

**T. C.  
ANKARA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
KAMU HUKUKU  
(CEZA VE CEZA USUL HUKUKU)  
ANABİLİM DALI**

**CEZA HUKUKUNDA  
MADDİ VE MANEVİ CEBİR**

Yüksek Lisans Tezi

Özgür KÜÇÜKTAŞDEMİR

Tez Danışmanı  
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

Ankara-2011

## İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR CETVELİ.....	VI
GİRİŞ.....	1

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### CEZA SORUMLULUĞUNU KALDIRAN VE AZALTAN NEDENLERLE İLGİLİ TEMEL BİLGİLERİ

I.TARİHSEL GELİŞİMİ İÇİNDE CEZA, SORUMLULUK VE CEZA SORUMLULUĞU.....	6
A)CEZA.....	9
B)SORUMLULUK.....	10
II.CEZA SORUMLULUĞUNU KALDIRAN VE AZALTAN NEDENLER VE TÜRK CEZA HUKUKUNDA DÜZENLENİŞİ.....	18
A) İSNAT YETENEĞİ VE İSNAT YETENEĞİNİ KALDIRAN VEYA AZALTAN NEDENLER.....	21
B)KUSURLULUK VE MAZERET NEDENLERİ.....	24
1)KUSURLULUK.....	24
2)MAZERET NEDENLERİ.....	27
C)MADDİ UNSUR, MANEVİ UNSUR VE HUKUKA AYKIRILIK AYRIMININ FELSEFİ TEMELLERİ.....	31
D)HUKUKA AYKIRILIK VE HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ.....	34
1)Hukuka Aykırılık.....	35
2)Hukuka Uygunluk Nedenleri.....	36

## İKİNCİ BÖLÜM

### CEZA SORUMLULUĞUNU KALDIRAN BİR NEDEN OLARAK MADDİ VE MANEVİ CEBİR

#### I.MADDİ VE MANEVİ CEBİR KAVRAMLARININ TARİHSEL KÖKENİ VE HUKUKUN GENEL TEORİSİ İÇİNDEKİ YERİ.....43

#### II.MADDİ VE MANEVİ CEBİR KAVRAMLARI VE TCK'DA CEBİR KAVRAMININ DÜZENLENİŞİ.....47

A.CEBİR VE ŞİDDET KAVRAMLARI.....49

B.KORKUTMA VE TEHDİT KAVRAMLARI.....51

C. CEBRİN, UYGULANAN KUVVETE GÖRE ZORLAYICI KUVVET  
(VİSCOMPULSİVA) VE MUTLAK KUVVET(VİS ABSOLUTA)  
OLARAK AYRIMI.....55

#### III.MADDİ CEBİR(ŞİDDET).....57

A.MADDİ CEBİR KAVRAMI.....57

B.MADDİ CEBRİN HUKUKİ NİTELĞİNİ AÇIKLAYAN GÖRÜŞLER....60

1. Maddi Cebrin Kusurluluğu Kaldırdığını Savunan Görüşler .....60

2. Maddi Cebrin Uygulanışına Göre Hem İradiliği Hem Kusurluluğu  
Kaldırdığını Savunan Görüşler..... 62

3. Maddi Cebrin Hareketi ve Dolayısıyla Fiili Kaldırdığını Savunan  
Görüşler..... 63

4. Maddi Cebrin İsnat Yeteneğini ve Tehlikeliliği Kaldırdığını Savunan  
Görüş ..... 64

5. Kanaatimiz ..... 64

C. MADDİ CEBRİN ŞARTLARI..... 70

1. Cebre Maruz Kalana Karşı Koyamayacağı Bir Kuvvet Uygulanmalı..... 71

2. Cebre Maruz Kalan Uygulanan Kuvvetten Başka Türlü Kurtulamamalı 72

#### IV. MANEVİ CEBİR (TEHDİT).....73

A.MANEVİ CEBİR KAVRAMI VE TCK'DA DÜZENLENİŞİ.....73

B. TEHDİT İÇEREN ÖNERMELERİN YAPISI VE ETKİSİ .....	76
C. MANEVİ CEBRİN HUKUKİ NİTELİĞİ .....	79
1. Manevi Cebri Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Zorunluluk Hali	
Kapsamında Gören Görüş .....	80
2. Manevi Cebri Kusurluluğu Kaldıran Zorunluluk Halin Kapsamında	
Gören Görüş .....	82
3. Manevi Cebri İstenemezlik İlkesi Çerçevesinde Değerlendiren Görüş... 83	
4. Değerlendirme ve Görüşümüz .....	84
D. TEHDİDİN OLUŞUMU VE ŞARTLARI.....	86
E. TCK. 28. MADDENİN İŞİĞİNDA MANEVİ CEBRİN ŞARTLARININ	
DEĞERLENDİRİLMESİ .....	88
1) Ağır Bir Tehdidin Bulunması .....	89
a) Tehdidin Varlığı ve Ağırlığı: .....	89
b) Tehdidin Ağırlığının Yöneldiği Kişiler Bakımından Değerlendirilmesi96	
c) Tehdidin Ağırlığının Saiklerin Karışması Açısından Değerlendirilmesi99	
2) TCK 28. Maddenin Düzenlemesi Karşısında Tehdit Konusu Tehlikeye	
Failin Kendi İsteğiyle Neden Olmaması Şartının Aranması Sorunu ve	
Suç Örgütüne Üye Olanın Örgütün Zorlamasıyla Suç İşlemesi Hali....	101
3. Tehdidin Muhakkak Olması .....	103
a) Tehdidin Etkili Olabileceği Zaman Aralığı.....	104
b) Tehdit Edilenin, Tehlikeden Kendisine İstenen Suçu İşlemek Dışında	
Kaçınmaması.....	106
4. Değerler Arası Mukayese Prensibi Ve İhlal Edilen Değerler Arasındaki	
Denge Sorunu .....	109
F. MANEVİ CEBRİN OBJEKTİF VE SÜBJEKTİF AÇIDAN (İKİLİ)	
DEĞERLENDİRİLMESİ .....	116
1) Sübjektif Değerlendirme.....	118
2) Objektif Değerlendirme .....	120

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### MADDİ VE MANEVİ CEBRİN, TARAFLARININ SORUMLUKLARI VE CEZA MUHAKEMESİ KANUNU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ, DİĞER CEZA SORUMLULUĞUNU KALDIRAN NEDENLERLE İLİŞKİSİ

<b>I.CEBRE DEN VE CEBRE UĞRAYANIN SORUMLULUĞU.....</b>	<b>124</b>
A.MANEVİ CEBİR HALİNDE TARAFLARIN SORUMLULUĞU.....	124
1) Manevi Cebir Uygulayanın Sorumluluğu ve Kapsamı.....	124
2) Manevi Cebir Altındaki Failin Sorumluluğu .....	127
B. MADDİ CEBİRDE TARAFLARIN SORUMLULUĞU .....	130
1) Maddi Cebir Failinin Sorumluluğu.....	130
2) Üzerinde Şiddet Uygulananın Sorumluluğu.....	131
C)İSNAT YETENEĞİ OLMAYANLARIN SORUMLULUĞU AÇISINDAN MADDİ VE MANEVİ CEBİR.....	131
<b>II. MADDİ VE MANEVİ CEBRİN CEZA MUHAKEMESİ KANUNU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ</b>	<b>HATA! YER İŞARETİ TANIMLANMAMIŞ.</b>
A.MADDİ CEBRİN CEZA MUHAKEMESİ KANUNU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ VE İSPAT SORUNU .....	135
B. MANEVİ CEBRİN CEZA MUHAKEMESİ KANUNU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ VE İSPAT SORUNU.....	137
<b>III. MADDİ VE MANEVİ CEBRİN SUÇU ETKİLEYEN BENZERİ DİĞER HALLERLE KARŞILAŞTIRILMASI.....</b>	<b>140</b>
A.MADDİ CEBRİN DİĞER KAVRAMLARLA FARKLARI.....	140
1)Mücbir Sebep Ve Maddi Cebir.....	140
2) Kaza ve Tesadüf İle Maddi Cebir.....	142
B.MANEVİ CEBRİN DİĞER KAVRAMLARLA FARKLARI.....	143
1. Manevi Cebir ve Zorunluluk Hali İlişkisi .....	144
a)Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Zorunluluk Hali ile Manevi Cebir	148
b) Mazeret Nedeni Olarak Zorunluluk Hali İle Manevi Cebir.....	150
2.KUSURLULUĞU KALDIRAN BİR NEDEN OLARAK İSTENEMEZLİK İLKESİ İLE MANEVİ CEBİR .....	152

a)İstenemezlik İlkesinin Temelleri ve Hukuki Niteliği.....	153
i.Manevi Cebir Teorisi veya Psikolojik Teorisi .....	153
ii. Beklenebilirlik (Zumutbarkeit) Kavramı .....	154
b)Anglosakson Hukukuna İstenemezlik İlkesinin Yansımaları .....	156
c.İstenemezlik Halinin Koşulları ve Etkisi.....	158
i)Anglosakson İçtihatlarında İstenemezlik İlkesi.....	158
ii) Genel Olarak Kıta Avrupa'sında .....	163
iii)İstenemezlik İlkesinin Türk Hukukundaki Yansımaları.....	164
<b>SONUÇ.....</b>	<b>166</b>
<b>KAYNAKLAR.....</b>	<b>171</b>
<b>ÖZET.....</b>	<b>185</b>
<b>ABSTRACT.....</b>	<b>187</b>

## KISALTMALAR CETVELİ

<b>AÜHFD.</b>	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>Bkz.</b>	: Bakınız.
<b>CMK</b>	: Ceza Muhakemesi Kanunu
<b>C.</b>	: Cilt
<b>C.D.</b>	: Ceza Dairesi.
<b>D.</b>	: Daire.
<b>E.</b>	: Esas Numarası
<b>K.</b>	: Karar Numarası
<b>M./md.</b>	: Madde.
<b>s.</b>	: Sayfa.
<b>S</b>	: Sayı.
<b>TBB</b>	: Türkiye Barolar Birliği
<b>TCHD.</b>	: Türk Ceza Hukuku Derneği
<b>TCK</b>	: Türk Ceza Kanunu
<b>Vd.</b>	: Ve devamı.
<b>YCGK.</b>	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu

## GİRİŞ

Çalışmamızın konusu 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 28.maddesinde düzenlenmiş olan ve ceza sorumluluğunu kaldıran maddi ve manevi cebirdir. Ceza hukukunda maddi ve manevi cebir kavramları karşımıza üç açıdan çıkmaktadır. Birincisi cebir ve tehdit suçu olarak, ikincisi belirli bazı suçların unsuru olarak özel hükümlerde ve üçüncüyse ceza sorumluluğunu kaldıran bir neden olarak ise genel hükümlerde kendine yer bulmaktadır. Ceza sorumluluğunu kaldıran maddi ve manevi cebir, kökü Aristo'nun yorumlarına kadar uzanan, en eski ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerden biridir. Yine de bu antik kökenine rağmen hukuki mahiyeti hep tartışma konusu olmuştur. Bu çalışmada 28.maddenin çeşitli tezahürleri ele alınacak, cebir atlında kalanın zorlama sonucu işlediği suçtaki sorumluluğu incelenecektir.

28. madde düzenlenirken maddenin konuluş amacı ve ceza hukukundaki yeri tartışma konusu edilmemiştir. Tutanaklardan anlaşılabilirdiği kadarıyla, bu madde hükmünün kaldırılması istenmiş, 28.maddede kullanılan ölçütlerin net olmadığı, korkutma ve tehdit kavramlarının fazladan kullanıldığı eleştirisi getirilmiştir.<sup>1</sup> Tartışmalar bunlarla sınırlı kalmış ve neden düzenlendiği bile açık bir şekilde bilinmeden 28. madde 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunundaki yerini almıştır.

Karşılaştırmalı hukukta inceleyebildiğimiz kadarıyla Kıta ve Kara Avrupası'nda 28.madde gibi maddi ve manevi cebri düzenleyen ayrı bir madde bulunmamaktadır. Bu durum TCK'daki 28.madde karşısında maddi ve manevi cebre

---

<sup>1</sup> "Tutanaklarla Türk Ceza Hukuku", TC. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara, Şubat 2005, s.172

ait hukuki tartışmaların nasıl çözülebileceği sorusuyla bizi karşı karşıya bırakmaktadır.

765 sayılı Mülga Ceza Kanununda zaruret hali dışında cebri düzenleyen bir hüküm bulunmamaktaydı. Bu nedenle doktrinde zorlama, 1950 İtalyan Rocco Kanunu örnek alınarak zaruret hali çerçevesinde ele alınmıştır. Rocco Kanununda cebir zaruret halini düzenlediği 54.maddenin 3. fıkrasında yer bulmuş, hukuka uygunluk nedeni olan zaruret hali yanında ayrıca manevi cebre yer verilmiştir.<sup>2</sup> Bu nedenle manevi cebir için hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk haline ilişkin şartlar aranabilmiştir.

5237 sayılı kanun tüm bu yapıyı değiştirmiştir. Kanun, maddi ve manevi cebri “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler” başlığı altında, 28.maddede düzenlemiştir. Bu durum bizi meseleye karşılaştırmalı hukuka başvurarak bakmamıza neden olmuştur. Alman Ceza Hukukunda manevi cebir kusurluluğu kaldıran zaruret hali içerisinde değerlendirilmiştir.<sup>3</sup> Sadece Anglosakson hukukunda manevi cebre dair çok sayıda içtihat bulunduğu, bu içtihatların hukuk eserlerinde ayrı bir başlık altında değerlendirildiği ve böylelikle manevi cebrin zaruret hali dışında tek başına ele alınabildiği gözlemlenmiştir. Bu nedenle Anglosakson Hukukunun üzerinde özellikle durulacaktır.

Türk Ceza Kanunu 28.maddeyi “ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler” başlığı altında düzenlemiştir. Bu başlık altında, nitelikleri birbirinden son derece farklı birçok hukuki kavram düzenlenmiştir. Maddi ve manevi cebrin niçin

---

<sup>2</sup> HAFIZOĞULLARI, ÖZEN: “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”, 2.Baskı, Ankara, 2010, s.324

<sup>3</sup> ÖZBEK, Et al.: “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”, Ankara, 2010, s.396

ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler altında düzenlendiğinin ve bu başlık altında düzenlenen diğer kavramlarla farklarının belirlenmesi gerekmektedir. Bu yüzden çalışmanın birinci bölümünde “ceza sorumluluğu” kavramının çözümlemesine gidilmesi gerekmiştir. Bu sayede kanun koyucunun bu başlığı koymadaki amacı anlaşılabilir ve altında bulunan maddeler bu bağlamda ele alınabilecektir. Kanunun, ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler başlığı altında kusurluluğu kaldıran nedenleri, hukuka uygunluk nedenlerini, isnat yeteneğini kaldıran ve azaltan nedenleri, cezayı azaltan nedenleri ve cezalandırılabilme şartlarını düzenlediği söylenebilir.<sup>4</sup>

Türk doktrinine bakıldığında ismi söylenmekle birlikte manevi cebrin zorunluluk hali içerisinde değerlendirildiği gözlemlenmektedir. Bu durum 28.madde karşısında konu üzerinde düşünmeyi yeniden zorunlu kılmıştır. Bu bağlamda birinci bölümde, maddi ve manevi cebirle ilgili tartışmaların kökenini oluşturduklarından, konuyla ilgisi ölçüsünde kusurluluk, hukuk aykırılık, isnat yeteneği tartışılacaktır. Bu paralelde hukuka uygunluk nedenleri, isnat yeteneğini kaldıran ve azaltan nedenler, kusurluluğu kaldıran nedenler ele alınacaktır. Bu nedenlerin içerisinde hata yanında kusurluluğu kaldıran yeni bir neden olarak istenemezlik ilkesi konuyla bağlantılı görülmesi nedeniyle ayrıca değinilmiştir.

İkinci Bölümde 28. maddede düzenlenen maddi ve manevi cebir kavramsal olarak ele alınacak ve hukukun diğer alanlarındaki tezahürlerine açıklayıcı olması açısından dikkat çekilecektir. Yeni TCK ile birlikte maddi cebir yerine cebir ve şiddet kavramları, manevi cebrin yerine ise korkutma ve tehdit kavramları

---

<sup>4</sup> ŞEN, Ersan: “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Ve Azaltan Nedenler”, **Türk Ceza Kanununun 2. Yılı, Sempozyumu**, TCHD, İstanbul, 2008, s.73

kullanılmıştır. Kanun maddi ve manevi cebrin tam bir tanımını yapamamıştır. Kanunda, cebir ve şiddeti aynı kavramlar olarak düzenlenmiştir. Ek olarak Kanunun cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit kavramlarını neden bir arada kullandığı da açık değildir. Bu kavramlar kullanılmasına ihtiyaç duyulduğuna göre herhalde cebirle şiddetin, korkutma ve tehdidin arasında bir fark bulunması gerekir. TCK' da ceza sorumluluğunu kaldıran manevi cebrin tam bir tanımını yapmadığı gözlemlenmiştir. Maddi ve manevi cebir aynı başlık altında düzenlendiğinden kanun koyucunun maddi ve manevi cebir birbirine karıştırdığı eleştirileri getirilmiştir. Çalışmada tüm bu noktalar ele alınacak ve çözüme kavuşturulmaya çalışılacaktır.

Bu bölümde maddi ve manevi cebrin kavramsal olarak değerlendirildikten sonra düzenlendikleri 28.maddenin kapsam ve sınırları tartışılacaktır. Ceza sorumluluğunu kaldıran maddi ve manevi cebrin suç genel teorisindeki yerleri ve tarihsel kökenleri ele alınacaktır. Daha sonra maddi ve manevi cebrin hukuki nitelikleri ve şartları tartışılacaktır. Kanunun mevcut düzenlemesi maddi ve manevi cebrin şartlarını net olarak belirtmemiştir. Kanunda geçen şartlara bir ölçüt de getirilmemiştir. Bu nedenle maddi ve manevi cebrin şartlarını değerlendirilmesi ve bu şartlara bir ölçüt bulunması gerekmiştir.

Üçüncü bölümde maddi ve manevi surette zorlayanlarla zorlananların sorumluluk halleri tartışılacaktır. Manevi cebir halinde zorlayan ve zorlanan tarafların durumu iştirake ilişkin şartların da değerlendirilmesini gerekli kılmıştır. İsnat yeteneğine sahip olmayanların durumu da ele alınmıştır. Ayrıca maddi ve manevi cebir hususunda hataya düşülmesi değerlendirilecektir.

Yasa koyucu, birbirinden farklı birçok ceza sorumluluğuna etki eden nedeni aynı başlık altında düzenlemesi sonucu çıkan karışıklığı, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 222.maddesini düzenleyerek gidermeye çalıştığı söylenbilir. İlgili maddede maddi ve manevi cebir altında suç fiilini işlemek zorunda bırakılanlar için ceza verilmesine yer olmadığına kararı verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu nedenle maddi ve manevi cebir bu madde doğrultusunda da ele alınacaktır. Bu bağlamda maddi ve manevi cebir halinde oluşabilecek ispat sorununa da değinilmeye çalışılacaktır.

