

HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ İLE MAZERET NEDENLERİ ARASINDAKİ AYRIMIN TARİHÇESİ, NİTELİĞİ VE GEREKLİLİĞİ ÜZERİNE KARŞILAŞTIRMALI BİR DENEME

Yrd. Doç. Dr. Murat Volkan DÜLGER*

Özet: Suç teorisinin gelişiminde önemli bir aşamayı hukuka aykırılık ile kusurluluğunun ayrılması oluşturur. Bu durum haksızlık ve kusur ile doğrudan bağlantılıdır. Bu bağ, hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluluğu etkileyen haller ile de organik bir bağ oluşturur. Bu önemli ayrım yapıldıktan sonra kusurluluğu etkileyen haller içinde mazeret nedenleri tanımlanmıştır. Mazeret nedenlerinin kusurluluğu etkileyen diğer hallerden farklı olduğu anlaşılmıştır. Bu ayrımlar Kıta Avrupası Hukuk Sistemi ile Anglosakson hukuk sisteminin karşılaştırılması açısından da önemli bir çıkış noktası oluşturur. Makalemizde hem bu ayrımların ortaya çıkışındaki tarihsel süreç, hem bunların gerekçeleri hem de sonuçları, karşılaştırmalı hukuk perspektifinden ele alınmıştır. Böylelikle bu iki büyük hukuk sisteminin ve özellikle Alman ceza hukuku ile Türk ceza hukukunun da karşılaştırılması denemesine girilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Hukuka Uygunluk Nedenleri, Mazeret Nedenleri, Kusurluluğu Kaldıran Nedenler, Kusurluluğu Etkileyen Nedenler, Zorunluluk Hali, Karşılaştırmalı Hukuk.

A COMPARATIVE ESSAY ON THE HISTORY, CHARACTERISTIC AND NECESSITY OF THE SEPERATION BETWEEN JUSTIFICATION AND EXCUSE

Abstract: Separation of wrongdoing and culpability is an important milestone of development of crime theory. This is directly relevant with wrongfulness and culpa. This link also establishes an organic link between justification and the attractive reasons of culpability. After having made this major separation, excuse has been determined in the attractive reasons of culpability. It has been understood that excuse is different other attractive reasons of culpability. These separations are also an important starting point for the comparison of Continental Law System and Anglo Saxon Law System. The history, characteristic and necessity of these separations were examined within the perspective of comparative law in this essay. Thus, these two comprehensive law systems and particularly German and Turkish Criminal Law Systems were examined as an attempt for the comparison.

Keywords: Justification, Excuse, Wrongdoing, Wrongfulness, Culpability, Mens Rea, Necessity, Comparative Law.

* İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi.

GİRİŞ

Hukuka uygunluk nedenleri ile mazeret nedenleri arasındaki ayrım, geçtiğimiz yüzyılın başlarına kadar bilinmemekteydi. 1800’lü yıllarda yapılmış ceza yasalarına ve yazılmış hukuk eserlerine bakıldığında böyle bir ayrımın ve bunlara ilişkin tanımların bulunmadığı görülür. Bu bağlamda örneğin hukuka uygunluk nedenleri önceki dönemlerde meşru savunma gibi durumlar için kabul edilmekte ancak genel bir kabul görmemekte ve normatif düzenlemeye konu olmamaktaydı. Hukuka aykırılık, kusurluluk veya cezalandırmaya engel olan haller birlikte veya birbirlerinin içinde ele alınmaktaydılar¹. Mazeret nedenlerinin cezasızlığa yol açan diğer nedenlerden ayrılmasına giden ilk adım, suçun yapısal bir unsur olarak hukuka aykırılığın kusurluluktan farklı ve suç genel teorisinde suçun objektif yanını oluşturan bir unsur olduğu görüşünün ilk olarak 1880’li yıllarda Alman hukukçu Franz von Liszt tarafından açıkça ifade edilmesidir².

Söz konusu ayrımın yapılmadığı yasalara 1871 tarihli Alman Ceza Kanunu, 1889 İtalyan (Zanerdelli) Ceza Kanunu ve 765 sayılı Eski Türk Ceza Kanunu (ETCK) örnek gösterilebilir. Dönemin ceza hukukunun gelişim düzeyine paralel olarak, hukuka aykırılığı kaldıran nedenler, cezalandırmaya engel olan nedenler veya 765 sayılı ETCK’da yer aldığı gibi “*cezaya ehliyet ve bunu kaldıran veya hafifleten sebepler*” bir arada düzenlenmişlerdi. Bu başlık altında 765 sayılı ETCK’da *hukuki hata* (m.44), *kast ve taksir* (m.45), *isnat yeteneğini kaldıran veya etkileyen haller* (m.46, 47, 48, 53, 54, 55, 57, 58), *haksız tahrik* (m.51) ve *şahısta yanılma ve sapma* (m.52) herhangi bir ayrım yapılmaksızın birlikte düzenlenmişlerdi. Bu nedenle ETCK’da bugün anladığımız tarzda bir hukuka aykırılık düzenlemesi de yer almamıştı. ETCK’nın 49. maddesinde *amirin emrini ifa ve meşru savunma* hukuka uygunluk nedenleri düzenlenmiş, hatta *zorunluluk* haline de 49. maddenin 3. fıkrasında yer verilmişti. Nitekim ETCK’da *hakkın kullanılması* ve *ilgilinin rızası* hukuka uygunluk nedenlerine yer verilmediği için bunlar ceza hukuku kitaplarında “*ceza kanununda yer almayan hukuka uygunluk sebepleri*” başlığı altında incelenmişlerdi³. Dolayısıyla anılan yasada ayrıca mazeret nedenleri düzenlemesine de yer verilmemesi son derece olağandı.

2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK’da bu konuda Batı Avrupa ceza hukuku öğretisinde ama özellikle Almanya’da gelişen ve bu ülkenin ceza yasasına yansıyan ayrımlara ve düzenlemelere yer verilmeye çalışıldığı ancak

¹ **Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/A. Caner Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s.370, 371.

² **Timur Demirbaş**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s.254.

³ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s.371. Örneğin bkz: **Sulhi Dönmezer/Sahir Erman**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.II, 12. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1999, kn.701-760; **Ayhan Önder**, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s.226 vd.; **Turhan Tufan Yüce**, Ceza Hukuku Dersleri, C.I, Manisa, Şafak Basım ve Yayınevi, 1982, s.278 vd.; **Yüksel Ersoy**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, İmaj Yayıncılık, 2002, s.98, 99.

yine de eski yasanın ve söz konusu yasa esas alınarak hazırlanan 2000 tarihli TCK tasarısının etkisinden tam olarak kurtulunamadığı görülür. Bunun bir sonucu olarak hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu kaldıran ve etkileyen haller ile mazeret nedenleri “*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler*” başlığı altında, ayırım yapılmaksızın birlikte düzenlenmişlerdir⁴. Ancak bu düzenleme yöntemi öğretilerde haklı olarak eleştirilere uğramıştır⁵, zira hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller ceza sorumluluğunun kalkmasını değil, eylemin hukuka uygun olarak meydana gelmesini yani suçun oluşmaması sonucuna yol açarlar. Dolayısıyla bunların kusurluluğu etkileyen hallerden ve mazeret nedenlerinden ayrı olarak düzenlenmesi gerekir⁶. Aynı şekilde kusurluluğu etkileyen haller ve mazeret nedenleri de birbirinden farklıdır ve hem teorik dayanakları hem de hukuki sonuçları birbirinden farklılık gösterir; bu nedenle farklı başlıklar altında düzenlenmeleri daha iyi bir yöntemdir⁷.

Söz konusu ayrımlar, Kıta Avrupası hukuk sistemi ile Anglosakson hukuk sisteminde de farklı bakış açılarından kaynaklanan tartışmalara yol açmıştır. Bu sistemler arasında da hala tartışmalar sürmektedir. Ancak Kıta Avrupası hukuk sisteminde, özellikle Alman ceza hukuku öğretisinde bu ayrımların daha açık, ayrıntılı ve kesin olarak yapıldığı görülmektedir. Nitekim Alman ceza hukuku öğretisinde hukuka uygunluk nedenleri ile mazeret nedenlerinin birbirinden tıpkı hukuka aykırılık ve kusurluluk gibi keskin bir şekilde ayrılması gerektiği ileri sürülmekte, hatta Alman ceza hukukunun bugünkü suç genel teorisi anlayışının

⁴ Bunun gerekçesi ve verilen teklif şu şekilde açıklanmaktadır: “Yeni TCK’ya ilişkin olarak TBMM Adalet Alt Komisyonundaki çalışmalarımız sırasında; akademisyenler olarak, Kanunun Birinci Kitabının İkinci Kısımında “Hukuka Uygunluk Nedenleri” ve “Kusurluluğu Etkileyen Nedenler” olarak iki ayrı Bölüme yer verilmesini ve mevcut İkinci Bölüm altındaki maddelerin buna göre yeniden tasnif ve formüle edilmesini önermiştik. Ancak bu yöndeki girişimimizden olumlu sonuç elde edemedik. Düşüncemiz gerçekleşseydi, zorunluluk halini sadece kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak değil, daha genel bir şekilde, kusurluluğu etkileyen bir neden olarak düzenleyecektik. Ancak, bu girişimimizde başarılı olamadığımız için; Kanunun Özel Hükümler Kitabındaki çeşitli suç tanımları bağlamında ayrıca zorunluluk haline ilişkin hükümlere yer verilmesi gereği ortaya çıkmıştır.” **İzzet Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s.403.

⁵ **Veli Özer Özbek/Mehmet Nihat Kanbur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s.355; **Özgür Küçüktaşdemir**, Türk Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012, s.35.

⁶ **Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2011, s.288; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s.371.

⁷ Adalet Komisyonu Raporu’nda söz konusu kurumların, bu kurumların niteliklerinin hala tartışılır olması nedeniyle bağlayıcı olmamak için, salt hukuki sonuçları göz önüne alınarak bu şekilde düzenlendikleri belirtilmektedir. Bkz: **İzzet Özgenç**, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 3. Bası, Ankara, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 2006, s.47. Öte yandan isnat yeteneğinin suçun bir unsuru olduğu görüşünü ileri sürenler, isnat yeteneğini düzenleyen bu maddelere bu başlık altında yer verilmemesi gerektiğini belirtmektedirler. Bkz: **Ersan Şen**, “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler”, Türk Ceza Kanununun 2. Yılı Sempozyumu, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, 2008, s. 74.

temelinin bu olduğu ifade edilmektedir⁸. Bunun tam tersi olarak Anglosakson sisteminde ise böyle bir ayrım bulunmamakta, bu hukuki kurumların tamamı “savunma nedenleri” (defenceses) adlı tek bir başlık altında toplanmakta; bu da söz konusu sistemin bütüncül yaklaşımı için iyi bir örnek oluşturmaktadır⁹.

Çalışmamızda bu ayrımın kökeni, niteliği ve gerekliliği farklı hukuk sistemlerinin bakış açısı ve ülkemizdeki durum dikkate alınarak açıklanmaya ve değerlendirilmeye çalışılacaktır. Ancak öncelikle, mazeret nedenlerinin açıklanmasının faydalı olacağını düşünüyoruz. Buna karşın hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluluğu kaldıran ve azaltan haller tüm ceza hukuku genel hükümler kitaplarında ayrıntılı olarak incelendiği için bunların açıklamasına ayrıca burada yer vermeyip söz konusu eserlere atıf yapmakla yetiniyoruz.

Çalışma konumuzun esası ile ilgili açıklamalara geçmeden önce makalemizde izlediğimiz yöntem ve karşılaştırmalı hukuk açısından karşılaştığımız zorluklara ilişkin açıklamalarda bulunmak istiyoruz.

I. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ, KUSURLULUĞU ETKİLEYEN HALLER VE MAZERET NEDENLERİ KAVRAMLARINA İLİŞKİN SİSTEMLER ARASI KARŞILAŞTIRMAYA İLİŞKİN ZORLUKLAR VE AÇIKLAMALAR

Çalışmamıza hukuka uygunluk nedenleri ile mazeret nedenleri arasındaki farkı ortaya koymak amacıyla başladık. Bunu farklı bir perspektiften yansıtmak ve çalışmaya özgün bir yan katabilmek amacıyla Kıta Avrupası hukuk sistemi ile Anglosakson hukuk sistemini karşılaştırarak sistemler arası bir karşılaştırmayla yapmaya çalıştık. Ancak başlangıçta özgünlük ve farklılık sağlaması amacıyla yapmış olduğumuz bu seçimin son derece öğretici ama bir o kadar zorlu bir yol olduğunun farkına vardık. Buradaki zorlukların kaynağı ise şunlardı:

İlk olarak belirtmemiz gereken husus, Kıta Avrupası hukuk sistemi ile Anglosakson hukuk sistemi arasında önemli bir terminoloji farklılığının bulunmasıdır. Örneğin her iki hukuk sisteminde de mazeret nedenleri kavramı yer almakla birlikte buna bağlı cezasızlığa yol aç nedenler birbirinden farklıdır. Anglosakson hukuk sisteminde kusurluluğu kaldıran ve azaltan halleri kapsayacak şekilde mazeret nedenleri (excuse) denilmektedir¹⁰. Bu bağlamda farklılık o kadar belirgindir ki, bir sistemde hukuka uygun nedeni olarak kabul edilen bir durum diğerinde mazeret nedeni olarak kabul edilebilir. Dolayısıyla Anglosakson hukuku açısın-

⁸ **Elvan Keçelioğlu**, “Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK’nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.87, Mart-Nisan 2010, s.300.

⁹ **David Ormerod**, Smith and Hogan’s Criminal Law, 13th Edition, New York, Oxford University Press, 2011, s.284.

¹⁰ **Alec Buchanan**, Psychiatric Aspects of Justification; Excuse and Mitigation the Jurisprudence of Mental Abnormality in Anglo-American Criminal Law, London, Jessica Kingsley Publishers Ltd., 2000, s.22.

dan mazeret nedenlerinden birisi belirtildiğinde bunun Kıta Avrupası hukukunda kusurluluğu etkileyen bir hal olduğu (hukuka uygunluk nedeni ya da mazeret nedeni değil) sıklıkla görülür. Anglosakson hukukunda bizim anladığımız şekilde ayrıntılı bir suçun unsurları şeması bulunmadığı için buradan hareketle iki sistemin karşılaştırılması ve anlamlı sonuçlara ulaşılması son derece zordur. Bu nedenle anlamlı bir karşılaştırma ve açıklama yapabilmek adına ilk olarak Prof. Dr. Albin Eser'in ileri sürdüğü, sistemlerin "savunma yöntemleri" dikkate alınarak karşılaştırması yolunu seçtik ve çalışmamıza esas aldık¹¹.

Bir diğer önemli sorun ise Kıta Avrupası hukuk sisteminde kusurluluğu etkileyen haller ile mazeret nedenleri en azından teorik bazda ayrıma tabi tutulmuş iken Anglosakson hukukunun bütüncül yaklaşımı nedeniyle böyle bir ayrımın bulunmamasıdır. Dolayısıyla iki sistem karşılaştırılırken aşağıda görüleceği üzere esas olarak mazeret nedenlerini inceleme konusu yapmakla birlikte, hukuk uygunluk nedenleriyle farkını ortaya koyabilmek adına bu iki kurum "*kusurluluğu kaldıran ve azaltan nedenler/mazeret nedenleri*" şeklinde birlikte anılmıştır. Kusurluluğu kaldıran ve azaltan haller uzun bir ifade olduğu ve sıklıkla kullanılması gerektiği için bunun yerine geçmek üzere daha kısa olan "*kusurluluğu etkileyen haller*" ifadesini kullandık. Ancak bu iki farklı kurumu aynı anlamda kullandığımız şeklinde anlaşılmamalıdır.

Bir diğer önemli zorluk ise Alman suç teorisi ile Türk suç teorisinin karşılaştırılmasıdır. Her ne kadar 5237 sayılı TCK'nın benimsediği suç teorisindeki kurumların büyük bir çoğunluğu Alman suç teorisi ve Alman Ceza Kanunu'ndan (StGB) alınmış olsa da, ya bunların bir bütün olarak tüm bileşenleriyle alınmaması ya da bunlara -geçmişin de etkisiyle- farklı anlamların yüklenmesi nedeniyle birebir karşılaştırma yapılması oldukça güçtür. Örneğin zorunluluk hali TCK'da hukuki niteliği belirtilmeden düzenlenmiş, CMK'nın 223. maddesinde ise bunun kusurluluğu kaldıran bir hal olduğu belirtilmiştir. Yani TCK ve CMK'da zorunluluk halinin ne bir hukuka uygunluk nedeni ne de mazeret nedeni olduğundan bahsedilmiştir. Oysa Alman suç teorisinde ve StGB'da zorunluluk hali hem bir hukuka uygunluk nedeni hem de bir mazeret nedeni olarak yasanın 34. ve 35. paragraflarında ayrı ayrı ve farklı hukuki nitelemelere, durumlara ve şartlara dayanılarak düzenlenmiştir.

Bu ve benzeri farklılıkların ve zorlukların listesinin uzatılması mümkündür; bu nedenle, kavramları titizlikle kullanmaya çalıştık. Ancak yine de aşağıda yer alan açıklamalarımız okunurken, yukarıda belirtmiş olduğumuz zorlukların gözden uzak tutulmaması gerektiği düşüncesindeyiz.

¹¹ Albin Eser, "Justification and Excuse: A Key Issue in the Concept of Crime", Rechtfertigung und Entschuldigung: rechtsvergleichende Perspektiven, Max-Planck-Inst. für ausländ und intern Strafrecht, Bd. 1, Freiburg, 1987, s.17-65.

II. MAZERET NEDENLERİNİN TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Mazeret nedenlerinin tanımı ve hukuki niteliği hakkında iki önemli tartışma bulunur. Bunlardan *ilk tartışma* kusurluluğu kaldıran ve azaltan haller dışında ayrıca bir de mazeret nedenlerinin var olup olmadığıdır. *İkinci tartışma* ise mazeret nedenlerinin varlığının kabul edilmesi halinde, bunlardan herhangi birinin somut olayda gerçekleşmesi halinde, faile ceza verilmemesinin hukuki esasının, bir başka deyişle mazeret nedenlerinin hukuki niteliğinin ne olduğudur. Bu tartışmalara verilecek yanıtlar mazeret nedenlerinin tanımını ve hukuki niteliğini ortaya koyacaktır¹².

Hukuka aykırılık ve kusurluluk ayrımı, haksızlık ve kusur ayrımı ile bağlantılıdır. Günümüzde kusur ve haksızlığın aynı şeyler olmadığı, eylemin tipe uygun ve hukuka aykırı olduğunun kabul edilmesiyle sadece eylemin haksızlığının belirlendiği kabul edilmektedir. Kısaca haksızlık, eylemin hukuk düzeninde var olan ve suç tipinin oluşumunu sağlayan davranış normlarına (yasaklar ve emirler) aykırılığıdır (objektif isnadiyet). Ancak faili cezalandırmak için bu tespit yeterli değildir. Haksızlığın faile kişisel olarak isnat edilebilmesi için bunların yanı sıra ayrıca failin kusurunun da mevcut olması gerekir (sübjektif isnadiyet)¹³. Dolayısıyla hukuka aykırılık tipe uygun hareketin bir özelliği, yani ceza hukukunun emir ve yasaklarına karşı gelinmesi olup; haksızlık ise, tipe uygun ve hukuka aykırı eylemin bizzatı hi kendisini, hukuka aykırılık değerlendirmesinin konusunu onun değer yüküyle birlikte ifade eder¹⁴. Kusur değerlendirmesinde artık toplumun geneli için geçerli olan beklentiler değil, failin kişisel olarak yapabilecekleri dikkate alınır, dolayısıyla kusurluluk sübjektif isnadiyetin koşullarından birisi olarak göz önünde bulundurulur fail hakkında ceza verilip verilmeyeceği belirlenir. Bu bağlamda kusurluluk ile haksızlık arasında da bir bağımlılık ilişkisi bulunur. Kusur ilkesi gereğince kusurun cezanın koşulu olması nedeniyle, failin kusurlu kabul edilebilmesi için bunun failin davranışından önce, davranışının yasak olduğunu biliyor ya da en azından bilebilecek durumda olması gerekir. Bu da haksızlık bilincini oluşturur. Bu yönüyle haksızlık bilinci suçtan önce var olmalıdır¹⁵. Dolayısıyla hukuka aykırılık ile kusurluluğun birbirinden farklı olduğu görülür. Hukuka aykırılık haksızlığa dahildir ve kusurluluktan önce değerlendirilir. Kısaca hukuka aykırılık ile kusurluluk farklı kavramlardır. Hukuka aykırılık, eylem ile hukuk düzeni arasında bir çelişki, bir ahenksizliktir. Kusur ise haksızlık teşkil eden eylemi gerçekleştiren kişinin işlediği fiil nedeniyle kınanabilmesine ilişkin yargıyı ifade eder¹⁶.

¹² Bu tartışmalar ve görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: **Serkan Meraklı**, "Mazeret Sebeplerinin Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi", Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 5, Sayı 12, 2010, s.262-264.

¹³ **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Türk Ceza Hukuku, s.279, 280.

¹⁴ **Mahmut Koca**, "YTCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri", Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 1, Sayı 1, 2006, s.116.

¹⁵ **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Türk Ceza Hukuku, s.356.

¹⁶ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s.372.

İlk bakışta suç normlarını ihlal ettiği görülen her insan davranışı cezalandırılmaz. Zira kimi zaman failin gerçekleştirdiği eylem haksız ve kusurlu gibi görünse de, bunu hukuk düzenine uygun hale getiren bir neden bulunur ve hukuka aykırılık ve dolayısıyla haksızlık ortadan kalkar. Bazı durumlarda haksızlık varlığını korurken faile kusur isnat edilmesi mümkün olmaz ya da failin cezasında indirme neden olacak nitelikte kusurunun etkilenmesi söz konusu olur. Kimi durumlarda ise somut eylem açısından hem haksızlık hem de kusurluluk varlığını korur ancak haksızlığın içeriği azalır ve failin kusuru etkilenir, dolayısıyla haksızlık ve kusurluluk faile ceza verilmesine yetecek bir seviyeye ulaşmaz. Bunlardan ilkinde hukuka uygunluk nedenleri, ikincisinde kusurluluğu kaldıran veya azaltan haller, üçüncüsünde ise mazeret nedenleri söz konusu olur.

Suçun, meşru savunma, hakkın kullanılması, kanun hükmünün yerine getirilmesi ya da ilgilinin rızası nedenlerine dayanılarak işlenmesi halinde hukuka uygunluk nedeni vardır ve failin eylemi baştan itibaren hukuka uygun, bir başka deyişle haksız olmadığı için faile ceza verilmez. Öte yandan işlenen suçun, akıl hastalığı, geçici nedenler, cebir-şiddet-tehdit (TCK m.28), kaçınılmaz hata (TCK m.30) veya haksız tahrik (TCK m.29) altında işlenmesi halinde faile ceza verilmez veya cezasında (haksız tahrik örneğinde olduğu gibi) indirim yapılır. Çünkü bu bahsedilen durumlarda failin ya kusuru bulunmamaktadır ya da kusuru önemli ölçüde etkilenmiştir. Bu haller dışında failin kusurunun tamamen ortadan kalkmadığı, buna rağmen faile ceza verilmediği bazı durumlar da bulunur. Bunlara *mazeret nedenleri* denilmekte olup, varlıkları halinde faile ceza verilmemesinin nedeni; esas olarak failden içinde bulunduğu durumda hukuk kurallarına uygun davranmasının beklenmesinin mümkün olmamasıdır (Unzumutbarkeit normgemäßes Verhaltens). Bu durumda tipe uygun haksızlığı işleyen fail “*mazur*” görülür. Dolayısıyla hukuka uygunluk nedenlerinde failin eylemi *haksızlık* yani suç oluşturmaz, kusurluluğu kaldıran veya azaltan hallerde fail “*kınanamaz*” iken, mazeret nedeninin bulunması halinde “*mazur*” görülür. Bu durumda failin eylemi haksız ve kınanabilir (kusurlu) olmasına rağmen, haksızlığının içeriği ve kınanabilirliği (kusurluluğu) cezalandırmaya yetecek düzeye ulaşmaz (cezaya layık olmama). *Zorunluluk hali* (TCK m.25/2), *hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi* (TCK m.24/2-3-4), *meşru savunmada sınırın mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ötürü aşılması* (TCK m.27/2) mazeret nedenlerini oluşturur¹⁷.

¹⁷ **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Türk Ceza Hukuku, s.391. Bekar ise mazeret nedenlerini kabul etmekle birlikte, bunların hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi (TCK m.24/2), meşru savunmada sınırın heyecan, korku veya telaş nedeniyle aşılması (TCK m.27/2), cebir ve tehdit (TCK m.28) hali olduğunu belirtmekte, ayrıca mazeret nedenlerinin koşullarında hata halinin de mazeret nedenleri kapsamında ele alınması gerektiğini ifade etmektedir. **Elif Bekar**, Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s.44, 45.

Türk ceza hukuku öğretisinde henüz genel bir kabul görmemiş olmasına ve TCK'da buna ilişkin açık bir düzenleme olmamasına rağmen mazeret nedenleri, kusurluluğu kaldıran ya da azaltan nedenlerden farklıdır, zira ikisi arasında önemli bir fark bulunur: Mazeret nedenlerinde kusurun azalması, haksızlığın azalmasına bağlı olarak önemli ölçüde faili harekete geçiren nedenin etkisiyle bağlantılıdır, yani mazeret nedenlerinde kusurun azalmasına yol açan husus faili harekete geçiren dürtüdür. Bu aynı zamanda failin eylemindeki haksızlık içeriğini de azaltır. Haksızlık içeriğindeki azalmanın yanı sıra failin içinde bulunduğu olağan dışı ve istisnai nitelikteki psikolojik durumun baskısı altında hareketi gerçekleştirmesi nedeniyle hareketin kusur içeriğinde de bir azalma olur. Faildeki kusurun azaldığının kabul edilebilmesi için kusurun tamamen ortadan kalkması gerekmez; eğer kusur önemli ölçüde azalmışsa, hareket kusurlu olsa da cezalandırılmasına gerek bulunmaz¹⁸.

Mazeret nedenlerinin kökenini oluşturan temel düşünce, failden içinde bulunduğu durumda hukuk kurallarına uygun davranmasının beklenmesinin mümkün olmamasıdır (Unzumutbarkeit normgemäßes Verhaltens)¹⁹. Ancak, her ne kadar failden içinde bulunduğu durumda hukuk kurallarına uygun davranmasının beklenmesinin mümkün olmaması ilkesi mazeret nedenlerinin kabulünün temelini oluşturuyorsa da, bu ilke mazeret nedenlerinin ölçütlerini ve kabulünü açıklamakta tek başına yeterli değildir. Bu ilke daha çok mazeret nedenlerinin kabul edilmesini destekler konumda olup geri planda kalmaktadır²⁰. Gerçekten bu ilke henüz objektif bir içeriğe sahip değildir. Dolayısıyla bu ilkenin tek başına varlığının failin cezasız kalmasını sağlamaya yeterli olmadığı ve bu ilkenin faile ceza verilmemesini sağlayan genel düzenleyici bir ilke olmadığı kabul edilir. Çünkü, aksinin kabulü sınırları ve koşulları belirsiz mazeret nedenleri yaratarak hukuk güvenliğinin zedelenmesine yol açabilir. Görüldüğü gibi objektif bir içeriğe sahip olmayan bu ilke tek başına mazeret nedenlerinin dayanağını oluşturmak için yeterli değildir. Çünkü, değişik görüşler bu ilkeye çeşitli anlamlar yükleyebilirler. Bu nedenle öğreti tarafından bu ilkeyi destekleyen ve objektif bir düzleme oturmasını sağlayama yönelik değerlendirmelerde bulunulmuştur²¹.

