsin, ister edilmesin, isterse şu veya bu biçimde anlaşılsın, suçun doğumuna etken nedenleri tek bir doğrultuda açıklamak mümkün değildir. Söz konusu nedenler, çok zaman esinlendikleri norma temel fikir doğrultusunda yorumlanmayı zorunlu kılmaktadırlar. Bunun bir sonucu olarak denilebilir ki, suçun doğumunu engelleyen, yahut fiilî suç olmaktan çıkaran öznel ve nesnel nitelikteki nedenleri çağdaş ceza hukuku doktrinleri yönünde yeniden düzenlemek gerekmektedir. Bu yapılabildiği takdirde gerek dar anlamda zaruret hali, gerek zaruret halindeki üçüncü kişiyi kurtarma müessesesinin suça etki biçimleri esinlendikleri temel fikir doğrultusunda olacak; ilki öznel, ikincisi nesnel nitelikte etkiler gösterecektir. Nesnel nitelikteki suça etken bir nedenin varlığında hata, kusurluluk salt tabiatçı görüş açısından alınmadığı sürece, herhangi bir sorun ortaya koymayacaktır. Çünkü bir nedenin öznel etkiler göstermesi, hakkında bir değer yargısına varmaya, başka bir deyimle onun nesnel değerlendirilmesine engel değildir.