Son olarak da maddi ve manevi cebir kendilerine benzeyen diğer kurum ve kavramlarla karşılaştırılacaktır. Böylelikle kendilerine has özelliklerinin ve yerlerinin okuyucunun gözünde pekişeceği dşnlmektedir. Maddi cebir kendisine benzeyen, mücbir sebep, kaza ve tesadüf gibi hallerle karşılaştırılacaktır. Manevi cebir ise çoğunlukla içinde değerlendirildiği zorunluluk haliyle karşılaştırılmıştır. Manevi cebir kusurluluğu kaldıran bir neden olarak istenemezlik ilkesi açısından ayrı bir başlık altında değerlendirilecektir. İstenemezlik ilkesinin uygulandığı örnekler verilecek, bu ilkenin teorik kökenlerine inilmeye çalışılacaktır.

Sonuç bölümünde ise tartışmalardan çıkan sonuçlar özetlenmeye çalışılacaktır. Maddi ve manevi cebrin ceza sorumluluğuna etkisi açık bir şekilde belirlenecektir. Maddi ve manevi cebrin şartlarının somut olaylar kapsamında ele alınabilmesi, failerin sorumluluklarının bu açıdan değerlendirilebilmesi için belirli ölçütler getirilmeye çalışılacaktır. Ulaştığımız sonuç ve değerlendirmelere yer verilecektir.

## **BİRİNCİ BÖLÜM**

### **CEZA SORUMLULUĞUNU KALDIRAN VE AZALTAN NEDENLERLE İLGİLİ TEMEL BİLGİLER**

#### **I.TARİHSEL GELİŞİMİ İÇİNDE CEZA, SORUMLULUK VE CEZA SORUMLULUĞU**

Maddi ve manevi cebir, TCK’da birçok farklı hukuki kurumu barındıran ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler başlığı altında düzenlenmiştir. Ceza sorumluluğu tanımlandığında, bu iki zorlama çeşidinin hukuki işlev ve niteliklerinin neler olduğu, hukuk düzeni içinde düzenleniş amaçları böylelikle net bir şekilde ortaya çıkabilecektir. Kısacası ceza sorumluluğunun ne olduğunun, nasıl geliştiğinin anlaşılması, maddi ve manevi cebrin kavramsal çerçevelerini daha belirgin kılacaktır. Bu nedenle, ilk başta ceza sorumluluğu kavramına ve bu kavramın tarihsel gelişimine değinilmesi zorunluluğu karşımıza çıkmaktadır.

Ceza sorumluluğunun tarihsel gelişiminin sunulması, hukuka uygunluk nedenleri, mazeret nedenleri, isnat yeteneği gibi ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerin kavramsal açıklamalarını ve sınırlarını belirlememizde ışık tutacaktır. Bu nedenle ceza ve sorumluluk kavramlarının tartışılması zorunlu olmaktadır.

Özellikle, sorumluluk kavramının belirlenmesi, aynı zamanda mazeret nedenlerini de açıklayabilir.<sup>5</sup>

Ceza sorumluluğu kavramı kısaca, bir kişiye işlediği bir suçun karşılığı olarak ceza yaptırımını uygulanması anlamına gelir. Ceza sorumluluğu, bu nedenle kendi içinde ceza ve sorumluluk kavramları üzerine yapılmış tarihsel tartışmaları da barındırmaktadır. Ceza sorumluluğu sadece bir kişinin suçun oluşumuna neden olması, bir cezaya maruz bırakılabilmesi değildir. Aynı zamanda ceza sorumluluğu, suç olan bir fiili işlediği tespit edilen kişiye ceza yaptırımını uygulanması için belirlenmiş ölçütlerle ilgilidir.<sup>6</sup> Bir kişiye ceza yaptırımını uygulanması belirli şartlara bağlanmıştır. Bu ölçütler hukukun tarihsel gelişimi içinde ortaya çıkmış ve birçoğu bugün hala süregelen tartışmalara neden olmuşlardır. Bu açıdan ceza sorumluluğu, ceza hukukuna özgü olan bir fiilin faile yüklenebilmesinin şartları üzerine bir çalışmadır; yaygın akademik tartışmalarla bağlantılıdır ve insan üzerine filozofik teorilere de kapalı değildir.<sup>7</sup>

Bu yüzden ceza sorumluluğunun belirlenebilmesi için irade, nedensellik, hukuk, etik, kusurluluk üzerine kendi tarihsel süreçleri içinde birçok felsefi tartışma yapılmıştır.<sup>8</sup> Bugün hala da yapılmaktadır. Gerçekten de ceza ve sorumluluk kavramları üzerine yapılan çalışmalar ceza sorumluluğu tartışmalarının içindedir.

---

<sup>5</sup>MORSE, J. Stephen: "Reason, Results And Criminal Responsibility", **University of Illinois Law Review**, S.2, 2004, s. 375

<sup>6</sup>MAHER, Gerry: "Age and Criminal Responsibility", **Ohio State Journal of Criminal Law**, C.2 S.493, 2005, s. 501

<sup>7</sup>LACEY, Nicola: "In Search Of The Responsible Subject", **History, Philosophy and Social Sciences In Criminal Law Theory**, C.64, S.3, 2001, s.351

<sup>8</sup>LACEY, Nicola: "Responsibility and Modernity in Criminal Law", **The Journal Of Political Philosophy**, C. 9, S.3, 2001, s. 249 vd.

Hukuk, ceza hukuku hayat münasebetlerinde süjelerin menfaatleri ve iradeleri arasında bir düzen sağlayarak birlikte yaşama olgusundan doğan ilişkiler ararsındaki bir düzen olarak ortaya çıkmaktadır.<sup>9</sup> Hukukun ve içinde tikel olarak yer alan ceza hukukunun tarihi aynı zamanda insanlığın da tarihidir. İnsanların topluluk halindeki yaşamı, üretim biçimlerinin gelişip değişmesiyle, hala çağdan çağa değişen ya da ortadan kalkan, dil, klan, millet, devlet, siyaset, sosyoloji ve hukuk gibi kavramların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Buradan insanlık tarihini incelemede normatif bakış açısı bulunduğu sonucu çıkmaktadır.<sup>10</sup> Ceza ve sorumluluk kavramları da bu insanlık tarihi içinde ortaya çıkmışlar ve gelişmişlerdir. Birçok değişik olayların, değişimlerin yansıması olan tarihsel gelişim hiçbir zaman basit olmamıştır. Günümüzde demokratik-liberal toplumların hukuk sistemlerinin şahısların sınıflarına ve statülerine bakmadan kusurluluğunun değerlendirildiği ince bir sorumluluk anlayışı üzerine oturtulması uzun bir düşünsel sürecin, insanlıkça ödenen bedellerin sonucudur.<sup>11</sup>

İnsanlık, bütün toplumlarda beraber yaşamanın olağandışı farklılıkta yollarını geliştirmiştir. Ama tüm toplumların ortak özelliği bu toplumların ancak onları bir arada tutan kurallara uyabilecek yetenekte olanlara hitap etmesidir. İnsan doğasına en temel bakış açısı insanların bilinçli yaratıklar olarak akılcı davranabilme yetenekleridir.<sup>12</sup> Böylelikle hukuk bir irade tezahürü olarak ifadesini beşeri davranış kurlarında bulmaktadır.<sup>13</sup>

---

<sup>9</sup>HAFIZOğULLARI: “**Ceza Normu**”, Ankara, 1996, s.136

<sup>10</sup>HAFIZOğULLARI, ÖZEN:“**Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**”, 2.Baskı, Ankara, 2010, s.16

<sup>11</sup>NORRIE, Alan: “Historical Differentation, Moral Judgement And The Modern Criminal Law”, **Criminal Law and Philosophy**, 2007, S.1, s252

<sup>12</sup>MORSE, Stephen: “Reason, Results, And Criminal Responsibility”, **University of Illhionis Law Review**, 2004, S.2 s.60

<sup>13</sup>HAFIZOğULLARI:“**Ceza Normu**”, Ankara, 1996, s.15

## A)CEZA

İnsanlar sosyal varlıklardır ve bir toplum içinde yaşarlar. Toplumun bir arada kalabilmesi için düzene gereksinim vardır. Düzenin oluşması için, yapılması gereken davranışların değerlendirilerek, yararlı ve zararlı olanlarının belirlenmesi yoluna gidilir. Böylelikle beşeri ilişkileri düzenlemek için çatışan çıkar ve uyuşmazlık içindeki birey iradeleri arasında, toplumun ortak iradesini yansıtan değerler esas alınarak ayrıma gidilecek ve belirli davranış normları oluşturulacaktır.<sup>14</sup> Bu normlara uyulmasının ne ile sağlanacağı sorunu doğmakta ve karşımıza müeyyide kavramı çıkmaktadır. Müeyyide, bir kuralı ihlal edene dışarıdan uygulanan, çoğu zaman acı verici niteliğe sahip, psikolojik veya maddi tepkidir.<sup>15</sup> Yasak ve emirlere uymayanlar üzerinde psikolojik baskı kurmak amacıyla elem ve acı verilmesi yöntemi seçilmiş olduğundan tüm cezalar özünde kendisi bir kötülüktür.<sup>16</sup>

Yaptırım uygulamayı seçen toplumun kolektif iradesi olmaktadır. İlkel toplumların gelenek ve görenekleriyle yaşayan kabile reislerinden günümüz parlamenter rejimlerine kadar aynı irade daha kapalı ya da daha belirgin olmak üzere farklı şekillerde tezahür etmektedir. Kısacası, ceza yaptırımı uygulanması sırasında devlete ait iradi, hukuken meşru ve zorunlu, suçlunun bizzat şahsına zararlı bir tepkidir.<sup>17</sup>

Hukukun bir müessese görünümü kazanmadığı, devletin var olmadığı ilkel dönemlerde ceza, insan topluluklarında zarar verici hareket ve neticelere gösterilen

---

<sup>14</sup>HAFIZOĞULLARI, ÖZEN:“Genel Hükümler”, 2.Baskı, Ankara, 2010, s. 7

<sup>15</sup>TOROSLU, Haluk: “Ceza Müeyyidesi”, Ankara, 2007, s.14

<sup>16</sup>HAFIZOĞULLARI, Zeki: “Ceza Normu”, Ankara, 1996, s. 206

<sup>17</sup>HAFIZOĞULLARI: A.g.e s.202

doğal ve insiyaki bir tepki şekliydi.<sup>18</sup> Merkezi otoritenin güçlü olmadığı, insanlığın klan ve kabileler halinde yaşadığı dönemlerdeki ilkel cezalandırma biçimleri kişilerin malvarlıkları üzerinde etki etmekte ve failin ailesi, kabilesi ya da ailesi fidye ödemekteydi. Daha sonra semavi dinlerin doğduğu zaman diliminde kısasa kısas usulü benimsenmiştir.<sup>19</sup> İnsan toplulukların organize yapısı karmaşıklaşıp merkezi otorite güçlendikçe cezalar ağırlaşmaya başlamıştır. Artık ceza yerine getirilmekle birlikte bir bastırma olmaktan çıkıp korkutmaya dönüşür.<sup>20</sup>

Örnek olarak ceza kanundaki adam öldürme suçunun düzenlendiği maddeye bakıldığında bir bütün olarak iki hüküm görülebilecektir. Birincisi adam öldürmeyi yasaklayan bir normken; ikincisi ise kimin adam öldürme suçunu işlediğinde hangi yaptırıma maruz bırakılacağını düzenleyerek kamusal ajanlara hitap etmektedir.<sup>21</sup> Cezalandırma bizi kimin ve ne için cezalandırılacağı sorusuna getirmektedir. Bu sorunun cevabı toplumsal düzenin bozulmasından kimin veya kimlerin sorumlu tutulacağı ile ilgilidir.

## **B)SORUMLULUK**

Sorumluluk dilimizde bir kimsenin üzerine aldığı ya da yapmak zorunda olduğu bir iş için gerektiğinde hesap verme durumu olarak tanımlanmıştır.<sup>22</sup> Ceza sorumluluğu dendiğinde en yalın anlatımıyla, bir kişinin işlediği bir fiilin hesabını

---

<sup>18</sup>DÖNEMEZER/ERMAN:“**Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**”, Cilt 2, 5.Bası, İstanbul, 1974, s.594

<sup>19</sup>TOSUN, Öztekin: “**Suç Hukuku El Kitabı**”, İstanbul, 1979, s.16

<sup>20</sup>HAFIZOĞULLARI: Ceza Normu, s.202

<sup>21</sup>DUGUIT, Leon: “**Kamu Hukuku Dersleri**”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1954, s.21

<sup>22</sup>PÜSKÜLLÜOĞLU: “**Öz Türkçe Sözlük**”, 10.Baskı, ABC Yayınları

ceza çekerek vermesi anlaşılabilir. Bu basit tanımına rağmen ceza hukukundaki teorik tartışmalar ceza sorumluluğu kavramını da kapsamaktadır. Bu nedenle ceza kavramından sonra sorumluluk kelimesinin kavramsal çerçevesini çizmek gerekmektedir. Bu amaç doğrultusunda, “ Dilimin sınırları dünyanın sınırlarıdır.” sözünün sahibi Wittgenstein’in kavramların anlamlarının varsayılan kaynaklarından değil, ait oldukları günlük dildeki kullanımlarından yararlanılması düşüncesinden yola çıkacağız.<sup>23</sup>

Genellikle günlük dilde sorumluluk kavramını, sorumluluk almak, sorumluluk sahibi olmak, sorumlu olmak, sorumlu tutulmak, sorumluluk vermek gibi yoruma açık birçok şekilde kullanırız.<sup>24</sup> Mesela birine seni sorumlu tutuyoruz dediğimizde ayrıca bir suçlamada yöneltmiş oluruz. Bu hayatın olağan akışı içinde ahlaki bir suçlama olabileceği gibi, adli süreçler içinde hukuki bir suçlama şeklini de alabilir. Olağan davranışlar için kimse kimseye seni sorumlu tutuyorum demez ve bu aynı şekilde övülmeye değer davranışlarımız için de geçerlidir.<sup>25</sup> Sorumluluk kelimesini birçok farklı çeşitte kullanımı bize ceza sorumluluğun tek ve genel bir kavramı içermekten çok, birçok kavramın belirtilerini taşıdığına işaret etmektedir<sup>26</sup>

L.A Hart da sorumluluğun günlük dildeki kullanımından hareketle sorumluluğun kullanımı için; rol sorumluluğu, nedensel sorumluluk, hukuki sorumluluk, kabiliyet sorumluluğu olarak dört temel grup belirlemiştir.<sup>27</sup> Gerçekten de bu gruptandırmadan yola çıkarak Türkçede de sorumluluk kelimesinin kullanım

---

<sup>23</sup>FLETCHER, George P.:“**The Grammar Of Criminal Law**”, Volume 1: Foundations, USA, 2007, s. 64

<sup>24</sup>SMITH, M. Angela:“On Being Responsible and Holding Responsible”,**The Journal of Ethics**, S.11, 2007, s.467

<sup>25</sup>SMITH, A.: A.g.e, s. 468

<sup>26</sup>VİNCENT Nicole:“On The Relevance of Neuroscience to Criminal Responsibility”,**Criminal Law and Philosophy**, 2010, s. 82

<sup>27</sup>HART, H. L. A.:“**Punishment And Responsibility**”, Second Edititon, USA, 2008, s. 212 vd.

şekillerini örnekleyebiliriz. Rol sorumluluğu Türkçe sözlükte tanımlanan sorumluluk haliyle benzerlik taşımaktadır. Komutan emrindeki askerlerden sorumludur dediğimizde, komutanın emrindekilerin davranış ve yaşayışlarının düzenin sağlanmasını bir iş olarak üzerine aldığı, emrindeki askerlerin itaatsiz davranışlarının neticelerinden hesap verebileceği sonucu çıkmaktadır. Sorumsuzca davranıyorsun önermesi de bu gruba sokulabilir. Bilgisayarımın bozulmasından sen sorumlusun dediğimizde, bundan bilgisayarın bozulmasına neden olarak karşımızdaki kişiyi gördüğümüz anlaşılmaktadır. Bu nedensel sorumluluğa güzel bir örnektir. Cumhurbaşkanı görevi dışındaki suçlarından dolayı sorumludur dediğimizde ise hukuki sorumluluğa örnek vermiş oluruz. Bu basit bir anlatımla, Cumhurbaşkanı'nın kanunda suç olarak belirtilen bir fiilden dolayı ceza alabileceğini tanımlar. Yani kısaca kişinin hukuken hesap verebilir durumda olduğunu ifade eder. Ceza sorumluluğu da bir hukuki sorumluluk şeklidir. Kabiliyet sorumluluğuna örnek ise “o artık ergin kendi davranış ve kararlarından sorumludur” cümlesidir. Kısacası insanın edimini bilmesi, farkında olması, ihtiyatlı olabilmesi ve seçimde bulunabilmesi bir kişiyi davranışından ötürü sorumlu tutmaya yetmektedir.<sup>28</sup> Küçük çocukları, hayvanları sorumlu tutamayız çünkü onların yetişkinler gibi kendini kendilerini yönetebilme kabiliyetine sahip olmadıkları konusunda insanlar arasında ortak bir kanı vardır. Bu nedenle kendi kendini yönetme yani özerklik sorumluluk için gereklidir.<sup>29</sup> Kabiliyet sorumluluğu söz konusu olmaktadır.

Yukarıdaki gruplandırmadan anlaşılacağı üzere, sorumluluk kelimesinin ilk kullanımında belirli bir şekilde davranma zorunluluğu vurgulanmaktadır. Bu da

---

<sup>28</sup>LACEY, N.:“Responsibility and Modernity in Criminal Law”, **The Journal of Political Philosophy**, 2000, S.1 s.255

<sup>29</sup>OSHANNA, Marina: “The Misguided Marriage Of Responsibility”, **The Journal of Ethics**, S.6, 2002, s.262

belirli davranış kurallarını, etik yükümlülükleri, son kertede hukuk kurallarını akla getirmektedir. İkinci kullanım açıkçası nedenselliğe gönderme yapmaktadır. Üçüncü kullanım ise cezalandırılabilmeyi veya hesap vermeyi öne çıkarmaktadır. Son kullanım ise açıkçası isnat yeteneği veya kiminin kabulüyle kusur yeteneği ile ilgilidir.

Hart, hukuki sorumluluk halini de, zihinsel ve psikolojik sorumluluk, hareket ve zarar arasındaki bağlantı, başka birini hareketinden dolayı şahsi ilişki yüzünden sorumluluk olarak kendi içinde üçe ayırmıştır.<sup>30</sup> İlk iki sorumluluk hem özel hukukta hem de kamu hukukunda geçerli olmakla birlikte üçüncü ayırım özel hukuktaki hakkaniyet sorumluluğuna işaret etmektedir.