Bu bağlamda mazeret nedenlerinin hukuki niteliğini en iyi, hareketin haksızlık içeriğinin ve kusur içeriğinin azalmasının sonucu olarak kişinin mazur görülmesi gerektiğini savunan görüşün açıkladığını ifade etmeliyiz²². Hareketin haksızlık içeriği failin, saldırıya karşı savunma, tehlikeye karşı korunma, verilen

¹⁸ **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Türk Ceza Hukuku, s.391; **Meraklı**, s.264.

¹⁹ **Veli Özer Özbek/Koray Doğan**, "Zorunluluk Halinin (TCK m.25/2) Hukuki Niteliği", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi dergisi, C.9, S.2, İzmir 2007, s.198; **Meraklı**, s.265.

²⁰ **Walter Gropp**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Berlin Heidelberg New York, 2001, §7, kn.106.

²¹ **Meraklı**, s.265. Ayrıca söz konusu görüşler için bkz. aynı yazar s.265-268.

²² **Gropp**, §7, kn.64; **Meraklı**, s.262.

emre itaat etme yükümlülüğüne uyma amaçlarını gerçekleştirmek için hareket etmesinden ötürü azalır. Bu gibi durumlarda failin hareketi bir yandan bazı değerleri ihlal ederken diğer yandan da bazı değerleri korumaya çalışır. Bu durumda failin eylemindeki haksızlığın içeriği, hukuka uygunluk seviyesine yaklaştıkça azalır. Haksızlık içeriğinin azalması ve mazeret nedeninin oluşması için hareketin amaçlanan neticeye ulaşması -örneğin zorunluluk halinde tehlikeden gerçekten korunmanın gerçekleşmesi- zorunlu değildir; önemli olan hareketin bu tür meşru bir amaca yönelmiş olması ve hareketin haksızlık içeriğinin azalmasıdır. Haksızlık içeriğindeki azalmanın yanı sıra, failin içinde bulunduğu olağan dışı ve istisnai nitelikteki psikolojik durumun baskısı altında hareketi gerçekleştirmesi sebebiyle hareketin kusur içeriğinde de bir azalma söz konusu olur. Örneğin meşru savunmada sınırın aşılması halinde (TCK m.27/2), kendisine veya bir başkasına yönelen bir saldırı karşısında faildeki tehdit altında olma duygusunun yol açtığı ve heyecan, korku ya da telaşın hakim olduğu ruhsal durum hukuka uygun bir irade oluşumuna engel olduğundan failin kusuru, cezalandırma gerekliliğinin en alt sınırına dahi ulaşmaz. Mazeret nedeni oluşturan zorunluluk halinde fail ve yakını öyle bir tehlike altında bulunmaktadır ki bu tehlike altında hukuk düzeni failin kurtulma ya da kurtarma fiillerini yasaklasa ve bu fiillere hiçbir istisnai hukuki sonuç tanımasa da fail içinde bulunduğu psikolojinin baskısı ve zorlaması ile yine de bu eylemleri gerçekleştirir. Dolayısıyla bu gibi durumlarda failin eyleminin kusur içeriği azalır. Eylemin haksızlık içeriğinin azalmasının yanı sıra mazeret nedenlerinin kabulüne yol açan diğer etmen olan kusur içeriğindeki azalmanın, kusurluluğu kaldıran nedenlerde olduğu gibi kusurluluğu tamamen ortadan kaldıracak düzeyde olması gerekmez. Ancak mazeret nedenlerinin söz konusu olduğu durumlarda kusurluluğu kaldıran nedenlerden farklı olarak eylemin haksızlık içeriği de azaldığından faile ceza verilmesi hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açar. Bu yüzden hukuk düzeni bu durumlarda faili mazur görür. Dolayısıyla kusurun tamamen ortadan kalkması gerekliliği bulunmayıp kusurun ceza verilmesinin artık gerekli olmayacağı seviyeye kadar düşmüş olması yeterlidir²³.

Mazeret nedenlerinin varlığı halinde yalnızca failin iradesi etkilenmez, eylemin haksızlığı da azalır. Buna bağlı olarak mazeret nedenleri kusurluluğu kaldıran hallerden ayrı bir kavram oluşturur. TCK'da mazeret kavramına yalnızca 27/2. maddede "*meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez*" düzenlemesinde "*mazur görülebilecek*" ifadesi kullanılarak yer verilmiştir. Bunun dışında TCK'da doğrudan mazeret sebebi ifadesi yer almamaktadır²⁴.

Mazeret nedenlerinin hukuki niteliğine ilişkin bir düzenlemeye de 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)'nda da yer verilmiştir. CMK'nın 223/3.

²³ Gropp, §7, kn.64; Meraklı, s.268, 269.

²⁴ Meraklı, s.262.

maddesinde “(3) Sanık hakkında; a) Yüklenen suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması, b) Yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi, c) Meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması, d) Kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi, Hallerinde kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.” hükmü yer almaktadır. Bununla hem bizim mazeret nedeni olarak kabul ettiğimiz hallerin gerçekleşmesi halinde fail hakkında beraat değil, ceza verilmesine yer olmadığı kararının²⁵ verileceği açıkça düzenlenerek mazeret nedenlerinin niteliği ve sonucu ortaya konulmuş, hem de hukuki niteliği açısından tartışmaların bulunduğu zorunluluk halinin en azından Türk hukuku açısından bir kusurluluğu kaldıran hal (bize göre mazeret nedeni) olduğu belirtilmiştir²⁶.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, mazeret nedenleri Türk ceza hukuku öğretisinde henüz genel kabul görmemiş olsa da mazeret nedenlerini açıkça kabul eden yazarlar olduğu gibi, bunu zımnen kabul/ifade eden yazarlar da bulunmaktadır:

Örneğin Koca/Üzülmaz eserlerinde açıkça mazeret nedenlerinin varlığından bahsetmemekle beraber *varsayılan rızanın, hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı bir emrin yerine getirilmesinin ve zorunluluk halinin* birer kusurluluğu etkileyen mazeret nedeni olduğunu ilgili bölümlerde ifade etmektedirler²⁷.

Özgenç’e göre mazeret nedeninin varlığı halinde işlenen eylem, haksızlık oluşturma niteliğini korumaktadır. Buna karşın söz konusu haksızlığı gerçekleştiren kişi, zorunluluk halinin varlığı dolayısıyla kusurlu kabul edilmemektedir. Failin gerçekleştirdiği eylem, nitelik açısından bir haksızlık oluşturmaya rağmen, bu eyleme ilişkin irade yeteneğinin ortadan kalkması veya genel olarak etkilenmesi dolayısıyla, fail mazur (mazeretli) kabul edilmektedir. Bir başka ifadeyle, fail bu eyleminden dolayı kınanmamaktadır. Kişiye kusur yüklenebilmesi için, kendisinden davranış normlarına uygun hareket edebilmesi beklenebilmelidir. Eğer kendisinden norma uygun davranması beklenemiyorsa, kişi kusurlu kabul

²⁵ “Ceza verilmesine yer olmadığı kararı hukukumuz açısından yeni bir kurumdur. CMUK zamanında gerek yerel mahkemeler ve gerekse Yargıtay ceza verilmesine yer olmadığı kararı vermektedir. Ancak ceza verilmesine yer olmadığı, kararın gerekçesini oluşturmakta ve bu gerekçeyle beraat kararı verilmektedir. Kanun koyucu şimdi bu kavramı CMK’ya almış ve beraate benzer bir durum yaratmıştır. Fakat beraat kararı verilmesini gerektiren haller ile ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesini gerektiren haller birbirinden farklıdır.” **Veli Özer Özbek/Mehmet Nihat Kanbur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s.713.

²⁶ Bununla birlikte CMK m.223/3’ün getirdiği düzenleme ile bizim mazeret sebebi olarak kabul etmiş olduğumuz hallerin kusuru ortadan kaldıran sebep olarak değerlendirilebileceği sonucunu ortaya koyduğu da haklı olarak ifade edilmektedir. **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Türk Ceza Hukuku, s.391.

²⁷ **Mahmut Koca/İlhan Üzülmaz**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s.282, 302, 305, 310.

edilmemektedir. Bu nedenle mazeret nedenleri, kusurluluğu etkileyen nedenlerin değişik bir ifadesi olarak kabul edilmektedir. Mazeret nedeninin, kusuru ortadan kaldıran diğer nedenler karşısındaki farkı, mazeret nedeninin varlığı halinde, faile kusur yüklenmemekle birlikte, fail hakkında herhangi bir tedbir uygulanması da söz konusu olmamasıdır. Buna karşın, kusuru ortadan kaldıran diğer nedenlerin varlığı halinde, faile kusur yüklenmemesine rağmen, hakkında tedbir uygulanabilmektedir²⁸. Bu bağlamda yazar, zorunluluk halini, hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesini, meşru savunmada sınırın heyecan, korku veya telaş nedeniyle aşılmasını mazeret nedenlerine örnek olarak göstermektedir^{29, 30}.

Sözler de mazeret nedenlerinin varlığını kabul etmektedir. Yazara göre herhangi bir olayda mazeret sebebi oluşturan hallerin varlığında kişi, kusur yeteneği ve haksızlık bilincine sahiptir. Mazeret sebeplerinin mevcut olduğu hallerde, kusur yeteneğine sahip kişinin bu yeteneğini etkileyen haller nedeniyle norma aykırı hareket etmesi durumu söz konusudur³¹. Mazeret sebepleri, kusuru değişik yönlerde etkileyerek kusurluluğu kaldıran sebeplerden ayrılmaktadır. Bu hallerde kusur yeteneğine ve haksızlık bilincine sahip kişi, cezalandırmaya liyakat sınırına ulaşamadığı için cezasızlık öngörülmektedir³².

Sonuç olarak mazeret nedenlerinin kusurluluğu etkileyen hallerden farklı olduğu ifade etmeliyiz. Örneğin; akıl hastalığı, yaş küçüklüğü gibi kusurluluğu etkileyen hallerde kişi hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilirken, bir mazeret nedeni olan zorunluluk halinde güvenlik tedbiri uygulanmaz³³. Dolayısıyla mazeret nedenlerinin varlığı halinde kişi hakkında tedbir uygulanması da söz konusu olmaz^{34, 35}.

III. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ VE KUSURLULUĞU ETKİLEYEN HALLER/MAZERET NEDENLERİ ARASINDAKİ AYRIMIN ÖNEMİ

Mazeret nedenlerinin hukuki niteliği ve TCK bakımından hangi hallerin mazeret nedeni sayılacağına ilişkin açıklamadan sonra, asıl konumuz olan mazeret nedenlerinin çıkış noktası ve hukuka uygunluk nedenleriyle farkı hakkın-

²⁸ Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s.401-403.

²⁹ Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s.401, 408, 422.

³⁰ Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s.402.

³¹ Adem Sözüer, "Yeni Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Sorular - Cevaplar", Hukuki Perspektifler Dergisi, S.6, Mayıs 2006, s.230-233.

³² Adem Sözüer, Einführung in die Gesamtreform des Türkischen Strafrechts (I), İstanbul, Alfa Yayıncılık, 2006, s.43.

³³ Bekar, s.43.

³⁴ Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s.401, 402.

³⁵ Ancak sadece mazeret sebeplerinde güvenlik tedbiri uygulanmamaktadır şeklinde bir belirleme yapılması doğru değildir; zira kusurluluğu kaldıran bir neden olup mazeret nedeni olmayan haksızlık hatasında da kişiye güvenlik tedbiri uygulanmamaktadır. Bkz: Sözüer, Mazeret Sebepleri, s.230-233.

daki açıklamalarımıza yer vermek istiyoruz. Bunu yaparken konunun daha iyi ve geniş bir bakış açısıyla sunulabilmesi için Kıta Avrupası ile Anglosakson hukuk sistemlerinin de konuyu ele alış yöntemlerinden hareket ediyoruz.

1. Kıta Avrupası ile Anglosakson Hukuk Sistemlerinin Konuya Yaklaşımları

Anglosakson hukuk sisteminde yer alan suç teorileri ile Kıta Avrupası hukuk sisteminde yer alan suç teorileri arasında, aynı amaca giden farklı yöntemlerin bulunduğu görülür. Bu farklılık hem bu hukuk sistemlerinin altında yatan felsefi yaklaşımların, hem suç politikalarının hem de bu yargı çevrelerinin gereksinimlerinin farklılığına dayanır. Özellikle hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu etkileyen haller/mazeret nedenlerine bakış açısında her iki sistem arasında önemli bir benzerlik olduğu görülür ve bu farklı kültürlerde yer alan hukukçular arasında soyut düzeyde bir anlaşmanın sağlanmasına zemin oluşturur³⁶. Ancak Anglosakson hukukçuların birçoğuna göre bu ayrım, gereksiz bir “akıl oyunu” olmaktan öte bir şey değildir³⁷. Bu nedenle söz konusu ayrım, gerek uygulama alanında gerekse teorik alanda herhangi bir öneme sahip değildir. Bu durum Anglosakson hukuk sisteminin meşru savunma veya ulusal makamların yetkisizliği gibi savunmalarla, akıl hastalığına bağlı kusurun bulunmaması gibi savunmalar arasındaki farklılıkları tanımadığı anlamına gelmez; ancak bunlar savunma nedenleri başlığı altında toplanıp, bundan başka ayrımlara tabi tutulmazlar, zira sonuçta bunların hepsi var olmaları halinde cezasızlığa yol açarlar.

Ceza hukuku uygulaması açısından bakıldığında ise, Anglosakson hukukunda, hukuka uygunluk ve kusurluluğu etkileyen haller/mazeret nedenleri arasında Kıta Avrupası’nda olduğu gibi sınırları belirlenmiş ve dogmatik ayrım yapılmadığı görülür. Buna karşın Alman ceza hukuku öğretisi ve uygulaması ile yine birçok başka hukuk sisteminde (genel olarak Kıta Avrupası hukuk sistemi ve bu sistemi izleyen ülkelerde), hukuka uygunluk ve kusurluluğu etkileyen haller/mazeret nedenleri arasındaki ayrımın varlığı ve kesinliği tartışmasızdır³⁸. Zira hukuka uygunluk ve kusurluluğu etkileyen haller/mazeret nedenleri arasındaki bu ayrım, suç kavramının içeriği ve kapsamı ile birlikte, bu kapsam dahilinde bulunan hukuka aykırılığı (wrongdoing / Rechtswidrigkeit) fiilin oluşturduğu haksızlık (wrongfulness / unrecht) veya yasaya aykırılık (unlawfulness / Rechtswidrigkeit) olarak ayırma ile kusurluluk (culpability / Schuld) kapsamında failin suçtan so-

³⁶ **George P. Fletcher**, The Grammar of Criminal Law: American, Comperative and International, Volume I: Foundations, New York, Oxford University Press, 2007, s.19, 20.

³⁷ **Eser**, Justification and Excuse, s.19.

³⁸ Ceza kanunlarında açık bir şekilde belirtilmemiş olsa dahi, bu durum en azından baskın olan suç teorisi açısından geçerlidir. Bunlara örnek olarak Avusturya, İsviçre, İspanya, Latin-Amerika, Japonya, Kore, Tayvan ve –bazı çekincelerle– İtalya, İskandinavya ve Türkiye gösterilebilir. Genel bir değerlendirme için: **Hans-Heinrich Jescheck**, “Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik in rechtsvergleichender Sicht”, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Vol. 98, Issue 1, 1985, s.7.

rumlu tutulabilirliğini (blameworthiness / persönliche Vorwerfbarkeit) belirleme konusunda yardımcı olur³⁹.

2. Anglosakson Hukuk Sistemine Göre Mazeret Nedenleri

Bir önceki paragrafın ilk tümcesinde belirtmiş olduğumuz hususa rağmen Anglosakson ceza hukukunda, hukuka uygunluk nedenleri (justification) ve mazeret nedenleri (excuse) arasında dogmatik olmasa da savunma nedenlerine dayanan bir ayrımın yapıldığı görülür. Bu hukuk sistemine göre ceza hukukunda suç oluşturan davranış, yasaklayıcı bir normun ihlali niteliğindedir. İhlal niteliğinde olan bir davranıştan dolayı sorumluluğun ileri sürülebilmesi için ceza normu olarak kabul edilen emirlere veya yasaklara, hukuka uygunluk veya mazeret nedenleri gibi istisna oluşturacak durumlar eklenmemelidir⁴⁰. Hukuka uygun olduğu kabul edilmiş hareket, hukuka aykırı olmayan harekettir. Ancak mazeret nedenlerinin varlığı halinde durum farklılık gösterir; çünkü mazeret nedenleri, ceza sorumluluğunun doğmasını engellese dahi söz konusu davranış hukuka aykırılığını korur. Dolayısıyla failin eylemi mazeret nedenlerinin varlığı halinde hukuka aykırılığını korur ve fakat eyleminden dolayı mazur görülür⁴¹. Buna göre bir eylemin cezalandırılabilmesi için gerekli olan ön koşul, o eylemin suç niteliğinde olmasıdır. Ayrıca cezalandırma için suç tanımlarına uyan eylem bakımından hukuka uygunluk nedenleri ve mazeret nedenleri gibi savunma türlerinin bulunması gerekir⁴². Kişinin eylemi gerçekleştirmesine karşın somut olayda bir hukuka uygunluk veya mazeret nedeninin bulunması halinde, bu kişiyi söz konusu suç nedeniyle mahkum etmek doğru olmaz. Savunma türü olarak değerlendirilen bu iki ceza sorumluluğunu etkileyen hal, kişinin haklılığına ilişkin olup dolayısıyla birbirine benzer⁴³. Hukuka uygunluk nedenleri gibi mazeret nedenleri de tüm suçlara karşı uygulanabilecek genel savunmalardır. Hukuka uygunluk nedenleri, kişinin eylemini odak noktası alırken, mazeret nedenleri, kişinin nesnel olarak sorumlu tutulup tutulamayacağı üzerine yoğunlaşır. Bu hallerde ceza sorumluluğu, kişinin suç oluşturan eylemi yapmayı seçmesi sonucu ortaya çıkar. Fakat bir mazeret nedeninin varlığı halinde, kişinin yaptığı eylem hukuka aykırı bile olsa sorumluluğu söz konusu değildir⁴⁴. Çünkü bu kişinin bazı özellikleri veya içinde bulunduğu durum, söz konusu suça ilişkin sorumluluğunu ortadan kaldırır⁴⁵.

³⁹ Eser, Justification and Excuse, s.20.

⁴⁰ George P. Fletcher, Rethinking Criminal Law, New York, Oxford University Press, 2000, s.562; John Gardner, "Suçlar ve Savunmalar Hakkında Fletcher'in Görüşleri", Çev: Elif Bekar, İÜHF, C.LXVI, S.2, 2008, s.415; Eugene R. Milhizer, "Justification and Excuse: What They Were, What They Are and What They Ought To Be", St. John's Law Review, Issue 3, Volume 78, Summer 2004, s.725 vd.

⁴¹ Markus D. Dubber, Criminal Law Model Penal Code, New York, Foundation Press, 2002, s.209.

⁴² Dubber, s.186-189; Bekar, s.55.

⁴³ Russell L. Weaver/Leslie W. Abramson/John M. Burkoff/Catherine Hancock, Criminal Law: Cases, Materials and Problems, American Casebook Series, St. Paul MN., Thomson-West, 2002, s.405.

⁴⁴ Paul H. Robinson, Criminal Law Defenses, Volume I, St. Paul MN., West, 1984, s.405.

⁴⁵ Weaver/Abramson/Burkoff/Hancock, s.480; Bekar, s.55.

Burada yeri gelmiş belirtilmesi gereken önemli bir husus, Anglosakson hukuk sisteminde kusurluluk manevi unsura ilişkin önemli bir savunma nedeni olmakla birlikte kusurluluğu etkileyen haller ile bizim mazeret nedenleri dediğimiz nedenler arasında bir ayrımın söz konusu değildir. Bu hukuk sisteminde hukuka uygunluk nedenleri dışında kalan nedenler (ki bu sistemde zorunluluk hali, hukuka uygunluk nedenlerinin tipik bir örneği olarak kabul edilir⁴⁶), mazeret nedenleri (excuse) başlığı altında incelenmektedir. Dolayısıyla iki hukuk sistemi arasında bu konuda da bir yeknesaklığın bulunmadığı, aynı kavramlara farklı işlevlerin yüklendiği görülür. Buna karşın Kıta Avrupası hukuk sisteminde, hatta bu sisteme dahil ülkelerin kendi ulusal öğretilerinde, giriş kısmında örneklediğimiz üzere aynı kavramlara farklı işlevler yüklenmekte ve bunların altında farklı hukuki konular inceleme konusu yapılmaktadır.

Özellikle Amerikan ceza hukukunda yer alan mazeret nedenlerinden bazılarını akıl hastalığı, cebir veya tehdit, yaş küçüklüğü ve irade dışı alınan alkol oluşturur. Kişi, sosyal zarar içeren bir davranışta bulunmasına rağmen suç niteliğindeki bu davranışı nedeniyle mazur görülür. Örneğin akıl hastalığı ya da irade dışı alınan alkol sonucu kişi, gerçekleştirdiği eylemin niteliğini anlayabilecek ya da davranışlarını hukukun gereklerine uygun bir şekilde yönlendirebilecek kapasiteden yoksun olduğundan suç işlemesine rağmen mazeret nedenlerinin varlığı nedeniyle mazur görülür. Yaş küçüklüğü, cebir ve diğer mazeret nedenlerine ek olarak öğretilerde kişinin hatasına dayalı genel mazeretleri de kabul edilir⁴⁷. Örneğin kişinin yetkililerin yasayı yanlış biçimde aktardığına makul bir biçimde inandığı ya da yasada yer alan söz konusu bilgi makul biçimde erişilebilir olmadığı haller gibi kişinin bilmesinin beklenemediği durumlarda, hataya dayalı mazeret nedeni kabul görebilir. Söz konusu ek mazeret nedenleri yalnızca doktrinel tartışmalarda yer almayıp, bazı yargı organları tarafından da kabul görmektedir⁴⁸. Ancak yargı organlarının belirli bir savunmanın hukuka uygunluk nedeni mi yoksa mazeret nedeni mi olduğu konusunda tam bir fikir birliği içinde olmadıkları⁴⁹ hukuka uygunluk nedeni ve mazeret nedenini aynı şekilde karşılandıkları ifade edilmektedir⁵⁰.

Amerika Birleşik Devletleri'nde yeknesak bir ceza hukuku mevzuatı oluşturulması amacıyla hazırlanan, Model Ceza Kanunu'nda da, hukuka uygunluk nedenleri ve mazeret nedenleri arasında net bir ayrımın yapılmadığı görülür. Bu ayrım yapılsa dahi, yasal sistemde giderek artan karışıklığın, ayrımların yapılmasıyla elde edilecek faydalara nazaran daha ağır olacağı ileri sürülmektedir⁵¹.

⁴⁶ Dubber, s.194.

⁴⁷ Robinson, Criminal Law, s.381-384.

⁴⁸ Bekar, s.46; Robinson, Criminal Law, s.381-384.

⁴⁹ David Crump/Neil P. Cohen/Laurie L. Levenson/John T. Parry/Penelope Pether, Criminal Law: Cases, Statutes and Lawyering Strategies, Second Edition, New Jersey, Lexis Nexis, 2010, s.370.

⁵⁰ Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, Fifth Edition, San Fransisco, Lexis Nexis, 2009, s.207.

⁵¹ Dressler, s.218; Bekar, s.55.

Amerikan hukukunda bu şekilde bir ayrım yapılmasına karşı çıkan kuvvetli bir görüş bulunmaktadır. Bunlara göre hukuka uygunluk ve mazeret nedenleri ayrımı, eski örf ve adet hukukunda yer almakta olup, bugün sadece teorik olarak varlığını sürdürmektedir⁵².

Buna karşın hukuka uygunluk ve mazeret nedenleri ayrımının yapılmasının gerekliliğini savunanlar, buna ilişkin bazı teorik ve pragmatik gerekçeler ileri sürmüşlerdir. Bunlardan bir tanesi, net ahlaki mesajlar verilmesidir. Buna göre, ceza hukuku insanlara pek çok yol arasında seçmeleri gereken yola karar verme konusunda yardımcı olan ahlaki bir pusula olup insanlar her zaman yanlış ama mazur görülebilir olanı değil, haklı görülecekleri yolları seçmelidir. Örneğin, saldırıya uğrayan bir insan kendisine saldıran kişiye karşı saldırıda bulunmayı düşünüyorsa, bu noktada hukuk ona söz konusu davranışı gerçekleştirdiği takdirde mazur görülebileceğini ya da haklı bulunabileceğini söylemelidir. Hukuk, bireylere seçebilecekleri yolları açıkça belirtmeli ve böylece sistem, bireye kılavuzluk yapmalıdır. Hukuka uygunluk ve mazeret nedeni ayrımı yok sayılırsa, yapılmaması gereken ama mazur görülen davranış, haklı görülen bir davranış gibi nitelendirilerek ahlaki bir yanlışlık sergilenmiş olur⁵³. Hukuka uygunluk nedenleri ve mazeret nedenleri ayrımının belirlenmesi, yasa koyuculara ceza yargılamasına ilişkin savunmaları uyumlu biçimde tanımlama olanağı sağlar. Suçun bazı unsurları, hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin terimler ile açıklanabilirken, diğerleri mazeret nedenlerine dayanılarak açıklanabilirler. Ancak bir suç, tutarsız ilkelerle açıklandığında kanunun uygulamasında sorunlar çıkar. Bu nedenle bu ikisi arasında ayrım yapmanın bir diğer gerekçesini bu ayrımın ceza hukukunda teorik tutarlılığı sağlamaya yardımcı olması oluşturur⁵⁴.

Hukuka uygunluk nedenleri ve mazeret nedenleri arasında ayrım yapılmasına ilişkin diğer bir neden, suç ortaklarının sorumluluğuna (suça iştirake) ilişkindir. Bir örnekle açıklamak gerekir ise, kişi suç oluşturan bir eylemi gerçekleştirmek için bir arkadaşına giderek ondan silah temin eder. Bu kişinin eylemi gerçekleştirmesi halinde, eğer bu eylemi işlemesi bakımından haklı bulunursa –örneğin, silah meşru savunma halinde kullanılırsa– bu eylem suç oluşturmadığından, bu kişiye silah temin eden arkadaşının eyleme iştiraki de hukuka aykırı olmaz ve yargılama sonucunda beraat eder. Diğer yandan, kişinin böyle bir suçu işlemek için haklı bir nedene sahip olmadığı, ancak akıl hastalığı nedeniyle cezalandırılmadığı varsayımında, ona silah temin eden kişi bu eylemi nedeniyle sorumlu tutulur. Dolayısıyla söz konusu kasten öldürme suçunda ruhsal rahatsızlığı nedeniyle eylemi gerçekleştiren kişi cezai sorumluluktan kurtulabilirken, bu kişiye silah temin etmek yoluyla suça iştirak etmiş kişinin sorumluluğu devam eder. Bu

⁵² **Paul H. Robinson**, "A Theory of Justification: Societal Harm As A Prerequisite for Criminal Liability" *UCLA Law Review*, Vol.23, 1975-1976, s.276.