Hart'ın gruplandığı bu yasal sorumluluk şekillerinin hukuk dünyasında kullanılması bütünüyle ve hemen olmamıştır. İnsanların bir neticenin nedeni görülmesinden başlayarak, toplumsal düzeni tehdit eden anti sosyal fiilleri devlet erki tarafından sistematik bir şekilde cezalandırılmasına kadar geçen aşamada, hukukun toplumun gelişimine paralel olarak daha karmaşık bir yapı kazanması sonucu karşımıza ceza sorumluluğu kavramının evrimi, belirli bir evrimsel tarihsel süreç içerisinde olmuştur.

Ceza sorumluluğu ve ona bağlı olarak ceza hukuku tarihi çeşitli aşamalardan geçmiştir. Bunlar başkasından fiilden sorumluluk, objektif sorumluluk, kusurlu sorumluluk ve kişilik yönünden sorumluluktur.<sup>31</sup>Bu bağlamda objektif sorumluluk

---

<sup>30</sup>HART: s.217

<sup>31</sup>TOROSLU, Nevzat: “**Ceza Hukukunda Zaruret Hali**”, Ankara, 1968, s.171

hem tarihsel süreç açısından hem de kavramsal özellikleri açısından kusurlu sorumluluk ile başkasını fiilinden dolayı sorumluluğun ortasında yer almaktadır.<sup>32</sup>

Eski, Orta ve Yakın Çağlara gelinceye kadar objektif sorumluluk esasına önem verilmiştir.<sup>33</sup> Hatta bu dönemlerde, sorumluluğun objektif olduğu için, kast ve taksir arasında bir fark gözetilmediğinden cezalar şahsileşmemiş, hainlerin çocuklarının da öldürüldüğü ve hatta hayvanların, ölümlerin ve diğer cansız varlıkların mahkeme edilip cezalandırıldıkları görülmektedir.<sup>34</sup>

Çağlar ilerledikçe mülkiyetin gelişimiyle şahsın sorumluluğu artacaktır. Artık hareket ile fail arasında ayırım yapılmakta ve sadece ceza hukuku bakımından hareket değerlendirmeye tabi tutulmaktadır.<sup>35</sup> Buna paralel olarak objektif sorumluluktan, kusur sorumluluğuna geçilmeye başlanacaktır. Gene de bundan 200 öncesine kadar ceza sorumluluğunun geleneksel teorisi her şeyden çok objektif sorumluluktan subjektif sorumluluk esasına yönelimi resmediyor. Eski insanlar genel olarak sorumluluğu sadece fiziksel hareketler sonu ortaya çıkan zararlara göre sorumlu tutuyorlardı.<sup>36</sup> Kişinin sırf maddi nedensellik bağından dolayı sorumlu tutulması objektif sorumluluktur.<sup>37</sup> Bugün hala objektif sorumluluk hali bazı ülkelerin hukukunda geçerlidir.<sup>38</sup>

Ancak Roma İmparatorluğu döneminde, ilkel bir şekilde de olsa failin sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olması gerektiği anlayışı ortaya çıkmaya

---

<sup>32</sup>ÖZEN, Muharrem: “**Objektif Sorumluluk**”, Ankara, 1998, s. 77

<sup>33</sup>ALACAKAPTAN, Uğur: “**Suçun Unsurları**”, Ankara, 1975, s.121

<sup>34</sup>ÖKTEM, Niyazi, TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi: “**Felsefe Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**”, 3.Basım, İstanbul, 2003, s.f 270

<sup>35</sup>ÖZEN:“**Objektif Sorumluluk**”, Ankara, 1998, s.21

<sup>36</sup>AVINORShaul:“The Fallacy Of The Conventional Theory On The Historical Devepment Of The Concept Of Criminal Liability”, **Criminal Law Forum**, 2004 S.15, s.453

<sup>37</sup>ÖZEN: A.g.e s.18

<sup>38</sup>Mesela Anglosakson Hukukunda kabahatler söz konusu olduğunda sorumluluk objektif olarak belirlenmektedir. Bknz. ELLIOT/QUINN: Criminal Law, 4.Edition, UK, 2002,ta s.29

başlamıştır.<sup>39</sup> M.Ö 1. Yüzyılda yaşamış olan büyük hukukçu Cicero, bir silahın iradi şekilde atılıp, kast edilenden farklı yöne gidip başka birine isabet etmesinin nedenini talihe bağlayarak kastın olmadığını ileri sürecek ve cezada indirimine gidilebileceğini savunacaktır.<sup>40</sup> Gene de Fransız Devrimi'ne kadar cezaların kişiselliği ilkesi tam olarak benimsenmeyecektir.<sup>41</sup> Cezaların şahsiliği hiç kimsenin iradi bir davranışı bulunmadıkça, bu fiilin doğurduğu veya ona bütünüyle yabancı bir neticeden sorumlu tutulamaması anlamına gelmektedir.<sup>42</sup>

Kusurluluk kavramı ortaya çıkıp içi dolduruldukça objektif ve kolektif sorumluluk hali değişmiş insanlar kendi kusurları dolayısıyla şahsi olarak sorumlu tutulmuşlardır. Birey olarak vatandaşlarla devletin ve onun kurumlarının değişen ilişkileri, tıbbi bilimlerde, psikolojideki zihinsel yetenekler üzerindeki çalışmalar, ceza hukukun sosyal fonksiyonunun idarenin artan yetenekleriyle birlikte giderek önem kazanması, ceza sorumluluğunun kapsamında değişimlere neden olmuştur.<sup>43</sup> Bu bağlamda gerçekten de Özen'in dediği gibi suçun kusurluluk unsurunun geçirdiği aşama ve gelişmeleri değerlendirmek aynı zamanda cezai sorumluluğun gelişimini değerlendirmek demektir.<sup>44</sup>

Sorumluluğun en yakın felsefi analizi temellerini aydınlanma zamanın Avrupa'da ortaya çıkan insan edimine, yani insanın seçim yapma ve bu seçimlerini yaşam içerisinde uygulama becerisine, dayanır. Liberal hukuk anlayışını savunanlara göre eğer biz insanlar olarak rasyonel düşünme yeteneğine sahip olduğumuza ve bu

---

<sup>39</sup>DÖNMEZER, ERMAN: “**Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**”, Cilt 2, 5.Bası, İstanbul, 1974, s. 214

<sup>40</sup>BAUMANN, Richard: “**Crime And Punishment In Ancient Rome**”, UK, 1996, s.39

<sup>41</sup>ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA: “**Ceza Hukuku, Genel Hükümler**”, 4.Baskı, Ankara, 2009, s. 731

<sup>42</sup>ÖZEN:“**Objektif Sorumluluk**”, Ankara, 1998, s.307

<sup>43</sup>LACEY, Nichola: “In Search Of The Responsible Subject: History, Philosophy and Social Sciences in Criminal Law Theory”,**The Modern Law Review**, 2001, s362

<sup>44</sup>ÖZEN:“**Objektif Sorumluluk**”, Ankara, 1998, s.16

yeteneğin bizim davranışlarımızı etkilediğine inanıyorsak, cezalandırılmamız ya da suçlanabilmemiz için kasıtlı, herhangi bir zorlama altında olmadan hareket etmemiz yeterlidir.<sup>45</sup>Bu fikir aynı zamanda modern toplumların demokratik bir siyasi yapıya yönelimleriyle de ilgilidir.<sup>46</sup>

Şahısların ceza sorumluluğu ile ilgili baskın düşünce onların kapasiteleri ve fırsatları üzerinde temel alır. Anlama ve algılama yeteneğine sahip bir kişinin veya başka türlü davranma şansına sahip olan bir şahsın cezalandırılması, adil olarak kabul edilebilecektir. Meseleye felsefi kavramlarla bakıldığında, irade özgürlüğü veya gerekircilik üzerine yapılan tartışmalarla karşılaşırız.<sup>47</sup>Suçun işlenmiş sayılabilmesi için eylem ve fail arasında manevi bir bağın aranması düşüncesi hukuk bilincinin geliştiği ve incelendiği yakın dönemlere rastlamaktadır.<sup>48</sup>

Modern ceza hukukun kastı temel aldığı söylenebilir. Şahsi cezalandırma kast ve taksirin gerekliliğini içerdiği kadar kusurluluğu ortadan kaldıran cebiri, isnat yeteneğini zorunluluk halini ve hatayı içeren mazeretlerin de tanınmasını içerir.<sup>49</sup>Failin kusurlu olduğu ortaya çıkartılmadan ceza uygulanamaz. Ama diğer taraftan özel hukuktaki haksız fiil sorumluluğu her ne kadar kusurluluğu kaldıran nedenleri içerse de nesnel zarar olgusu üzerine yoğunlaşır.<sup>50</sup> Bu açıdan bakıldığında günümüz tazminat sorumluluğu ceza hukukuna göre daha çok objektif nitelik taşımaktadır.

---

<sup>45</sup>MORSE:“**Reason, Results, And Criminal Responsibility**”,s. 415

<sup>46</sup>LACEY,Nicola: “**Responsibility and Modernity in Criminal Law**”, The Journal of Political Philosophy, C.9, S.3, 2001, s. 251

<sup>47</sup>LACEY, Nicola: “In Search Of The Responsible Subject: History, Philosophy and Social Sciences in Criminal Law Theory”,**The Modern Law Review**, S.64, 2001, s. 353

<sup>48</sup>ALACAKAPTAN: s. 149

<sup>49</sup>FLETCHER, P. George: “**The Grammar of Criminal Law**”, Volume 1, USA, 200, s.264

<sup>50</sup>AVINOR, Shayl: “The Fallacy Of The Conventional Theory On The Historical Development Of The Concept Of Criminal Liability”, **Criminal Law Forum**, S.15, 2004, s.309

Kusurlulukla ilgili yargıların çoğu failin davranışı olduğu zamanda ne olduğunun yeniden kurgulanmasıdır, şimdiye kadar suç esnasında kasıtlılığı ölçebilecek bilimsel bir ölçü bulunamamıştır.<sup>51</sup> Kusurluluğun normatif görüşünü kabul etmezsek onu oluşturan taksir ve kast üzerine yapılan tüm tartışmalar aslında yasanın insanın zihninin işleyişini sınıflandırma girişimleri olduğunu görürüz.<sup>52</sup> Bu da insan psikoloji üzerine insanlıkça edinilen bilgilerin eseri olduğu söylenebilir.

Hiç kuşku yok ki insanın psikolojik yönünün tam olarak anlaşamadığı ve kusurluluk kavramının ortaya çıkmadığı zamanlarda sorumluluğun azaltılması da düşünülemezdi. Ya sorumluydunuz ya da değildiniz. Kanonik Hukuk zamanında dahi sorumluluğun derecelendirilmesi düşünülmemiştir. Çünkü Kanonik Hukuka göre, eğer fiili gerçekleştirmişseniz ne yaptığınızla üzerinde kontrolünüz vardır ve ne yaptığınızı biliyorsunuzdur, suçlusunuzdur.<sup>53</sup> İnsan zihninin işleyişinin sınıflandırılması gayretleri ve anlaşılması bize sorumluluğun derecelendirilmesi yolunu açmıştır. Böylelikle sorumluluğu azaltan nedenlerin ortaya çıktığı söylenebilir.

Sonuç olarak ceza sorumluluğunu, isnat yeteneği olan bir failin, kusurlu hareketi sonucu uymadığı davranış kuralları nedeniyle meydana getirdiği sonuçlardan, hukuken hesap verebilir olmasını, bu hesabı kamu otoritesinin ceza yaptırımını ile ödetebilme yetkisinin varlığını ve bu yetkinin kapsamını ifade eden geniş bir kavram olarak ele alabiliriz.<sup>54</sup> Bu haliyle sorumluluk veya ceza

---

<sup>51</sup>DENNO, Deborah W.: “A Mind to Blame: New Views on Involuntary Acts, Behavioral Sciences and the Law”, **Behavioral Sciences and The Law**, S.21, 2003, s. 620

<sup>52</sup>DENNO: 2003, s. 615

<sup>53</sup>COECKELBERGH, Mark: “Criminals Or Patients? Towards a Tragic Conception of Moral And Legal Responsibility”, **Criminal Law and Philosophy**, 4, 2010, s235

<sup>54</sup>Dönmezer ise “ isnat kabiliyeti, bir şahsın belirli bir neticeyi meydana getirebilecek durumda olduğunu ifade eder; sorumluluk ise, aynı şahsın gerçekleşen neticeden dolayı zararı tazmin etmek ve

sorumluluğu fail ile devlet arasındaki ilişkiyi ifade ettiğinden mantıksal olarak davranıştan ve kusurluluktan sonra gerçekleşir.<sup>55</sup> Fail ile devlet arasındaki ilişkinin davranış ve kusurluluktan sonra gerçekleşmesi, devletin faili cezalandırabilme hakkını doğuran tüm şartların ceza sorumluluğu kavramı altında değerlendirmemizin çelişkili olmadığını gösterecektir. Bir kimse ya cezadan sorumlu tutulacak ya da tutulmayacaktır.

Yukarıdaki görüşlerden yola çıkıldığında, ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenleri, ya failin zihinsel yeteneklerinin eksikliği sonucunu doğuran, ya fiilinin nedenselliği kaldıran, ya da fiilini hukuken hesap verilebilir olmaktan çıkaran veyahut zihinsel süreçlerini etkileyerek kanunen kınanabilirliğini yani kusurluluğunu ortadan kaldıran veya azaltan nedenleri barındıran şemsiye bir kavram olarak ele alabiliriz.

## **II.CEZA SORUMLULUĞUNU KALDIRAN VE AZALTAN NEDENLER VE TÜRK CEZA HUKUKUNDA DÜZENLENİŞİ**

Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler hukuk sistemlerine göre farklı şekilde sınıflandırılır ve genellikle hukuka uygunluk nedenleri, mazeret nedenleri, şahsi sorumsuzluk nedenleri adı altında kavramlaştırılır. Bunlardan şahsi cezasızlık

---

cezaya çarptırılmak zorunda olduğunu gösterir.”düşüncesini belirterek isnat yeteneğini ceza sorumluluğundan ayrı düşünmektedir.(Dönemezer, Erman, Nazari Tatbiki Ceza Hukuku, C.2, 1974, s.158)

<sup>55</sup>KATOĞLU, Tuğrul :“Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık”, Ankara, 2003, s.117

nedenleri ceza sorumluluğuna getirilmiş bir istisna niteliğini taşır.<sup>56</sup> Gerçekten hukuka uygunluk nedenlerinin, mazeret nedenlerinin ve isnat yeteneğini kaldıran ve azaltan nedenlerin, Kıta Avrupa'sı ve Anglosakson Hukukunu kabul eden hukuk sistemlerinde ortak ve aynı paralelde düzenlenen kavramlar oldukları, üzerlerinde benzer tartışmaların yapıldığı görülebilir. Özellikle hukuka uygunluk nedenleri ve mazeret nedenleri hakkındaki tartışmalar – örnek olarak hata, zorunluluk hali, cebir - farklı kültürlerdeki hukukçular arasında soyut düzeyde bir anlaşmaya davetiye çıkarmaktadır.<sup>57</sup>Bu kurumların tarihsel süreçleri, bu süreçte üzerlerinde yapılan tartışmalar incelendiğinde, ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerin Türk Hukukundaki yeri daha net anlaşılacaktır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler” başlığı altında sırasıyla; Kanun Hükmünü ve Amirin Emri İfa, Meşru Savunma ve Zorunluluk Hali, Hakkın Kullanılması ve İlgilinin Rızası, Sınırın Aşılması, Cebir Şiddet Korkutma ve Tehdit, Haksız Tahrik, Hata sayılmıştır. Başlığın devamında, isnat yeteneğini kaldıran veya azaltan nedenleri, Yaş Küçüklüğü Akıl Hastalığı Sağır ve Dilsizlik Geçici Nedenlerle Alkol ve Uyuşturucu Etkisinde Olma madde başlıklarıyla düzenlendiğini söyleyebiliriz. Kanunun bu düzenlemesi yüzünden, yukarıda sayılan zorunluluk hali, amirin ve kanunun emrini ifa gibi birçok ceza hukuku kurumunun, hukuka uygunluk nedenlerinden ve kusurluluğu kaldıran nedenlerden hangisine girdiği doktrinde tartışma konusu olmuştur.

---

<sup>56</sup>BAKIRCIOĞLU,Önder: “The Contours of the Right to Self-defence: Is the Requirement of Imminence Merely A Translator for the Concept of Necessity?”,**The Journal Of Criminal Law**, S.72, 2008, s.141

<sup>57</sup>FLETCHER: (2007), s.20

Bu yüzden, kanunun düzenleniş şekli, yukarıda bahsi geçen, hukuki nitelikleri birbirinden farklı olan, hukuka uygunluk nedenleri, mazeret nedenleri, isnat yeteneğini kaldıran nedenlerin tümünü bir arada topladığı eleştirisi getirilebilir. Hukuka uygunluk nedenlerinin ceza sorumluluğunu kaldırmadığı, hukuka aykırılığı kaldırdığı, zaten var olduklarında suçun dolayısıyla cezanın var olmayacağı eleştirisi ileri sürülmüştür.<sup>58</sup> Bunun yanında isnat yeteneğinin suçun bir unsuru olduğu görüşünde olanlar isnat yeteneğini düzenleyen bu maddelerin burada olmaması gerektiği düşüncesindedirler.<sup>59</sup> Adalet Komisyonu Raporu'nda ise, yukarıda söz konusu edilen hukuki kurumların, bu kurumların niteliklerinin hala tartışılır olması nedeniyle bağlayıcı olmamak için, salt hukuki sonuçları göz önüne alınarak bu şekilde tasnife tutuldukları belirtilmiştir.<sup>60</sup> Hukuki sonuç ise failin cezalandırılmasını önlemektir.

Aslında doktrindeki eleştirilere bakıldığında, tüm eleştirilerinin temelinde ceza sorumluluğu kavramının tam bir tanımın yapılmamış olmasının yattığı görülecektir. Gerçekten de doktrinde ceza sorumluluğunun açık bir tanımının yapılmadığı gözlemlenmiştir. Sorumluluk genel bir kavramdır. Ceza sorumluluğu ise genelde özelin bir ifadesidir. Bu nedenle burada belirleyici olan ceza kavramının kendisi olmalıdır. Kanunda ceza sorumluluğu yerine suç sorumluluğu denmemiştir. Böylelikle kişinin cezalandırılmasına neden olan her türlü şartı yukarıda da değinildiği üzere ceza sorumluluğu adı altında bir şemsiye kavram olarak birleştirmemiz çelişkili olmayacaktır. Böylece kanundaki tasnifin üzerinde bir kabul sağlanabilir. Tabi ki konu ve kapsam bakımından ceza sorumluluğunu kaldıran ve

---

<sup>58</sup>ÖZBEK, Et al.: “**Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**”, Ankara, 2010, s.331

<sup>59</sup>ŞEN, Ersan: “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Ve Azaltan Nedenler”, **Türk Ceza Kanununun 2. Yılı, Sempozyumu**, TCHD, İstanbul, 2008, s.74

<sup>60</sup>Adalet Komisyonu Raporu için bkz. ÖZGENÇ: Gazi Şerhi, Ankara, 2005, s.47

azaltan nedenler başlığı altında düzenlenen maddelerin, ayrıca mazeret nedenleri, hukuka uygunluk nedenleri, isnat yeteneğini kaldıran ve azaltan nedenler olarak sınıflandırılması doğru olabilirdi.<sup>61</sup> Bunun yanında karşılaştırmalı bir örnek olması açısından belirtelim ki, yukarıda bahsi geçen hukuki kurumların hepsi Anglosakson hukukunda “savunma nedenleri” (defences) adlı tek bir başlık altında toplanmaktadır.<sup>62</sup>

TCK’da düzenlenen biçimiyle ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenlere ana hatlarıyla değinmek gerekmektedir. Bu, maddi ve manevi cebrin ortak özelliklerini ve farklılıklarını belirlemede yardımcı olabilir. Hart, ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerin esiksiz tanımlarının, kesin karakterlerinin ve alanlarının ceza hukukun ayrıntılı açıklaması içinde bulunabileceği görüşündedir.<sup>63</sup> Ayrıca maddi ve manevi cebrin mahiyetinin daha iyi anlaşılabilmesi için kanunda düzenlenmemiş olan mücbir sebepten, beklenmeyen halden ve kazadan, maddi cebr başlığı altında kısaca değinmek uygun düşecektir.

## **A) İSNAT YETENEĞİ VE İSNAT YETENEĞİNİ KALDIRAN VEYA AZALTAN NEDENLER**

Failin iradesinin oluşumunda sadece dış şartların değil, bireysel olarak zihinsel özelliklerinin de iradenin oluşması için elverişli olması gerekir ki fiil kişiye

---

<sup>61</sup> Söz konusu bölümün hukuka uygunluk nedenleri ve mazeret nedenleri altında iki kısım halinde düzenlenmesi isteği komisyonca geri çevrilmiştir. Bkz. ÖZGENÇ, İzzet: Gazi Şerhi,2005, s.251

<sup>62</sup>KANGAL, Zeynel: “**Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**”, Ankara, 2010, s.103

<sup>63</sup>HART: s.28

yüklenebilsin. Burada karşımıza ceza hukukuna ait olan isnat yeteneği kavramı çıkmaktadır. Isnat yeteneği bir fiilin faile yüklenebilmesi için failde bulunması gereken niteliklerin bütünü olarak tanımlanabilir.<sup>64</sup> Isnat yeteneği hukuksal bir kavram olup psikolojik veya psikiyatrik değildir.<sup>65</sup>

Kadim görüş isnat yeteneği kusurluluğun bir ön şartı olarak görmektedir. Bu nedenle isnat yeteneğinin kusur ehliyeti adını aldığı da olur. Kanun asgari ölçüde bir kimseden yaptıklarını kavrama ve kendisini idare edebilme kabiliyeti arar. Bu kusur ehliyeti kavramı altında belirlenir. Bir kimsenin kusur ehliyeti yoksa kusurlu bir iradeye dayanmadığından isnadın konusu olamayacaktır.<sup>66</sup> Bu düşünce hukuki anlamda kusur ile ahlaki kusuru birleştirdiğinden pozitif hukuk bakımından gerçeği yansıtmadığı için haklı olarak eleştirilmiştir.<sup>67</sup>

Almanya’da Welzel’in ilk ortaya attığı diğer bir düşünceye göre kast ve taksiri kusurluluktan ayrılmalıdır. Böylelikle isnat yeteneğine sahip olmayanların da kast ve taksirle hareket ettiğini açıklamış olduklarını söylemekte ve isnat yeteneğini kaldıran nedenleri mazeret nedeni haline getirmektedir.<sup>68</sup> Welzel’in teorisine, kusurluluğun kast ve taksirden arındırılmasının, kusurluluğun içini boşalttığı ve onu sonunda isnat yeteneğine indirgediği eleştirileri getirilmiştir.<sup>69</sup>

Kaldı ki doktrinde, isnat edilebilir olmayan faillerin de kusurlu hareket edebileceği, isnat yeteneğinin kusurluluğun ön şartı sayılmasının faili fiilinin unsuru yapacağı ve güvenlik tedbirlerinin hukuka girmesinin bu görüşü dayanaksız kıldığı

---

<sup>64</sup>DÖNMEZER, ERMAN: (1974), C.2, s.160

<sup>65</sup>FERGUSON, Murray , OGLOFF, James R. P.: Criminal Responsibility Evaluations: Role of Psychologists in Assessment Psychiatry, **Psychology and Law**, 2010, s.1

<sup>66</sup>JESCHECK, Hans: “**Alman Ceza Hukukuna Giriş**”, İstanbul, 2007, s.37

<sup>67</sup>GÜNGÖR, Devrim: “**Ceza Hukukunda Fiili Hata**”, Ankara, 2007, s.44

<sup>68</sup>ZAFER, Hamide: “**Ceza Hukuku, Genel Hükümler**”, Ders Kitabı, İstanbul, 2010, s.251

<sup>69</sup>HAFIZOĞULLARI, ÖZEN: “**Genel Hükümler**”, Ankara, 2010, s.206

ileri sürülerek, isnat yeteneğinin kusurluluğun bir ön şartı değil de faile ait bir özellik olduğu dile getirilmektedir.<sup>70</sup> Gerçekten de bir delinin, bir küçüğün vb. isnat yeteneğine sahip olmayan kişilerin saldırılarını haklı kabul etmek mümkün gözükmemektedir.<sup>71</sup>

İsnat kabiliyetinin, sırf anlayabilme ve isteyebilme yeteneği olarak ele almadan, irade serbestisi ve kusurluluk üzerine yapılan ahlaki ve felsefi tartışmalara da hiç girmeden, tamamen toplumun iradesinin yansıdığı kanunun geçerli olduğu zaman dilimindeki sosyal değerlere göre faile yüklenen bir özellik olarak anlamak gerekir.<sup>72</sup> İsnat yeteneğini kusurluluğun ön şartı yapmak faili suçun bir unsuru yapmak olur.<sup>73</sup>

İsnat yeteneği insanın daha manevi bakımdan pasif bir özelliğine işaret ederken, kusurluluğu kaldıran nedenler insanın manevi bakımdan aktif bir şekilde tepki verdiği durumlara işaret ederler.<sup>74</sup> İsnat yeteneğinin insanın manevi bakımdan pasif durumuna işaret etmesi isnat yeteneğinin failin bir özelliği olmasının sonucu olarak görülebilir.

Kusurluluk kavramının ortaya çıktığı ilk dönemlerde, avukatlar kusurluluğu tartışmaya gerek duymayıp, failin isnat yeteneği olmadığını ileri sürmekle yetinmişlerdir. Çünkü 19. yüzyılda akıl hastalığı, karmaşık soruşturma ve kanıtlama kurumlarının yokluğunda, ceza muhakemesi için tek pratik seçenek olarak

---

<sup>70</sup>HAFIZOĞULLARI, ÖZEN: Genel Hükümler, s. 270

<sup>71</sup>ÖZEN: “**Meşru Müdafaa**”, Ankara, 1995, s.94

<sup>72</sup>DÖNMEZER, ERMAN:“**Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**”, Cilt.2, 5.Bası, İstanbul, 1974, s.165

<sup>73</sup>HAFIZOĞULLARI, ÖZEN: A.g.e. s.271

<sup>74</sup>HORDER: Jeremy: “Excuses In Law And In Morality: A Response Ro Marcia Baron” ,**Criminal Law and Philosophy**, S.1, 2007, s.46

gözükmiştir.<sup>75</sup> Böylelikle sanıklar, kast ve taksirleri tartışılmadan sadece isnat yeteneğine sahip olmadıkları gerekçesiyle kolaylıkla savunulabilmişlerdir. Günümüz ceza hukukunda failin kusurluluğu tartışılabilmekte, hatta isnat yeteneği failin bir özelliği olarak kabul edildiğinde akıl hastalarının da kusurlu hareket edebileceği düşünülmektedir.<sup>76</sup>

## **B)KUSURLULUK VE MAZERET NEDENLERİ**

### **1)KUSURLULUK**

Kusurluluğun suçun vazgeçilmez bir unsuru olduğu herkes tarafından kabul edilmekle birlikte nitelikleri ve esasları tartışma konusudur.<sup>77</sup>Tarihsel süreçte kusurluluk ile ilgili ilk düşünceler kusurluluğun psikolojik teorisini meydana getirmiştir. Kusurluluğun psikolojik teorisinin diğer bir önemli yanı, bugün Türk hukukunda genellikle kabul gören teori olmasıdır. Daha sonra kusurluluğun normatif teorisi ortaya çıkmış ve Alman doktrinin etkisiyle geniş kabul görmüştür. Bu nedenle kusurluluğun normatif teorisine de değinilecektir. Aslında her iki teori de birbirini tamamlamaktadır. Kusurluluk ve buna bağlı olarak kınanabilirlik, ceza hukukunun

---

<sup>75</sup>LACEY: s.256

<sup>76</sup> HAFIZOĞULLARI,ÖZEN: Genel Hükümler, s.408, TOROSLU, Nevzat: “**Ceza Hukuku Genel Kısım**”, 12.Baskı, Ankara, 2008, s.351

<sup>77</sup>ALACAKAPTAN: s.150

faile dayanan belirli sabitler çerçevesinde kalmasını sağlayarak adil yargılanma için önemli bir rol oynamaktadırlar.<sup>78</sup>

Psikolojik teori irade özgürlüğü üzerine yapılan tartışmalarla ilk nüvelerini vermiştir. İnsan zihni üzerine felsefi incelemeler yapıldıkça fiili gerçekleştiren insan zihni, failin hareketlerinden yola çıkılarak kasıtlı ve taksirli olmak üzere iki şekilde sınıflandırılmıştır. Yani kusurluluk kendisini kast ve taksir olarak gösterecektir. Kast bir fiilin neticelerinin bilinerek ve istenerek işlenmesidir. Taksir ise genel olarak istenen bir davranışın istenmeyen ve kanunun cezalandırdığı neticelerin meydana gelmesini ifade eder. O halde kusurluluk en başta isteme unsurunu barındırdığından fail ve netice arasında iradi bir nedensellik bağıdır.<sup>79</sup> Böylelikle bu görüşte kast ve taksir failin zihninin yansıması olduğu sonucunda birleşir. Dolayısıyla kusurluluk failde aranır.<sup>80</sup>

Psikolojik teori bazı tenkitlere uğramıştır. Taksirde failin dikkat ve ihtimam göstermesinde iradesi söz konusu olduğu kadar, bir değer hükmü verilerek gerçekleşen neticenin ortalama bir insan tarafından öngörülebilir olup olmadığı üzerinde bir yargıda da bulunulması gerekmektedir. Diğer taraftan sadece psikolojik durum göz önüne alınırsa eğer meşru müdafaa halinde bulunan kimsenin de kastla hareket ettiğinin söylenebileceği eleştirisi getirilmiştir.<sup>81</sup>

Kusurluluğun normatif teorisinde ise kusurluluğun belirlenmesinde failin iradesinden çok ihlal edilen norm dikkate alınmaktadır. Çünkü kusurluluğu teşkil ededen irade hukuka aykırı bir fiil işleme bilincinin yol açtığı bir itaatsizlik halini

---

<sup>78</sup>VON HIRSCH, ASHWORTH: “**Proportionate The Sentencing**”, USA, 2005, s.20

<sup>79</sup>DÖNMEZER, ERMAN: (1974), Cilt.2, s.218

<sup>80</sup>EREM, Faruk: “**Türk Ceza Hukuku**”, 10.Baskı, Ankara, 1976, s.474

<sup>81</sup>DÖNMEZER, ERMAN: (1974), Cilt.2, s. 219

oluşturmaktadır.<sup>82</sup> Faile kanun tarafından yüklenen bir ödev vardır ve ödevde aykırı gelinmedikçe bir fiili taksirli veya kasıtlı saymaya imkân bulunmamaktadır. Böylelikle kusur, normatif anlayışta bir normla failin iradesi arasındaki bir çatışma ilişkisi halini almaktadır.<sup>83</sup> Madem bu kusurlu irade itaatsiz yani hukuka aykırı iradedir, kusurluluğun oluşumunda failin uymadığı yükümlülük ve ödevlerden hareket edilecektir. Kant'ın ve Hegel'in hukuka aykırılık, cezalandırma gibi konular üzerine belirttikleri düşünceler bu görüşün filizlenmesine yol açmıştır. Zaten bu teori, bilindiği gibi Almanya'da doğmuş ve orada egemenliğini sürdürmektedir.<sup>84</sup>

Kusurluluğun normcu anlayışına bağlı olarak istenemezlik ilkesi ortaya çıkmıştır. Bu ilkeye göre iradenin oluşum sürecini bozan istisnai dış koşulların varlığı halinde, failden hukuken uygun bir davranışta bulunması beklenilemeyeceğinden faili kınamak mümkün olmayacaktır.<sup>85</sup> Fail kınanamadığından kusurlu da sayılmayacaktır. Yani isnat yeteneğine sahip olan, kusurluluğun psikolojik anlayışına göre kasıtlı hareket eden birinin iradesi normal şartların eseri değilse kınanamayacak ve kusurlu sayılmayacaktır. Bu durumun en güzel örneği ileride de değinileceği gibi manevi cebir halidir. Gerçekten de bir görüşe göre kusurluluk normatif olarak değerlendirilen psikolojik bir koşuldur.<sup>86</sup>

Eğer sadece normatif görüş kabul edilirse, hukuka aykırılık unsurunun manevi unsurun içinde değerlendirilmiş olacağı, salt psikolojik anlayış kabul edilirse kast ve taksirin aynı esasa dayandırılmasının zor olabileceği gözlemlenebilir.<sup>87</sup> Fiilin

---

<sup>82</sup>DÖNMEZER, ERMAN: “**Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**”, Cilt.2, İstanbul, 1974, s.220

<sup>83</sup>HAFIZOĞULLARI, ÖZEN:“**Genel Hükümler**”, (2010), s.268

<sup>84</sup>HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, “**Genel Hükümler**”, (2010), s. 222

<sup>85</sup>HAFIZOĞULLARI:“**Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi**”, AÜHD, C.57, S.3, Ankara, 2009, s.340

<sup>86</sup>HAFIZOĞULLARI: İstenemezlik İlkesi, s.345

<sup>87</sup>DÖNMEZER/ERMAN:“**Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**”, Cilt..2, İstanbul, 1974, s.222

psişik davranışa isnat edilebilmesi gerekir. Ama aynı zamanda bu psişik davranışın, failin yükümlü olduklarından farklı bir irade tezahürü olmasının kınanabilmesi sonucunda kasıtlı veya taksirli olduğu değerlendirilebileceğinden, her iki teorinin de birbirini tamamladığı ileri sürülmüştür.<sup>88</sup> Böylelikle kusurluluk suçta tipikleştirilen maddi fiili doğuran iradenin ödeve aykırı davranışı olarak düşünülebilmektedir.<sup>89</sup>

## 2)MAZERET NEDENLERİ

Kusurluluğu kaldıran nedenlere genel olarak mazeret nedenleri denmektedir. Gerçekten de mazeret, TDK Sözlüğüne göre bir kusurun hoş görülmesini sağlayan sebep olarak ifade edilmektedir.<sup>90</sup> Bu nedenle hukuka uygunluk nedenlerinde fiilin hukuka aykırılığının reddi mazeret nedenlerinde ise hukuka aykırı fiilin mazur görüldüğünü söylemek mazeret kelimesinin günlük dildeki kullanımıyla örtüşmektedir.<sup>91</sup>

Mazur görmekle affetmek arasındaki farka da değinmemiz gerekir. Eğer birini mazur gördüğümüzü söylüyorsak bu bilhassa o kişinin davranışta bulunmasına neden olan durumlar üzerine söylenmiş olacaktır. Affetmek ise sadece affedeni ilgilendiren bir durumdur.<sup>92</sup>

Erem, kusurluluğun hukuka uygunluktan önce geldiği ve bu nedenle mazeret nedenleri başlığı altında hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu kaldıran

---

<sup>88</sup>HAFIZOĞULLARI, ÖZEN:“Genel Hükümler”, (2010), s.268

<sup>89</sup>HAFIZOĞULLARI: İstenemezlik İlkesi, s. 340

<sup>90</sup>[www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr), Erişim Tarihi: 06.03.2011

<sup>91</sup>KINGSLEY, Jessica:“**Psychiatric Aspects of Justification, Excuse and Mitigation The Jurisprudence of Mental Abnormality in Anglo-American Criminal Law**”, 2000, s.22

<sup>92</sup>HORDER: s43

nedenlerin bir arada sayılması görüşündedir.<sup>93</sup> Hukuka uygunluk nedenleri ile mazeret nedenleri arasındaki en temel fark kendini cümle yapılarındaki farklılıkta gösterir. Hukuka uygunluk nedeni altında hareket eden kimse “Ben yanlış bir şey yapamadım.”ifadesini kullanacaktır. Yani en başından beri davranışı etik olarak yanlış veyahut hukuken bakıldığında hukuka aykırı değildir. Mazeret nedeni altında hareket eden kimse “Yapmışsam bile bu benim hatam değildi.”ifadesini kullanabilir<sup>94</sup> Bu durumda fiilin etik olarak yanlış olduğu ama fiilini iradi veya kasıtlı gerçekleştirmediğini anlatmak isteyecektir. Gerçekten de kusurluluğun karma yapısına göre; ödeve aykırı davranışın belirlenebilmesi için ilk önce bir fiilin kanunen tipikleştirilip suç sayılması gerekmektedir. Bundan dolayı genellikle kusurluluğu kaldıran bir nedeni herhangi bir hukuka uygunluk nedeni olmadığında aramak durumunda kalırız.<sup>95</sup> Erem’e göre ise kusurluluğu kaldıran nedenlere mazeret nedenleri denilmektedir ve kusurluluk hukuka aykırılıktan önce gelmektedir<sup>96</sup>

Tüm çağdaş hukuk sistemlerinde, gerek Anglosakson hukukunda gerekse de Kıta Avrupa’sı hukukunda zaten hali hazırda mazeret nedenleri( excusing conditions, notstands) ve hukuka uygunluk nedenleri (Justifications, Rechtfertigungsgründe) ayrımı yapılmıştır ve bu ayırmadan hareketle suçun unsurları, ülkeden ülkeye, dörtlü, beşli veya daha fazla ayrıma tabi tutulabilmiştir.<sup>97</sup>

---

<sup>93</sup>EREM,Faruk: “**Türk Ceza Hukuku**”, 10.Baskı, Ankara, 1974, s.4

<sup>94</sup>WESTEN,Peter: “An Attitudinal Theory of Excuse, Law And Philosophy”, **Law and Philosophy**, 25, 2006, s.373

<sup>95</sup>BARON, Marcia: “Is Justification (Somehow) Prior To Excuse? A Reply To Douglas Husak”, *Law and Philosophy*, 24, 2005, s.599

<sup>96</sup>EREM: s.1

<sup>97</sup>FLETCHER: s.52

Mazeret nedenlerini, ruh hastalığı gibi failin bazı özelliklerinin kendisini diğer yetişkinlerden ayrı kılarak hukuka uygun davranmasını engellemesi ve cebir gibi belirli dışsal durumlar altında olağanüstü baskı altında kalan failin hukuka aykırı hareket etmesi dışında imkânı kalmamasına göre ikiye ayıran görüşler vardır.<sup>98</sup>Doktrin deyse, isnat yeteneğini kusurluluğun ön şartı sayanlar mazeret nedenleri ile kusurluluğu kaldıran nedenler ayrımına gidilebilmektedir. Mazeret nedeni ile kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler arasında ayrıma gidilmesindeki düşüncelerden biri de mazeret nedenleri söz konusu olduğunda kişi hakkında herhangi bir tedbir uygulanmaması ama kusurluluğu kaldıran nedenlerde kişi hakkında tedbir uygulanabilmesidir.<sup>99</sup>Bu görüş sahiplerine göre kaçınılmaz yasak hatası, isnat yeteneğinin olmaması halleri kusurluluğu kaldırmaktadır. İsnat yeteneğini failin bir özelliği olarak aldığımızdan bu görüşe katılamamaktayız. Bu bakımdan mazeret nedenleri ifadesinin kusurluluğu kaldıran nedenleri belirttiğini düşünüyoruz.