⁵³ **Dressler**, s.218, 219; **Bekar**, s.56.

⁵⁴ **Dressler**, s.219; **Bekar**, s.56.

bağlamda Taylor v. Commonwealth davasında, mahkeme mazeret nedenlerinin kişinin kendisine ait özel durumlara ilişkin olması sebebiyle diğer kişilere uygulanamaz olduğuna ve dolayısıyla mazeret nedenlerinin varlığı halinde bu nedenlerin suç ortakları bakımından geçerli olmadığına karar vermiştir⁵⁵.

Söz konusu ayırımı diğer bir gerekçesini, üçüncü kişilerin eylemleri oluşturmaktadır. Bu görüşler, suç ortaklarının sorumluluğuna ilişkin yaklaşıma yakındır. Eğer kişi kendi haklarını korumak adına eylem gerçekleştiriyorsa, bir başkası da bu kişiyi korumak için aynı eylemi yapabilmeli ve haklı bulunmalıdır. Mazeret nedenlerinde yalnızca eylem nedeniyle mazur görülen kişi bundan yararlanır. Ancak bazı hallerde bu genelleme bu kadar doğrudan ve kolay işlemez. Örneğin, kişi kendisine haksız bir saldırıda bulunan kişiye karşı meşru savunmada bulunarak saldırganı öldürürse haklı bulunur. Hatta bu kişiyi kurtarmak amacıyla aynı eylemi yapan üçüncü kişi de haklı görülür. Ancak kişi, bu eylem bakımından akıl hastası olması nedeniyle mazur görülür ise, üçüncü kişinin başka mazeret nedeni bulunmadıkça sorumluluğu devam eder⁵⁶.

Burada ayrıca belirtmek istediğimiz bir diğer husus zorunluluk halinin Anglosakson hukukundaki yeridir. Amerikan ceza hukukunda zorunluluk halinin hukuki niteliği, genellikle hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilir. Hatta zorunluluk halinin Amerikan ceza hukukunda hukuka uygunluk nedenlerinin en tipik örneği olduğu ifade edilir. Zorunluluk haline ancak kişi acil durumlarda zorda kaldığında başvurulabileceği için zorunluluk hali olmadan kişinin zarar ve yararları dengeleyip yasaları ihlal etme hakkı bulunmaz⁵⁷. Bu nedenle de zorunluluk haline ilişkin savunma, kötüler arasında seçim, daha az kötü olanın seçilmesi veya genel hukuka uygunluk nedeni olarak adlandırılır. Zorunluluk hali, hukuka uygunluk nedenleri arasında hukuka uygunluk nedenlerinin yapısını en iyi sunan savunma şekli olarak değerlendirilir⁵⁸. Zorunluluk haline ilişkin mahkeme kararları, yasamanın yerini tutmaktadır. Hukuka uygunluk sebebi olarak zorunluluk halinin 21. yy.'da yerini bulduğu ve zorunlu savunmanın mantığına yön verdiği söylenebilir. Bu halde zorunluluk hali de meşru savunma gibi üstün kişisel haklara dayanmakta olup zararı azaltıcı kolektif menfaatler içerir⁵⁹. Ancak Amerikan ceza hukukunda zorunluluk halinin aslında bir hukuka uygunluk nedeni olduğu ya da mazeret sebebi veya her ikisinin de özelliklerini taşıyıp taşımadığı konusunda tam bir netlik yoktur⁶⁰.

⁵⁵ Taylor v. Commonwealth, 521 S.E. 2d 293, 297; bkz: **Dressler**, s.219; **Bekar**, s.57.

⁵⁶ **Dressler**, s.220; **Bekar**, s.57.

⁵⁷ **Dubber**, s.194.

⁵⁸ **Bekar**, s.64, 65.

⁵⁹ **George P. Fletcher**, Basic Concepts of Criminal Law, New York, Oxford University Press, 1998, s.142.

⁶⁰ **Dressler**, s.289; **Bekar**, s.59, 60.

3. Anglosakson Hukuk Sistemi ile Kıta Avrupası Hukuk Sisteminin Yaklaşımlarının Karşılaştırılması

Ceza hukukunda tipik hareketin yaptırıma tabi tutulabilmesi için, hareketin aynı zamanda hukuka da aykırı olması gerekir. Ancak hukuk düzeni, sadece “*yasaklayıcı normlardan*” oluşmaz; aynı zamanda belirli bir yasağı bazı koşullar altında hukuka uygun hale getiren “*izin verici normlara*” da yer verir. Hukuka uygunluk nedenleri olarak adlandırılan bu durumların ortaya çıkması halinde, artık hareketin hukuka aykırılığından, dolayısıyla “*haksızlıktan*” söz edilemez⁶¹. Kusurluluğu etkileyen hallerde ise fail, hukuka aykırı hareket etmekle beraber, onun suçlanması adil görünür; çünkü ceza hukuku hiç kimseden insanüstü davranışlarda bulunmasını beklemmez. Hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu etkileyen hallerin hukuki sonuçları (cezasızlık) aynı olmakla birlikte, bu iki kurum birbirinden farklı anlamlar taşır. Hukuka uygun eylem, hukuk düzeni tarafından onaylanmakta iken; kusurluluğu etkileyen haller kapsamında işlenen eylem ise, hukuk düzeni tarafından yalnızca “*mazur*” görülür⁶².

Bu ayrım hukuka uygunluk nedenleri ile mazeret nedenlerine moral açıdan yaklaşıldığında da kendini gösterir. Hukuka uygunluk nedenleri, moral değeri olan bir hukuki uygulamadır, zira yasa tarafından izin verilen belli şartlar altında normalde suç oluşturan eylemlerin gerçekleştirilmesi halinde bu eylem kötü değil, iyi olarak algılanır. Buna karşın, bir mazeret nedeninin varlığı halinde, eylem aynı şartlar altında gerçekleştirilmiş olsa bile sosyal açıdan kötülüğünü korur, zira mazeret nedenleri anlayış ve mazur görme üzerine yapılandırılmış olup, moral açıdan da bir hukuka uygunluk oluşturmazlar⁶³.

Bu ayrımın en önemli sonucu, hukuka uygunluk nedenleri içerisinde eylemini gerçekleştirmiş olan faile hiçbir yaptırım uygulanmazken; aynı eylemin kusurluluğu etkileyen haller kapsamında işlenmiş olması halinde, güvenlik tedbiri yaptırımının uygulanabilecek olmasıdır. Ayrımın meşru savunma bakımından sonucu ise, saldırı gerçekleştirenin akıl hastalığı veya yaş küçüklüğü gibi bir nedenle kusur yeteneğine sahip olmaması, eylemin haksızlık niteliği bakımından önemli olmadığından, bu harekete karşı meşru savunma mümkün iken; hukuka uygunluk nedeni altında işlenen eylem, haksız saldırı olarak kabul edilemeyeceğinden, buna karşı meşru savunma mümkün değildir⁶⁴. Kusur, ceza hukuku açısından failin kınanabilirliğini ifade eder. Bu bağlamda kusur, suç oluşturan eylemin kasta veya taksire dayalı bir haksızlık olmasından veya hukuka aykırı bulunmasından ayrı olarak, failin hareketi hakkındaki kişisel kınanabilirlik yargısını ifade eder⁶⁵.

⁶¹ Demirbaş, s.261.

⁶² Keçelioğlu, s.304, 305; Demirbaş, s.261.

⁶³ Boaz Sangero, Self-Defence in Criminal Law, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2006, s.12.

⁶⁴ Demirbaş, s.261.

⁶⁵ Udo Ebert, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Heidelberg, 2001, s.92; Artuk/Gökçen/Yeni-dünya, s.449.

Dolayısıyla hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu etkileyen haller ve dolayısıyla mazeret nedenleri birbirinden farklı kavramlardır⁶⁶.

Hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu etkileyen haller arasındaki ayrımın suç genel teorisi çerçevesinde analiz edilebilmesi suçun yapısının tam olarak öğrenilmesi ve özellikle yaptırım çeşitleri olan cezalar ile güvenlik tedbirlerinin uygulanabilirliği ve fail ceza hukuku açısından sorumlu tutulmaz iken borçlar hukuku (haksız fiil/tazminat) açısından sorumlu tutulabilmesi açısından son derece önemlidir. Bu analiz, Anglosakson hukuku ile Kıta Avrupası hukuku arasında yapılacak karşılaştırmalar açısından da önemlidir. Suçun temelinde neyin bulunduğu araştırılmadan, sadece karşılıklı benzerliklerin bulunduğu kast (intent), taksir (negligence), zarar (harm), kusursuz sorumluluk (strict liability), hata halleri (mistakes of fact and law), teşebbüs (attempt) ve suça iştirak halleri (complicity) ile sınırlı bir karşılaştırma yapılması durumunda, ulaşılabilecek sonuçlar gerçek ve sağlıklı bir karşılaştırma olamaz. Bu durumda farklı ceza hukuku sistemleri karşılaştırıldığında ortaya çıkacak sonuçlar esaslı olmaktan çok rastlantısal olur. Nitekim ülkelerin ulusal öğretilerinde dahi suçun yapısal unsurlarının ve suç kavramının tanımlanması ve ayrımlarıyla açıklanmasında farklılıklar bulunur⁶⁷. Bununla beraber, eğer çeşitli ceza hukuku sistemlerinin sadece temel yapılarının karşılaştırılması denirse, ortaya çıkacak olan suç kavramları, özellikleri açısından birbirleriyle karşılaştırıldıklarında farklı sonuçlar ortaya çıkacak, bu ise herhangi bir ortak payda bulma umudunu azaltacaktır⁶⁸.

Bu durum bilhassa Anglosakson ceza hukuku sistemindeki suç kavramıyla bağlantılı olarak doğrudur, zira bu hukuk sisteminde bizim bildiğimiz suçun unsurlarına ilişkin klasik yapılar bulunmaz. Anglosakson ceza hukuku sisteminde sonuca odaklı (faydacı) bir “*bütünsellik*” yaklaşımı mevcuttur. “*Actus reus*” ve “*mens rea*” (suçun maddi unsuru ile manevi unsuru) arasında herhangi bir hiyerarşik yapılanma bulunmaması nedeniyle bu ikiliden herhangi birine yönelik yapılan, unsurların bulunmadığına ilişkin bir savunma aynı derecede etki gösterir. Buna karşın bizim ceza hukuku sistemimizde suç genel teorisi bakımından sanığın cezalandırılabilirliğinin değerlendirilmesi yapılandırılırken belirli bir sıra izlenir, farklı seviyeler ve hiyerarşik yöntem aracılığıyla değerlendirmeler yapılır⁶⁹.

⁶⁶ Eser, Justification and Excuse, s.21.

⁶⁷ Örneğin Demirbaş, hukuka aykırılığın kusurluluğa dahil olmadığını belirtmekle birlikte, kast ve taksiri kusurluluğun çeşitleri olarak kabul ettiği için, kusurluluğunun hareket ile fail arasındaki bağdan ibaret olduğunu; buna karşılık hukuka aykırılığın hukuk düzeni ile bir taraftan fail ve diğer taraftan fiil arasındaki bağlantının ifadesi olduğunu belirtmektedir. Demirbaş, s.255.

⁶⁸ Eser, Justification and Excuse, s.21.

⁶⁹ Bu yöntemin “bütünsel” olarak nitelendirilmesi önemlidir. Çünkü burada metodun bütünselliğinden bahsedildiği için, bu noktada Anglosakson hukukunun “yapılandırma” konusundaki yetersizliği ve sonuç odaklı bir “tüm”e erişme noktası ile “yapılanma” odaklı bir bakış açısı olmadığından, eylemin cezalandırılabilirliği açısından sıkıntı doğmaktadır. Suç yapılanmasının işlevinin daha mantıklı, öngörülebilir ve eşit bir ceza adaleti sistemi yaratılması olduğuna dair bkz: Hans Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 3d ed., Duncker & Humblot, Berlin,

İki farklı hukuk sisteminin konuya yaklaşımları karşılaştırıldığında, Anglo-sakson ceza hukukunun yalnızca sonuçla –başka bir deyişle, cezalandırılabilirliğin bütün unsurlarının mevcut olup olmadığı ile– ilgilendiği görülür. Oysaki Alman ceza hukuku ve diğer benzer ceza hukuku sistemlerinde, bir olayda cezalandırılabilirliğin bütün unsurlarının yerine getirilmiş olup olmadığı önemli olmadan, bir başka deyişle bütüncül bir yaklaşım gösterilmeden, suçun unsurları tek tek incelenmekte, eylemin kusurluluğu kaldıran nedenlere veya hukuka uygunluk nedenlerine dayandırılabilir olup olmadığı veya suçun yapısal unsurlarındaki eksiklikten dolayı cezalandırılabilirlikten yoksun bırakılıp bırakılamayacağı araştırılır ve savunma bunun üzerine kurulur.

Bu hukuk sistemlerinin karşılaştırılmasına ilişkin olarak Albin Eser, farklı bir yöntemin izlenmesi gerektiğini belirtir. Yazar, bu iki farklı suç teorisinin bir ev üzerinden örnek verilerek anlatılabileceğini; burada hem evin ana yapısını oluşturan temelin, hem de evin dış görüntüsünün farklılık gösterdiğini ifade eder. Buna göre:

Kıta Avrupası'nda suç kavramı çok katlı bir ev gibi inşa edilmiştir. Cezalandırılabilirliğin gerçekleşebilmesi için, her kattan tek tek geçerek en üst kata ulaşmak gerekir. Bu modelde değişik savunma çeşitlerine göre sorumluluktan kurtulma adına her kattan bir çıkış bulunur. Çıkışın gerçekleştiği katın seviyesinin düşük olması, sanığın suçla olan ilgisinin daha az olduğunu gösterir ki bu aynı zamanda daha üst katlardan çıkış yapan bir sanığa göre daha güçsüz bir sosyal etki ve toplumsal damgalamaya sebebiyet verir. Zira bu sistemde her eklenen suç basamağı koşullara ilişkin ön gelen içeriğe sahiptir⁷⁰. Diğer yanda, Anglosakson hukukunda ceza kavramı “maddi unsur” ve “manevi unsur” şeklinde iki girişe ve birbirine eşit pek çok savunma yolu çıkışına sahip tek katlı bir ev görüntüsü verir. Bunun sonucunda, cezasızlık için, girişin demir parmaklıklı veya çıkışın açık olup olmadığı fark etmez. Amerika Birleşik Devletleri'nde federal düzeyde yeknesak bir ceza kanunu olması adına ve dolayısıyla ceza hukuku yapılandırılması için hazırlanan Model Ceza Kanunu ile getirilmek istenilen düzenlemeler dahi esas olarak bu “tek katlı” yapıyı değiştirmemekte; yalnızca giriş ve çıkış olarak belirlenen yerlere olan duyarlılığı artırmaktadır⁷¹.

Temelde farklı görünüme sahip bu binaların karşılaştırılması gerçek bir ikinin varlığına işaret eder. Ceza hukukuna ilişkin konular karşılaştırılmaya çalışılırken, suç kavramının altında yatan ve temelini oluşturan hususlara dikkat edilmezse, yüzeysel bir çıkarım yapılacak ve böylelikle gerçekten bir anlam ifade

1978, s.156-158; **Joachim Hruschka**, “Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein?”, *Juristenzeitung*, 40. Jahrgang, 4 Januar 1985, s.1-10.

⁷⁰ **Hans Joachim Hirsch**, “Kusur İlkesi ve Ceza Hukukundaki Fonksiyonu”, Çev: Yener Ünver, *Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler*, Konya, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1998, s.298.

⁷¹ **Eser**, *Justification and Excuse*, s.21-23.

eden, düzgün bir karşılaştırma olmayacaktır. Ancak karşılaştırma sırasında daha derine inerek suç kavramının altında yatan ve temelini oluşturan hususlar ortaya konulduğu zaman, mevcut suç kavramı yapılanmalarının birbirlerinden farklı görünümlere sahip olması, bu karşılaştırmayı zorlaştıracaktır⁷².

Albin Eser’e göre yapılması gereken, söz konusu binaların yapısal özelliklerini incelerken binaları ön cepheleri yerine arka cephelerinden analiz etmektir. Bu durumda karşılaştırmanın ilk adımında, cezalandırılabilirliğin “pozitif” unsurlarının soruşturulması gerekli değildir. Pozitif unsurlar yerine savunmaya yönelik yöntemlerin (Anglosakson hukuk sisteminde olduğu gibi) analiz edilmesi daha faydalı olacaktır. Bu bağlamda karşılaştırma sonucunda eylemin cezalandırılabilirliği hakkında olumlu ya da olumsuz bir yargıya varılacaktır. Herhangi bir ceza hukuku sisteminde kanuni tanımda yer alan unsurlar gerçekleştiği halde, bir eylemin suç oluşturmadığı ya da failin cezalandırılmadığı durumlar söz konusu olabilmektedir. Bu durumu sağlayan savunma çeşitleri benzer görünmelerine rağmen, daha yakından incelendiğinde suç oluşturma ya da cezalandırılma dışında bırakılmalarına neden olan hususların farklılık gösterdiği görülmektedir. Örneğin meşru savunma ve akıl hastalığı durumlarının karşılaştırılması halinde; meşru savunmaya dayanan bir adam öldürmede, kişi şahsi bir hakkını ve yasayla korunan bir çıkarını koruduğu için gerçekleşen öldürme eyleminin “hukuka (ve dolayısıyla yasaya) aykırı” olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Akıl hastalığında ise, kişi yalnızca akıl hastası olduğu için cezalandırılmayacaktır, akıl hastası eyleminden sorumlu tutulmama da bu durumda bir hakkı yerine getirdiği ya da hukuksal (yasal) bir çıkarını muhafaza ettiği iddiasında bulunulması mümkün değildir, dolayısıyla eylem hukuka aykırılığını ve haksızlık içeriğini muhafaza etmektedir. Bu farklı durumlar tanımlanırken, “hukuka uygunluk nedenleri” ve “kusurluluğu etkileyen haller” çerçevesinde bir değerlendirme yapmaktan kaçınılması halinde dahi, meşru savunma ve akıl hastalığı savunmalarının birbirinden farklı olan gerekçeleri ve cezasızlığa yol açan farklı etkileri hakkında herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Nitekim ilkinde eylem bütünüyle hukuka uygun hale gelmekte iken diğerinde fail cezalandırılmayacak olmasına rağmen, eylemin hukukun korumaya çalıştığı çıkar ile uyduğu, yani hukuka uygun olduğu söylenemeyecektir⁷³.

Buna rağmen farklı gerekçe ve etkilere sahip olan savunmaların –ceza sorumluluğundan kurtulma konusunda bazıları daha az, bazıları ise daha kapsamlı etkiye sahip– ayırt edilmesi mümkündür. Böylece suçun gelişim sürecinin farklı oluşum aşamalarından söz edilmektedir. Bir taraftan (meşru savunmada olduğu gibi) eylemin gerçekleşmesi beklenmiyor olsa bile bu eylem yasal olarak tanımlanabilir. Oysaki diğer taraftan (akıl hastalığında olduğu gibi) yapılan eylem-

⁷² Eser, Justification and Excuse, s.23.

⁷³ Eser, Justification and Excuse, s.24.

ler kamunun onay vermediği, kınadığı türdendir. Böylece çeşitli suç teorilerine farklı cephelerinden bakarak savunmaların gerekçe ve karakterlerini içeren “arka cepheye” bakılması mümkündür. O zaman savunmaların cezalandırılabilirliği kaldırma konusunda farklı etkilerinin olduğu ortaya çıkar. Böylece suçu temsil eden binaların daha verimli bir şekilde karşılaştırılmasına giden kapı açılmış olur. Savunma çeşitlerinin gerekçeleri ve etkileri bakımından farklı sonuçlar yarattığının kabul edilmesi ile diğer ceza hukuku sistemlerindeki benzer ayrımların ve değerlendirmelerin incelenmesi mümkün hale gelir. Eğer bu hususlar konusunda içerik olarak benzerlikler var ise, suç kavramının yaratacağı sonuçlar da incelenebilir. Bir yandan, savunmalar farklı olarak değerlendirilebilir, ancak diğer yandan bu durumun suçun yapısına etki eden bazı sonuçları olur. Örneğin, eğer savunma “hukuka uygunluk nedenleri” temelli olarak kurulsaydı, “hukuka uygunluk nedenleri” ile olumsuzlanan “haksızlık” söz konusu olur; öte yandan savunma sadece kişisel bir “kusurluluğu etkileyen nedene” bağlanırsa, “kusurluluğu etkileyen nedenler” ile olumsuzlanabilen bir “kusurluluk” çeşidinin bulunması söz konusu olur⁷⁴.

“Hukuka uygunluk nedenleri” ve “kusurluluğu etkileyen hallerin” suçun değerlendirilmesi açısından farklı kavramlar oldukları düşünüldüğünde, bu ayrımın aslında farklı suç teorilerini anlamak ve kıyaslamak açısından önemli bir husus olduğu görülür. Bu öncelikle savunmaları, gerekçelerine ve cezai sorumluluğu bertaraf etme yöntemlerine göre ayırmak için, daha sonra suçun yapısının anlaşılması ve açıklanması için kullanılacak olan temel husustur⁷⁵.

Bu ayrımdaki kusurluluğu kaldıran ve etkileyen nedenler, mazeret nedenlerine giden ilk adımı oluşturur. Yukarıda da belirttiğimiz üzere Anglosakson hukukunda bizim kusurluluğu kaldıran ve azaltan nedenler olarak tanımladığımız hususlar mazeret nedenleri olarak kabul edildiği için, kavram karışıklığından kaçınmak için özellikle Kıta Avrupası hukuk sistemine göre kavramlar kullanılmıştır.

Bir ara sonuç olarak her iki farklı hukuk sisteminde de hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu kaldıran ve azaltan nedenlerin (ve dolayısıyla mazeret nedenlerinin) birbirinden ayrılmış olduğunu söyleyebiliriz.

Ülkemiz açısından duruma bakıldığında ise durum şöyledir: Yukarıda da belirttiğimiz üzere hukuka uygunluk nedenleri, eylemin hukuka aykırılık unsurunu kaldırdığından bir suçun varlığından söz edilemez. Bu nedenle, hukuka uygunluk nedenlerinin ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerle karıştırılmaması gerekirken, TCK’da hukuka uygunluk nedenlerinin yer aldığı ikinci bölümün başlığı “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler”dir. Bu bölüm, kanunun hükmü ve amirin emri (m.24), meşru savunma ve zorunluluk hali (m.25), hak-kın kullanılması ve ilgilinin rızası (m.26), sınırın aşılması (m.27), cebir ve şid-

⁷⁴ Eser, Justification and Excuse, s.24, 25.

⁷⁵ Eser, Justification and Excuse, s.25.

det, korkutma ve tehdit (m.28), haksız tahrik (m.29), hata (m.30), yaş küçüklüğü (m.31), akıl hastalığı (m.32), sağır ve dilsizlik (m.33) ile geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma (m.34) olmak üzere on bir maddeden oluşmaktadır⁷⁶.

TCK m.24-34 arasındaki bu sistematik göstermektedir ki, dogmatik açıdan, hukuki nitelikleri birbirinden farklı hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu etkileyen haller “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler” şeklinde aynı başlık altında toplanmıştır⁷⁷. Bu durum özellikle 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK ile eleştiri konusu yapılmaktadır. Ancak mazeret nedenlerine ilişkin çok az tartışmanın olduğunu ifade etmeliyiz. Dolayısıyla Alman hukuku ile Anglosakson hukukunda yapılan tartışlara nazaran ülkemizde bu alanda yapılan tartışmaların henüz çok temel düzeyde olduğu, her ne kadar öğretilerde bu görüşler pek çok yazar tarafından dile getirilse de bunların yasalara aktarılamadığı görülmektedir.

IV. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ İLE MAZERET NEDENLERİ ARASINDA AYRIM YAPILMASININ NEDENLERİ

Anglosakson hukuku açısından “hukuka uygunluk nedenleri” ve “mazeret nedenleri” ikilisi, bu sistemde yer alan ve adeta suçun unsurları gibi işlev gören savunma çeşitlerine ilişkin alternatiflerden biridir ve bunların çoğaltılması mümkündür. Ancak bu ikisi diğer savunma çeşitlerine göre özellik gösterirler. Diğer savunma türlerinin faile, ne hukuka uygunluk sağlayan ne de mazur gösteren bir fonksiyonu olmamasına rağmen, bu savunma türleri, ceza politikasının tercihleri sayesinde ceza sorumluluğunu kaldırabilirler⁷⁸. Alman hukukunda ve aynı sistemi takip eden diğer hukuk sistemlerinde hukuka uygunluk nedenleri ve mazeret nedenleri bir suçlamayla karşılaşan kişi açısından temel savunma türleri olduğu gibi, suçun yapısı açısından da faile ceza verilmemesi için önemli gerekçeler oluştururlar. Ancak nihayetinde benzer sonuçlara yol açan bu iki kurumun ayrıma tabi tutulmasının gerekçeleri olmalıdır. İşte bu gerekçeler şunlardır⁷⁹:

1. Adaleti En İyi Şekilde Yerine Getirmek

Hukuka uygunluk nedenleri ile mazeret nedenleri arasında ayrım yapılmasının ilk gerekçesi, hem suç normunu ihlal ettiği iddiasında bulunulan sanık hem de normlara uyan kişi açısından adaletin en iyi şekilde yerine getirilmesidir⁸⁰.

⁷⁶ Demirbaş, s.260.

⁷⁷ Demirbaş, s.261.

⁷⁸ Amerikan hukukunda “public policy defenses-toplum politikası savunmaları”nın aynısı, karşılaştırmın: Paul H. Robinson, “Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis” California Law Review, Vol.82, 1982, s.199, 203.

⁷⁹ Eser, Justification and Excuse, s.26.

⁸⁰ Eser, Justification and Excuse, s.26.