Hart'a göre sözleşmelerin iptaline ve suçların mazur görülmesine yol açan durumların: 1-bireye geleceğini, kullanacağı seçeneklerle belirleme imkânı vererek seçtiği yasal düzenlemelerin hukukun zorlayıcı yönü ile etkili olmasını sağlar, 2-bireye geleceği tahmin etme avantajı vererek, geri kalan hayatını kendi iradesi doğrultusunda güven ve belirlilik içinde geçirmesini sağlar.<sup>100</sup> Böylelikle, mazeret nedenleri özel hukukta sözleşmelerin iptal nedenleri ile aralarında kıyas kurularak da açıklanabilir. Gerçekten de, taraflardan biri mümeyyiz değilse, önemli bir hataya düşmüşse, tehdit ve şiddete maruz kalmışsa yaptığı sözleşmeler geçersiz

---

<sup>98</sup>BARON, Marcia: "Excuses Excuses", **Criminal Law and Philosophy**, S.1, 2007, s.23

<sup>99</sup>ÖZGENÇ, İzzet: "**Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler**", Ankara, 2009, s. 379

<sup>100</sup>HART: s.45

kalacaktır.<sup>101</sup> Bu bağlamda ceza hukukunda, kendisinin neden olmadığı, başka türlü kaçınıp kurtulamayacağı, ağır ve muhakkak bir şiddet ve tehdit altında olan ya da haklarına yönelmiş aynı nitelikte bir tehlike karşısında olan kişi, mazeret nedenlerine dayanarak kendisini koruyabilecektir.

Mazeret nedenleri hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğunda aranacaktır. Çünkü mazeret nedenlerine söz konusu olan fiiller haksızlık niteliklerini korurken, hukuka uygunluk nedeni söz konusu olduğunda fiil izin verilmiş, yani haksız olmayan bir fiildir.<sup>102</sup> Bu bağlamda fail kusurlu sayılmadığında bu failin fiiline direnen veya ona iştirak edenleri etkileyemeyeceğinden, kusurluluğu kaldıran nedenler aktörün şahsına aittir ve böylece üçüncü tarafın yükümlülüklerini ve haklarını etkilemez.<sup>103</sup> Gene de çoğu durumda hukuka uygunluk nedenleri kusurluluğu kaldıran nedenler ceza sorumluluğunu azaltan nedenler arasındaki fark zannedildiği kadar belirgin değildir.<sup>104</sup> Hukuka uygunluk nedenlerinin vatandaşlara yönelik mazeret nedenlerinin ise daha çok yargı erkine yönelik düzenlemelerdir.<sup>105</sup>

Türk Hukukunda, kusurluluğu kaldıran ve azaltan nedenler: Manevi Cebir (TCK m.28), Haksız Tahrik(TCK m. 29), Hata(TCK m. 30) olarak ele alınabilir. Alman hukukunda kusurluluğu kaldıran ve azaltan nedenler: kusurluluğu kaldıran zaruret hali, meşru savunmanın sınırlarının şaşkınlık, korku ve telaş nedeniyle aşılması, emrin icrasıdır.<sup>106</sup> İçtihatlarla dayanan Anglosakson hukukunda ise, manevi

---

<sup>101</sup>HART: s.34

<sup>102</sup>HUSAK: Douglas: “On The Supposed Priority of Justification To Excuse”, **Law and Philosophy**, S.24, 2005 s.563

<sup>103</sup>BAKIRCIOĞLU, Önder: “The Contours of The Right to Self-Defence: Is the Requirement of Imminence Merely A Translator For The Concept Of Necessity”,**The Journal Of Criminal Law**, S. 72, 2008, s.135

<sup>104</sup>HART: s.144

<sup>105</sup>DUFF: ibid. s.50

<sup>106</sup>JESCHECK,Hans: “**Alman Ceza Hukukuna Giriş**”, İstanbul, 2007, s.41

cebir, hata ve kusurluluğu kaldıran zorunluluk hali ve koşulların zorlaması durumunda kalktığı düşünölmektedir.

### **C)MADDİ UNSUR, MANEVİ UNSUR VE HUKUKA AYKIRILIK AYRIMININ FELSEFİ TEMELLERİ**

Başlangıçta suç maddi ve manevi unsur olarak ikili ayrıma tabi tutulurken 18.Yüzyıldan sonra hukuka aykırılık ayrı bir unsur olarak bugünkü haliyle ortaya çıkmıştır.<sup>107</sup> Suçun üçlü ayrımının bir kaynağının, Kant'ın iki tane deniz kazazedesi denizcinin hayatta kalmak ve denizdeki tek bir kalasa sahip olma mücadeleleri üzerine yaptığı açıklayıcı senaryosu olduğu söylenmektedir. Bu senaryo kendinden sonra gelenler tarafından beğeniyle karşılanmış, Alman ceza hukuku teorisi hukuka aykırılık ile mazeret nedenleri arasında Kant ile birlikte ayrıma gitmiştir.<sup>108</sup>

Kant, Ahlak Metafiziği adlı eserinde: “Herhangi bir ceza kanunu yoktur ki gemi kazası geçirmiş birine kendi hayatını kurtarmak için, hayatı eşit derecede tehlikede olan başka birini, hayatını kurtaran tahtadan itmesi nedeniyle ölüm cezası versin. Bu durumda kanunun ceza tehdidi bu kişinin kendi can kaybından daha büyük değildir. Bu çeşit bir ceza kanunu, bunu yapmaya kastetmiş olanı etkileyemez çünkü hala kesin olmayan kötölük tehdidi(mahkemenin ölüm hükmü) kesin olan kötölüğe(boğulma) ağır basmamaktadır. Bundan dolayı birinin hayatının şiddet

---

<sup>107</sup>ZAFER, Hamide: “**Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ders Kitabı**”, İstanbul, 2007, s.207

<sup>108</sup>FLETCHER: s.49

yoluyla kurtarması halinde o kişi suçsuz olarak değerlendirilemez ama aynı zamanda cezalandırılmaz da ve değişik bir karşılıkla hukukçu bu öznel cezadan muaf olma halini objektif cezadan muaf olma halinden ayırt etmelidir. Zorunluluk hali için bir deyiş zorunluluk kanun tanımaz demektedir. Hiçbir zorunluluk olamaz ki bir ihlali hukuka uygun hale getirebilsin.”<sup>109</sup> yorumuyla üçlü ayırımın oluşmasında önemli bir düşünsel temel atmıştır.

Böylelikle maddi ve manevi unsurun yanı sıra karşımıza hukuka aykırılık unsuru çıkmıştır. Kant böylelikle cezalandırmayı etik prensiplere dayandırır ve insanın seçim yapabilme, sorumluluk alabilme, tutkudan çok prensiplere hareket edebilme özelliği gösteren rasyonel yanını esas almaktadır.<sup>110</sup> Kant a göre insana ahlaki görevleri akıl yükler. Bu nedenle ihlal edilmiş bir görev kuralının ahlaken zorunlu bir yeniden kuruluşu başlı başına bir iyilik olacağından cezanın kendisi bir araç değil amaçtır.<sup>111</sup> Kant’ın düşüncesine göre suçluyu cezalandırmak mutlak ve kategorik bir zorunluluktur.<sup>112</sup> Kant, görüldüğü üzere failerin görev kuralını ihlal edip etmemekteki seçimlerini esas almaktadır. Bu durumda suç işleyen bir kişinin fiili, bulunduğu koşullar altında başka türlü davranma imkânına sahip değilse mazur görülecektir.

Beccaria ve Bentham’ın faydacı görüşlerinden yola çıkan Anglosaksonlara göreyse ceza tersine bir amaç değil araçtır.<sup>113</sup> Bu nedenle suçlama dağıtılmalı ve

---

<sup>109</sup>KANT, Immanuel: “**The Metaphysics of Morals**”, USA, 2003, s.28

<sup>110</sup>EASTON, Susan, PİPER, Christine: “**Sentencing And Punishment, The Quest For Justice**”, 2008, s. 51

<sup>111</sup>DÖNEMEZER, ERMAN: “**Nazari Tatbiki Ceza Hukuku**”, C. 1, 5. Bası, İstanbul, 1974, s.58

<sup>112</sup>ÖZEN: “**Meşru Müdafaa**”, Ankara, 1995, s. 34

<sup>113</sup> Kıta Avrupa’sı Hukuku bu anlamda, Bentham ve Beccaria’nın faydacı felsefelerinden yola çıkan ve cezayı, failin suçtan elde ettiği faydanın karşılığı olarak gören düşünceden ayrılmıştır. Böylece Anglosakson Hukukunun faydacı(utilitarist) anlayışına karşın kıta Avrupa’sı Kant ve Hegel’de düşünsel temellerini bulan cezalandırıcı(retributivist) anlayışı benimsemiştir.

böylelikle mazeretle en faydacı biçimde ödüllendirmelidir.<sup>114</sup> Beccaria cezayı sosyal yarara bağlamıştır. Onu takip eden Bentham bu görüşü matematik bir şekilde izah eder. İnsanın, zevk ve elem arasından hangisinin kendisine maksimum faydayı vereceği üzerinde hesapta bulunarak hareket ettiğini ileri sürmüştür. Bu nedenle, tüm ceza değerinin tüm zevk değerinden fazla olması, cezanın caydırıcı olmasına neden olacaktır der.<sup>115</sup>

Kant'dan sonra ise Jhering, Kant'ın değindiği noktaya özel hukukta değinmiş, başkasının malını yanlışlıkla sahiplenenin fiilinin hukuka aykırı olduğunu ama kusurlu olmadığını söylemiş ve böylelikle Kant ve kendisinden sonra Alman hukukçular hukuka aykırılığı haksız fiil ile eşdeğer görmeye başlamışlardır.<sup>116</sup>

Hegel ise, normları ihlal eden her olumsuz iradenin kendi olumsuzlamasını beraberinde getirdiğini, bunun da ceza olduğunu ifade etmektedir.<sup>117</sup> Hegel'e göre hareket rasyonel bir varlık olan insanın bir devinimidir. Diyalektik bakış açısından çıkan hakların çatışma teorisi de Hegel'e dayanmakta ve Alman ceza hukukun temel felsefi olmaktadır.<sup>118</sup> Bu bağlamda Hegel'in düşüncesine göre her haksız saldırı hakkın inkarıdır ve savunma ise hakkı inkar eden saldırının ret ve inkarı olarak hakkın doğrulanmasını sağlayacaktır.<sup>119</sup>

Yukarıdaki görüşler hukuka aykırılığı kusurluluktan önce gelen üçüncü bir unsur olarak ele almamızın yararlı olabileceğini göstermektedir. Çünkü suçun unsuları sayılırken, onu oluşturan tüm koşullara unsur adının verebileceği

---

<sup>114</sup>GORR, Miceheal: "Duress and Culpability", **Criminal Justice Ethics**, 2000, Summer/Fall, s.6

<sup>115</sup>DÖNEMEZER, ERMAN: (1976), C.2, s. 57

<sup>116</sup>FLETCHER: s.49

<sup>117</sup>HEGEL, Georg H. W.: "**The Philosophy of Right**", USA, 2008, s.38

<sup>118</sup>KOCA, ÜZÜLMEZ: "**Ceza Hukuku, Genel Hükümler**", 2.Baskı, Ankara, 2009, s.369

<sup>119</sup>ÖZEN: "**Meşru Müdafaa**", Ankara, 1995, s.37

görüŖünden hareketle, maddi ve manevi unsurlar tamamlanmış olsalar bile, eğer hukuka uygun iseler bir eylemin suç sayılmayacağı göz önüne alınmalıdır.

Ek olarak hukuka uygunluk nedenlerinin sadece ceza hukukunda bulanmayıŖı karşısında hukuka aykırılığı ayrı bir unsur olarak değerlendirmek gerekir.<sup>120</sup> Buradan yola çıkarak, kusurluluğu kaldıran nedenlerin faile, hukuka uygunluk nedenlerinin fiile yönelik ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler olduğu da doktrinde çoğu düşünür tarafından dile getirilmiştir.<sup>121</sup> Bu açıdan kiŖinin hareketinin kendi değerlendirmesinden ayrı bir Ŗekilde hukuken haklı veya haksız olarak değerlendirilmesi mümkündür.<sup>122</sup>

#### **D)HUKUKA AYKIRILIK VE HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ**

Bir fiilin hangi durumda hukuka uygunluk nedeni içinde değerlendirileceği, ne zaman failin fiilini iŖlerken kusurlu sayılmayacağı tartıŖmalı bir konudur. Eski Türk Ceza Kanunda manevi cebir, hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali içinde değerlendiriliyordu. Gerçekten de manevi cebir durumunda failin hukuku uygunluk nedeni altında hareket edip etmediği tartıŖmalıdır ve yukarıda değindiğimiz hususa güzel bir örnek teŖkil etmektedir. Bir banka memuru, ölüm tehdidi altında kasadaki paraları verse eyleminin hukuka uygun olduğu söylenebilir mi sorusu karşımıza çıkmaktadır. Hatta ileride de görüleceği gibi kimi düşünür, manevi cebrin kusurluluğu kaldırdığını kabul etmelerine rağmen, manevi cebrin belirlenmesini menfaatler arasında değerlendirme prensibine dayandırmışlar ve manevi cebir altında

---

<sup>120</sup>ALACAKAPTAN, Uğur: s.96

<sup>121</sup>BARON, Marcia: "Is Justification (Somehow) Prior To Excuse? A Reply To Douglas Husak", **Law And Philosophy**, 2005, S.24, s601

<sup>122</sup>ÖZEN:"**MeŖru Müdafaa**", s.94

bulunan failin fiillerinde ölçülülük aramışlardır. Bu düşünüş hangi aşamada fiilin hukuka uygun ve hangi aşamada failin kusursuz sayılacağı durumlar arasındaki sınırı muğlaklaştırmaktadır. Tüm durumlar manevi cebrin suç genel teorisi içindeki yerinin net bir şekilde anlaşılabilmesi için hukuka aykırılık kavramına ve hukuka uygun nedenlerine değinmeyi zorunlu kılmaktadır.

### 1)Hukuka Aykırılık

Hukuka aykırılık beşeri fiille hukuk normu arasındaki çatışmayı tanımlar.<sup>123</sup> Bir fiilin suç sayılması aynı zamanda o fiil hakkında hukuku inkâr ettiği yönünde bir değer hükmünün verilmesi demektir ve böylece fiil ile hukuk karşı karşıya gelmektedir.<sup>124</sup> Sonuç olarak hukuka aykırılık yasada tanımlanan maddi ve manevi unsurları tamamlanmış bir eylemin bütün hukuk düzeni ile çatışma hali içinde bulunmasıdır.<sup>125</sup> Tersî düşüncede olanlar da vardır. Bu düşüncede olanlara göremüeyyidelerin çeşitliliği davranış kurlarının çeşitliliğini de göstermekte ve fiilin yasa koyucu tarafından farklı boyutları ile değerlendirilip yaptırıma bağlandığı gözlemlenebilmektedir.<sup>126</sup>Bu nedenle bütün hukuk düzeni ile çatışmanın olamayacağını ileri sürerler.

Hukuka aykırılığın yukarıdaki tanımından anlaşılacağı üzere hukuka aykırılık tektir ve bu aykırılığa neden olan fiil ceza hukukunda tipikleştirdiğinde suç adını

<sup>123</sup>HAFIZOĞULLARI, ÖZEN: Genel Hükümler, s.220

<sup>124</sup>DÖNMEZER,ERMAN: (1974), C.2, s.2

<sup>125</sup>ALACAKAPTAN: s. 95

<sup>126</sup>KATOĞLU:“**Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**”, Ankara, 2003, s.28

almaktadır. Bu yüzden hukuka aykırılığı Almanların “Rechtsgutstheorie” adını verdikleri yasal menfaatler teorisine göre değerlendirmemiz gerekir. Başlıca özelliği ceza hukukunun amacından doğan asli bir kavram olmasıdır ve hayat, ırz, özgürlük gibi kesin yasal hak/menfaatlerin korunması içindir. Bugün için iki amacı vardır birincisi kanunun yorumunda kanun tarafından korunan hangi menfaatin ihlal edildiğinin bulunmasını sağlar. İkinci olarak da ceza hukukunu kısıtlar. Yani ceza hukukun tek amacı menfaat ve hakların korunmasıdır.<sup>127</sup>

## 2)Hukuka Uygunluk Nedenleri

Hukuka uygunluk nedenleri, hukuka aykırılık unsurunu kaldıran, hukuka aykırı olan fiil işlendikten sonra etki yaparak fiili ceza kanununun amacıyla uyumlu hale getiren ve fiilin aslında hukuka uygun doğduğunu ifade eden tüm sebeplere denir.<sup>128</sup>

Hukuka uygunluk nedenleri amaçları gereği olağandışı şartlarda işlenen fiilin uygunluğuna odaklanırken, mazeret nedenleri somut olaylarda failin kınanabilirliğinin altını çizerek, faile ahlaki bir izin bahşeder, hukuku çiğnemesini hoş gören yasal bir mazeret verir ve böylece fail cezalandırılmayı hak etmez.<sup>129</sup> Hukuka uygunluk durumunda yapılan hareket kanunda belirtilen tipik özellikleri

---

<sup>127</sup>LAUTERWEIN, Carl Constantin: “**The Limits Of Criminal Law A Comparative Analysis of Approaches to Legal Theorizing**”, 2010, s.8

<sup>128</sup>DÖNMEZER,ERMAN: (1974), C.2 s.20

<sup>129</sup>BAKIRCIOĞLU: s.135

göstermekte ama haksızlık unsurunu kaybetmektedir.<sup>130</sup> Bu nedenle hukuka uygunluk nedenlerinin karakteristiği daima değerler arasında karşılaştırma yapılmasını gerektirmeleridir. Bu bağlamda menfaatler dengesi kuramı sadece hukuka uygunluk nedenlerinin esasını açıklamakta ve kanunda bulunmayan hukuka uygunluk nedenleri bulunmasına yardımcı olacak ölçütler sunmaktadır.<sup>131</sup> Bazen bu karşılaştırma kötülükler arasında en az kötüsünün (zarar) bulunmasında kendini gösterir. Anglosakson ceza hukuku doktrini hukuka uygunluk nedenlerini bu nedenle daha büyük bir zarardan kaçmak için daha az olanın seçilmesi olarak düzenlemişlerdir.<sup>132</sup>

Hukuka uygunluk Almanlara göre iki açıdan yapılan değerlendirmeye tabidir. Birinci değerlendirme menfaatlerin mevki farkı göz önüne alınır. İkincisi ise yapılan hareketin sosyal ahlaki anlamıdır. Bu nedenle sadece değeri olduğu gibi koruyan bir hareket olması aranmamakta aynı zamanda ölçülü de olması gerekmektedir.<sup>133</sup> Birinin hayatının başka birinin hayatına göre değerlendirmek asla hukuka uygunluk nedeni oluşturamaz. Daha değerli olan veya daha az değerli olan karşılaştırması kadar insan hayatlarının sayısının karşılaştırılması aynı ölçüde Alman hukukunda kabul edilemez.<sup>134</sup>

Büyük ve daha önemli bir şeyi kurtarmak için küçük ve daha önemsiz bir şeyin feda edilmesi durumunda (örnek olarak bir kimsenin hayatını kurtarmak için

---

<sup>130</sup>KEÇELİOĞLU, Elvan: “Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK’nin Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları”, **TBB Dergisi**, S. 87, 2010 s.301

<sup>131</sup>KATOĞLU: s.56

<sup>132</sup>DENNIS: “On Necessity As A Defence To Crime: Possibilities, Problems and The Limits of Justification and Excuse”, **Criminal Law and Philosophy**, S.3, 2009, s. 32

<sup>133</sup>JESCHECK: s.36

<sup>134</sup>LAUTERWEIN: s.36

başkasının mülkiyetine zarar verme gibi) suç aramak haksız görünmektedir.<sup>135</sup> Bu bağlamda ihlal edilen menfaatin değeri belirli suç tiplerine göre incelenebilir. Böylece normatif ve dolayısıyla objektif bir ölçüt kullanılmış olacaktır. Ayrıca bu tip durumlarda failin fiili ile toplumun çıkarları çatışma halinde olmadığı da söylenebilir.<sup>136</sup>

Gerek yukarıda sayılan hususlar ışığında gerekse etik bir noktadan bakılığında insanlar her zaman hukuka uygun olanı mazur görülene tercih edeceklerdir. Bu mazeret nedenlerini hukuka uygunluk nedenlerine göre daha aşağı bir konuma koymaya yetecektir.<sup>137</sup> Bu yüzden hukuka uygunluk nedeni kavramı failin fiili ile bu fiili ile gerçekleştirilmeye çalıştığı değerler arasındaki araçsal ilişkiyi göz önüne alır. Bu nedenle toplum daha az zararın veya daha yüksek menfaatin seçilmesi aşamasında bunu ahlaki olarak da doğru bulur. Bunu toplum destekleyecektir.<sup>138</sup>

Mazeret nedenleri ile hukuka uygunluk nedenleri son kertede aynı işlevi görmektedirler. Her ikisinde de fail ceza sorumluluğu kaldırılmaktadır. Biri bunu kınanabilirliği ortadan kaldırarak yaparken diğeri fiilin haksızlığını ortadan kaldırmaktadır.<sup>139</sup> Bu nedenle geleneksel Anglosakson hukuku, mazeret nedenleri ile hukuka uygunluk nedenleri arasında keskin bir ayrıma gerek görmemiş, bunları

---

<sup>135</sup>MAJNO:“**Ceza Kanunu Şerhi**”, Cilt:1, Ankara, 1977, s.221

<sup>136</sup>ALACAKAPTAN: s.98

<sup>137</sup>HUSAK:“On The Supposed Priority Of Justification To Excuse”, **Law and Philosophy**, S.24, 2005, s.561

<sup>138</sup>DENNIS: “On Necessity As A Defence To Crime: Possibilities, Problems and The Limits of Justification and Excuse”, **Criminal Law and Philosophy**, S.3, 2009, s.33

<sup>139</sup>HUSAK: On The Supposed Priority Of Justification To Excuse, **Criminal Law and Philosophy**, 2005, s.569

“savunmalar” başlığı altında toplamıştır.<sup>140</sup> Anglosakson doktrinde bazı düşünürler bir haksız fiilin en baştan itibaren hukuka uygun hale getirilemeyeceğini savunmaktadırlar. Çünkü zorunlu olarak yapılan kötülükler, kötülüğü kötülükle yok ettiklerinden hukuka uygun sayılmaktan çok mazur görülebilir niteliktedirler.<sup>141</sup>

Anglosakson ülkelerinde mazeret nedenleri ile hukuka uygunluk nedenlerinin birbirilerine somut olaylar üzerindeki yakınlığı karar alınırken bazı çatışmalara yol açmaktadır. Manevi cebir hakkındaki tartışmalar da bu paraleldedir. Bir kişi zorunluluk hali altında birinin vücut bütünlüğünü ihlal ettiğinde bu mazeret nedeni sayılırken, başka bir kişinin aç kalan çocuğunu kurtarmak için ilaç çalması, kötülük çocuğunun canı karşısında küçük bir ihlal olarak değerlendirildiğinden hukuka uygun olarak nitelendirilmektedir.<sup>142</sup> Aslında yukarıda bahsedilenler ışığında bakıldığında burada bir çatışma yoktur. İleride zorunluluk hali ve manevi cebir ilişkisi bahsinde de göreceğimiz gibi eğer ihlal edilen menfaat korunan menfaatten daha aşağıdaysa hukuka uygunluk nedeni varsayılabılır. Ölümcül yara alan kişinin hastaneye yetiştirilirken trafik kurallarının ihlal edilmesi bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Bu durumda yaralıyı hastaneye kaldıran kişinin fiilini ya hukuka uygun kabul etmemiz ya da mazur görmemiz gerekir. Birinci durumda suçun hiç oluşmadığı failin beraat ettiğine karar verilecektir. Bu şüphesiz tazminat hukuku da göz önüne alındığında failin daha lehinedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki hukuka uygunluk nedeni içinde hareket eden faile karşı meşru müdafaada bulunulmayacak ve diğer şahıslar failin fiiline iştirak edebileceklerdir. İkinci durumda ise suçu işlediğinde

---

<sup>140</sup>EIDAM, Lutz: “Review Essay – Facilitating a Comparative Analysis of Criminal Law: Volker Krey’s Bilingual Textbook on German Criminal Law”, **German Law Journal**, C.5, S.9, 2004, s.1180

<sup>141</sup>HAKSAR, Vinit: “Necessary Evil: Justification, Excuse or Pardon?”, **Criminal Law and Philosophy**, Springer, s.2

<sup>142</sup>HAKSAR, Vinit: A.g.e, s.11

karar kılınacak ama sadece mazur görülerek ceza verilmeyecektir. Bunun yanında failin fiiline karşı savunmada bulunulabileceği ve fiile iştirak edilemeyecektir. Hukuka uygunlu nedeni olan zorunluluk halinin belli bazı durumlarda niteliği gereği daha yararlı sonuçlar verdiği açıktır.

Her somut olayın kendi özelliklerine ve söz konusu menfaatlere göre kusurluluğu kaldıran bir nedenin mi yoksa hukuka uygunluk nedeninin mi olduğu belirlenecektir. İşte bu geçişlilik dolayısıyla ki ileride göreceğimiz gibi Almanlar kusurluluğu kaldıran zorunluluk hali ile hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali ayırımına gitmişlerdir. Manevi cebri ve istenemezlik ilkesini kusurluluğu kaldıran zorunluluk hali çerçevesinde değerlendirmişlerdir. Aslında hem hukuka uygunluk nedenleri hem de mazeret nedenleri son noktada pozitif hukuka dayanmaktadırlar. Çünkü bir ülkedeki mazeret olarak görülen neden başka bir ülkenin yasalarında hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilebilmektedir.<sup>143</sup>

Anglosakson kaynaklı içtihat hukukunun doktrininde ise böyle bir ayırım hala tartışma konusu olup ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir.<sup>144</sup> Genel olarak hukuka uygunluk nedeni ve mazeret nedeni olan zorunluluk hali üzerinde tartışmaların yargı yerleri tarafından yapıldığı hatta böyle bir ayırma gidildiği söylenebilir.<sup>145</sup> Bu doğrultuda rıza da sorumluluğu kaldıran bir neden olarak kabul edilmektedir.

Son olarak bir örnek de olması açısından, bir hukuka uygunluk nedeni olan meşru müdafadaki kişiye yönelen haksız saldırının oluşturduğu tehlikenin,

---

<sup>143</sup>HUSAK: "On The Supposed Priority Of Justification To Excuse", **Law and Philosophy**, S.24, 2005, s.585

<sup>144</sup>FLETCHER: s.53

<sup>145</sup>FLETCHER: s.54

kusurluluğu kaldıran zorunluluk halindeki tehlikeyle karıştırılmaması gereğini vurgulamak istiyoruz. Hukuka uygunluk nedenlerinin kendilerine has özellikleri gereği meşru müdafadaki ile kusurluluğu kaldıran nedenlerdeki tehlike farklı şekillerde ele alınmalıdır. Çünkü kusurluluğu kaldıran nedenlerde tehlike öznel olarak sanığın kendi savlarına dayanmaktadır. Bu nedenle Buna karşılık, bazı düşünürler, herhangi bir saldırının bile, saldırıya uğrayanı korku ve heyecana sevk edeceğinden, manevi cebir oluşturabileceğini öne sürmüşler ve meşru müdafaa halinde kişinin kusurlu davranmış sayılmayacağını belirtmişlerdir.<sup>146</sup>Şüphesiz vurguladığımız bu husus tüm hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluluğu kaldıran nedenle için geçerli bir tartışma olup, birbirleri arasındaki sınırların ne kadar geçişken olduğunu göstermek açısından güzel bir örnektir. Bu aynı şekilde haksız tahrik için de geçerlidir. Ama haksız tahrik ceza sorumluluğunu azaltırken buna karşın manevi cebir eğer kanıtlanırsa fail için ceza sorumluluğunun kalkmasına neden olacaktır.

TCK'da, hukuka uygunluk nedenleri, Kanun Hükmünü ve Amirin Emri İfa (TCK m. 24), Meşru Savunma ve Zorunluluk Hali (TCK m. 25), Hakkın Kullanılması ve İlgilinin Rızası (TCK m.26), madde başlıkları altında düzenlenmiştir.<sup>147</sup> Ama bunun yanında Alman doktrinin etkisindeki kanun koyucu, CMK 223.maddesiyle zorunluluk hali durumunda ceza verilmesine yer olmadığı hükmünü getirerek bu hali kusurluluğu kaldıran bir neden olarak düzenlemiştir.

---

<sup>146</sup>ÖZEN: Meşru Müdafaa, (1995), s.32

<sup>147</sup>GÜNGÖR, Devrim:“**Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata**”, Ankara, 2007, s.62

Alman hukukunda hukuka uygunluk nedenleri, meşru müdafaa, hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk halidir.<sup>148</sup>

Sonuç olarak, zaruret, zorunluluk, zorlama halinin biçimlerinin hukuka aykırılık ve kusurluk arasındaki geçişken bir alanda değerlendirilebildiği görülebilir. Bu noktada kanun koyucunun “zorunluluk hali” ile istenemezlik ilkesinin esasını oluşturan “zorlama hallerini” birbirine karıştırdığı eleştirisi getirilmiştir.<sup>149</sup> Biz kanunun açık olmayan düzenlemesi karşısında 25/2. maddede düzenlenmiş olan zorunluluk halinin hukuka uygunluk nedeni olduğu savunuyoruz. Çünkü üçüncü kişi lehine olabildiği için 25/2. Maddede düzenlenen zorunluluk halinin esasını değerler çatışması veya düşüncesi oluşturmaktadır.<sup>150</sup>

---

<sup>148</sup>JESCHECK: s.33

<sup>149</sup>HAFIZOĞULLARI/ÖZEN: Genel Hükümler, s.324

<sup>150</sup>HAFIZOĞULLARI: İstenemezlik İlkesi, s.367

## İKİNCİ BÖLÜM

### CEZA SORUMLULUĞUNU KALDIRAN BİR NEDEN OLARAK MADDİ VE MANEVİ CEBİR

#### İ.MADDİ VE MANEVİ CEBİR KAVRAMLARININ TARİHSEL KÖKENİ VE HUKUKUN GENEL TEORİSİ İÇİNDEKİ YERİ

Cebrin antik bir hukuk kavramı olduğu söylenebilir. Hukuk tarihine baktığımızda hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu kaldıran nedenler gibi birçok ayırımının başlarda mevcut olmadığını görüyoruz. Ama zorunluluk ve zorlama kavramları antik dönemlerden beri mevcuttur. Zorunluluk ve zorlama kelimeleri günümüz hukukçularının antik dünyadan aldıkları çok eski kavramlardır. Bu iki kavram yüzyıllar önce Aristo tarafından hukuki düzlemde ele alınmış ve hukuk doktrinlerini yüzyıllar boyunca etkilemiştir.<sup>151</sup>

Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerin kıstasları ile ilgili ilkel kaynaklardan biri Aristoteles'in Nikomakhos' Etik adlı yapıtında karşımıza çıkmaktadır.<sup>152</sup> Aristoteles bu yapıtında, "Erdemin duygulanımlarla ve eylemlerle ilgili olduğuna ve isteyerek yapılanlarda övgüler ile yergiler, istemeyerek yapılanlarda ise başıslama, hatta kimi kez acıma söz konusu olduğuna bakılırsa, 'isteyerek' ve 'istemeyerek' yapılanı belirlemek, erdem konusunda araştırma yapanlar bakımından herhalde gereklidir; yasa koyanlar için de ödüllendirme ve ceza verme konusunda yararlıdır. Zorla ya da bilgisizlik nedeniyle yapılanlar istemeyerek yapılmış gibi görünüyor. Başlangıcı, yapanın ya da maruz kalanın hiç payı olmadan

---

<sup>151</sup>HALL, Jerome: "General Principles of Criminal Law", Second Edition, USA, 2005 s.419

<sup>152</sup>FLETCHER: s.8 vd.

yapılan ‘zorla yapılan’dır; sözgelimi bir insanın rüzgâr ya da onu elinde tutanlar tarafında bir yere sürüklenmesi gibi. Daha büyük kötülükler korkusundan ya da iyi bir şey için yapılanların ise – örneğin bir tiran çocuklarını ya da ana babasını elinde tuttuğu birine zorla kötü bir şey yapmasını emrederse veya ve bunu yaptığı takdirde kurtulacaklarsa, yapmadığı takdirde ise öldürüleceklerse, böyle bir şeyin - isteyerek mi yoksa istemeyerek mi yaptığı tartışmalı.” demektedir.<sup>153</sup> Bu örnekten de anlaşılacağı üzere Aristoteles kişinin zihinsel süreçlerinin derinine inmemektedir. Failin hukuken kınanabilirliği de değerlendirilmemektedir. Aristo’nun görüşüne göre fail, ancak kendi fiili nedeniyle haklı olarak suçlanabildiğinde cezalandırılabilir ve bunun için hareketinin iradi olması gerekir.<sup>154</sup> Dikkat edilirse burada sadece salt failin iradesine odaklanıldığı, kast ve taksir diye bir ayrıma gidilmediği görülecektir. Aristoteles’e göre sorumluluk şahsın karakteriyle(irade şahsın karakterini yansıttığından) alakalıydı ve bu irade kendini kişinin davranışlarında belli ediyordu. Kişi davranışları onun karakterini göstermiyorsa mazur görülecektir.<sup>155</sup> Bu nedenle uzun yıllar Aristo mantığının hâkim olduğu Kilise’de ve onun Kanonik Hukukunda ceza sorumluluğunun derecelendirilmesi yoluna gidilmediği söylenebilir. Kanonik Hukukta ve Roma Hukukunda cebir altında işlenen suçtan dolayı da failin sorumluluğu aranmamıştır.<sup>156</sup>

Ayrıca belirtmek gerekir ki, Aristo için zorunluluk iki şekilde ortaya çıkıyordu. Birincisi mutlak şekilde ikincisi görelidir. Aristo ya göre mutlak zorlama ebedi bir olguydu ve bu yüzden bir şeyin kendi doğasından kaynaklanıyor,

---

<sup>153</sup>ARISTOTELES:“**Nikomakhos’a Etik**”, Ankara, 2007, s.44

<sup>154</sup>FLETCHER: s.9

<sup>155</sup>GORR:“**Duress and Culpability**”, Criminal Justice Ethics, C.3, S.16, 2000, s.6

<sup>156</sup>GÜLŞEN, Recep: “**Ceza Hukukunda Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit**”, Ankara, 2007, s.133

başka bir şekilde olmalarını engelliyordu. Göreli zorlamada ise bir şey başka bir şeyin sonucu olduğu ölçüde zorunlu sayılıyordu.<sup>157</sup> Bu nedenle doğa kanunlarının Aristo tarafından mutlak ve ebedi zorlama kavramı içine sokulduğu söylenebilir. Hukukta tartıştığımız her türlü zorlama hali ise olası zorlama kavramının içine girdiği ve göreli nitelik taşıdığı düşünülebilir.

Özel hukukta maddi ve manevi cebir Borçlar Kanunda düzenlenmektedir. Yeni Borçlar Kanunu, İrade Bozuklukları başlığı altında 37.maddesinde korkutulan kişinin korkutma etkisiyle sözleşme yapması durumunda sözleşmeyle bağlı olmadığını düzenlemiştir. Borçlar Kanunu 38.maddesinde ise korkutmanın şartlarını belirtmiştir. Bu maddeye göre korkutulanın, kendisinin veya yakınlarının kişilik haklarına veya malvarlıklarına yönelik ağır ve yakın bir zarar tehlikesinin varlığına inanmakta haklı olması aranmıştır.