Kasten öldürme ile suçlanmış sanığın meşru savunma nedeniyle beraat etmesi durumunda, adaletin mahkeme kararıyla sanığın “suçsuz” olduğunun tespit edilmesi şeklinde gerçekleştiği görülür. Ama bu durum yalnızca akıl hastalığından ya da hukuki hatadan dolayı ceza almayan bir sanığın durumuyla karşılaştırıldığında ideal anlamda ne kadar adil bir sonuç olur? Elbette bu durum, yani sanığın “suçsuz” bulunması, asıl sonuç olacak ve suçsuz bulunma nedeni ise ortalama bir sanığın veya ortalama bir vatandaşın algısında herhangi bir fark yaratmaz. Farklı savunma tiplerine verilen tepkiler gelişmediği sürece, kişi bu konuda farklılıkların olmamasının getireceği sonuçlardan da etkilenmez. Ancak kendi “doğal adalet anlayışımıza” göre, bir eylemin tümüyle hukuka uygun olması ya da eylemin haksızlığına dokunulmadan failin kusur yeteneği olmamasından dolayı cezalandırılmaması hallerinin farklı ahlaki sonuçlar doğuracağını ve bunların hukuk içerisinde farklı kategorilere ayrılması gerektiğinin kabul edilmesi gerekir. Şüphesiz yargılama sonucunda verilecek kararda sadece “suçlu” ve “suçsuz” olma alternatifleri olduğu sürece, “hukuka uygunluk nedeni” ve “mazeret nedenleri” arasındaki fark resmi hükümde açık bir şekilde belirtilemez. Ama eğer bu doğruysa, cezalandırmak ve cezalandırmamak arasındaki ahlaki tepki ve bununla ilişkili toplumsal damga, yalnızca hüküm olarak verilen sonuçtan etkilenmez, aynı zamanda ilgili olaylardan ve yasal değerlendirmelerden yani mahkemenin gerekçesinden de etkilenir. Bu durumda failin hangi nedenle cezalandırılmadığı da fark eder⁸¹.

Buradan hareketle Türk ceza hukukunda farklı bir yapılanmaya gidildiği görülür. 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 223. maddesinin 2. fıkrasında beraat kararı verilecek haller arasında (d) fıkrasında “*yüklenen suç sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması*” gösterilmiştir. Aynı maddenin 3. fıkrasında ise kusurluluğu kaldıran hallerin olması halinde “*ceza verilmesine yer olmadığı kararı*” verileceği düzenlenmektedir. Dolayısıyla hukukumuzda bu anlamda normatif bir ayrıma gidilmiştir. Böylelikle verilen karar, adaletin yerine getirilmesi noktasında gerekçesi ve verilen karar ile önemli bir işlev görür. Adaletin yerine getirilmesi gerekçesi bağlamında, CMK ile getirilen düzenleme ile her ne kadar fail üzerindeki pratik sonuç ceza verilmemesi olsa da, hem bunun gerekçesi ve toplum nazarındaki görünümü hem de güvenlik tedbirlerinin uygulanabilirliği noktasında farklılığa gidilmiştir.

CMK’nın 223. maddesinde hüküm çeşitlerine yer verilen bu düzenlemeyle TCK ile uyum sağlandığı gibi, TCK’daki bazı hususların açıklığa kavuşturulduğu da görülür. Örneğin, 2. fıkranın (d) bendi uyarınca, hukuka uygunluk nedenlerinden birinin varlığı halinde beraat kararı verileceği halde, 3. fıkranın (b) bendinde, hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi ve zorunluluk

⁸¹ Eser, Justification and Excuse, s.26, 27.

halinin varlığı halinde, kusurun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığına karar verileceği düzenlenmektedir. Böylece, hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı olan bir emrin yerine getirilmesi ve zorunluluk halinin; TCK anlamında birer hukuka uygunluk nedeni değil, kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler olduğu açıkça vurgulanmıştır⁸². Bize göre mazeret nedeni oluşturan bu iki durumda, kusurluluğun etkilendiği ve bunun sonucunda kusur yokluğunda ceza verilmeyeceği yasal düzenlemeye kavuşturulmuştur⁸³.

Ayrıca bu noktada değerlendirilmesi gereken yalnızca ceza yargılaması süreci ve bu yargılamanın sonucu değildir. Böyle bir ayrımın bulunmasının kurallara uyan sıradan bir vatandaşın günlük yaşantısı üzerinde doğuracağı etki de önemlidir. Bu vatandaş günlük yaşantısı içerisinde bir suçun yasal tanımına uyan ama savunma türleri nedeniyle cezalandırılmayan bir durumla karşılaştığında, yapılan eylemin savunmasının belli bir nedenselliğe dayanıp dayanmadığını ve bu eyleme karşı yapacağı eylemin hukukun sınırları içinde olup olmayacağını bilmelidir. Bunun sadece teorik bir tartışma olmadığı günümüzde tıp hukukunda, örneğin kürtaja ilişkin tartışmalarda daha iyi anlaşılmaktadır. TCK'nın 99. maddesinde gebelik süresi on haftayı geçmiş bir hamilelikte çocuk düşürtme suç olarak tanımlanmasına rağmen, aynı maddenin 2. fıkrasında “*tıbbi bir zorunluluk*” bulunması hukuka uygunluk nedeni olarak belirtilmiştir; dolayısıyla anneyi olası bir acil durumdan kurtarmak üzere kürtaj yapan hekim cezalandırılmaz. Hekimlik mesleği anlaşılabileceği üzere, sosyal prestiji yüksek diğer mesleklerde olduğu gibi, yalnızca “mazur” görülmekten tatmin olmaz, kürtajı gerektiren durumun “hukuka uygunluk nedenleri” içerisinde tanınmasını ister⁸⁴ çünkü aksi halde hekimin bu eylemi, cezalandırılmaz olsa da hukuka aykırı olmaya devam eder⁸⁵.

Hukuka uygunluk nedenleri ile mazeret nedenleri arasında bu ayrımın yapılmaması halinde hekimin eyleminin hukuka aykırı olarak kabul edilmesi söz konusu olacağı gibi, ceza hukuku açısından sorumluluk söz konusu olmasa da, borçlar hukuku açısından (haksız fiilden kaynaklanan tazminat sorumluluğu) sorumluluk söz konusu olacaktır ki bu da belirtilen durum için istenilen bir netice değildir.

⁸² **Cumhur Şahin/Neslihan Öztürk**, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 2. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s.156.

⁸³ TCK ile bağlantılı olarak, “ceza verilmesine yer olmadığı kararı” şeklinde, aynı ismi taşıyan fakat niteliği ve sonuçları farklı olan iki hüküm çeşidine yer verilmiştir. Kusurun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı beraate yakın olduğu halde, ceza verilmesine yer olmadığı kararı eylemin suç olma özelliğini devam ettirmesi nedeniyle mahkumiyete daha yakındır. Aynı ismi taşıyan bu iki kararın farkı, örneğin adli sicil kayıtlarında karşımıza çıkmaktadır. 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 4. maddesinin 1. fıkrasının (g) bendine göre, etkin pişmanlık dolayısıyla verilen ceza verilmesine yer olmadığı kararı adli sicile kaydedilecek bilgiler arasında yer almaktadır. Buna karşılık, kusur yokluğu dolayısıyla verilen ceza verilmesine yer olmadığı kararları adli sicile kaydedilmemektedir. **Şahin/Öztürk**, s.156, 157.

⁸⁴ Bkz: **Albin Eser**, “Reform of German Abortion Law”, American Journal of Comparative Law, No.34, 1986, s.369-383.

⁸⁵ **Eser**, Justification and Excuse, s.27, 28.

2. Hukuki Niteliklerinin Farklı Olması

Hukuka uygunluk nedenlerinde failin eylemine ceza verilmemesinin nedeni eylemin haksızlık içermemesi ve buna bağlı olarak hukuka uygun hale gelmesidir. Mazeret nedenlerinde faile ceza verilmemesinin nedeni ise, eylemin yöneldiği amaç ile haksızlık içeriğinin azalmasının yanı sıra, failin içinde bulunduğu istisnai nitelikteki zorlayıcı psikolojik durumun etkisi ile eylemini gerçekleştirmesinden dolayı eylemin kusur içeriğinin azalmasıdır. Dolayısıyla mazeret nedeninin varlığı halinde eylemin haksızlık içeriği azalmakla beraber tamamen ortadan kalkmaz. Mazeret nedenlerinin hukuka uygunluk nedenlerinden ayrıldığı en önemli noktada budur. Hukuka uygunluk nedenlerinde eylem bir haksızlık içermediğinden hukuka uygundur, buna karşın mazeret nedenlerinin varlığı halinde eylem her ne kadar cezalandırılmıyorsa da haksızlık içermeye devam ettiği için hukuka aykırı olmayadır⁸⁶. Bu da hukuka uygunluk nedenleri ile mazeret nedenleri arasında ayrım yapılmasını gerektiren en önemli husustur.

3. Sonuçlarının Gerekçelerinin ve Yaptırımlarının Farklı Olması

Hem hukuka uygunluk nedenlerinin hem de mazeret nedenlerinin varlığı halinde faile gerçekleştirdiği eylem için ceza verilmez. Ancak ikisine bağlanan sonuçların gerekçeleri birbirinden farklıdır. Hukuka uygunluk nedenlerinin söz konusu olduğu hallerde eylem zaten en başından beri hukuka uygun olarak gerçekleştirildiği için fail haklı görülerek hakkında beraat kararı (CMK m.223/2) verilirken, mazeret nedeninin varlığı halinde fail mazur görülerek kusurunun bulunmaması dolayısıyla hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı (CMK m.223/3) verilir⁸⁷. Bu sonuçların ve gerekçelerinin uzantısı olarak hukuka uygunluk nedeninin bulunması halinde faile hiçbir yaptırım uygulanmaz; mazeret nedeninin varlığı halinde ise ortada kusurlu bir eylem bulunduğu için güvenlik tedbirinin uygulanması mümkündür (ancak mazeret nedenlerinde bu güvenlik tedbiri uygulanması tercih edilmez).

4. Yaptırımların Çift İzliliği İçin Temel Oluşturma

Hukuka uygunluk nedenleri ve mazeret nedenleri arasındaki ayrımın, hukuka aykırı ve tipik eylem yani haksızlık ile failin kusur sorumluluğu arasındaki ayrım ile ilişkilendirilmesi mümkündür. Böylelikle ceza hukukunun bir başka önemli amacı ve politikası olan “*yaptırımların çift izliliği*” ortaya çıkar. Bu politika aynı yaptırım sistemi içerisinde cezalar (hürriyeti bağlayıcı cezalar ve adli para cezaları) ile güvenlik tedbirleri (ceza gerektirmeyen) arasındaki ayrımı ve tutarlılığı sağlar⁸⁸.

⁸⁶ Meraklı, s.270.

⁸⁷ Meraklı, s.270.

⁸⁸ Eser, Justification and Excuse, s.28.

Ceza hukukunun bir parçası olan güvenlik tedbirlerinin ne olduğunun da kısaca açıklanmasında fayda bulunmaktadır. Anglosakson hukuk sistemi için olduğu gibi, Kıta Avrupası hukuk sisteminde de “cezalandırma” denildiğinde aslında “cezaî” yaptırımın dar anlamı düşünülür. Ancak bu durum ceza ehliyeti bulunmayan kişiler (akıl hastalığı, sarhoşluk, vb. nedeniyle) ile ilgili davaların çözümünde imkansızlık yaratmasa da büyük bir zorluğa yol açar. “Cezalandırmak” kusur ehliyeti gerektirdiği için, fail akıl hastası olduğunda kusur ehliyetinden yoksun olması ve başkaca uygun yaptırım bulunmaması halinde, failin haksız eyleminden dolayı cezalandırılmasının yolunu kapar ve ceza davasının sonucunda sanık hakkında hiçbir yaptırımın uygulanamaması gerekir. Bu sonuç özellikle faile güvenlik tedbirleri (örneğin, bir kuruluşa bakım ve tedavi etmek üzere yatırılması, belli bir süre toplumdan uzak tutulması veya sürücü ehliyetine el koyulması) uygulanmasının mümkün ve gerekli olduğu durumlarda, adalet duygusunu tatmin etmeyen bir durum olarak kabul edilir. Bu problemin üstesinden gelmek için, Alman ve Türk yasa koyucuları yaptırımlarında “*çift izli sistemi*” kabul etmişlerdir.

Bu sistemde bir yandan cezalandırıcı tedbirler (geleneksel anlamda cezalandırıcı adalet anlayışı ve faili kusurlu hareketi için suçlamak), diğer yandan cezalandırmaya dayanmayan güvenlik tedbirleri (faili eyleminden dolayı suçlamaya gerek duymadan, kusursuz ama haksız davranışa tepki olarak, tedavi sağlamak veya olası tehlikeyi önlemek) mevcuttur. Böylece, ceza yargılaması süresince failin kusurlu tutulmaması halinde, mutlaka tam bir yaptırımsızlık kararı verilmesi gerekmez. Çünkü bu düzenlemeyle ceza yargılaması sonucunda faile ceza ile birlikte ya da cezadan bağımsız bir güvenlik tedbiri de uygulanabilir⁸⁹. Böylelikle faile dar anlamda ceza verilmesi de gerçekleştirdiği eylemi ve toplum açısından oluşturduğu tehlikelilik durumu yaptırımsız kalmamaktadır. Bu sistem 5237 sayılı TCK ile ülkemize de getirilmiştir. Böylelikle haksızlığı gerçekleştiren fail aynı zamanda kusurlu olarak da kabul ediliyorsa dar anlamda ceza yaptırımıyla cezalandırılırken (TCK m.45-52), kusurlu olarak kabul edilmiyorsa yalnızca güvenlik tedbirlerine (TCK m.53-60) hükmedilir.

Bu düzenleme, ceza adaleti sisteminde faille iki farklı yolla ama aynı yöntemle yaptırım uygulanmasını sağlar. Ayrıca suç oluşturan eylemin ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku alanında tutarlı olarak bir arada değerlendirilmesine yarar. Ancak bu yöntem, eylemin haksızlığı ile failin kusurluluğu arasındaki fark ve buna bağlı olarak, hukuka uygunluk ve kusurluluğu etkileyen haller/mazeret nedenleri arasındaki ayrım olmadan işleyemez. Bu husus güvenlik tedbirlerinin belirleyici niteliği hesaba katıldığında daha açık hale gelir. Bir yandan, bu tedbirler cezalandırıcı olmayan özellikte oldukları için kusurluluğun varlığı aranmamaktadır, dolayısıyla kusurluluğu kaldıran bir nedenin varlığı halinde de hükmedilebilirler. Diğer yandan, ceza hukuku alanındaki yaptırımlar gibi, haksız bir

⁸⁹ Eser, Justification and Excuse, s.28, 29.

eylem gerektirirler. Aksi takdirde (haksız eylemin yokluğunda) ceza adaletinin duruma müdahale etmesi için ne bir temel ne de bir neden vardır⁹⁰. Zira eylem, bir başka deyişle hareket (+hukuka aykırılık=haksızlık) olmaksızın ceza hukukunun müdahalesi imkansızdır.

Bununla ilgili olarak Alman Ceza Kanunu kusurluluk gerektirmeyen ama (yalnızca) haksız bir eyleme karşı birkaç güvenlik tedbirine sahiptir. Örneğin, bir bakım ve tedavi kurumunda tutulmak (§63), sürücü ehliyetini iptal etmek (§69), bir mesleği icra etmeden men edilmek (§70) veya yasal olmayan kazancın müsaderesi (§73) gibi. Böylece sara nöbetinin etkisi altında araba kullanırken trafik kazası ile ölüme sebebiyet veren sanığın kusur ehliyetinden yoksun olması adam öldürmeden ceza almaması sonucunu doğurabilirken, buna rağmen en azından haksız eylemi nedeniyle sürücü ehliyeti iptal edilir⁹¹. Aynı durum TCK açısından da geçerlidir. Yukarıda belirttiğimiz üzere TCK’da belli hakları kullanmaktan yoksun bırakma (m.53), eşya müsaderesi (m.54), kazanç müsaderesi (m.55), çocuklara özgü güvenlik tedbirleri (m.56), akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri (m.57), tekerrür (m.58), sınır dışı edilme (m.59) ve tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri (m.60) bu gibi durumlar için düzenlenmiştir.

5. Meşru Savunmada Sınırın Aşılmasının Belirlenmesi

a. Meşru Savunmada Sınırın Aşılmasında Genel Uygulama

Hukuka uygun olmayan saldırılar çoğunlukla bir karmaşa sonucunda ya da saldırıya uğrayanın korku, telaş veya heyecana kapılarak meşru savunma sınırlarını aşması sonucunda gerçekleşir. Failin bu gibi durumlarda haklı kabul edilmesi halinde, sınırın aşılmasının onaylandığı gibi yanlış bir sonuç ortaya çıkabilir. Diğer yandan, eğer fail bunlar için cezalandırılırsa, bu sefer eylemi yaptığı andaki yoğun duygu durumunun hesaba katılmamış olması nedeniyle haksızlığa uğradığını düşünür ve bu düşüncesinde haklı olur. Burada, Alman hukukunun getirdiği çözüme göre fail, meşru savunmanın sınırlarını aştığı için haklı görülmez (StGB

⁹⁰ Bu, elbette ki, sosyal zararı önlemek için ceza hukukunun tek yol olduğu anlamına gelmemelidir. Alman hukukunda bu nedenle, çift izli ceza sisteminin ötesinde, tehlikeli davranışı önlemek için başka ceza gerektirmeyen tedbirler de bulunmaktadır, örneğin akıl hastası insanlar için tedaviye gitme zorunluluğu veya idari bir kararla sürücü ehliyetine el konulması. Buna göre –sistemin bütününde– üç ya da daha fazla yollu önleyici tedbir sistemlerinden bahsedebiliriz. Oysaki bu cezalandırıcı olmayan tedbirler muhakkak bir suçu gerektirmemektedir. Ancak bu tedbirler kişinin ruhsal ve fiziksel durumu (örneğin, bulaşıcı bir hastalıktan ıstırap çekmesi ve bu hastalık nedeniyle toplum için zararlı hale gelmesi) veya kendi iyiliği (örneğin, kişiyi intihardan kurtarmak için) için getirilebilir. Ceza mahkemesi tarafından getirilen önleyici tedbirler sadece cezalandırmaya alternatif oluşturmaktadırlar. Ancak bununla birlikte, ceza hukukunda tanımlanmış haksız bir eylemin meydana gelebileceği ön şartına dayanmak, kişisel tehlikeliğin belli işaretlerinin olmasını gerektirir. Diğer bir yandan, failin kusur ehliyeti olmamasına rağmen bir cezai yaptırım uygulanmasına da karar verilebilir. Böylelikle ceza mahkemesinin davayı başka bir mahkemeye veya idari bir kuruma devredilmesine mecbur kalmadan şu ya da bu yolla bir karar vermesi sağlanır. **Eser**, Justification and Excuse, s.29, 30.

⁹¹ **Eser**, Justification and Excuse, s.30.

§32)⁹², ancak bir heyecan, korku veya dehşetin etkisiyle bu sınırı aşması halinde mazur görülebilir (StGB §33)⁹³.

Türk hukukunda da durum benzer şekilde düzenlenmiştir. Buna göre ceza sorumluluğunu kaldıran hallerde sınırın aşılmasında eyleminin taksirli hali cezalandırılıyorsa, taksirli hal için öngörülen ceza altıda birinden üçte birine kadar indirilir, taksirli hal cezalandırılmıyorsa faile ceza verilmez (TCK m.27/1). Burada “ceza sorumluluğunu kaldıran haller” ifadesiyle “hukuka uygunluk nedenlerinin” kastedildiğini belirtmeliyiz⁹⁴. Meşru savunma halinde sınırın mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması halinde ise faile ceza verilmez (TCK m.27/2). CMK’nın 223. maddesinin 3. fıkrasında, kişinin kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmeyecek hallerden biri olarak, TCK m.27/2’deki meşru savunmada sınırın mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaş nedeniyle aşılması düzenlemesi de açıkça belirtilmiştir. Bu düzenleme gereğince de, yasa koyucunun meşru savunmada sınırın heyecan, korku veya telaş nedeniyle aşılmış olması durumunu, kişinin kusurluluğuna etki eden bir neden olarak değerlendirdiği göze çarpmaktadır⁹⁵. Ancak ülkemiz öğretisinde bazı yazarlar bu durumu kusurluluğu etkileyen bir hal olarak değerlendirirken⁹⁶, bazıları ise mazeret nedeni olduğunu ifade etmektedirler⁹⁷.

Bunun kusurluluğa etki ettiği kabul edilmekle birlikte, düşüncemizce, meşru savunma hali içerisinde hareket ederken, heyecan, korku, telaş etkenleri altında davranışlarını yönlendirme yeteneği etkilenen ve bu nedenle, meşru savunmada sınırı aşan kişiyle ilgili olarak, bu durumun hukuki niteliğinin kusurluluğu etkileyen bir mazeret nedeni oluşturacağı kabul edilmelidir⁹⁸. Bu konuda TCK benzeri bir düzenlemeye sahip olan StGB açısından, Alman öğretisindeki baskın görüşün de, düzenlemeyi mazeret nedeni olarak değerlendirme yönünde olduğudur. Bununla birlikte öğretide, meşru savunmada sınırın mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması, kusurluluğu kaldıran bir neden olarak değerlendirenler de bulunmaktadır⁹⁹.

⁹² StGB §32: “(1) Her kim, meşru savunmanın gerekli kıldığı bir eylem yaparsa, hareketi hukuka aykırı değildir. (2) Gerek kendisine ve gerek bir başkasına yönelik, halihazırdaki ve hukuka aykırı olan bir saldırıyı bertaraf etmek için yapılması gerekli olan savunma, meşru savunmadır.”

⁹³ StGB §33: “Fail meşru savunmanın sınırlarını şaşkınlık, korku veya panik nedeniyle aşarsa cezalandırılmaz.”

⁹⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.442.

⁹⁵ Aykut Ersan, Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2013, s.126.

⁹⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.446.

⁹⁷ Koca, YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri, s.147; Ersan, s.115 vd.

⁹⁸ Mazeret nedeni olduğu yönünde bkz: Adem Sözüer, “Prof. Dr. Dr. H.c. mult. Hans-Heinrich Jescheck’in Türk Ceza Hukuku Reformuna Katkıları”, Criminal Law in the Global Risk Society – Risk Altındaki Global Dünya Toplumu ve Ceza Hukuku, Ed: Ulrich Sieber/Feridun Yenisey, Series of the Max Planck Institute Foreign and International Criminal Law and Bahçeşehir University joint Research Group, 2011, s.266; Koca, YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri, s.147.

⁹⁹ Öztürk/Erdem, s.230.

Dikkat edilmelidir ki, mazeret nedenleri, kusur yeteneğinin olmaması veya kaçınılmaz haksızlık hatası gibi kusurluluğu kaldıran nedenlerden farklı bir karaktere sahiptir. Mazeret nedenleri altında suç işleyen kişi, kusurluluğu kaldıran nedenlerin aksine kusur yeteneğine ve ayrıca haksızlık bilincine sahiptir. Bu bağlamda da, mazeret nedenlerinin etkisi altında suç işlerken, kişinin eylemin içerdiği haksızlık ve kendisinin kusurluluğu tamamen ortadan kalkmaz, lakin söz konusu haksızlığın ve kusurluluğun içeriği önemli oranda azalır, bu nedenle de kişinin gerçekleştirdiği eylem açısından cezalandırılabilme sınırına varılamaz¹⁰⁰. İşte bu açıdan, meşru savunmada sınırı aşan söz konusu savunmanın haksızlık içeriğinin ve de kişinin bu eylem bakımından kusurluluğunun azalmış olması nedeniyle cezalandırılma sınırına varılamadığı için, kişiye ceza verilmez¹⁰¹.

Cezanın genel ve özel önleme amacı da mazeret nedenlerinde eylemin cezalandırılma sınırına varıp varmadığını belirlemek açısından bir rol oynamaktadır¹⁰². Ancak Roxin, cezanın önleme amacının bulunmaması nedeniyle bu gibi hallerin sorumluluğu kaldıran nedenler olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁰³.

b. Karşılıklı Saldırıların Haklı Nedene Dayanması

Hukuka uygunluk ve kusurluluğu etkileyen haller/mazeret nedenleri arasındaki bu ayrım diğer bazı problemlere de çözüm getirebilir. Örneğin, iki tarafın karşılıklı saldırıları haklı bir nedene dayanıyorsa veya bunda serbest bırakılmışlarsa, failin kendisi bir meşru savunma hali oluşturan bir eyleme ya da haklı bir eyleme karşı meşru savunma hakkı varsa, örneğin amirin emri ya da hakkın icrası üzerine yapılan bir karşı eylem durumunda ne olacağının açıklığa kavuşturulması gerekir.

Bir yandan meşru savunma hakkının, kendisi zaten meşru savunma olan bir eyleme karşı kullanılamayacağı çok açıktır, aksi takdirde her bir kişinin diğer mağduru yaralamakta haklı olduğu ve hiç kimsenin yaralanmadan ayrılamayacağı bir kısır döngünün içine girilir. Eğer hukuk “iç savaşı” önlemek için varsa, her kişinin kendi açısından haklı olduğunu iddia ettiği bir durumda, meşru savunma hakkı ve hemen hemen tüm diğer hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluluğu etkileyen nedenler/mazeret nedenleri iki tarafta birden olamaz. Bu açıdan, Alman içtihadında bir insanın kendi haklarına gelen bir saldırıya karşı meşru savunma hakkını kullanabilip kullanamayacağına karar vermek üzere yapılan “meşru savunma testi” bir “pratik kural” haline dönüşmüştür. Buna göre saldırının kendisi kusurluluğu etkileyen bir neden oluşturmuyorsa meşru savunma kullanılabilir.

¹⁰⁰ Ersan, 127.

¹⁰¹ Sözüer, Sorular ve Cevaplar, s.231; Ersan, 128.

¹⁰² Sözüer, Sorular ve Cevaplar, s.231; Ersan, 128.

¹⁰³ Claus Roxin, “Rechtfertigungs und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen”, Rechtfertigung und Entschuldigung – Rechtsvergleichende Perspektiven – Band I, Ed: Albin Eser/George P. Fletcher, Freiburg i. Br., Max Planck Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 1987, s.236, 237.

c. Sistemlerin Karşılaştırılması ve Ayrımın Gerekliliğine Somut Bir Gerekçe: Goetz Davası

Diğer yandan, meşru savunmanın istisnasını oluşturan durumlarda dahi, meşru savunmayı icra eden kişinin cezalandırılmaması mümkündür. Zira kişi, örneğin, hata nedeniyle veya eylemin sınırı aşmasının aşırı korku ve dehşet etkisinde (telaş, korku veya heyecan) gerçekleşmesi gibi hallerde mazur görülebilir ve bu bir mazeret nedeni oluşturur¹⁰⁴. Bu konuya örnek oluşturan Goetz davası şu şekilde gelişmiştir:

New York’da bulunan Manhattan metro istasyonunda 1984 yılının Noel öncesindeki Cumartesi günü öğleden sonra, Bernhard Goetz isimli kişiden orada bulunan ve birlikte hareket eden dört siyahi gençten birisi tarafından beş dolar istenmiştir. Bunun üzerine Goetz onlara beş el ateş etmiştir¹⁰⁵. İlk olarak, Goetz’e bir saldırı olup olmadığı ya da yalnızca kendisine saldırılacağını sanıp sanmadığı; ikinci olarak, tepkisini yalnız meşru savunmayla sınırlandırıp sınırlandırmadığı veya davayla ilgili birçok yorumda belirtildiği gibi bir öfke, karmaşa, korku ya da dehşet sonucunda hareket edip etmediği, –olay sırasında muhtemel olarak– saldıranların yaralı veya kaçıyor olmasına rağmen ateş etmeye devam edip etmediği tartışıldığında, Goetz’in meşru savunmanın sınırlarını aştığı tespit edilmiştir¹⁰⁶.

Bu davada kamuoyundaki görüşler, bu olay açısından meşru savunmanın kabul edilmesi ve edilmemesi olarak keskin bir biçimde ikiye ayrılmıştır. Bu iki farklı bakış açısının sebebi olarak şu görüşler ileri sürülmüştür: Bir yandan, Goetz’in cezalandırılmamasını isteyenler bu sonuca meşru savunmayı kabul etme dışında başka bir yoldan ulaşamazlarken; diğer yandan karşı görüştekiler bunun, Goetz’un hukuka uygun olarak hareket ettiği şeklinde yorumlanabilmesinden korkmaktadırlar. Dolayısıyla bu yolla aynı durumdaki başka insanların da aynı şekilde sınırı aşmalarına izin verilebileceğini düşünmektedirler. Bu durum, meşru savunma olmadığını ileri sürenlerin sanığın yalnızca zihninde saldırgan olarak addettiği kişiyi ya da saldırıya bile kaçmakta olan bir kişiyi öldürmesini, sanığı suç makinesi haline getirecek olan felaket bir sonucu önlemek için, tüm savunma iddialarını reddetmelerine neden olmuştur.

Bu tek yönlü “siyah ya da beyaz” yaklaşımı yerine, hukuka uygunluk ve kusurluluğu etkileyen nedenler/mazeret nedenleri arasındaki ayrım iki tarafı da tatmin edecek bir çözüm yolu sunmaktadır. Öncelikle, kendisini bir saldırgandan korumanın ötesine geçecek gereksizlikteki meşru savunma reddedilirken; buna alternatif olarak saldırgan olduğu varsayılan kişinin saldırgan olmadığı veya sal-

¹⁰⁴ **Eser**, Justification and Excuse, s.32.

¹⁰⁵ Konu ve yargılama aşaması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: **Doug Linder**, “The Trial of Bernhard Goetz”, (Çevrimiçi) <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/goetz/goetzaccount.html>, 15.1.2014.

¹⁰⁶ Daha fazla detay için bkz: N.Y. Court of Appeals, *People v. Goetz*, 68 N.Y. 2d. 96 (1986), (Çevrimiçi) http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/p_goetz.htm, 15.1.2014.

dırgan olduğu fakat -gerçekleşen veya muhtemelen gerçekleşecek- saldırıdan sonra geri çekildiği hallerde yapılacak öldürmeye veya öldürmeye teşebbüse yönelik eyleminin haksız ve yasak olduğu belirtilmiştir (TCK m.27/1, StGB §32). İkinci olarak, sanık meşru savunmanın bu sınırlarını ihlal ederek haksız davranıldığında, yine de bir mazeret nedeniyle cezalandırılmayabilir. Örneğin korku ve dehşetin (korku, heyecan veya telaş) etkisiyle meşru savunmada sınırın aşılması halinde (StGB m.33, TCK m.27/2) bu durum söz konusu olur. Dolayısıyla Anglosakson hukukunda olmayan bu ayrımın kullanıma sokulması halinde, Goetz davası gibi zor davalar bile rahatlıkla uygun bir çözüme kavuşturulabilir¹⁰⁷.

Bu bize Alman ceza hukuku sisteminin ve dolayısıyla ülkemiz ceza hukuku sisteminin ve ceza yasamızın, Anglosakson hukuk sistemi karşısında bu yönden daha ileride olduğunu, ayrıca hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu etkileyen haller/mazeret nedenleri ayrımının uygulama açısından ne kadar önemli ve gerekli olduğunu göstermektedir.

6. Suça İştirak Uygulamasını Ayırmak

Yukarıda belirttiğimiz gibi, hukuka uygunluk ve kusurluluğu etkileyen haller/mazeret nedenleri arasındaki ayrım ile haksızlık ve kusurluluk arasındaki ayrım, yalnızca kavramsal bir mesele olmayıp, aynı zamanda bir uygulama meselesidir. Nitekim bu anlamda söz konusu ayrımın suça iştirake etkisine de değinmek gerekir¹⁰⁸.

Müşterek faillerden birinin kusurluluğunu kaldıran bir durumda iken eylemini gerçekleştirmesi, diğerinin hukuka uygun hareket etmesi ve bir diğerinin ise bunlardan hiçbirisi olmadan eylemini gerçekleştirmesi halinde, bu kişilerin ceza hukuku sorumluluğu ve uygulanacak yaptırımlar birbirinden farklı olacaktır. İlkine dar manada ceza verilmez iken iki izlilik gereği güvenlik tedbiri uygulanacak, ikincisinin eylemi hiç suç oluşturmayacak, üçüncüsü ise eyleminin karşılığı olan cezayı tam olarak alacaktır. Hukuka uygunluk nedeni ile kusurluluğu etkileyen haller/mazeret nedenleri arasında ayrım yapılmaması halinde, birinci ve ikinci faile nasıl bir yaptırım uygulanacağı uygulamada sorunlara yol açacaktır.

Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde eylem hukuka uygun olduğundan bu durum herkes bakımından geçerlilik taşır. Dolayısıyla ortada bir suç olmadığı için suça iştirak de söz konusu olmaz. Buna karşın mazeret nedeninin varlığı halinde cezasızlık sadece fail açısından geçerli bir sonuç olduğundan şeriklerin suça iştirak açısından sorumlulukları devam eder. Ayrıca, hukuka uygunluk nedenleri sonucu eylem hukuk düzeninin bütünlüğü ilkesi gereği hukukun tüm dalları bakımından hukuka uygun hale gelmekte iken mazeret nedenleri sadece eylemin ceza hukuku bakımından sorumluluğunu ortadan kaldırır. Bunun yanı sıra,

¹⁰⁷ Eser, Justification and Excuse, s.32, 33.

¹⁰⁸ Eser, Justification and Excuse, s.33, 34.

hukuka uygunluk nedeni kapsamında hareket eden kişiye karşı hukuka uygunluk nedeninden yararlanılması mümkün değil iken mazeret nedeni kapsamında hareket eden kişiye karşı hukuka uygunluk nedeninden yararlanılması mümkündür. Bunun nedeni mazeret nedeninin söz konusu olduğu durumlarda eylem, hukuk düzenine aykırı kalmaya devam ettiğinden ve faile ceza verilmemesinin sebebi failin içinde bulunduğu psikolojik durum olduğundan mazeret nedeninin sadece fail bakımından kişisel bir istisnai sonuç oluşturmastır. Hukuka uygunluk nedenleri sadece pozitif hukuktaki düzenlemelerle sınırlı olmayıp, kanunda düzenlenmeyen bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması da mümkündür; dolayısıyla hukuka uygunluk nedenleri örf-adet hukukundan da kaynaklanabilir. Buna karşın mazeret nedenleri istisnai durumlarda söz konusu olduğundan ve hukuka aykırı bir eylem sonucu ortaya çıktıklarından sadece kanunda düzenlenmeleri halinde varlık kazanabilirler; aksi takdirde hukuk güvenliği zedelenir¹⁰⁹.

V. HUKUKA UYGUNLUK VE MAZERET NEDENLERİ ARASINDAKİ AYRIMIN TARİHSEL GELİŞİMİ

19. yy.'ın sonlarından itibaren ifade edilmeye başlanan bu ayrım Alman yasama organı tarafından 1969 tarihli yeni ceza yasası reformunun kanunlaştırılması sırasında açık bir şekilde tanınmıştır¹¹⁰. Ancak bu yasama hareketi süreci çok kısa bir süreye denk gelse de asıl uzun sürenin ayrım oluşana kadar geçtiğini söylemek gerekir. Bu tarihsel sürecin ve gelişimin anlatılması ile ayrım tam olarak anlaşılabilir. Bu da ancak Alman hukukunun ve öğretisinin günümüzdeki durumuna neden ve nasıl ulaştığının ortaya konulmasıyla mümkün olabilir¹¹¹. Benzer ayrım 2004 yılında yapılan yasama faaliyeti ile 5237 sayılı TCK ile ülkemize de getirildiği için bu sürecin anlaşılması ülkemiz ceza hukuku teorisi ve uygulaması açısından da önemlidir.

1. Başlangıç Noktası

Uzun zaman alan bu tarihsel gelişmeyi anlamak için ilk olarak, hukuka uygunluk ve kusurluluğu etkileyen haller/mazeret nedenlerinin tamamen birbirine karışmış durumda olduğu –Anglosakson mevzuatı ve içtihadından farklı olmayan– 1871 tarihli Alman İmparatorluk Ceza Kanunu'nun hatırlanması gerekir. Bu yasada, hiçbir düzenlemede meşru savunmaya, hukuka uygunluk veya zorunluluk haline yer verilmemiştir, çünkü İmparatorluk Kanunu bu eylemleri “ceza-landırılamaz” olarak belirtmiştir. Bu tür bir ayrıma gidilmemiş olmasının nedeni 1871 tarihli İmparatorluk Ceza Kanunu hazırlanırken, bir eylemin haksızlık oluşturması ve failin kusurluluğu arasındaki ayrım –ve buna bağlı olarak, hukuka

¹⁰⁹ Meraklı, s.270, 271.

¹¹⁰ En belirgin örnek “hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk hali” (StGB m.34) ve “mazeret nedeni olarak zorunluluk hali” (StGB m.35) için getirilen ayrı düzenlemelerdir.

¹¹¹ Eser, Justification and Excuse, s.34.

uygunluk ve kusurluluğu etkileyen haller/mazeret nedenleri arasındaki ayrım– Alman ceza hukuku öğretisinde bilinmemekte veya en azından genel anlamda kabul edilmemektedir¹¹².

Günümüzde hukuka uygunluk ve kusurluluğu etkileyen haller/mazeret nedenleri arasındaki ayırt edici farklara yazılı hukuk tarafından desteklenmeden ulaşılabilir olması, bu ayrımın suç kavramı içerisinde bulunan diğer kurallardan daha az pozitivist bir yaklaşım içerdiğini göstermektedir. Farklı ceza hukuku sistemlerinin karşılaştırmasını yaparken bile çeşitli ulusal gelenekleri ve belki de birbirinden farklı organize edilmiş olan ceza adaleti sistemlerinin göz önünde bulundurulması gerekir. Yasal düzenlemelerde ve içtihatla bu tür bir ayrımın olmaması, böyle bir ayrımın bulunmasını ve geliştirilmesini engellemediği gibi, bu durum doğası gereği suç kavramının içinde saklıdır; bir başka deyişle suç kavramına mündemiçtir¹¹³.

Suç teorisinin bu alanı, suçun uluslararası unsurlarını keşfetmekle bağlantılı olduğu için, “uluslararası bir disiplin” olarak adlandırılabilir¹¹⁴. Bu elbette ki örneğin meşru savunmanın ya da rızanın kapsamının ülkeden ülkeye değişiklik göstermediği anlamına gelmemektedir. Ancak konuyla ilgili kuralların altında yatan nedenlere baktığımızda, ulusal farklılıkların bir zorunluluktan daha çok rastlantılara dayandığı görülür. Bu nedenle söz konusu kurallar açısından ortak ilkelere başvurulabilmesi mümkündür.

Alman ceza hukukunun zorunluluğu tesadüften ayırarak ve özel durumlardan öte genel durumlara yönelik olarak yasama sürecine hazırlandığını söylemek gerekir. Bu anlamda, Alman ceza hukukundaki suç kavramı gelişimini günümüze göre açıklamak, tüm bu sürecin nasıl ve neden yaşandığını gösteren bir örnek işlevini görebilir. Özellikle detaylara inildiğinde hala çözülmemiş sorunlar olduğundan, günümüzdeki aşamanın bir sonuç olduğu söylenemez. Ancak konunun temel yapısı göz önüne alındığında, en azından gelişme sürecindeki asli adımlardan bazılarının zorunlu ve belirli hususlar haline gelmeleri ile suç teorisinin evrenselleştirilmesine uygun oldukları söylenebilir¹¹⁵.

2. Haksızlık ve Kusurluluk Arasındaki Ayrım

Alman ceza hukukunda suç kavramı yapılandırmasındaki ayrım temelde suçun yasal tanımındaki unsurlar (Tatbestandsmäßigkeit), eylemin haksızlığı (Rechtswidrigkeit) ve failin sorumlu tutulabilirliği açısından kusurluluk (Schuld) olmak üzere üç bölümden oluşur. Kurulan bu yapının geliştirilmesi süreci öğretilerde birçok farklı yaklaşım ve terminoloji bulunması nedeniyle devam ederken,

¹¹² Eser, Justification and Excuse, s.34, 35.

¹¹³ Eser, Justification and Excuse, s.35.

¹¹⁴ George P. Fletcher, “Criminal Theory as an International Discipline: Reflections on the 1984 Freiburg Workshop: 1985”, Criminal Justice Ethics, Volume 4, Issue 1, 1985, s.60-77.

¹¹⁵ Eser, Justification and Excuse, s.35, 36.

yapının bu temel içeriği büyük ölçüde kabul edilmektedir¹¹⁶. Bu tespit ülkemiz ceza hukuku öğretisi için de geçerlidir.

Bu konuda ilk olarak ele alınması gereken nokta, birbirlerinden anlamları ve sistematikleri açısından bağımsız suç unsurları olan eylemin haksızlığının ve failin kusurluluğunun gelişimidir. Kusurlulukla ilgili gelişme süreci 19.yy'ın ortalarına kadar gitmektedir¹¹⁷. Bu, o zamandan önce kusur ilkesinin Alman ceza hukukunda tamamen bilinmediği anlamına gelmemelidir¹¹⁸. Kusur, suç teşkil eden eylemin bir unsuru olarak önemliydi. Ancak buradaki önemli nokta, kusurun o dönemde daha geniş bir kavram olan “isnat etme” kavramının yardımcı unsuru olarak kabul edilmesidir. Buna göre kusur, eylemin haksızlığının kurucu unsurudur, onun vasıtasıyla isnat fonksiyonu eylemi “insan” tarafından yapılan ile olayın “meydana gelmesinden” ayırmaktadır. O dönemde haksızlık ve kusurluluk suç teorisi çerçevesinde anlaşılmamasına rağmen, haksızlık ve kusurluluğu, isnat kusurluluğu kavramında birleştirmenin haksızlık kavramı açısından gerekli görüldüğü söylenebilir. Nitekim 1867’de Adolf Merkel kusurluluk olmadan haksızlık olmayacağını –bu teori Karl Binding’in daha önceki yazılarında da desteklenmiştir– ifade edebilmiştir¹¹⁹.

O dönemde suç teorisinde bu konuda bir konsensüs oluşmasına karşın, kişisel kusurluluktan bağımsız ve farklı olarak haksızlık kavramına ilişkin ilk görüşlerin –objektif haksızlığın subjektif sorumlu tutulabilirlikten ayrılması– özel hukuk kaynaklarında gelişmiş olması ilginçtir. İlk olarak Rudolph von Jhering, mal sahibinin, malını yasal olmayan yollarla ele geçiren –iyi niyetli davransa bile mülk edinme hakkı olmayan– kişiye karşı sahip olduğu mülkiyet hakkına dayanarak, subjektif kusurluluğun (Verschuldung) objektif haksızlığın (Unrecht) ön şartı olmadığını ve bazı durumlarda subjektif kusurluluk ihmal edilmiş olsa bile haksızlığın oluştuğunu ileri sürmüştür¹²⁰. Elbette ki, haksızlığın kusurluluktan nasıl ayrılacağına ilişkin sorun hala varlığını korumaktadır, ancak “objektif haksızlığın” gelişimi ile suç teorisi incelemeleri içerisinde birçok bağımsız kategorinin gelişmesi açısından, önemli bir adım atılmıştır. Ceza hukuku öğretisinde, Ernst Beling ve Franz von Liszt “objektif haksızlığı” suçun bir unsuru haline getirmede ve bunu geliştirmede başta gelen bilim insanlarıdır¹²¹.

Teorilerini daha yakından incelemeden önce, Karl Binding’in “hazırlık doktrini” hakkında kısa bir bilgi verilmesi yararlı olabilir. Kendisi muhtemelen hak-

¹¹⁶ Eser, Justification and Excuse, s.37.

¹¹⁷ Jescheck, Lehrbuch, s.159-172.

¹¹⁸ Böylelikle Anglosakson hukukundaki mens rea kavramına dair ilginç benzerlikler bulabiliriz; bkz: Gerhard O. W. Mueller, “On Common Law Mens Rea”, 42 Minn. L. Rev. 1043, 1958, s.1060.

¹¹⁹ Eser, Justification and Excuse, s.37, 38.

¹²⁰ Rudolph von Jhering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, Eine Festschrift, Gießen, Verlag Emil Roth, 1867. Akt: Eser, Justification and Excuse, s.38, 39.

¹²¹ Eser, Justification and Excuse, s.38, 39.

sızlık ve kusurluluk kavramlarının kısa ve öz anlamlarını kapsamlı bir sistem içinde veren ilk kişidir. Binding'in "Normlar Teorisi"nin (Normentheorie) bu çalışmanın sınırları içinde aktarılamayacak kadar karmaşık ve sıra dışı olduğunu unutmadan belirtmeliyiz ki Binding, "norm"u "ceza hükümleri"nden ayırarak, haksızlık unsurunu yasal metinden ayırmak için bir yol göstermiştir. Böylelikle haksızlığa özerk bir işlev tanınmıştır: Suç teşkil eden eylemle ihlal edilmiş olan, yaptırım gerektiren ceza hükmü değildir, aslında ihlal edilen hukuk sisteminin emir ve yasaklarıdır. Bundan dolayı haksızlık kavramı bütünüyle normların özüne yöneltilmiş ve bunlardan tasarlanmıştır¹²². Kusurluluk Binding'e göre, "*ehil bir insanın iradesinin haksızlığa neden olması*" veya "*haksızlığa yönlendirilmiş irade*"dir. İrade ve ehliyet kusurluluğun unsurlarıdır ki bu –kapsamlı bir unsur olarak– failin kastını ve taksirini de içerir. Böylece kendisi kusurluluk unsuruna özel bir anlam yükleyerek, haksızlık - kusurluluk ayırımına katkı sağlamıştır. Ancak kendisi Beling ve von Liszt ile eşdeğer tutulamaz, çünkü hala döneminin "*haksızlık kusurluluk olmadan oluşamaz*" ortak fikrine bağlıdır¹²³.

3. Suçun Unsurlarının Ortaya Konulması

Gelişim, şimdiye dek öncelikle haksızlık kusurluluk ayırımına yönlendirilmiş olmasına rağmen, Beling'in dikkati suçun tanımından ayrı olarak haksızlık üzerinde yoğunlaşmıştır. Ünlü "*Lehre vom Verbrechen*"da (1906), suçun unsurlarını (Tatbestand) çeşitli suç tiplerini oluşturan tanımsal unsurların kapsamlı bir dizini olarak ele almış ve geliştirmiştir. Ona göre, yasal tipe uygunluk suçun bağımsız bir unsurunu oluşturmaktadır. Yasal tipe uygunluk yalnızca suç normundaki tipe uygun eylemi belirttiğine göre, suç kavramını, eylemin haksızlığı konusunda herhangi bir normatif hüküm içermeyen, üç bölümlü bir sistemde açıklamıştır: *Yasal tipe uygunluk, hukuka aykırılık ve kusur*¹²⁴. Bu üç bölüme dayanarak v. Liszt, kendisine ait ve hala çok incelikli olan bir sistemde suçu, (a) *kanuni tipi meydana getiren*, (b) *haksız* ve (c) *kusurlu bir eylem* (iradi fiziksel hareket açısından) olarak tanımlanmıştır.

Sonuç olarak, haksızlık suçun objektif unsurlarıyla ilişkilidir, oysaki kusurluluk yaptırım için sübjektif ön koşul olarak anlaşılabilir. Daha sonraki yazılarında v. Liszt, kusurluluğu psikolojik açıdan daha ayrıntılı bir şekilde, failin yasa dışı zararlar sübjektif ilişkisi olarak incelemiştir. Böylece suçun objektif ve sübjektif unsurlarını birbirlerinden ayırarak, o zamana kadar bilinmeyen bir suç tanımı oluşturmuştur. Bu durum 19.yy'daki ceza teorileriyle kıyaslanınca, büyük bir gelişim olarak kabul edilmiştir¹²⁵.

¹²² Jescheck, Lechrbuch, s.160.

¹²³ Eser, Justification and Excuse, s.39, 40.

¹²⁴ Eser, Justification and Excuse, s.40.

¹²⁵ Eser, Justification and Excuse, s.40, 41.

4. Haksızlığın Özü ve Sorumlu Tutulabilirliğin Normatif Unsuru

Bununla birlikte, Beling ve v. Liszt'in suç tanımı daha sonraki gelişmelerle bazı değişikliklere uğramıştır. Bunlardan v. Liszt, eylemin haksızlığını ve kusurluluğu fail ile ilişkilendirirken, kanuni tipin bütün objektif unsurlarını özellikle haksızlıkla ilişkilendirmeyi ve bütün subjektif unsurların ise kusurluluğa atfedilmesini önermiştir. Aynı şekilde Beling, haksızlık ve kusurluluğun, içsel ve dışsal unsurlar veya v. Liszt'in daha sonra yetersiz görülecek olan "kusurluluğun psikolojik yönü" kavramı temeline dayanan ayırımından yola çıkarak objektif ve subjektif unsurlar olarak ayrılabilirliği fikrini ileri sürmüştür. Burada Beling'in ve v. Liszt'in sistemi-ne getirilen önemli değişiklik ve eleştirilerden ikisinin belirtilmesi gerekir¹²⁶:

Öncelikle, August Hegler ve Edmund Mezger tarafından suçun unsurlarının yalnızca objektif unsurlardan oluşmadığı (örneğin başkasının zilyetliğinde olan eşyanın hırsızlık suretiyle alınması), aynı zamanda subjektif unsurlardan da oluştuğu (failin malvarlığını kendi kullanıma dönüştürmesine yönelik kastı gibi) ispat edilmiştir (StGB §242). Haksızlığın tamamen objektif unsurlarla ilişkili olduğu, kusurluluğun ise tamamen subjektif unsurları kapsadığı şeklindeki ayırımın doğru olmadığı ve yüzeysel olduğu, bunun basit bir şekilde yalnızca (objektif veya subjektif) olgusal bakış açılarına yöneltilmesiyle kanıtlanmıştır¹²⁷. Buna "doğal" bir bakış açısı yerine, daha "pozitivist" bir yönden yaklaşıldığında; objektif veya subjektif olsa da, suçun bütün unsurlarının haksızlıkla ilişkili olduğu ve bu unsurların haksızlığın maddi özünü oluşturduğu anlaşılır. Oysaki failin hatası veya saikine yönelik sorumlu tutulabilirliği ile ilgili bütün unsurlar (objektif veya subjektif) kusurluluk içinde yer alırlar¹²⁸. Objektif ve subjektif unsurlar arasında bu karşılıklı kavramsal çaprazlama dışında, haksızlığın özü öncelikle objektif olarak düşünülmüştür, subjektif unsurlar ise öncelikli olarak kusurlulukla ilişkilendirilmişlerdir. Bu görüş ayrıca Mezger'in "*değerlendirmenin objektif normları*" (*Bewertungsnormen*) ve "*kararlılığın subjektif normları*" (*Bestimmungsnormen*) arasındaki ayrımı tarafından da desteklenmiştir. *Değerlendirmenin objektif normları*, herhangi bir insan hareketinin (veya herhangi başka olayın ya da halin) hukuka uygun olup olmadığını incelerken, eğer hukuka uygun değilse, failin ehliyetini ya da saikini dikkate almadan haksızlık olarak; *kararlılığın subjektif normları* ise failin bireysel saikini saptamakla, bunun bozulması durumunda failin şahsi sorumlu tutulabilirliği ile ilişkili karar verir¹²⁹.

¹²⁶ Eser, Justification and Excuse, s.41.

¹²⁷ Bkz: **Edmund Mezger**, Strafrecht, ein Lehrbuch, München-Leipzig, 1931, 168. kısım; **August Hegler**, Die Merkmale des Verbrechens, 36 ZStW 19, 1915, s.31-38; akt: **Eser**, Justification and Excuse, s.42, dn.46.

¹²⁸ Bkz: **Eberhard Schmidt**, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Jurisprudenz in Einzeldarstellungen, Band 1, 3. Auflage, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1965, 383. Kısım; akt: **Eser**, Justification and Excuse, s.42.

¹²⁹ Krş: **Mezger**, 163. Kısım; **Eser**, Justification and Excuse, s.41-43.

İkinci olarak kusurluluk, sorumlu tutulabilirlik olarak anlaşılmaya başlandı-
ğında, Beling ve v. Liszt'in sistemiyle ilgili yeni bir düzeltme yapılması gerek-
miştir: Kusurluluğun, eylem ile failin kastı veya taksiri arasındaki psikolojik iliş-
ki kurulmasına uygun bir şekilde anlaşılması varsayımı. Kusurluluğun bu “psi-
kolojik” kavramının yerini Reinhard Frank ve James Goldschmidt'in geliştirdiği
sorumlu tutulabilirliğin “normatif” kavramı almıştır. Buna göre kast veya taksir,
kusurluluk için gerekli ama yeterli derecede elverişli olmayan durumlardır; ku-
surluluk bu psikolojik ilişkinin ötesinde, failin (kasıtlı veya taksirli) eylemi için
“sorumlu tutulabilmesini” gerektirir. Örneğin, failin yasaya uygun olarak hareket
edebilmesi ve bu yönde “kişisel yetenekleri ve mevcut halinde ondan beklene-
bilecek” bir hareketi icra yeteneği gibi. Daha sonra bu görüş, “Zumutbarkeit”
doktrini (failin hukuka uygun hareket etmesinin beklenebilirliği) olarak, mazeret
nedenlerinin açıklanmasında köşe taşlarından biri haline gelmiştir¹³⁰.

Özetle, bu sistemin, belli noktalarından düzeltilmesine rağmen –özellikle
hareketin “nedensellik” ve “netice” ile bağlantılı olduğu ve kastın (veya taksirin)
haksızlığın bir unsuru veya yalnızca failin suçlanabilirliği ile ilişkili olmadığı–,
suçun üç unsurdan oluştuğu öğretisinde olduğu gibi yalnızca belli bir dereceye
kadar istikrarlı olduğu kanıtlanmıştır¹³¹.

5. Hukuka Uygunluk ve Mazeret Nedenleri Ayrımına Giden Son Adım

Henüz haksızlık ve kusurluluk arasındaki ayrım kendiliğinden hukuka uy-
gunluk ve mazeret nedenleri arasında yeterli bir ayrım yapmaya ve bu ayrımın
temellerini açıklamaya yetmemekteydi. Bununla beraber, “kusurluluğu kaldıran
haller” (Schuldausschließungsgründe) kavramı öğretilde önceden bulunmuş olsa
da kesin bir anlama sahip değildi. Nitekim bu terim bazen hukuka uygunluk ne-
denleri için dahi kullanılıyordu¹³².