Burada iptal sebebi olan korkutma, kişinin sözleşmeyi yapmasının dayatılması için yöneltilen tehditlerin bir sonucudur. Korkutma halinde sakatlık irade beyanında değil iradenin kendisindedir.<sup>158</sup> Aynı tehdit altında suçu işleyen suçu işlerken kasıtlı hareket etmesi gibi burada da kişi ne beyanda bulunduğu farkındadır, kendi isteği dâhilinde açıklamıştır. Ama iradesi hür karar ve düşüncesinin sonucu meydana gelmemiştir.<sup>159</sup> Çünkü ikrah, tehdit edilen kimsenin iradesini bütünüyle yok etmemiş ama az veya çok bu iradeye etki etmiştir.<sup>160</sup>

Bu yüzden Hart, kıyas yaparak kusurluluğu kaldıran nedenleri hediyeler, evlilikler ve sözleşmeler gibi medeni hukuk işlemlerinin iptal nedenlerine

---

<sup>157</sup> HALL, Jerome: “**General Principles of Criminal Law**”, Second Edition, USA, 2005, s.419

<sup>158</sup> EREN, Fikret: “**Borçlar Hukuku**”, 8.Baskı, İstanbul, 2003, s.363

<sup>159</sup> EREN, Fikret: s.364

<sup>160</sup> VON TUHR, Andreas: “**Borçlar Hukuku**”, Cilt:1-2, Ankara, 1983, s.394

benzetmektedir.<sup>161</sup> Gerçekten de genel anlamda kusurluluğu kaldıran nedenler ve tikel anlamda cebir, roma hukukunda geçen “coactus voluit” sözleşmelerin iptal edilebilirliğine benzemektedir.<sup>162</sup> Yani burada manevi cebir altında ileri sürülen beyan kabul edilir.<sup>163</sup> Fakat iradesinin eseri bu beyan anormal şartlar neticesinde verildiğinden beyanın kendisi batıl olmasa da sahibini bağlamayacaktır.<sup>164</sup> Dikkatle bakılırsa bu kıyasın temelinde sözleşmeyi yapacak, suçu veya haksız fiili işleyecek kişinin iradesinin yansıyış şekli çok doğuşu dikkate alınmakta ve iradenin sağlıklı oluşması aranmaktadır ki kişi söz konusu fiillerinden sorumlu tutulabilsin.

Von Tuhr maddi şiddet terimine yer vermekte ve “vis compulsiva” olarak sınıflandırmaktadır.<sup>165</sup> Bu bağlamda eğer korkutulan sözleşmeyi maddi cebir altında yapmış ise hem sözleşme iradesinin hem de gerçek bir irade beyanın mevcut olmaması nedeniyle uyumsuzluk meydana gelir ve sözleşme hiç kurulmamış sayılır.<sup>166</sup>

İdare hukukunda ise cebir kavramı kendisini idarenin kendi kararlarını dış âleme aktardığı cebri icra yetkisinde göstermektedir. Burada idarenin zorlamayla kişi özgürlüklerini kısıtlayıp icra yetkisini kullanışı söz konusudur. Bu nedenle bu yetki, Anayasa'nın 13.maddesi göz önüne alınarak kullanılmalı, kanunda öngörülmüş olmalı, ölçülü olmalı, hakkın özüne dokunmamalı, kamu yararına ve toplumun

---

<sup>161</sup>HART: s.29

<sup>162</sup>WILLIAMS, Glanville: “**Criminal Law, General Part**”, USA, 1998, s. 751

<sup>163</sup> “Tehdit ile istemiş olsam da gene de istemiş olurum.”bkz. VON TUHR: s.298

<sup>164</sup>VON TUHR: s.298

<sup>165</sup>VON TUHR: s.298

<sup>166</sup>EREN: s.364

gereklerine aykırı olamamalıdır.<sup>167</sup> Olmaya bir yetkiyle cebir uygulanması, uygulayan kamu görevlisi açısından cebir kullanma suçunu oluşturabilecektir.

## II. MADDİ VE MANEVİ CEBİR KAVRAMLARI VE TCK'DA CEBİR KAVRAMININ DÜZENLENİŞİ

Ceza sorumluluğunu kaldıran maddi ve manevi cebir, TCK'nın 28. maddesinde: "*Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hâllerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır*" hükmüyle düzenlenmiştir.

Burada şiddet ve tehdit yoluyla kişinin zorlanarak belli bir suç işlemeye mecbur edilmesi söz konusudur.

Doktrinde zorlamanın etkisine göre, maddi cebire şiddet, manevi cebire ise tehdit denilmektedir.<sup>168</sup> Bunun nedeni şiddetin fiziki bir zorlama olduğundan maddi dünyada etkisini göstermesi, tehdidin ise psişik bir zorlama içerdiğinden insanın manevi dünyasına etki etmesidir. Şiddet için fiziki zorlama (vis physica) terimi de kullanılmaktadır.

Bu ayrımın yanında, zorlamanın kişinin iradesi üzerindeki gücüne göre Roma Hukukundan hareketle ikili bir ayrıma gidilmektedir. Kişinin iradesinin mutlak olarak ortadan kalktığı durumlar için mutlak kuvvet (vis absoluta) ve kişinin iradesinin tam olarak ortadan kalkmadığı durumlar için ise itici veya zorlayıcı kuvvet

<sup>167</sup>GÖZLER, Kemal: "**İdare Hukuku**", 6.Baskı, Bursa, 2007, s.378 vd.

<sup>168</sup>HAFIZOĞULLARI, ÖZEN: "**Ceza Hukuku, Genel Hükümler**", Ankara, 2010, s.324

(vis compulsiva) ayırımına gidilmektedir.<sup>169</sup> Korkutma ve tehditte kişinin iradesi bütünüyle ortadan kalkmamış sadece zorlanmış, yani ifsat edilmiş olduğundan “vis compulsiva” cebir türüne girmektedir.<sup>170</sup>

Tüm bu ayırım ve tanımlara rağmen cebrin kanunda tam bir kavramsal tanımlaması yapılmamıştır. 28.maddenin “vis compulsiva” ve “vis absoluta” adlı cebir türlerinden hangisi düzenlediği açık değildir.<sup>171</sup> Hatta bu nedenle tehdit ve şiddet yollarına zorlama hallerinin aynı madde içinde düzenlenmesi, sonuçları iki farklı ceza sorumluluğunu kaldıran nedenin karıştırıldığı düşüncelerini beraberinde getirmektedir.<sup>172</sup>

28.madde, “*Cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit*” başlığını taşımaktadır. Bu başlığın düzenleniş biçimi üzerinde tartışmalar doğmuştur. Bu tartışmalar, öncelikle cebrin yukarıda bahsettiğimiz yanlış kullanımından kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte başlığın düzenlenişinin de bu tartışmalarda büyük katkısı olduğu yadsınamaz. Doktrinde eğer cebir şiddet ise şiddet kelimesi bir daha neden kullanıldığı tartışılmaktadır. Ağırlıklı görüş cebir kelimesinin fiziki gücü ifade ettiği yönündedir. Buna rağmen cebir kelimesi değişik biçimlerde tanımlanmıştır ve hemen her yazarın ayrı bir tanım ileri sürdüğü bilinmektedir.<sup>173</sup> Bu nedenle kelimenin etimolojik kökenlerine ve günlük dildeki kullanımına inilmesi gerekmektedir. Maddenin bu düzenlenmesinden kaynaklanan ikinci soru ise korkutma ve tehdidin neden bir arada kullanıldığı yönündedir. Bu sorunların çözülebilmesi korkutma ve tehdidin farklarının belirlenmesine dayanmaktadır.

---

<sup>169</sup>GÜLŞEN:, s.33

<sup>170</sup>ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA: (2009), s.512

<sup>171</sup>YAŞAR, Osman: “**Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**”, C.1, Ankara, 2010, s.729

<sup>172</sup>HAFIZOĞULLARI, ÖZEN: Genel Hükümler, s.324

<sup>173</sup>CİHAN, Erol:“**Cebir Kullanma Cürümü**”, İstanbul, 1978, s.63

Cebir (TCK md. 108) ve Tehdit (TCK md.106) başlıkları altında Ceza Kanununun özel hükümlerinde iki suç düzenlenmiştir. Bu iki maddede bir kişinin hürriyetinin kısıtlanarak tehdit ve şiddet yoluyla bir şey yapmaya veya yapamamaya zorlanması düzenlenmiştir. 28.maddede ise bir kişiye şiddet ve tehdit yoluyla suç işletilmesi düzenlenmiştir.

## A.CEBİR VE ŞİDDET KAVRAMLARI

Doktrinde ve kanun koyucuda genel kabul gören görüş cebir kavramının şiddet kavramı ile eş anlamlı olduğu ve bu nedenle fiziki zorlama niteliği taşıdığı yönündedir.<sup>174</sup> Ceza kanununun sistematigi ele alındığında doktrinde ve kanun yapıcının kafasında “cebir” teriminin şiddetle aynı anlama geldiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle, cebir eğer fiziki güç uygulamaksa şiddet kavramına ayrıca gerek olmadığı bu nedenle pekiştirme unsuru olarak değerlendirilebileceği savunulmuştur.<sup>175</sup>

Türk Dil Kurumu'nun Büyük Türkçe Sözlüğünde Arapça kökenli bir sözcük olan cebir, “zor” ve “zorlayış” anlamlarına gelmektedir.<sup>176</sup> Buradan “cebir” kelimesinin Türkçe karşılığında doğrudan fiziki zorlayışın ifade edildiği sonucu çıkartılamamaktadır. 765 sayılı Ceza Kanununun, İtalyan doktrinin etkisiyle maddi ve manevi cebir kavramlarını kullanmış olduğu ileri sürülmektedir.<sup>177</sup> “Cebir”in yani zorlamanın burada ortak kelime olduğu söylenebilir. Cebirin sadece şiddet anlamını

<sup>174</sup>ÖZGENÇ, İzzet: “Gazi Şerhi”, 2.Bası, Ankara, 2005, s.408

<sup>175</sup>YAŞAR, Osman: “Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu”, C.1, Ankara, 2010, s.729

<sup>176</sup>“Türk Dil Kurumu Terimler Sözlüğü”:<http://tdkterim.gov.tr/bts/>, Erişim Tarihi: 06.03.2011

<sup>177</sup>ÖZGENÇ, İzzet: “Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler”, 4.Bası, Ankara, 2009, s.373

içermesi, manevi cebir kavramında kullanıldığında çelişkili olacaktır. Veyahut manevi cebir bu durumda aynı zamanda psikolojik şiddet manasına geleceğinden, şiddeti kanunda ve doktrinde anlaşılanın tersine sadece fiziki bir olgu olarak algılamamız gerekecektir

Bu nedenle cebir kavramının hem doktrin hem de kanun koyucu tarafından sadece fiziki zorlamaya indirgenmesinin kavram karışıklığına yol açabileceği düşünülebilir. Cebirin tam karşılığı zorlamadır. Bu nedenle cebir ya da Türkçe ifadesi ile zorlama hem tehdit suretiyle zorlamayı hem de fiziki zorlamayı içeren bir üst kavram olarak düşünülebilir. Buradan hareketle kanun koyucu “şiddet suretiyle zorlama” veya “tehdit suretiyle zorlama” olarak düzenleme yapabilir ve olası karışıklıkların önüne geçebilirdi. Veyahut daha kısa kavramlar kullanılması isteniyorsa fiziki zorlama ve tehditle zorlama kavramları kullanılabilirdi. Böylelikle günümüz Türkçesi ile kanunun dili de uyumlu olabileceği de düşünülebilir. Kanunun ise zorlama ve şiddet kavramlarıyla fiziki zorlamayı ifade etmek istediğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu eski kanundaki tanımıyla maddi cebirdir.

Özgenç cebri şiddetle eş anlamlı düşünerek, kişinin halen hissedebileceği tecavüz ve kötülük karşısında cebir altında bulunduğu, tehditte ise bu kötülüğün ileride meydana geleceğini söylemektedir.<sup>178</sup> Bu tanım şiddetin korkutmayla karıştırılmasına yol açabilir.

---

<sup>178</sup>ÖZGENÇ: Genel Hükümler, s.376

Kısacası şiddet karşı konulamaz fiziki bir gücü ifade eder ve maddi cebre karşılık gelir. Bir çeki veya mektubu zorla imzalatmak gibi örnekler verilebilir. Kişinin her türlü anlamda seçme imkânı ortadan kaldırılmıştır.<sup>179</sup>

Cebrin tam karşılığı zorlamadır. Bu yüzden cebrin bir üst kavram niteliğini taşıması gerekmektedir. Çünkü tehdide ve şiddete bir kişiyi belirli bir fiil işlemeye zorlamak amacıyla başvurulmaktadır. Bu nedenlerle kanun koyucunun şiddet suretiyle zorlama veya tehdit suretiyle zorlama olarak düzenleme yapması ve doktrinde de bu şekilde anlaşılması gerekir. Veyahut daha kısa kavramlar kullanılması isteniyorsa fiziki zorlama ve tehditle zorlama kavramları kullanılabilir. Böylece günümüz Türkçesi ile kanunun dili uyumlu olacaktır. Biz çalışma boyunca, cebrin üst kavram olduğu görüşünden hareketle zorlama veya cebir kavramlarını konun akışına göre kimi zaman maddi cebir kimi zaman da manevi cebir yerine kullanacağız.

## **B.KORKUTMA VE TEHDİT KAVRAMLARI**

Aynı şiddet ve cebir gibi korkutma ve tehdit kavramları da aynı başlık altında düzenlenmiştir. Bu kavramlarının neden aynı başlık altında düzenlendiği ve farklarının ne olduğunun belirlenmesi gerekir. Doktrinde bu soruya verilen cevapların ilki her tehdidin bir korkutma barındırdığı ve aslında aralarında bir farkın olmadığı yönündedir<sup>180</sup> Bu görüşe göre her tehdit korkutmaya yol açtığından aslında

---

<sup>179</sup>TOROSLU:“**Ceza Hukuku Genel Kısım**”,Ankara, 2008, s.214

<sup>180</sup>ÖZGENÇ: Gazi Şerhi, s.408

korkutma ve tehdit aynı anlamda kullanılabilir.<sup>181</sup> Korkutmada da kişi iradesini katlanma yönünde kullanabilir. Doktrinde tehdit ile korkutma arasındaki fark için tehditte zarar tehlikesinin geleceğe yönelik olduğu, korkutmada ise bu tehlikenin halen mevcut olduğu, tehditteyse zararın gerçekleşmediği ama olasılık dâhilinde bulunduğu genel kabul gören bir görüştür.<sup>182</sup> Tehditteyse söz konusu tehdit ileriki bir zamanda gerçekleşmesi muhakkak olan tehlikeyi ifade etmekte ve böylelikle tehdit mağduruna gözdağı verilmektedir.<sup>183</sup> Ayrıca, kanun düzenlenirken “ikrah” kelimesi yerine korkutma kelimesinin koyulduğu belirtilmektedir ve korkutmanın tehdidin sonucu olduğundan bu iki kavramı bir arada kullanmanın doğru olmadığı görüşü ileri sürülmektedir.<sup>184</sup> İkrah ise TDK Büyük Türkçe Sözlükte tikslenme, isteği dışında bir şeyi yaptırma, korkutma olarak tanımlanmaktadır. Bu terim 818 sayılı Borçlar Kanunda 29.ve 30.maddelerinde kullanılmaktadır. Ama Ceza Kanunu ikrah yerine Türkçe olan korkutma kelimesini tercih ettiğinden sadece korkutma ve tehdit arasındaki farklara değineceğiz.

Tehditle ileride görüleceği gibi zorlamada bulunmak için bir önerme yani cümle yapısı kullanmak gerekmektedir. Bu önerme kişiyi suç işlemeye veya suç işlemezse kendisine yöneltilecek zararlarla ilgili olmak üzere iki seçenekle karşı karşıya bırakır. Ya bu kervanı güdersin ya bu diyardan gidersin özdeyişinde olduğu gibi. Dikkat edileceği üzere bu özdeyiş de korkutma unsuru içermektedir. Ama tehdit önermeleri kullanmadan da kişide korku duygusu uyandırmak mümkündür. Bir kişinin evine kurukafalardan oluşan resimler gönderilmesi, bir kişiye karşı pala

---

<sup>181</sup>HAKERİ, Hakan: “**Ceza Hukuku Genel Hükümler**”, 7.Baskı, Ankara, 2008, s.189

<sup>182</sup>DEMİRBAŞ, Timur: “**Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**”, 6.Baskı, Ankara, 2010, s.399; ÖZBEK, Et al, s. 395; DÖNMEZER, ERMAN: s.340

<sup>183</sup>HAFIZOĞULLARI, ÖZEN: “**Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler**”, 2. Basım, Ankara, s.165

<sup>184</sup>ÖZGENÇ: Gazi Şerhi, s.375

sallandırılması, silah çekilmesi gibi davranışlarla bir kişi korkutulabilir. Tabi ki burada da tehdit vardır. Bu nedenle kanımızca korkutma tehditten ayrı olmayıp onun bir ortaya çıkış biçimidir.

Hatta bazen tehdit sadece korkutmak için yapılır ki zaten TCK'nın 106.maddesi kapsamında suç sayılmıştır. Kanun, cebir suçunu düzenlediği 108.maddesinde “bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisine yapması için müsaade etmesi” ifadesini kullanmaktadır. Aynı ifade tehdit suçu için de düzenlenmemiştir. Demek ki tehdit bu saik olmadan da yapılabilir. Sadece korkutmak için yapılan tehditte tehdit edenler, tehdit ettikleri kişiyi belirli bir fiilde bulunmaya zorlamamaktadır. Burada amaç tehdit edilen kişinin iradesini zorlamaktan çok, intikam veya nefret hisleri ile onu manevi açıdan rahatsız ve huzursuz etmektedir. Ünlü siyasetçilerin ve yazarların görüşlerinden dolayı telefonla tehdit alması gibi örnekler verilebilir. Çocuklarına dikkat et cümlesinin telefonda söylenmesi gibi.