James Goldschmidt uygun ve kapsamlı bir hukuka uygunluk ve mazeret
nedenleri ayrımını ve sistemini kuran ilk hukukçudur. Yaptığı ayrımın tam ola-
rak anlaşılması “görev normları teorisi”nin (*Pflichtnormentheorie*) detaylı bir
açıklamasının yapılmasını gerektirir ve görüşleri bu konudaki önemli bir mihenk
taşını oluşturur. Goldschmidt, yasada tipik hale getirilmiş “yasal norm” (*Recht-
snorm*) kavramını kullanmıştır. Yasal norm öncelikle farazi bir harici eylemin
olduğunu varsayar ve bu eyleme zımnen eşlik eden ve bireyin içsel tutumunu
belirleyen görev normunun, yasal norma uygun olan harici eyleme uygun olması
gereğini belirtir¹³³. Yasal normu ihlal etmenin hukuka aykırı olması hukuka uy-
gunluk prensibi ile aşılabılır; ancak fail eylemini kendi kusur ehliyeti sorumlulu-

¹³⁰ **Eser**, Justification and Excuse, s.43.

¹³¹ **Eser**, Justification and Excuse, s.43, 44.

¹³² **Eser**, Justification and Excuse, s.44.

¹³³ **James Goldschmidt**, “Der Notstand, ein Schuldproblem”, 4 Österr. Zeitschrift für Strafrecht, 1913, 144. Kısım; akt: **Eser**, Justification and Excuse, s.44.

ğunu ortadan kaldıran mazeret nedenlerine dayandırıyor, görev normunun ihlali sebebiyle kusurlu olduğundan bahsedilemez. Goldschmidt bu karşılaştırmayı cezalandırılabilirlik haricinde farklı prensiplerle açıklamaya çalışsa da sonuçta hukuka uygunluk nedenlerini “üstün objektif menfaat” ilkesine dayandırmıştır. Bu durumda cezalandırmamanın “uygun üstün saik” ile gerekçelendirilebileceğini belirtmiş, örneğin, “olağandışı saik” halinde failin “görev saiki” ile hareket ettiğini, böylesi bir uygun üstün saik ile –hukuken “uygun görülmemen” olsa da, “insani açıdan anlaşılabilir”–, “hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk halinin” sağlanamadığını veya meşru savunmaya dayanan hallerde görülebileceği gibi, bu hallerde failin –korku nedeniyle meşru savunmanın sınırlarının aşılması gibi–, kendi menfaatini korumak için eyleme geçtiğinden suçlanamayacağını belirtmiştir¹³⁴.

Her ne kadar Goldschmidt’in teorisinin çeşitli açılardan doğrulanması ve sadeleştirilmesi gerekse de, bu teori konumuzu iki ana nokta geliştirmiştir: İlk olarak, özellikle zorunluluk hali açısından, hukuka uygunluk ve mazeret nedenlerini farklılaştırmıştır. Bu durum farklılaşma teorisi (Differenzierungstheorie) olarak bilinir. İkinci olarak, hukuka uygunluk nedenlerini üst objektif menfaate ve mazeret nedenlerini üst sübjektif güdüye dayanarak açıklamıştır.

Böylelikle günümüzde hukuka uygunluk ve mazeret nedenleri arasındaki ayırım, en azından prensipte, Alman ceza hukuku teorisi ve pratiğinde tamamen kabul edilmiştir¹³⁵. Alman ceza hukuku açısından bu ayırımın en belirgin ve somutlaşmış örneğinin Alman CK §34 ve §35’de “hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk hali” ve “mazeret nedeni olarak zorunluluk hali” arasındaki ayırma gidilmesi ile olduğu, yasada yapılan bu düzenleme ile söz konusu ayırımın normatif açıdan da kabul edildiği belirtilmiştir¹³⁶.

VI. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNİN YAPISI, ORTAK ÖZELLİKLERİ VE SINIRLARI

Yapılan bu ayırım neticesinde hukuka uygunluk nedenlerinin ortak özellikleri ve sınırları şu şekilde ortaya çıkar:

1. Yasaklayıcı ve İzin Verici Normların Uyumlu Etkileşimi

Alman Ceza Kanunu, bir eylemin suç tipine uygunluğu halinde failin hukuka uygunluk savunması yapması halinde “suçsuz” (haksız olmayan) olacağına dair herhangi bir şüpheye yer bırakmamıştır (StGB §32). Kısacası, yasada belirtilen nedenlere dayanan eylem hukuka uygun olarak kabul edilir. Bu sonucu doğuran yapısal sistem, ceza hukuku, eylemleri yasaklayan veya izin veren bir norm sistemi olarak düşünüldüğünde anlam kazanır.

¹³⁴ Eser, Justification and Excuse, s.44, 45.

¹³⁵ Jescheck, Lehrbuch, s. 283.

¹³⁶ Eser, Justification and Excuse, s.45, 46.

Bir yandan, suç tiplerini içeren yasaklayıcı normlar belli hukuki değerleri korumak için belli zararlı eylemleri yasaklamayı veya ihmal durumunda bir eylemin yerine getirilmesini emrederek yasaklanmış zararı önlemeyi düzenlemiştirler^{137, 138}. Diğer yandan, yasanın bazı istisnai durumlarda kabul ettiği izin verici kurallarla diğer bir meşru menfaatin, somut olayda gerçekleşen suçla korunan değere göre daha ağır basabileceğini tanımıştır ki bu nedenle genel yasaklama yönteminin uygulanması mümkün olamayabilir ve korunan değer ihlaline izin verilebilir. Böylece kanunda tanımlanan suç tipi ve dolayısıyla zararı meydana getiren eylem genel anlamda hukuka aykırı olsa bile, eylemin ilk bakışta görülen haksızlığına rağmen, özel bir hukuka uygunluk kuralı ile eyleme izin verilebilir¹³⁹.

2. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin “Tekçi” ve “Çoğulcu” Teorileri

Yukarıda belirtilen görüşlere rağmen bu şekilde bir izin vermenin gerekçesinin ne olduğunun ortaya konulması gerekir. Ayrıca bu konudaki genel prensibin her farklı duruma uygulanmasının mümkün olup olmadığı da tartışılmalıdır. Bu sorularla hukuka uygunluk nedenlerinin temel gerekçesi aranır. Bununla suç teorisinin hala oldukça tartışmalı olan önemli bir problemine değinilir. Bu bağlamda konuya geniş bir açıdan bakıldığında, hukuka uygunluk nedenlerinin tekçi (monist) teoriden, çoğulcu (plüralist) teoriye doğru belirgin bir yönelim içinde olduğu görülür¹⁴⁰.

Tekçi teoriler hukuka uygunluk nedenlerinin bütün temellerini tek bir genel prensiple açıklamaya çalışırlar. Bu da genellikle “*hukuken tanınmış amacı gerçekleştirmek için uygun olanın yapılmasının*” hukuka uygun sayılmasına dayanan “*amaç teorisi*”dir¹⁴¹. Bu teori meşru savunmayı ve hatta zorunluluk halini açıklayabilir, ancak mağdurun rızasına dayanan haller için uygulanması güçtür. Benzer durum, “hasardan daha çok yarar” veya “menfaatler dengesi” teorilerinin bazı hukuka uygunluk prensiplerini uygun bulunan açıklamaları için de geçerlidir¹⁴².

Bundan dolayı çoğulcu teoride, özellikle hukuka uygunluk prensiplerinin iki öncül duruma indirgenmesine dayanan “ikici yaklaşımın” açıklamaları kabul görmektedir: a) Bir değer ihlal edilmesi çok daha önemli değerlerle çatışmasına yol açıyorsa bu değer diğer değerler için öncül olarak ihlal edilebilir (örneğin, meşru

¹³⁷ Hala tartışmalı bir soru olan yasaklanan zararın öncelikle objektif hukuki menfaatlere zarar (Erfolgsunwert) olarak mı görüldüğü ya da haksızlığın özünün eyleme şahsi olarak verilen değersizlikte (Handlungsunwert) mi ilgili olduğu hakkında bkz: **Albin Eser**, “The Principle of ‘Harm’ in the Concept of Crime”, *Duquesne University Law Review*, No.4, 1965-1966, s.345-417.

¹³⁸ **Eser**, Justification and Excuse, s.46, 47.

¹³⁹ **Eser**, Justification and Excuse, s.47.

¹⁴⁰ **Eser**, Justification and Excuse, s.47.

¹⁴¹ **Alexander Graf zu Dohna**, Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal in Tatbeständen strafbarer Handlungen, 1905, §48; **Franz von Liszt/Eberhard Schmidt**, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 16. Auflage, 1932, §187; akt: **Eser**, Justification and Excuse, s.47.

¹⁴² Bkz: **Hans Joachim Hirsch**, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 10. Auflage, Berlin, 1985, §32; **Eser**, Justification and Excuse, s.47, 48.

savunma, zorunluluk, görev çatışması). b) Kişi hukuksal değerın korumasından vazgeçebilir (hukuka uygun ve meşru rıza). Bu durumları üst veya eksik menfaat gerekçelerine dayanmak suretiyle hukuka uygunluk nedenlerinin ikici yaklaşım kurallarına yerleştiren Mezger'dir¹⁴³. Ancak bu ilkeler, hala somut olaylara uygulanmak için fazla soyut durumdadır. Ama üst veya eksik menfaatin hukuka uygunluk nedenlerinin genel bir kuralı olarak ele alınması halinde, en azından kabul görmüş hukuka uygunluk prensiplerinin uygulanabilmesi veya bu konuda yeni prensipler geliştirilebilmesi için önemli bir başlangıç noktasına sahip olunur¹⁴⁴.

3. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Türleri – “Hukuk Düzeninin Bütünlüğü”

Hukuka uygunluk nedenleri hakkında geniş bir fikir oluşturmak için, bir takım kurallara dikkat edilmesi gerekir. Bunu yaparken suç tipini hukuka uygun hale getiren nedenlerin gerekçeli olduğunun ve yalnızca ceza hukukunda bulunmadığının unutulmaması gerekir. “Hukuk düzenin bütünlüğü” ilkesine dayanarak, bütün hukuka uygunluk nedenleri nerede düzenlendiğine bakılmaksızın – ceza hukuku, idare hukuku ve hatta özel hukuk– hesaba katılmalıdır. Hukuka uygunluk nedenlerinin gerekçeleri amaçları veya kaynakları bakımından sınıflandırılırsa, dört ana gruba ayrıldığı görülür:

- Zarar gören insanın (açık ya da örtülü) rızası, hukuksal değerin korumasından kendisinin vazgeçtiğini gösterir. Bu durumda hukuka uygunluk nedeninin gerekçesi “eksik yarar”dır.
- İhlale karşı savunma hakları. Özellikle meşru savunma (StGB §32)¹⁴⁵.
- Zorunluluk veya menfaatler çatışması halindeki eylemler. “Hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk hali” (StGB §34) veya görev çatışmasına (Pflichtenkollision) ek olarak, “saldırı zorunluluğu durumu” (Alman Medeni Kanunu §904). Bu durum başkasının malının yıkımından veya hasara uğratılmasından doğabilecek başka bir orantısız zararı önlemek için eylemde bulunmanın gerekli olması halinin hukuka uygun olmasıdır¹⁴⁶.
- Son olarak bu hukuka uygunluk nedenlerini failin, suç tipinin farkına vararak, belli bir hakkı uygulama –örneğin düşünce özgürlüğü bir diğer kişinin sosyal saygınlığına zarar veriyorsa (StGB §193)– veya hukuki bir yetkiyi tanıma¹⁴⁷ halleri olarak bir gruba toplayabiliriz¹⁴⁸.

Açıkça görülüyor ki, bu çalışmanın sınırları içinde hukuka uygunluk nedenlerinin bütün prensiplerinin tartışılması mümkün değildir. Ama en azından huku-

¹⁴³ Mezger, s.207, 225.

¹⁴⁴ Eser, Justification and Excuse, s.48, 49.

¹⁴⁵ Jescheck, Lehrbuch, s.268-282, 285.

¹⁴⁶ Jescheck, Lehrbuch, s. 286-288.

¹⁴⁷ Jescheck, Lehrbuch, s.313-322.

¹⁴⁸ Eser, Justification and Excuse, s.49, 50.

ka uygunluk nedenlerinin bazı özelliklerini ve problemlerini göstermek amacıyla, hukuka uygunluk nedenlerinin Alman ceza hukukuna göre en önemli örneklerini oluşturan¹⁴⁹ üstün değer (menfaat) nedenlerini incelememiz gereklidir: Bunlar meşru savunma ve hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk halidir¹⁵⁰.

4. Meşru Savunma

Meşru savunma¹⁵¹, aslında bütün hukuk sistemleri içinde hukuka uygunluk nedenleri arasında bulunanların en eskisidir ve neredeyse evrensel bir kural haline gelmiştir¹⁵². Ancak hala eski bir düşünce olan “*hak, haksıza kazanç getirmemelidir*” önermesi geçerli olduğuna göre bunun kapsamı tartışılmalıdır. “Hakkın” haksıza kazanç getirmemesi ne demektir? “Haksız” ne demektir? Bu yalnızca yasal olmayan saldırı mıdır? Peki ya çeşitli menfaatler arasındaki orantılılık nedir?¹⁵³ Bu ve benzeri sorulara ilişkin olarak iki husus temel alınabilir¹⁵⁴:

Meşru savunma, çok uzun zamandan beri esasen birinin kendini saldırıya karşı koruması açısından bağımsız bir hak olarak görülmesine rağmen¹⁵⁵, günümüzde meşru savunmanın sosyal fonksiyonu da aynı kapsamı, hatta belki biraz daha geniş bir halini içerir. Meşru savunma, failin bireysel menfaatinin savunmasının dışında, kamu barışının geliştirilmesi amacıyla hukuki bir menfaatin gerçekleşmesi olarak da kabul edilir¹⁵⁶. Böylelikle bireysel savunma ile hukuk düzeninin sosyal koruyuculuğunun bir araya gelmesi ile meşru savunma bir ölçüde geniş kapsamlı, bir ölçüde de kısıtlayıcı bir gelişime maruz kalır¹⁵⁷. Bu bağlamda meşru savunma, bir yandan kişiye saldıran insanla sınırlı olmayıp, aynı zamanda üçüncü kişilere yönelik olarak da yardım ve dolayısıyla kamu yararını koruma kapsamında genişleme gösterir¹⁵⁸. Diğer yandan, meşru savunmanın her halde kullanılacak mutlak bir hak olmaması ve hakkın sosyal fonksiyonunun da hiçbir

¹⁴⁹ Meşru savunma, Türk ceza hukuku açısından da en önemli hukuka uygunluk nedenlerinden biridir, ancak zorunluluk hali bize göre mazeret ya da en azından kusurluluğu kaldıran haldir ve bu açıdan Alman ceza hukuku teorisinden farklıdır.

¹⁵⁰ **Eser**, Justification and Excuse, s.50.

¹⁵¹ Meşru savunmanın teorik temelleri, hukuk düzenindeki yeri ve özellikle Anglosakson hukuk sistemindeki yeri ve uygulaması için bkz: **Sangero**, s.1 vd.

¹⁵² **Sangero**, s.6.

¹⁵³ Krş: **Friedrich-Christian Schroeder**, “Die Notwehr als Indikator politischer Grundanschauungen”, Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. 1972, s.127.

¹⁵⁴ **Eser**, Justification and Excuse, s.51.

¹⁵⁵ **Jescheck**, Lehrnbuch, s.270; **Sangero**, s.6.

¹⁵⁶ **Jescheck**, Lehrnbuch, s.270.

¹⁵⁷ Krş: **Claus Roxin**, “Die “sozialethischen Einschränkungen” des Notwebrechts”, ZStW, No.93, 1981, s.68-104.

¹⁵⁸ Uygulamada, kamu görevlerinin varlığı ve işlerindeki öncelikli görevi, kamu yararına olan savunmayı sağlamak olduğu için, kamu yararına olan bu savunma kuralı devam ettirilememiştir. Bu noktada en öğretici kaynak 5 BGHSt 245 (1954)’de rapor edilmiş bir davadır: sanık yakışsız bir hareketin fotoğrafının çekilmesini başkalarının savunmalarından yararlanarak kamu yararı adına hukuka uygun olduğunu belirtmiş, ama başarısız olmuştur. **Eser**, Justification and Excuse, s.51.

şekilde saptırılamaması kısıtlayıcıdır. Bu, meşru savunmanın iki önemli sınırına da işaret etmektedir: Meşru savunmayı yapan kişi, eğer saldırıdan “saygınlığını yitirmeden”¹⁵⁹ kaçınıbiliyorsa geri çekilme görevi vardır ve eğer meşru savunmada bulunmak bir gereklilik haline getirilmişse bu durumda bile meşru savunmanın sınırlandırılması veya hatta kullanılmaması gerekebilir¹⁶⁰.

Meşru savunma hakkının kötü niyetli kullanımıyla yakından ilgili olan konu, tartışmanın ikinci noktasını oluşturur. “Orantısız” meşru savunma, savunma ile oluşan zararın saldırgan tarafından tehlikeye sokulmuş olan menfaate göre orantısız olmasıdır. Örneğin, bir elma ağacının sahibinin meyveleri korumak için hırsız vurarak ciddi, hatta ölümcül bir şekilde yaralanmasına yol açması ya da bir güvenlik elemanının, küçük bir şişe şurup çaldığı için bir insanı öldürmesi gibi durumlarda bu konuda herhangi bir tereddüt bulunmaz. Hatta daha eski zamandaki görüşler saldırganın hukuka aykırı hareketiyle bir anlamda “kendini kanun korumasından men ettiği” ve böylece meşru savunma ile maruz bırakılacağı her türlü zararın riskini aldığı fikrine dayanmaktadırlar ki; bu durumda sonuç olarak orantılılığa dikkat etmeye gerek yoktur. Bu görüş hala birkaç yazar tarafından kabul edilmektedir, çünkü onlara göre aksi halde meşru savunma büyük ölçüde zayıflatılmış olur¹⁶¹. Bu konuda artış gösteren eğilim ise meşru savunmanın, saldırılan ve savunulan menfaatler çarpıcı biçimde orantısız olduğu hallerde uygulanmamasına yöneliktir¹⁶². Buna göre, meşru savunmanın böyle durumlarda “kötüye kullanma” veya “savunmanın normatif gereksinimini inkar etme”¹⁶³ veya basitçe “orantılı” savunmaya ihtiyaç duyulduğu¹⁶⁴ nedenlerinden hangisinin ön sürüleceği pek önemli değildir. Burada kesin olan tek nokta meşru savunmanın kendiliğinden izin verilen bir karşı hücum olarak tanınmadığı ve menfaatlerin değerlendirilmesinin önem kazandığıdır¹⁶⁵.

¹⁵⁹ Bu konuya ilişkin uygulamasındaki önemli bir dava 71 RGSt 133'te bulunabilir (1937). Sanık, bir konaklama yerinin avlusunda başka bir misafir tarafından saldırıya uğramıştır, bu durumda zorunlu olarak konaklama yerine geri çekilmesi ile saldırganı vurmadan önce başkalarının yardımını çağırmak arasında kalmıştır: “Meşru savunmayı gerçekleştiren kişinin o anki ve yasal olmayan saldırıdan teslim olmadan veya kendi haklı menfaatini tehlikeye atmadan kaçabilmesi mümkünse, yani meşru savunmayı gerçekleştiren kişinin yaptığı eylem savunma için gerekli değilse, kişi burada saldırganın hukuki bir menfaatini ihlal etmede haklı olmaz. Böylelikle, şartlar izin verdiği sürece, saldırıya uğrayan kişiden, yardım edebilecek ve yardıma hazır olan üçüncü bir kişinin yardımını kabul etmesi beklenir.” İlke olarak bu neredeyse genel olarak kabul edilmiştir. **Eser**, Justification and Excuse, s.51.

¹⁶⁰ **Eser**, Justification and Excuse, s.51, 52.

¹⁶¹ Bkz: **Günter Spendel**, Leipziger Kommentar, 10. Auflage, Berlin, 1982, no.224-230, 246; **Paul Bockelmann**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, München, 1979, s.94.

¹⁶² **Schroeder**, s.137.

¹⁶³ **Jürgen Baumann/Ulrich Weber**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Bielefeld, 1985, s.303; **Roxin**, s.78.

¹⁶⁴ **Schroeder**, s.137.

¹⁶⁵ **Eser**, Justification and Excuse, s.53, 54.

Bu nedenlerle meşru savunma, üstün menfaat gerekçesiyle bir hukuka uygunluk nedeni oluşturur. Buna rağmen, meşru savunma ile korunacak menfaatin mutlaka verilen zarara göre daha değerli bir menfaat olması gerekmez. Ayrıca meşru savunmanın hem bireysel anlamda işlevi hem de sosyal işlevleri vardır. Çünkü meşru savunmayı gerçekleştiren kişi yalnızca kendi menfaatinin savunmaz, aynı zamanda genel barışı korumayı da sağlar, bu sosyal menfaat de ayrıca savunan kişinin terazisine konulur. Bundan dolayı meşru savunma hukuka uygunluğunu, ancak toplumsal barışın savunmayı gerçekleştiren kişinin hesabına katılmasına rağmen, saldırgana verilen zararın terazide hala ağır basması halinde kaybeder¹⁶⁶.

5. Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Zorunluluk Hali

Meşru savunmaya ilişkin Alman Ceza Kanunu'nda (StGB §32) ceza hukukuyla korunan hukuksal değerler dengesi açık bir şekilde gözetilmeyip, bu denge ancak yorumla sağlanabilir. "Hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk halinde" (StGB § 34) ise hukuka uygunluk nedeninin gerçekleşmesi için üstün bir değer olması gerektiği yasa metninde açık bir şekilde ifade edilir¹⁶⁷. Bu hukuka uygunluk nedeninin yazılı hukukta açıkça tanımlanan son prensip olduğu ifade edilmektedir¹⁶⁸.

Zorunluluk halinin bu türünde, ceza hukukuyla korunan bir hukuksal değer tehlikede olması ve bunun korunması için ceza hukuku tarafından korunan bir başka hukuksal değer olumsuz etkilenmesi söz konusudur. Bu durumda hukuksal değerler bir değerlendirmeye tabi tutulur ve eylemden olumsuz etkilenen hukuksal değer, tehlike altında bulunan değerden niteliksel olarak daha azdır. Dolayısıyla zorunluluk halinin bu türü "değerler ve yükümlülükler dengesi ilkesine" (Güter und Pflichtenabwägung) dayanır ve tehlike altında bulunan bir değer korunması, uyulması gereken norma karşı tercih edilir¹⁶⁹.

Bu konunun gelişmesindeki en önemli adım Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin 11 Mart 1927 tarihli önemli bir kararı ile kürtajın bir annenin hayatını kurtarmak ve sağlığını kazandırmak için hukuken tanınması ile atılmıştır. Gebeliğin tıbben sona erdirilmesiyle ilgili bu olayda, intihar etme tehlikesi içindeki hamile bir kadına, intihar tehlikesini önlemek için kürtaj yapan

¹⁶⁶ **Eser**, Justification and Excuse, s.54.

¹⁶⁷ StGB §34: "Her kim, hayat, vücut, özgürlük, şeref, mülkiyet veya diğer bir hukuki değere yönelik olan, mevcut ve başka türlü bertaraf edilemeyen bir tehlike içindeyken, tehlikeyi kendisi veya bir başkası bakımından def etmek için, bir suç işlerse, tarafların rakip menfaatlerinin, özellikle ilgili hukuki menfaatler ile onları tehdit eden tehlikenin derecesi karşılaştırıldığında, korunan menfaat tehdit edilen menfaate göre önemli ölçüde ağır basıyorsa, fail, hukuka aykırı hareket etmiş olmaz. Ancak bu hüküm sadece, işlenen eylemin, tehlikeyi def etmek için uygun bir araç olduğu durumlarda uygulanır."

¹⁶⁸ **Eser**, Justification and Excuse, s.54.

¹⁶⁹ **Meraklı**, s.276, 277.

hekimlerle ilgili olarak açılan bir dava söz konusudur. Olayda bir kadın hamile kaldıktan sonra güçlü intihar riski taşıyan bir depresyon içerisine girmiştir. Kadının jinekoloğu bir psikiyatrin görüşünü aldıktan sonra, kadının intihar teşebbüsünü önlemek amacıyla hamileliğine son verir. İki hekim hakkında yerel mahkemede dava açılır. Yerel mahkemenin beraat kararı vermesi üzerine savcılık, yüksek eyalet mahkemesine başvurur. Mannheim Yüksek Eyalet Mahkemesi de, yasa tarafından korunan bir değer ihlalinin, hukuk düzeni tarafından benimsenmiş amaçlardan birinin korunması, -somut olayda sağlığın korunması için- uygun bir araç olarak ortaya çıkması halinde hukuka aykırı olmayacağı gerekçesiyle iki sanığı beraat ettirmiştir. Ancak savcılık temyize başvurmuştur. İmparatorluk Mahkemesi ise kararında, hukuka uygunluk nedenlerini mazeret nedenlerinden ilk defa açıkça ayırmış, böylece zorunluluk durumunda ayırma teorisini benimseyerek yazılı hukukun içermediği hukuka uygunluk nedeni olarak bir zorunluluk durumunu kabul etmiş ve bu yeni hukuka uygunluk nedenini de “değerlerin ve yükümlülüklerin karşılaştırılması” teorisiyle gerekçelendirmiştir¹⁷⁰. O dönemde Alman ceza hukuku bazı zorunluluk hallerini zaten tanımıştır ama bunlar maddi mülkiyetle sınırlıdır ve bu nedenle insan fetüsünün yok edilmesini içermemektedir. Yasa, anne için bir hukuka uygunluk nedeni sunmuş olsa da, kişisel olarak tehlikeye atılmadığından dolayı, doktor için böyle bir neden sunmamıştır. Yine de, kanundaki hükümlerin genel prensipler açısından elverişli olması sayesinde mahkemeler tarafından geliştirilebilmişlerdir. Bu durumda menfaatlerin dengelenmesi halinde, failin daha iyi üstün bir hukuksal değer için yaptığı, haklı bir eylem olarak kabul edilmiştir¹⁷¹. Öğretinin ve özellikle içtihadın geliştirdiği bu yasa dışı hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk hali 1975 tarihli ceza hukuku reformunda yasal bir temele oturtulmuş ve StGB §34’de düzenlenmiştir¹⁷².

Hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk halinin tehlikeye ve korunmaya ilişkin şartları bulunur. Tehlikeye ilişkin şartlar şunlardır: Öncelikle hukuk tarafından korunan bir değer korunması gerekli ve yeterlidir. Mazeret nedeni olarak zorunluluk halinde olduğu gibi bir sınırlama yapılmamıştır. İkinci olarak mevcut bir tehlikenin bulunması gerekir; bu hali hazırda var olan bir tehlike olabileceği gibi gerçekleşmesi kuvvetle muhtemel bir tehlike de olabilir. Tehlike faile ait bir

¹⁷⁰ **Kangal**, s.103. Karar ve değerlendirme için bkz: **Claus Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, München, Verlag C. H. Beck, 2006 §16, No.4; **Walter Gropp**, “Alman Bakışına Göre Türk Ceza Kanunu 1989 Öntasarısında Hukuka Uygunluk Sebepleri”, Çev: Faruk Turhan, Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1998, s.218.

¹⁷¹ Böylece, örneğin, ehliyeti olmayan bir insanın araba kullanmasını engellemek amacıyla bu eylemin yapılması halinde doktorun gizlilik ilkesini ihlal etmesi hukuka uygun olur (BGH, 1968 NJW 2288) veya uyuşturucu tacirliğini engellemek için mülke izinsiz girilmesi halinde de benzer durum bulunmaktadır (OLG München, 1972 NJW 2275). **Eser**, Justification and Excuse, s.54, 55.

¹⁷² **Fletcher**, Basic Concepts of Criminal Law, s.140, 141; **Bekar**, s.68.

hakka yönelmiş olabileceği gibi failin yakını ya da üçüncü bir kişiye yönelmiş olması da mümkündür¹⁷³. Korumaya ilişkin şartlar ise şunlardır: Tehlikeden başka türlü korunma mümkün olmamalı, objektif bir gereklilik bulunmalıdır. Çatışan hukuksal değerlerden korunan hukuksal değer, zarar verilen değere göre önemli ölçüde ağır olmalı ve eylem tehlikeden kurtulmaya sağlayacak oranda olmalıdır. Ayrıca kişi tehlikeden korunmaya yönelik eylemini zorunluluk hali kapsamında gerçekleştirdiğini bilmelidir. Bu şartların tamamının somut olayda bulunması halinde hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk halinin varlığı söz konusu olur¹⁷⁴.

StGB §34, çelişen menfaatler dengesine dayanan hukuka uygunluk nedenlerinin yasalaşmış halidir. Ancak birkaç problem bu kuralın uygun bir şekilde işlemlerini engellemektedir. Bu konudaki tartışmanın temel noktalarından biri StGB §34/2’de yer alan “uygunluk şartı”dır. Hukuka uygunluk nedenlerinde bu madde yürürlüğe girene dek yalnızca tehlikeyi defetmek açısından uygun bir eylem olması aranırken, yasa koyucu oldukça açık bir şekilde menfaatler dengesi ilkesiyle (Güterabwägungsprinzip) amaç teorisi (Zwecktheorie) ilkesinin birleştirilmesini denemiştir. Böylece hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk hali *“failin zorunluluktan yaptığı eylem uygun ve hukuki bir çözüm olarak görünüyor ve kamusal değerler açısından kabul edilebiliyorsa”* şeklinde sınırlandırmıştır. Öğretide böyle bir sınırlandırma için pratik bir gereklilik görülmemekle birlikte, en azından menfaatler dengesinin içeriği ile zaten konuyla ilgili bütün işlevlerin yerine getirildiği düşünülmektedir¹⁷⁵. Ancak bu uygunluk şartının eylemin kapsamlı bir sosyal-etik değerlendirmesini gerektirmesi açısından belli bir açıklayıcı işleve sahip olduğu da inkar edilmemektedir¹⁷⁶.

StGB §34’teki ifade incelendiğinde, hükmün hukuka uygunluk nedenlerinin basit bir çatışan hukuki değerler dengesinden daha fazlasına bakılmasını gerektirdiği görülür. Örneğin, fetüsün yaşama hakkı ile annenin yaşama hakkı ve vücut bütünlüğü arasındaki karşılaştırma gibi. Bu aslında bütün ilgili faktörlerin kapsamlı bir değerlendirmesinin yapılmasıdır; örneğin, risk veya zararın derecesi, tehlike nedeni, riski kabul etme yükümü, vb. Eyleme dahil olan bütün değerlerin kapsamlı bir şekilde dengelemesinden sonra eğer eylem, açıkça üstün bir menfaat sunuyorsa, eylem her ne kadar suç tanımına uyuyorsa da artık hukuka uygun hale gelir¹⁷⁷.

¹⁷³ Özbek/Doğan, s.209.

¹⁷⁴ Söz konusu şartlar hakkında ayrıntılı açıklama için bkz: Meraklı, s.276-278.

¹⁷⁵ Maurach/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1, 6. Auflage, Heidelberg, 1983, s.364-366; Eser, Justification and Excuse, s.55.

¹⁷⁶ Jescheck, Lehrbuch, s.201; Eser, Justification and Excuse, s.55, 56.

¹⁷⁷ Eser, Justification and Excuse, s.56.

VII. MAZERET NEDENLERİNİN YAPILANDIRILMASI

1. Mazeret Nedenlerinin Genel ve Açık Sonuçları

Hukuka uygunluk nedenlerinden farklı olarak, mazeret nedenleri eylemin haksızlığını etkilemez. Yalnızca failin kişisel sorumlu tutulabilirliğini (kınanabilirliğini) kaldırır: Yani fail yalnızca toplum nazarında cezalandırılmaz olur, bir başka deyişle mazur görülür. Ayrıca, mazeret nedenleri yalnızca iştirak edenlerden bu şartlara uygun davrananlara uygulanır; diğer tüm iştirak edenler hukuka aykırı fiilden dolayı cezalandırılabilirler¹⁷⁸.

2. Mazeret Nedeni Türleri

Mazeret nedenlerini akıl hastalığı, tehdit, hata ve bir dereceye kadar olan hukuki hata ile sınırlandıran Anglosakson hukukunun aksine; Alman hukukunda korku, dehşet ya da kargaşa nedeniyle ölçüyü aşan meşru savunma, (StGB §33), mazeret nedeni olarak zorunluluk hali (StGB §35) ve yetki çatışması (bu konuda yasal bir düzenleme olmamasına rağmen) mazeret nedenleridir. Türk hukukunda ise meşru savunmada sınırın aşılması (TCK m.27/2), amirin hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emri (TCK m.24/1-2) ve zorunluluk hali (TCK m.25/2) mazeret nedeni olarak kabul edilir.

Alman suç teorisinde kusurluluğu önleme prensipleri ve mazeret nedenleri prensipleri ayrımı yapılır. Bunlardan birincisinde –örneğin akıl hastalığı ve kaçınılmaz haksızlık hatası (yasak hatası)– fail mazur görülmüş olmasa da eylemin başlangıçtan itibaren kusur olmadan gerçekleştirildiği kabul edilir. Diğerinde ise –meşru savunma sırasında kuvvetli bir korku, dehşet ya da kargaşa nedeniyle sınırın aşılması, mazeret nedeni olarak zorunluluk hali veya yetki çatışması nedeniyle sınır aşımı durumunda– fail kusurlu olmasına rağmen kusursuzlaştırılır (kusurun azlığı dolayısıyla ceza layık olmama nedeniyle ceza verilmez)¹⁷⁹.

Kusurluluğu önleme prensiplerinin, kusurluluk anlamında zihinsel (haksızlık hatası) ve/veya iradi (akıl hastalığı) yetersizlikten meydana gelmesi hali, mazeret nedenleri prensipleri açısından fail üzerinde olağandışı bir psikolojik baskı oluşturur. Nitekim Goldschmidt'in birçok akademisyen tarafından kabul edilen açıklaması da böyledir¹⁸⁰. Özellikle mazeret nedenleri açısından, bunların bütün bu subjektif nedenlere dayanarak açıklanmasının mümkün olup olamayacağı sorusu ortaya çıkmıştır. Böylelikle meşru savunmada sınır aşılması durumunda, suçlanabilirlik korku nedenine bağlı olarak kısıtlanır (StGB §33). Ancak bunun ötesinde failin haksız saldırıya tepki vermesi –aşırı derecede olmasına rağmen– nedeniyle objektif haksızlık kavramı içerisinde de bir kısıtlama olduğu fark edilir. Aynı durum, cezalandırmama nedenini eylemin zorunluluk içerisinde yapılması

¹⁷⁸ Eser, Justification and Excuse, s.57.

¹⁷⁹ Eser, Justification and Excuse, s.57, 58.

¹⁸⁰ Baumann/Weber, s.442.

na ve hukuki bir menfaate yönelik zararı önlemeye bağlayan mazeret nedeni olarak zorunluluk halinde de vardır (StGB §35). Bu konuda günümüz Alman ceza hukukçuları cezalandırmamanın subjektif nedeni olan psikolojik zorunluluk veya baskı altında olma durumunu inkar etmeden, kısıtlanan objektif haksızlık kavramının failin mazur görülmesinde etkili olduğunu düşünmektedirler¹⁸¹.

Bunun ötesinde, mazeret nedenlerinin gerekçesini ve kapsamını açıklamada caydırıcılık ve özel önleme politikalarının uygulanmasına yönelik büyüyen bir eğilimin bulunduğu da ifade edilmektedir. Anılan nedenlerle ceza verilmemesine sınır oluşturacak bu politikaların uygulanmasının, hukuka uygunluk nedenlerine ve mazeret nedenlerine mahsus olan politikaların tamamen askıya alınması için değil ama bu politikaların etkisinin zayıflatılması/sınırlandırılması için kullanılabileceği belirtilmektedir¹⁸².

3. Mazeret Nedeni Olarak Zorunluluk Hali

Mazeret nedenlerini daha detaylı incelemek ve hukuka uygunluk nedenleriyle farkını ortaya koymak amacıyla, önceden hukuka uygunluk nedenlerinde açıkladığımız “hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk halinden” sonra (StGB §34), şimdi de “mazeret nedeni olarak zorunluluk halini” (StGB §35) incelemenin gerekli olduğunu düşünüyoruz. Yukarıda da belirttiğimiz üzere TCK açısından böyle bir ayrım yapılmamıştır; zaten zorunluluk hali TCK’da hukuki nitelendirilmeden düzenlenmiş ancak CMK m.223/3-b’de bunun kusurluluğu kaldıran bir hal olduğu belirtilmiştir. Yasal düzenleme hukuki nitelendirme açısından bir yol gösterici olsa da doktrinel görüşleri sınırlandırmaz. Dolayısıyla bu tür bir ikili ayrımın gerekli olduğu, hatta yasada düzenlenmese dahi fiili olarak bu ayrımın bu kurumun özünde olduğu rahatlıkla savunulabilir ve savunulmaktadır. Bunun yanında böyle bir ayrıma gerek olmadığı bunun eskide kalmış teorik tartışmaların ürünü ve yasaya yansması olduğunun ileri sürülmesi de mümkündür.

Bu konu artık ülkemiz öğretisine de yansdığından bu tartışmaların daha iyi anlaşılabilmesi için bu ayrıma dayalı bir açıklama yapmanın daha uygun olduğunu düşünerek çalışmamızda bu görüşlere yer veriyoruz.

Sınırlama olmaksızın, herhangi bir hukuki değer korunması için eylem yapmaya izin veren “hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk hali” karşılığı olan “mazeret nedeni olarak zorunluluk hali” yalnızca yaşama, vücut bütünlüğüne veya özgürlüğe yapılan saldırılar ile sınırlıdır¹⁸³. Bu sınırlama ve ayrım “hukuka uygunluk

¹⁸¹ Eser, Justification and Excuse, s.58.

¹⁸² Eser, Justification and Excuse, s.59.

¹⁸³ StGB §35: “(1) Her kim, hayat, vücut veya özgürlüğe yönelik, halihazırdaki ve başka türlü bertaraf edilemeyen bir tehlike içinde iken, tehlikeyi kendisi, ailesine mensup bir kişi veya bir yakını bakımından def etmek için, hukuka aykırı bir eylemi gerçekleştirirse, kusurlu sayılmaz. Olaydaki şartlara göre, özellikle tehlikeye bizzat kendisinin sebebiyet vermiş bulunması veya özel bir hukuki ilişki içinde bulunması nedeniyle, tehlikeye katlanması failden beklenebilirse, yukarıdaki hüküm uygulanmaz; ancak, cezanın 49. maddenin 1. fıkrası uyarınca indirilebilmesi için, failin özel

nedeni olarak zorunluluk hali” üstün hukuksal değeri korumayı gerektirdiği için yapılır. Oysaki “mazeret nedeni olarak zorunluluk halinde” korunan hukuksal değere göre zarar veren değer daha üstün olması gerekmez. Bundan dolayı “mazeret nedeni olarak zorunluluk hali” ancak çok önemli bir hakkın, bir başka önemli hakla karşı olduğu durumlarda söz konusu olabilir (değerler arası eşitlik durumu)¹⁸⁴.

Hukuksal değerlerin objektif dengesindeki bu boşluk, kişisel bir tehlikenin mevcut olmasıyla tamamlanmalıdır, zaten bu da mazeret nedenlerinin asıl özelliğidir. Fail kendisinin veya bir yakınının yaşamı, vücut bütünlüğü veya özgürlüğü yararına hareket etmelidir. Sıra dışı bir kişisel tehlikenin varlığı şartı StGB §35/2’de açıkça vurgulanmıştır. Bu hükme göre, hangi şartlar altında failin tehlikeyle baş etmesi gerektiği ve mazeret nedenine dayanmasına izin verilmediği belirtilmiştir. Buna göre bu durum açısından öncelikle failin şahsi durumu göz önüne alınır. Eğer tehlikeye kendisi neden olmuşsa veya (örneğin koruma görevlisi veya itfaiye eri olarak) belli riskleri almayı önceden kabul etmişse, başkaları açısından olağanüstü olarak değerlendirilebilecek tehlikelerin onun açısından normal kabul edilmesi gerekir. Böylelikle failin kişisel şartları açısından hukuka uygun şekilde hareket etmesinin beklenmemesi mazeret nedenlerinin belirleyici bir unsur olarak tanınır¹⁸⁵.

Hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk hali hukuki değerler dengesi ilkesine dayanırken, mazeret nedeni olarak zorunluluk hali esas olarak failden içinde bulunduğu durumda hukuka uygun davranmasının beklenemezliği ilkesine (Unzumutbarkeit normgemäßes Verhaltens) dayanır¹⁸⁶. Hukuka uygunluk nedeni olarak mazeret nedeninin tehlikeye ve korunmaya ilişkin şartları bulunur. Tehlikeye ilişkin şartlar şunlardır: Hukuk tarafından korunan bir değer korunması gereklidir ancak hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk halinden farklı olarak korunan ve zarar verilen hukuki değerler arasında niteliksel bir ağırlık farkı bulunması şart değildir. Nitekim korunan hukuksal değerler arasında niteliksel bir ağırlık farkı bulunmadığı için söz konusu eylem hukuka aykırılığını korumakla birlikte hukuk tarafından korunan bir değeri tehlikeden koruma amacına yönelmiş olması eylemin haksızlık içeriğini azaltır. Bununla birlikte hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk halinden farklı olarak eylem psikolojik bir baskı sonucu gerçekleştirildiğinden kusur içeriği de azalır. Bu da cezasızlığa yol açar. Bu bağlamda StGB §35’e göre ancak yaşam, vücut bütünlüğü veya kişi özgürlüğüne ilişkin olup faile ya da bir yakınına yönelik mevcut ve başka türlü

bir hukuki ilişki dolayısıyla, tehlikeye katlanmak mecburiyeti bulunması gerekir. (2) Fail eylemi gerçekleştirirken, 1. fıkra uyarınca kusurluluğunu ortadan kaldırabilecek nitelikte olan durumların hataya düşerek var olduğunu zannederse, sadece hataya düşmekten kaçınılabilmesinin mümkün olduğu hallerde cezalandırılır. Ceza 49. maddenin 1. fıkrası uyarınca indirilir.”

¹⁸⁴ Hirsch, n.62; Eser, Justification and Excuse, s.59, 60.

¹⁸⁵ Eser, Justification and Excuse, s.60.

¹⁸⁶ Özbek/Doğan, s.212; Meraklı, s.279.

korunma olanağının bulunmadığı bir tehlikenin bulunması gerekir. Söz konusu hukuki değerler StGB §34'den farklı olarak sınırlı sayıdadır (numerus clausus). Mazeret nedeni oluşturan tehlikenin faile, failin ailesine veya faile yakın olan diğer bir üçüncü kişiye ait bir hakka yönelik olması gerekir. StGB §35'de sözü edilen aile kavramına kimlerin dahil olduğu StGB §11/1'de belirtilmiştir¹⁸⁷. Korunmaya ilişkin şartlar ise şunlardır: Tehlike kavramı açısından StGB §35'de belirtilen şartlar geçerlidir. Korunmaya yönelik eylem son çare olmalı ve tehlikeden korunmak için son ve tek çare olmalıdır. StGB §35/I-2 gereğince, failin tehlikeye bizzat sebep olması ya da özel bir hukuki ilişki içinde olması nedeniyle tehlikeye katlanması kendisinden beklenilmekte ise bu mazeret nedeninden yararlanmaz ancak StGB §49/I gereğince cezasında indirimine gidilebilir. Ayrıca kişi tehlikeden korunmaya yönelik eylemini zorunluluk hali kapsamında gerçekleştirdiğini bilmelidir. Bu şartların tamamının somut olayda bulunması halinde hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk halinin varlığı söz konusu olur¹⁸⁸.

4. Genel Bir Mazeret Nedeni Olarak “Hukuka Uygun Davranışın Beklenebilir Olmaması” Durumu

Bazı yazarlar StGB §35'de düzenlenmiş mazeret nedeni olarak zorunluluk halinin ötesinde, mazeret nedenlerini oluşturan genel ilkelerin ışığında bir de hukuka uygun davranışın beklenebilir olmaması hali için “failin hukuka uygun şekilde hareket etmesinin beklenememesi” durumunu düşünmüşlerdir. Ama böylesine aşırı bireyselleşmenin ceza hukukunun zayıflamasına ve etkisiz kalmasına neden olabileceği, o yüzden günümüzde bu genişlikteki ifadelerin büyük ölçüde reddedildiği ifade edilmektedir¹⁸⁹.

Ancak bu, “hukuka uygun şekilde hareket etmesinin beklenememesinin” ayırıcı özelliği “mazeret nedeni olarak zaruret halini” andıran “yetki çatışması” gibi durumlarda bir mazeret unsuru olarak kullanılmamasını gerektirmez. Eğer fail, yalnızca iki kötü arasından birini seçebiliyorsa – örn. Nazi toplama kampındaki bir doktor, (sınırlayıcı bir biçimde) gaz odası için akıl hastası olan insanları seçmeye katılmakla, başka bir isteksiz meslektaşısı için yer açmak arasında kalmıştır– ve daha az kötüyü seçmek konusunu onur meselesi haline getirdiyse affedilebilir. Ayrıca şu ana kadarki konuyla ilgili olarak, hukuka uygun şekilde hareket etmesinin beklenememesi, ihmali davranıştaki kusurluluğu içermeyebilir¹⁹⁰.

¹⁸⁷ StGB §11/I: “Bu kanun anlamında, 1. Aile mensubu deyiminden: Aşağıda sayılan kişilerden biri olan kişi anlaşılır. A) İlişkiyi doğurmuş olan evlilik veya eşcinsellerin evliliği, halen mevcut bulunmasa veya kan akrabalığı veya sıhri hısımlık sona ermiş olsa dahi, soy ve dünür hısımları, eş, eşcinsel evlilikteki eş, Hayat Birlikteliği (Eşcinsellerin Evliliği) Hakkında Kanun anlamındakiler de dahil olmak üzere, nişanlı, kardeş, kardeşlerin eşleri ve eşcinsellerin eşleri, eşlerin ve eşcinsel evlilikteki eşlerin kardeşleri. 2. Koruyucu veliler veya bakılan çocuklar.

¹⁸⁸ Söz konusu şartlar hakkında ayrıntılı açıklama için bkz: **Meraklı**, s.279-281.

¹⁸⁹ **Eser**, Justification and Excuse, s.60.

¹⁹⁰ **Jescheck**, Lehrbuch, s. 515; **Eser**, Justification and Excuse, s.61.

Oysaki kanun hukuka uygunluk nedenlerini kabul ederek, çoğunluğun objektif iyiliğini devam ettirmek isterken; mazeret nedenlerini kabul ederek karşı konulamaz sübjektif saiki de tanımaktadır. Ama bütün istisnalar gibi, bunlar da kural haline getirilmedikleri sürece iyi uygulama örnekleri oluşturabilirler¹⁹¹.

VIII. TÜRK CEZA HUKUKU AÇISINDAN ZORUNLULUK HALİ

Zorunluluk hali TCK'nın 25. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Çalışmamızın başlangıcında da belirttiğimiz üzere TCK'da bu maddenin yer aldığı üst başlıkta zorunluluk halinin hukuki nitelemesine ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır. Dolayısıyla öğretide bazı yazarlar zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlendiğini¹⁹² bazıları ise mazeret nedeni olarak düzenlendiğini ifade etmektedirler. Mazeret nedeni olduğunu kabul eden yazarlar ise “hukuka uygunluk nedeni” ve “mazeret nedeni” olarak ayrılmasının gerekli olup olmadığı konusunda farklı görüşler ileri sürmektedirler.

Öğretide Özbek, zorunluluk halinin iki yönünün bulunduğunu, bunlardan ilkinin hukuka uygunluk nedeni oluşturan zorunluluk hali, ikincisinin ise kusurluluğu kaldıran mazeret nedeni oluşturan zorunluluk hali olduğunu ifade etmektedir. Yazar, yasa koyucunun kusurluluğu kaldıran zorunluluk halini TCK'da düzenlediğini, ancak bu zorunluluk halinin bir de hukuka uygunluk nedeni oluşturan şeklinin varlığını inkâr etmek anlamına gelmediğini belirtmektedir. Nitekim Alman CK §34'de hukuka uygunluk nedeni oluşturan zorunluluk halinin, §35'de ise kusurluluğu kaldıran zorunluluk halinin düzenlendiğini; ancak ikisi arasından çok önemli farklar bulunduğunu ifade etmektedir. Söz konusu farklar şunlardır: 1- Hukuka uygunluk nedeni oluşturan zorunluluk hali hayat, vücut, özgürlük, şeref, mülkiyet gibi hukuken korunan her hak bakımından söz konusu olurken; kusurluluğu kaldıran zorunluluk hali sadece hayat, vücut ve özgürlük bakımından mevcut tehlikeler için söz konusudur. 2- Hukuka uygunluk nedeni oluşturan zorunluluk hali kendisi veya başkasına yönelik tehlike bakımından söz konusu olurken; kusurluluğu kaldıran zorunluluk hali kendisi, akrabası veya yakını bakımından söz konusu olabilir. 3- Nihayet kusurluluğu kaldıran zorunluluk hali failin tehlikeye kendisi sebebiyet vermiş olması ve tehlikeyi tahmin etmesi durumlarında uygulanmaz¹⁹³. Özbek daha sonra ortak yazarı olduğu bir başka ça-

¹⁹¹ **Eser**, Justification and Excuse, s.61.

¹⁹² **Kayhan İcel/A. Hakan Evik**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.II, 4. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2007, s.132; **Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Kanunu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s.206; **Ali Kemal Yıldız**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu – Açıklamalar Değerlendirmeler Öğretiden Görüşler ve Yargıtay Kararları, İstanbul, İstanbul Barosu Yayını, 2007, s.51; **Yener Ünver**, “YTCK'da Kusurluluk”, Ceza Hukuku Dergisi, S.1, Eylül, 2006, s.59; **Nezhat Toroslu**, Ceza Hukukunda Zaruret Hali, Ankara, Sevinç Matbaası, 1968, s.67, 68; **Hafizoğulları**, s.367; **Meraklı**, s.284.

¹⁹³ **Veli Özer Özbek**, TCK İzmir Şerhi: Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005, s.322. Aynı yönde: **Hamide Zafer**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010, s.227.

lışmasında ise TCK'daki düzenlemede hem hukuka uygunluk nedeni olan hem de mazeret nedeni olan zorunluluk halinin eleştiriyeye açık bir şekilde yer aldığını, ancak CMK m.223/3'ün kusurun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceğini öngören düzenlemesinin zorunluluk halinin hukuki niteliği açısından belirleyici olduğunu ifade etmektedir¹⁹⁴.

Kangal da aynı görüşte olup, zorunluluk halinin hukuka uygunluk ve mazeret nedeni olarak ikiye ayrıldığını ve bu şekilde düzenlenmesi gerektiğini, failin korumaya çalıştığı tehlikeyle karşı karşıya bulunan hukuksal değer, kurtarma eylemi ile ihlal edilen masum üçüncü kişiye ait hukuksal değerden önemli ölçüde üstünse, hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk halinin, eşitse diğer sınırlamaların da varlığı halinde mazeret nedeni olarak zorunluluk halinin kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁹⁵.

Buna karşın Koca'ya göre, TCK'nın zorunluluk halini bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmemesi, hem bu nedenin failin iradesi üzerinde gösterdiği etki, hem de 818 sayılı eski Borçlar Kanunu m.52/2'de buna bir yaptırım bağlanması nedeniyle isabetlidir. Zira bir eylem bir hukuk dalında hukuka uygun, diğerinde hukuka aykırı olamaz¹⁹⁶. Ayrıca Alman Ceza Kanunundaki gibi (§34 ve §35), hukuka aykırılığı ve kusurluluğu ortadan kaldıran zorunluluk hali ayrımına yer verilmesi de isabetli değildir. Bu ayrım zorunluluk halinin esasını değiştirmemektedir. Gerçekten zorunluluk halinde kalan kişi bir haksızlık yaptığının bilincindedir ve fakat içinde bulunduğu şartlar nedeniyle bu haksızlığı çaresiz bir şekilde gerçekleştirmek zorunda kalmaktadır. Oysa hukuka uygunluk nedenlerinde eylemin işlenmesi hukuk düzeni tarafından desteklenmekte, kişi böyle bir eylemi işlemeye yetkili kılınmaktadır. Çünkü hukuka uygunluk nedenleri hukuk düzenini koruma ve idame ettirme amacını taşımaktadır. Hâlbuki zorunluluk halinde suç işleyen kişi, hukuk düzenin korunması amacıyla hareket etmemektedir.

¹⁹⁴ **Özbek/Doğan**, s.218.

¹⁹⁵ **Zeynel Kangal**, Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010, s.42, 48, 55.

¹⁹⁶ Ancak Koca'nın makalesinde belirtmiş olduğu 818 sayılı Borçlar Kanunu yürürlükten kalkarak yerine 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) yürürlüğe girmiştir. Borçlar hukukuna göre zorunluluk halinde işlenen eylem nedeniyle zarara uğratılan üçüncü kişiye hakkaniyete dayanan bir tazminatın ödenmesi gerekir. Bu yükümlülüğünün dayanağı 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nun 52. maddesidir. 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nda 62. ve 63. maddelerinde 818 sayılı Borçlar Kanunu ile paralel bir düzenleme yapılmakla birlikte TCK ile uyumlu bir şekilde zorunluluk hali ifadesine yer verilmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda zorunluluk halinin hukuki niteliği hakkında bir açıklık bulunmamasına karşın, TBK'nın 63. maddesinde zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk nedeni olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu tanımlama sonucunda ortaya çıkan tablo şudur: Zorunluluk halinde işlenen eylem nedeniyle ceza hukuku bakımından kişinin işlediği eylem hukuka aykırılığını korumaktadır, ancak failin işlediği bu eylem nedeniyle ceza sorumluluğu bulunmamaktadır (kusurluluk ve haksızlığın içeriği cezaya layık olmayacak kadar azalmıştır). Borçlar hukuku açısından ise, işlenen eylem hukuka uygundur, ancak bu eylem nedeniyle tazminat sorumluluğu doğmaktadır (menfaatlerin denkleştirilmesi). Bu ise "hukuka uygunluğun bütünselliği" ilkesi karşısından bir çelişki oluşturmaktadır. Dolayısıyla TBK'da yer alan zorunluluk haline ilişkin maddelerin, TCK'da yer alan yeni suç teorisi ile uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir. **Bekar**, s.86, 87.

Hatta tam tersine yaptığı davranışın haksızlık teşkil ettiğini bilmektedir. Fakat içinde bulunduğu şartlar o kişinin hukuk düzenini kendisinden beklenildiği gibi davranılmasını mümkün kılmamaktadır. Bu nedenle de hukuk düzeni o kişiyi mazur görmektedir. Amirin emri bakımından ise şayet bu emir hukuka uygunsa böyle bir emrin yerine getirilmesi de görevin ifası hukuka uygunluk nedenini oluşturacaktır. Buna karşın hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı bir emir söz konusu ise, böyle bir emrin yerine getirilmesi emri yerine getiren bakımından hukuka uygunluk nedeni oluşturmaktadır. Böyle bir emri veren sorumlu kalmaya devam ettiğine göre, eylem hukuka aykırı olma niteliğini korumaktadır. Emir hukuka aykırı ise bunun yerine getirilmesi halinde yerine getirenin sorumlu tutulmaması bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmasından değil, emri yerine getirenin kusurluluğunun etkilenmesinden kaynaklanmaktadır¹⁹⁷.

Özgenç de benzer bir eleştiri getirmekte ve böyle bir ayrıma gerek olmadığını ifade etmektedir. Yazara göre, zorunluluk hali, kusurluluğu etkileyen bir mazeret nedenidir. Alman yasa koyucu, zorunluluk halinin hukuki niteliği ile ilgili olarak öğretide ileri sürülen farklı görüşler karşısında, 1975 yılında ceza kanununda yaptığı düzenleme ile maslahatçı bir yaklaşımla ve orta bir yol izleyerek zorunluluk halini hukuka uygunluk nedeni ve mazeret nedeni olarak ayrıma tabi tutmuştur. Ancak olması gereken hukuk açısından bunun yapılması gerekli değildir¹⁹⁸.

Benzer eleştiriler Alman yazarlar tarafından da yapılmaktadır. Frisch'e göre mazeret nedenlerinin varlığı halinde faile ceza verilmemesinin hukuki esası konusunda Alman hukukunda da tartışmalar bulunmaktadır. Bazı yazarlar mazeret nedenlerini norma uygun davranışın beklenememesi düşüncesini cezasızlığın esası olarak belirtirlerken, bazı yazarlar ise failin kusurunun derecesini cezanın uygulanması için yeterli bir düzeye indirgeyen haksızlığın azalması ve psikolojik baskı kombinasyonunu esas olarak göstermektedirler. Bir başka görüşteki yazarlar ise bu esası, cezanın uygulanmasının gerekliliğinin veya uygunluğunun bulunmaması düşüncesinin bir sonucu olarak açıklamaktadırlar. Ayrıca yalnızca ceza verilmemesinin hukuki esası değil, bunun yanı sıra yasada yer alan mazeret nedenlerinin dışında yazılı olmayan mazeret nedenlerinin de bulunup bulunmadığı ve ne ölçüde bulunduğu da tartışılmaktadır. Bunların yanı sıra cezalandırmayı engelleyen kusur alanındaki belirli hükümlerin mazeret nedeni mi yoksa cezayı kaldıran bir neden mi olduğu konusu da tartışmalıdır¹⁹⁹.

Ülkemiz hukukunda ise normatif düzenleme açısından hali hazırda böyle bir ayrım bulunmamaktadır. Öğretide bu ayrımın yapılması gerektiği yukarıda belirt-

¹⁹⁷ Koca, s.129, 13.

¹⁹⁸ Özgenç, 9. Bası, s.401.

¹⁹⁹ Wolfgang Frisch, "Hukuk Devleti Ceza Hukukunda Cezalandırılabilirliğin Esaslı Şartları", Çev: Hakan Hakeri, Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Konya, 1998, s.127, 128.

miş olduğumuz yazarlar tarafından son yıllarda dile getirilmektedir. Buna göre her ne kadar TCK m.25/2’de zorunluluk halinin hukuki niteliğine ilişkin açıklık bulunmasa da, CMK m.223/3-b’de ve TCK m.25’in gerekçesinde yer alan ifadeler dikkate alındığında, zorunluluk halinin kusurluluğu kaldıran bir hal olarak düzenlendiği görülür²⁰⁰. Ayrıca TCK’da bazı maddelerde suç tiplerine ilişkin özel zorunluluk hallerine yer verilmiştir. Örneğin organ veya doku ticareti suçu ile ilgili olarak TCK m.92’de; *“Organ veya dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar göz önünde bulundurularak, hakkında verilecek cezada indirim yapılabilmesi gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir”* hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenlemede de görüldüğü gibi zorunluluk halinde kural olarak kişiye ceza verilmezken bazı özel durumlarda, verilecek cezada indirim yapılması da söz konusu olabilir. Benzer şekilde “zorunluluk hali” başlıklı TCK m.147’de *“Hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmesi halinde, olayın özelliğine göre, verilecek cezada indirim yapılabilmesi gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir”* hükmü söz konusu duruma örnek oluşturur. Diğer yandan bir diğer özel düzenleme olan “Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak” başlıklı TCK m.30/4’de *“Savaş zamanında düşman devlet toprağında bulunup da bu devlet ordusunda hizmete alınmak mecburiyetinde kalan vatandaş hakkında, bu nedenle cezaya hükmolunmaz”* hükmünde genel zorunluluk halinde (TCK m.25/2) belirtilen şekilde cezasızlık öngörülmüştür²⁰¹. Görüldüğü üzere TCK’de hem genel hükümlerde hem de özel hükümlerde zorunluluk hali kusurluluğu etkileyen bir hal olarak düzenlenmiştir.

Zorunluluk halini hem bir hukuka uygunluk nedeni hem de mazeret sebebi olarak kabul eden görüşe göre, tazminat sorumluluğu belli durumlarda söz konusu olur. Örneğin failin korumaya çalıştığı hukuksal yarar, ihlal edilen masum üçüncü kişiye ait hukuksal yarardan önemli ölçüde üstünse, zorunluluk hali hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilir ve bu durumda böyle bir yükümlülük doğmaz²⁰². Bu görüş, hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk haline yer verirken menfaatleri tartmaktadır²⁰³. Çatışan hukuki yararların tartılması, hukuken korunan iki menfaatin birinin üstün tutulması ve diğerine tercih edilmesidir. Eğer yasa tarafından çatışan değerlerin hangisinin üstün tutulacağına ilişkin bir düzenleme getirilir ise, hangi hukuki değerlerin hangi durumda üstün tutulacağına ilişkin yasal bir dayanak oluşur. Fakat özellikle yasa tarafından belirtilmeyen hallerde değerler arasında böyle bir ölçüm, yukarıda da değindiğimiz bazı sorunları beraberinde getirir. Nitekim Alman hukuk sisteminde bir bütün olarak zorunluluk haline ilişkin bu ikili ayrım yerini bulur. Bizim ceza hukuku sistemimizde, yasa yer almamasından da hareketle değerler arasındaki önemli ölçüde üstünlük

²⁰⁰ Bekar, s.80.

²⁰¹ Bekar, s.81.

²⁰² Kangal, s.48.

²⁰³ Zafer, s.227, 228.

esasının ve doğal olarak buna ilişkin ölçütlerin bulunmadığı görülür. Hukuksal değerlerin karşılaştırılmasında önemli ölçüde üstün olan değer belirlenmesinde, benzer olaylarda aynı yaklaşımın gösterilmemesi söz konusu olabilir, bu da adalet ve hukuk güvenliği açısından daima kabul edilebilir sonuçların gerçekleşmemesine yol açabilir. Bu nedenle söz konusu ayrımın bu aşamada ülkemiz açısından sorunlara yol açabileceğini düşünüyoruz²⁰⁴.

Diğer yandan ceza hukuku ve diğer hukuk dalları arasında hukukun bütünlüğü ilkesi gereği paralellik olması amaca uygundur. Ancak bizim mevzuatımızı bir bütün olarak incelediğimizde, mevcut düzenlemelerden yola çıkarak zorunluluk halinin hukuka uygunluk nedeni olarak ele alınmadığını veya ikili bir ayrıma yer verilerek incelenemeyeceğini ifade edebiliriz²⁰⁵.

Bu durum, tazminat sorumluluğunun doğup doğmaması dışında iştirak konusunda da önem arz eder. Zorunluluk hali bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiği takdirde, iştirak hükümleri uygulama alanı bulamaz. Çünkü suça iştirak için bağlılık kuralı (TCK m.40) gereği kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı gerekir. Ancak zorunluluk halinin kusurluluğu kaldıran bir neden olmasından dolayı hukuka aykırı eylemin varlığı kabul edilerek söz konusu iştirak mümkün olur²⁰⁶.

Sonuç olarak bir mazeret sebebi olan zorunluluk halinde, kusur yeteneği ve haksızlık bilincine sahip olan kişinin, içinde bulunduğu durumun koşulları göz önünde bulundurularak cezalandırmaya layık görülmemesi nedeniyle cezasızlık hali söz konusudur²⁰⁷. Bu nedenle yukarıda da belirttiğimiz gibi zorunluluk halinde işlenen eyleme iştirak mümkün olup tazminat sorumluluğu da söz konusu olur²⁰⁸.

Amerikan ceza hukukunda zorunluluk halinin hukuki niteliği genellikle hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilir ve hatta zorunluluk hali, Amerikan ceza hukukunda, hukuka uygunluk nedenlerinin en tipik örneği olarak görülür²⁰⁹.

SONUÇ

Suçun çeşitli unsurlarının –örneğin suçun yasal tanımı, haksızlık ve failin suçtan sorumlu tutulabilirliğinin yanı sıra bu pozitif unsurların olumsuzlanabildiği hukuka uygunluk nedenleri ve mazeret nedenlerinin– özellikleri açısından birbirleriyle bağlantılı şekilde incelenmeleri gerektiği görülür. Bugüne kadar suçun unsurlarını belli bir hiyerarşik sırayla birleştirmek için sayısız teşebbüs

²⁰⁴ Bekar, s.87, 88.

²⁰⁵ Bekar, s.88.

²⁰⁶ Bekar, s.88.

²⁰⁷ Sözüer, Mazeret Sebepleri, s.230-233.

²⁰⁸ Bekar, s.88.

²⁰⁹ Dubber, s.194.

olmuştur. Hala bu yapının her detayı üzerinde tam anlamıyla bir konsensüs sağlanamamışsa da, en azından bazı temel dayanaklar ve kademeler büyük ölçüde kabul görmüştür. Bununla beraber, suçun çeşitli –olumlu ve olumsuz– unsurlarını bir şema yoluyla basitleştirmenin de tam bir çözüm sunamayabileceğinin farkında olmalıyız. Daha doğrusu, Kıta Avrupası hukuk sistemine ilişkin ifadelerin ve kalıplarının diğer ceza hukuku sistemleriyle, örneğin Anglosakson hukukuyla, karşılaştırılmaya çalışıldığında, yeterli benzerliklerin ve ortak terminolojinin bulunmadığı görülür²¹⁰.

Bu bağlamda Kıta Avrupası suç teorisinin Anglosakson suç teorisine nazaran bariz şekilde üstün yanlarının olduğu görülür. Bunlardan ilkinde suçun yapısal unsurlarının ve cezasızlığı etkileyen hallerin belli bir sistematik içinde ve piramit şeklinde yapılandırılmasının suçun incelenmesi ve sistemleştirilmesi açısından daha uygun, özellikle kademelenme sayesinde hepsi cezasızlığa yol açan unsur eksikliklerinin suçun oluşmamasından kusurun ve haksızlığın azlığına şeklinde sıralanmasının toplum vicdanı ve kendi vicdanımızda yer alan adalet anlayışı açısından daha uygun olduğu görülür.

Makalemizin başlangıç kısmında, hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu etkileyen haller ve mazeret nedenlerinin bir arada düzenlenmesinin öğretide önemli bir eleştiri konusu olduğunu ifade etmiştik. Buraya kadar yapmış olduğumuz açıklamalar neticesinde bu ayrımın gerekliliği ve önemi daha iyi ortaya çıkmıştır. Bu ayrımın yapılmasının gerekliliğine ilişkin şu gerekçeler belirtilebilir: Öncelikle hukuka uygunluk nedenleri ceza sorumluluğunu değil, eylemin hukuka aykırılığını kaldırır. İkinci olarak, hukuka uygunluk nedenleri kusurluluğu etkileyen haller ve mazeret nedenleri ile birlikte değerlendirilmemelidir, zira farklı iki unsuru ilgilendirirler. Kusurluluğu kaldıran ya da azaltan hallerin ceza sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan nedenler olarak adlandırılması her iki kurumun teorik yapısına uygun değildir. Üçüncü olarak, “ceza sorumluluğunu kaldıran hal” ifadesi de doğru değildir. Ceza hukukunda cezayı kaldıran ya da azaltan haller söz konusudur. Hukuka uygunluk nedenleri eylemi hukuka aykırı olmaktan çıkarırlar, kusurluluğu kaldıran haller ise ceza sorumluluğunu değil, kusurluluğu ortadan kaldırır. Bu bağlamda “ceza sorumluluğu” ifadesi de doğru değildir. Buna konuda cezai ehliyet kavramı bulunmakla beraber, bunun hukuka aykırılık ilgisi bulunmayıp kusur yeteneği ile ilgilidir. Dolayısıyla bu düzenleme, bu konuda uzun bir sürenin sonucu ortaya çıkmış önemli bir ayrımı yadsımakta ve teorik açıdan tartışmalı bir düzenleme yol açmaktadır. Buna göre hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu kaldıran ya da azaltan nedenlerin ayrı başlıklar halinde düzenlenmesinin daha yerinde olacağını ifade edilmelidir²¹¹. Bunların yanı sıra kusurluluğu kaldıran ve azaltan haller ile mazeret nedenlerinin de aynı üst

²¹⁰ Eser, Justification and Excuse, s.61-63.

²¹¹ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Türk Ceza Hukuku, s.282.

başlık altında ancak farklı başlıklar altında düzenlenmesi bu teorik açılımların ve bunların sonuçlarının yasal düzeyde de tanınması anlamına gelecektir ki, bu ceza hukuku teorisi ile uygulamasının paralel olarak ilerlemesini ve çok daha ayrıntılı ve doyurucu içtihatların ortaya çıkmasını sağlayacaktır.

Tüm bu farklılık ve benzerliklerin yanı sıra hem kusurluluğu kaldıran nedenlerin bulunduğu hallerde ve hem de mazeret nedenlerinin bulunduğu hallerde CMK m.223/3-b gereği fail hakkında, kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir. Burada kusurun bulunmaması dolayısıyla ifadesi hatalıdır. Çünkü mazeret nedenlerinin varlığı halinde kusuru tamamen ortadan kalkmaz. Sadece ceza verilmesini gerektiren sınıra dek ulaşmaz. Ayrıca, faile bu durumda ceza verilmemesinin tek sebebi failin kusuruna ilişkin değildir. Failin kusurunun azalmasının yanı sıra fiilin haksızlık içeriğinin de azalması faile ceza verilmesi gerekliliğini ortadan kaldırır. Bu sebeple CMK'nın hükümle ilgili 223. maddesi mazeret nedenlerinin kanun koyucu tarafından kabul edilmediği, bizim mazeret nedeni olarak kabul ettiğimiz hallerin kanun koyucu tarafından kusurluluğu kaldıran hal olarak değerlendirildiği izlenimi uyandırmaktadır. Nitekim Yargıtay'ın da uygulaması bu yöndedir²¹². Bu değerlendirme mazeret nedeni niteliğindeki hallerin hukuki yapısına ters düşmektedir. Kaldı ki, yasa koyucu örneğin mazeret nedeni niteliğinde olan TCK m.27/2'de yer alan “meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez” düzenlemesinde söz konusu fiilin mazur görüleceğini açıkça belirtmiş olmasına rağmen CMK m.223/3'de bu duruma kusurun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı hükmünün verilmesi sonucunu bağlaması tezatlık oluşturur. Kanımızca bu düzenlemelerin hukuki nitelikleri TCK'da açık birimde belirtilerek bu tezatlık giderilmelidir. Çünkü, maddi hukuka ilişkin kurumların niteliklerinin muhakeme kanunda düzenlenmek sureti ile açıklığa kavuşturulmaya çalışılması hatalı bir yaklaşımdır²¹³.

Bize göre zorunluluk halinin hukuka uygunluk nedeni ve mazeret nedeni olarak ikiye ayrılmasına gerek bulunmamaktadır. Zira yukarıda da belirtildiği üzere bu ayırım zorunluluk halinin esasını değiştirmez. Aynı temele dayalı bir hususun bir yandan hukuka uygunluk nedeni bir yandan mazeret nedeni olarak kabul edilmesi bize göre isabetli değildir. Dolayısıyla bize göre zorunluluk hali teorik bakış açısıyla bir mazeret nedenidir. Ancak TCK'nın düzenlemesine göre ise kusurluluğu kaldıran bir haldir. Ayrıca hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk halinin düzenlenmesi gereksizdir.

²¹² “...Diğer taraftan, zorunluluk hali 765 sayılı TCK'nundan bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemez iken, 5237 sayılı TCK'nunda kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak sayılmış olup, dolayısıyla 5237 sayılı TCK uygulamasında, zorunluluk halinde suç işleyen kişi hakkında 'beraat' değil, TCK'nın 25/2. Maddesi uyarınca 'ceza verilmesine yer olmadığı' kararı verilmelidir. Bu husus, 5271 sayılı CMK'nun 223/3-b maddesinden de açıkça anlaşılmaktadır...” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Kt. 19.2.2013, E. 2012/8-1551, K. 2013/64. Kazancı İçtihat Programı.

²¹³ Meraklı, s.272, 273.

KAYNAKÇA

- Artuk**, Mehmet Emin/Ahmet Gökçen/A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.
- Baumann**, Jürgen/Ulrich Weber, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Bielefeld, 1985.
- Bekar**, Elif, Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Bockelmann**, Paul, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, München, 1979.
- Buchanan**, Alec, Psychiatric Aspects of Justification; Excuse and Mitigation the Jurisprudence of Mental Abnormality in Anglo-American Criminal Law, London, Jessica Kingsley Publishers Ltd., 2000.
- Centel**, Nur/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2011.
- Crump**, David/Neil P. Cohen/Laurie L. Levenson/John T. Parry/Penelope Pether, Criminal Law: Cases, Statutes and Lawyering Strategies, Second Edition, New Jersey, Lexis Nexis, 2010.
- Demirbaş**, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Dönmezer**, Sulhi /Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II, 12. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1999.
- Dressler**, Joshua, Understanding Criminal Law, Fifth Edition, San Fransisco, Lexis Nexis, 2009.
- Dubber**, Markus D., Criminal Law Model Penal Code, New York, Foundation Press, 2002.
- Ebert**, Udo, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Heidelberg, 2001.
- Ersan**, Aykut, Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2013.
- Ersoy**, Yüksel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, İmaj Yayıncılık, 2002.
- Eser**, Albin, "Justification and Excuse: A Key Issue in the Concept of Crime", Rechtfertigung und Entschuldigung: rechtsvergleichende Perspektiven, Max-Planck-Inst. für ausländ. und intern. Strafrecht. Bd. 1, Freiburg, 1987, s.17-65.
- Eser**, Albin, "Reform of German Abortion Law", 34 American Journal of Comparative Law, No.34, 1986, s.369-383.
- Eser**, Albin, "The Principle of 'Harm' in the Concept of Crime", Duquesne University Law Review, No.4, 1965-1966, s.345-417.
- Fletcher**, George P., "Criminal Theory as an International Discipline: Reflections on the 1984 Freiburg Workshop: 1985", Criminal Justice Ethics, Volume 4, Issue 1, 1985, s.60-77.
- Fletcher**, George P., "Criminal Theory as an International Discipline: Reflections on the 1984 Freiburg Workshop: 1985", Criminal Justice Ethics, Volume 4, Issue 1, 1985, s.60-77.
- Fletcher**, George P., Basic Concepts of Criminal Law, New York, Oxford University Press, 1998.

- Fletcher**, George P., *Rethinking Criminal Law*, New York, Oxford University Press, 2000.
- Fletcher**, George P., *The Grammar of Criminal Law: American, Comparative and International*, Volume I: Foundations, New York, Oxford University Press, 2007.
- Frisch**, Wolfgang, “Hukuk Devleti Ceza Hukukunda Cezalandırılabilirliğin Esaslı Şartları”, Çev: Hakan Hakeri, *Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Konya, 1998, s.91-141.
- Gardner**, John, “Suçlar ve Savunmalar Hakkında Fletcher’in Görüşleri”, Çev: Elif Bekar, *İÜHFİM*, C. LXVI, S.2, 2008, s.415-426.
- Goldschmidt**, James, “Der Notstand, ein Schuldproblem”, *4 Österr. Zeitschrift für Strafrecht*, 1913.
- Gropp**, Walter, “Alman Bakışına Göre Türk Ceza Kanunu 1989 Öntasarısında Hukuka Uygunluk Sebepleri”, Çev: Faruk Turhan, *Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler*, Konya, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1998, s.205-233.
- Gropp**, Walter, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Berlin Heidelberg New York, 2001.
- Hegler**, August, *Die Merkmale des Verbrechens*, 36 ZStW 19, 1915.
- Hirsch**, Hans Joachim, “Kusur İlkesi ve Ceza Hukukundaki Fonksiyonu”, Çev: Yener Ünver, *Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Konya, 1998, s.297-315.
- Hirsch**, Hans Joachim, *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 10. Auflage, Berlin, 1985.
- Hruschka**, Joachim, “Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein?”, *Juristenzeitung*, 40. Jahrgang, 4 Januar 1985, s.1-48.
- İçel**, Kayıhan /A. Hakan Evik, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. II, 4. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2007.
- Jescheck**, Hans Heinrich, “Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik in rechtsvergleichender Sicht”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol.98, Issue.1, 1985, s.1-27.
- Jescheck**, Hans Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3d ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1978.
- Kangal**, Zeynel, *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010.
- Keçelioğlu**, Elvan, “Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK’nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.87, Mart-Nisan 2010, s.299-321.
- Koca**, Mahmut, “YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl. 1, Sayı. 1, 2006, s.111-143.
- Koca**, Mahmut/İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Küçüktaşdemir**, Özgür, *Türk Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012.

- Linder**, Doug, “The Trial of Bernhard Goetz”, (Çevrimiçi) <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/goetz/goetzaccount.html>, 15.1.2014.
- Maurach**, Reinhart/Heinz Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1, 6. Auflage, Heidelberg, 1983.
- Meraklı**, Serkan, “Mazeret Sebeplerinin Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 5, Sayı 12, 2010, s.261-302.
- Mezger**, Edmund, Strafrecht, ein Lehrbuch, München-Leipzig, 1931.
- Milhizer**, Eugene R., “Justification and Excuse: What They Were, What They Are, and What They Ought To Be”, St. John’s Law Review, Issue 3, Volume 78, Summer 2004, s.725-896.
- Mueller**, Gerhard O. W., “On Common Law Mens Rea”, 42 Minn. L. Rev. 1043, 1958, s.1043-1104.
- Ormerod**, David, Smith and Hogan’s Criminal Law, 13th Edition, New York, Oxford University Press, 2011.
- Önder**, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992.
- Özbek**, Veli Özer /Koray Doğan, “Zorunluluk Halinin (TCK m.25/2) Hukuki Niteliği”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi dergisi, C.9, S.2, İzmir 2007, s.195-222.
- Özbek**, Veli Özer, TCK İzmir Şerhi: Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005.
- Özbek**, Veli Özer/Mehmet Nihat Kanbur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Özbek**, Veli Özer/Mehmet Nihat Kanbur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Özgenç**, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Özgenç**, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 3. Bası, Ankara, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 2006.
- Öztürk**, Bahri/Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Kanunu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008.
- Robinson**, Paul H., “A Theory of Justification: Societal Harm As A Prerequisite for Criminal Liability” UCLA Law Review, Vol.23, 1975-1976, s.266-292.
- Robinson**, Paul H., “Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis” California Law Review, Vol.82, 1982, s.199-291.
- Robinson**, Paul H., Criminal Law Defenses, Volume I, St. Paul MN., West, 1984.
- Roxin**, Claus, “Die “sozialethischen Einschränkungen” des Notwebrechts”, ZStW, No.93, 1981, s.68-104.
- Roxin**, Claus, “Rechtfertigungs und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen”, Rechtfertigung und Entschuldigung – Rechtsvergleichende Perspektiven – Band I, Ed: Albin Eser/George P. Fletcher, Freiburg i. Br., Max Planck Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 1987, s.229-262.

- Roxin**, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, München, Verlag C. H. Beck, 2006.
- Sangero**, Boaz, Self-Defence in Criminal Law, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2006.
- Schmidt**, Eberhard, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Jurisprudenz in Einzeldarstellungen, Band 1, 3. Auflage, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1965.
- Schroeder**, Friedrich-Christian, “Die Notwehr als Indikator politischer Grundanschauungen”, Festschrift für Reinhart Maurach zum 70, 1972, s.127-142.
- Sözüer**, Adem, “Prof. Dr. Dr. H.c. mult. Hans-Heinrich Jescheck’in Türk Ceza Hukuku Reformuna Katkıları”, Criminal Law in the Global Risk Society – Risk Altındaki Global Dünya Toplumu ve Ceza Hukuku, Ed: Ulrich Sieber/Feridun Yenisey, Series of the Max Planck Institute Foreign and International Criminal Law and Bahçeşehir University joint Research Group, 2011, s.243-270.
- Sözüer**, Adem, “Yeni Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Sorular - Cevaplar”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S.6, Mayıs 2006, s.227-237.
- Sözüer**, Adem, Einführung in die Gesamtreform des Türkischen Strafrechts (I), İstanbul, Alfa Yayıncılık, 2006, s.18-54.
- Spendel**, Günter, Leipziger Kommentar, 10. Auflage, Berlin, 1982.
- Şahin**, Cumhur/Neslihan Öztürk, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 2. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Şen**, Ersan, “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler”, Türk Ceza Kanununun 2. Yılı Sempozyumu, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, 2008, s. 73-122.
- Torosl**, Nevzat, Ceza Hukukunda Zaruret Hali, Ankara, Sevinç Matbaası, 1968.
- Ünver**, Yener, “YTCK’da Kusurluluk”, Ceza Hukuku Dergisi, S.1, Eylül, 2006, s.37-73.
- von Jhering**, Rudolph, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, Eine Festschrift, Gießen, Verlag Emil Roth, 1867.
- von Liszt**, Franz/Eberhard Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 16. Auflage, 1932.
- Weaver**, Russell L./Leslie W. Abramson/John M. Burkoff/Catherine Hancock, Criminal Law: Cases, Materials and Problems, American Casebook Series, St. Paul MN., Thomson-West, 2002.
- Yıldız**, Ali Kemal, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu – Açıklamalar Değerlendirmeler Öğretiden Görüşler ve Yargıtay Kararları, İstanbul, İstanbul Barosu Yayını, 2007.
- Yüce**, Turhan Tufan, Ceza Hukuku Dersleri, C. I, Manisa, Şafak Basım ve Yayınevi, 1982.
- Zafer**, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010.
- zu Dohna**, Alexander Graf, Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal in Tatbeständen strafbarer Handlungen, 1905.