Bu açıdan korkutmanın dolaylı tehdiye vurgu yaptığını da düşünebiliriz. Yargıtay bir kararında dolaylı tehditten bahsederek: “*Dolaylı tehdiye örnek olarak; telefon, mektup, telgraf, gazete, herhangi bir işaret veya kişi aracılığıyla yapılan tehdidi gösterebiliriz. Bu tür dolaylı bir tehdidin mağdur üzerinde, doğrudan doğruya yapılan tehdiye göre daha ağır kapsamlı ve devamlı bir korku ve panik yaratacağı doğaldır.*” görüşünü dile getirmiştir.<sup>185</sup> Bu konuda güzel bir örnek,

---

<sup>185</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu E.1994/6-4 K.1994/31 7.2.1994

günlerce susuz bırakılan bir kimseye kendisinden istenilen suçu işlemesi halinde su içebileceğinin bildirilmesidir.<sup>186</sup>

Ceza sorumluluğunu kaldıran tehditte ya (x) yaparsın ya da (y) olur gibi ikili bir önerme bulunduğundan, korkutmada tehditten farklı olarak, kişiye doğrudan herhangi bir önerme yöneltilmeden de sırf fiillerle kişi üzerinde korku yaratılabilir. Yani kişi sırf sözlerle değil fiziksel varlığı üzerinde doğrudan etki doğurmayan eylemlerle de tehdit edilebilir ve sonucunda iradesi zorlanabilir. Bu yüzden doktrinde yukarıda belirtildiği gibi, birçok kişi korkutmanın halen var olan bir tehlikeyi ifade ettiğini düşünmektedirler. Buna örnek olarak bir polis memurunun düzenli olarak soruşturmasını yaptığı çete elemanları tarafından takip edilmesi, çocuklarıyla ilgili fotoğrafların ofisine gönderilmesi gibi durumlar örnek olarak gösterilebilir. Burada polis çocuklarının ve eşinin tehlike altında oluşunu düşünerek görevini ihmal etse 28.madde hükmü karşısında kusurlu görülmeyecektir. Bu nedenle korkutma fiili bir durumu ifade edebilir. Bu noktada kişi, bir fiili veya fiilleri işlemesi için zorlanmakta ve bu amaçla korkutulmaktadır. Bu nedenle ceza sorumluluğunu kaldıran tehditle korkutma birbirinden ayrılamaz iki kavramdır. Her tehdit korkutucudur ve korkutmak maksadıyla yapılır. Sonucunda kişi korkutulmak suretiyle zorlanır. Kanunun 28.maddede fazladan korkutma kavramını kullandığı söylenebilir.

Gerçekten de her tehdit korkutmayı içermektedir. Ama tehdit içeren bir cümle kullanılmadan da bir insan korkutulabilir. Bir kişinin evine ölüm temalı kartpostallar yollamak gibi. Aslında burada korkutma, kişiyi belirli bir eyleme zorladığından tehdidin davranışlarla yapılan bir türü haline gelmektedir. Yani korkutma ve tehdit arasında bu iki kavramı hukuken birbirinde ayıracak kadar önemli bir fark

---

<sup>186</sup>ÖZTÜRK, Bahri: “**Ceza ve Emniyet Tedbirleri Hukuku**”, 3.Bası, Ankara, 1994, s.232

bulunmamaktadır. Yine de Türkçenin tarihsel süreçleri içerisinde korkutma ve tehdit diye iki farklı sözcüğün ortaya çıkarılıp kullanıldığı ve buna da belirli ihtiyaçlara yol açan farklılıklar nedeniyle olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

### **C. CEBRİN, UYGULANAN KUVVETE GÖRE ZORLAYICI KUVVET (VİS COMPULSİVA) VE MUTLAK KUVVET(VİS ABSOLUTA) OLARAK AYRIMI**

Şiddet ve tehdidin zorlamanın şiddetine göre ayrıma tutulmasının kökenleri Roma Hukukuna dayanmaktadır. Gülşen, eziyet çektirilmenin, dövülmenin fiziki bir vasıta olduğundan hareketle, bu durumda da kişinin iradesinin tam kalkmayacağı ama zorlanabileceği görüşünden yola çıkarak, şiddetin yani maddi cebrin bazı durumlarda “vis compulsiva” olarak ortaya çıkacağını ileri sürmektedir. Dönmezer ise, bir kimsenin aç bırakılması durumunda kendisini korumak için bir suç işleyebileceğini ama bu durumun gene de maddi cebir halinden farklı olduğunu öne sürmektedir. Çünkü fail aç kalmanın acısını hissetse de gene de açlığa katlanma olanağına sahiptir. Bu nedenle Dönmezer, failin seçeneklerinin tümüyle kalkmadıkça maddi cebrin oluşmayacağını tercih olanağı buldukça ikrahın var olacağını söylemektedir.<sup>187</sup>

Şiddetin her zaman maddi cebir, maddi cebrin ise “vis absoluta” olarak düşünülmesi gerektiğini düşünüyoruz. Doktrinde zorlayıcı nitelikte olduğu öne sürülen fiziki zorlama, aslında maddi vasıtalar ile kişinin iradesi üzerine etki edilmesidir. Bu nedenle zorlayıcı nitelik taşıyan fiziki zorlamalar etkilerini kişinin

---

<sup>187</sup>DÖNMEZER, ERMAN: C.2, s. 340 vd.

manevi süreçlerine yaptıklarından manevi cebir kavramının içine girmektedirler. Manevi cebir ise her durumda “vis compulsiva” nitelik taşır. Doktrinde kabul gören görüşe göre bir varsayımda bulunmak, kanunun maddi cebri, yani mutlak zorlamayı düzenlemediği sonucunu ortaya çıkarır. Böylelikle, mutlak zorlamanın, kendisine benzeyen, mücbir sebep, beklenmeyen hal ve kaza gibi kanunda düzenlenmediği ve kanun koyucunun bu halleri birbirine karıştırdığı sonucu çıkmaktadır.<sup>188</sup> Buna karşılık, Gülşen’in kendisi de dâhil olmak üzere kendisiyle benzer görüşlerin sahipleri “Vis absoluta” türü cebrin 28.madde kapsamında değerlendirilmeli görüşünde olanlar da vardır.<sup>189</sup> 28.madde düzenlenen cebrin mutlak kuvvet anlamında fiziki cebir de olduğu görüşünü savunanlar da mevcuttur.<sup>190</sup>

Sonuç olarak, bir kişinin eziyet edilerek, işkence edilerek, aç bırakılarak, dövülerek zorlanması fiziki vasıtalar kullanılarak manevi cebirde bulunulmasıdır. Manevi cebirde kişi üzerinde nisbi bir kuvvet “vis compulsiva” uygulanmaktadır. Çünkü her ne kadar zorlansa da bir kişinin iradesi mevcuttur. Maddi cebirde ise kişinin üzerinde uygulanan kuvvet, mutlak “vis absoluta” niteliktedir. Kişi hareketleri üzerindeki hâkimiyetini kaybederek soyut bir araç haline gelmektedir. Bu bakımdan iradi olmayan fiil ile zorlama arasındaki tek fark kullanılan zorlamanın çeşididir.<sup>191</sup> Bu gruplandırmalarda vasitalardan çok zorlamanın etki ettiği yer ve gücü dikkate alınmalıdır. Zaten hali hazırda vasitalardan yola çıkarak zorlama için, şiddet ve tehdit ayırım yapılmaktadır.

---

<sup>188</sup>HAFIZOĞULLARI, ÖZEN: Genel Hükümler, s. 324

<sup>189</sup>KOCA, ÜZÜLMEZ: s. 300; GÜLŞEN: s.139

<sup>190</sup>HAKERİ: s.204

<sup>191</sup>HART: s.144

Doktrinde çoğunlukla şiddet ve tehdidin kusurluluğu kaldırdığı düşüncesi hakimdir.<sup>192</sup> Maddi cebir halinde ise kişinin üzerinde mutlak bir kuvvet uygulandığı için artık hareket ettirilen kendi hareketlerinin sahibi olmamaktadır. Hareket ettirenin, yani cebir uygulananın aracı haline gelmektedir. Bu nedendir ki konun daha iyi anlaşılması açısından cebrin mutlak kuvvetle uygulandığı maddi cebre değinilmesi ve bu noktadan sonra manevi cebrin açıklanmasına geçilmesi uygun olacaktır.

İnsan hürriyetini biçimlendiren iki ana farklı düşüncenin olduğu göz ardı edilmemelidir. Bunlar hareket özgürlüğü ve seçim özgürlüğüdür.<sup>193</sup> Bunlardan maddi cebrin hareket özgürlüğü ile bağlantılı olduğu, manevi cebrin ise seçim özgürlüğü ile ilişkili olduğu söylenebilir.

### III.MADDİ CEBİR(ŞİDDET)

#### A.MADDİ CEBİR KAVRAMI

Cebir kavramının hukuki kökenlerini Aristo'nun Nikomakhos'a Etik'teki zorlama bahsine kadar uzanmaktadır. Aristo, bu eserinde, cebir konusunda, eğer, faili hareket ettirmek için faile dışarıdan karşı koyamayacağı ve oluşmasında hiçbir

---

<sup>192</sup>HAFIZOĞULLARI, ÖZEN: “**Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**”, s.315,324; ÖNDER:“**Ceza Hukuku Dersleri**”, İstanbul, 1992, s.342, CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT:“**Türk Ceza Hukukuna Giriş**”; 4.Bası, İstanbul, s.423, BAYRAKTAR:“**Suç İşlemeye Tahrik Cürmü**”, İstanbul, 1977,s.31-32;ERSOY:“**Ceza Hukuku Genel Hükümler**” s.110-111;İÇEL, Kayıhan, Et al:“**Suç Teorisi**”, 2. Kitap, 3.Bası, İstanbul, 2004 s.278,ÖZGENÇ:“**Türk Ceza Hukuku**”, s.375

<sup>193</sup>GORR: ibid. s.7

katkısı olmayan bir kuvvet uygulanıyorsa, ya failin eylemi açısından maddi nedensellik kesileceğini ya da failin seçimde bulunma imkânını kısıtlanacağını belirtmiştir.<sup>194</sup> İşte maddi cebirde failin hareketleri dışarıdan uygulanan bir kuvvetin etkisiyle kısıtladığından fail hareketleri üzerinde kontrol imkânını kaybetmektedir. İradesini dışarı yansıtamayacağından failinin nedeni olmaktan çıkmaktadır. Maddi cebire örnek olarak başkası tarafından bir yere itilmeyi veyahut atılmayı, başka birinin kolumuzu ve elimizi tutarak bir belgeye imza atmaya zorlamasını veya aynı şekilde tetiği çekmeye bizi mecbur bırakması gibi sadece zorlayanın aracı haline gelinen durumlar verilebilir.<sup>195</sup> Yani maddi cebir örneklerden de anlaşılacağı üzere failin tüm seçim yani hareket imkânlarını kaldıran karşı konulamaz fiziki bir gücü ifade etmektedir.<sup>196</sup> Bu fiziki güce maruz bırakılan adeta esir alınmaktadır.<sup>197</sup>

Maddi cebrin fiziki enerjiyi içeren şeyler üzerinden de işlenebileceği söylenmektedir. Bir yardım arabasının telinin kopartılarak çalışamaz duruma getirilmesi, hayati tehlike altında olan bir kişinin kurtarılması için kullanılacak bir araca zarar vererek kullanılamaz hale getirmek örnek olarak gösterilmektedir.<sup>198</sup>

Bunun yanında doktrinde maddi cebrin “vis compulsiva” nitelikte olabileceğinin savunulduğunu belirtmiştik. Bu nedenle kanundaki düzenlemenin “vis absoluta” olan maddi cebri değil de “vis compulsiva” olan maddi cebri düzenlediğini savunanlar da vardır.<sup>199</sup> Fiziki güç vasıtasıyla birisinin iradesinin zorlanması ayrı, sadece fiziki güçle mağdurun fizyolojisi üzerine etki yapılarak devinimlerini üstün bir kuvvetle kesilmesi ayrıdır. İlkinde failin zorlanmaya

---

<sup>194</sup>HALL: s.419

<sup>195</sup>HALL: s.424

<sup>196</sup>TOROSLU, Nevzat: “**Ceza Hukuku, Genel Kısım**”, Ankara, 2008, s. 214

<sup>197</sup>SOYASLAN, Doğan: “**Ceza Hukuku, Genel Hükümler**”, Ankara, 1998, s. 479

<sup>198</sup>GÜLŞEN:, s.141

<sup>199</sup>HAKERİ: s.204

katlanma veya zorlayanın istediğin yapma seçeneği varken ikincisinde hiçbir seçeneği yoktur. Birinci durumda daha önce de belirttiğimiz gibi maddi vasıtalarla manevi cebir vardır. İkinci durumda ise failin hareketleri, cebir uygulayanın iradesini yansıtmaktadır. Yani zorlayanın uzanan bir eli, aleti ( longa manus) durumundadır.<sup>200</sup> Bu nedenle aşağıda da görüleceği gibi maddi cebrin her zaman “vis absoluta” nitelik taşıdığı görüşünderiz. İşte bu nokta maddi cebir ile tehdidi ayıran noktadır. A B'nin kolunu bükse ve başkasına vurmak için kullansa bu durumda fiziksel zorlama var olup A'nın hareketi üzerinde kontrolü kalmayacaktır. Bu durumda fiil iradi olmamasından dolayı suç teşkil etmeyecektir. Ama tersi şekilde zorunluluk hali ve manevi cebirde failin hareketleri üzerinde kontrolü mevcuttur.<sup>201</sup>

Tehditte, tehdit faili direnemediği bir gücün etkisiyle fiil iradi ve dolayısıyla kasten işlenmekte yani seçim hakkı kısıtlanarak belirli bir fiili işlemeye mecbur bırakılmakta ve bu nedenle de failin içinde bulunduğu durum nedeniyle işlediği fiil mazur görülmektedir.<sup>202</sup> Birinin özgürlüğünden alıkonması ve özgürlüğüne kavuşması için kendisinden hırsızlık yapmasının istenmesi bu bağlamda maddi cebir değil manevi cebir olacaktır.<sup>203</sup> Oysa maddi cebir halinde başka türlü hareket etme yeteneğinden bütünüyle yoksun bırakılmakta ve adeta hareket ettirilmektedir.<sup>204</sup> Bu duruma örnek olarak birinin elinin tutularak zorla bir sözleşmeye imza attırılması verilebilir.

---

<sup>200</sup>TOROSLU: Genel Kısım, s.214

<sup>201</sup>DENNIS: s.35

<sup>202</sup>KOCA, ÜZÜLMEZ: s. 299

<sup>203</sup>SOYASLAN: s.480

<sup>204</sup>DÖNMEZER, ERMAN: C.2 s.340

## B.MADDİ CEBRİN HUKUKİ NİTELĞİNİ AÇIKLAYAN GÖRÜŞLER

### 1. Maddi Cebirin Kusurluluğu Kaldırdığını Savunan Görüşler

Bu görüşleri kusurluluğun normatif teorisi ve psikolojik teorisine göre sınıflandırmamız gerekmektedir.

Normatif teoriyi savunanların görüşünün temelinde failin başka türlü hareket etme imkânının bulunmamasından dolayı kınanamaması yatar. Çünkü failin kusurlu sayılabilmesi için başka türlü davranma imkânı varken haksızlık teşkil eden fiili gerçekleştirmesi gerekmektedir.<sup>205</sup> Bu görüş doğrultusunda sadece maddi cebirin değil mücbir sebep, beklenilmeyen halin de failin başka türlü hareket etme imkânını ve dolayısıyla kusurluluğunu kaldırdığı ileri sürülmüştür. Bu görüşte olanlara göre maddi cebir altındaki kişi başka türlü hareket etme imkânını kaybetmiştir.<sup>206</sup>

Normatif teoriyi savunanlar dışında psikolojik teoriyi savunanlardan da maddi cebirin kusurluluğu kaldırdığını ileri sürenler vardır. Cebir suçla olan psikolojik bağı kaldırdığından fail kınanamayacak ve böylelikle kusurluluk unsuru gerçekleşmemiş olacaktır.<sup>207</sup> Aslında failin hem psikolojik hem de normatif bakış açısından sorumlu tutulamaması ve kusurlu sayılmaması ilk bakışta tutarlı görülebilir. Ama bedeni üzerinde kontrolünü adeta başka birine devretmiş maddi

---

<sup>205</sup>KOCA, ÜZÜLMEZ: s. 299

<sup>206</sup>ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA: s. 511

<sup>207</sup>GÜLŞEN: s.137

cebir failini kusurlu saymamak ve dolayısıyla suç fiilini işlediğini kabul etmek çelişkili bir sonuçtur. Biz bu görüşe katılmıyoruz.

Maddi cebrin kusurluluğu kaldırdığını savunan diğer bir görüşe göre ise kişinin tehlikeliliğinin ve isnat yeteneğinin olmaması nedeniyle kusurlu sayılmaz.<sup>208</sup> Bu görüş isnat yeteneğini kusurluluğun ön şartı olarak kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır. Hâlbuki failin akli melekelerinde bir bozukluk yoktur. Dış şartlar nedeniyle failin isteme kabiliyetini kullanamaması onun bu kabiliyetlerden mahrum olduğu anlamına gelmez. Bu nedenlerle bu görüşe de katılmıyoruz.

Anglosakson hukukunda ise iradi hareket hem failin fiili hem de kusurluluğu açısından değerlendirildiğinden karışıklığa yol açmaktadır. İçtihat hukuku sistemini benimsemiş Amerika'daki hukuk fakültelerinde, eyaletler arası içtihat karışıklığını önleyerek, öğrencilere ceza hukukunu öğretmek amacıyla kullanılan Amerikan Model Ceza Kanununa göre ise iradilik kusurluluğun ön şartıdır.<sup>209</sup> Bu açıdan bakıldığında maddi cebir kusurluluğu kaldıran bir neden olarak kabul edilebilmektedir. Ama Anglosakson hukukunda hukuka uygunluk nedenleri, mazeret nedenleri ve hareket ile sonuç arasında nedenselliği kaldırdığı söylenen nedenlerin hepsi savunmalar(defences) başlığı altında toplandığından pratikte Kıta Avrupası'ndaki bu ayrımların herhangi bir önemi bulunmamaktadır.

TCK'da maddi cebrin hukuki niteliğini net bir şekilde ortaya koyan bir düzenleme maalesef yoktur. Cebir altındaki kişi hakkında ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilmesini düzenleyen CMK'nın 223. Maddesi göz önüne

---

<sup>208</sup>GÜLŞEN: s.137

<sup>209</sup>DENNO, Deborah: "A Mind To Blame: New Views on Involuntary Acts", **Behavioral Sciences and the Law**, S.21, 2003, s.605

alındığında, kanun koyucunun maddi cebri, kusurluluğu kaldıran bir neden olarak tasarladığı görülebilir.

## **2. Maddi Cebirin Uygulanışına Göre Hem İradiliği Hem Kusurluluğu Kaldırdığını Savunan Görüşler**

Doktrinde ağırlıklı olan bu görüştür. Bu görüşe göre maddi cebir, karşı konulmaz mutlak bir fiziki gücün etkisiyle işlendiğinde kişinin fiilinin ortadan kalkması sonucunu doğurur veya kısmi kuvvetle zorlama amacıyla uygulanarak kişinin mevcut iradesinin arzusu doğrultusunda kullanılmasının engellenmesine neden olur. Doğal olarak bu görüş açısından maddi cebir iki türlü nitelik gösterecektir. Maddi cebir uygulanan kuvvete göre mutlak kuvvet “vis absoluta” niteliği gösterdiğinde hareketin iradiliğini, dolayısıyla failin fiilini kaldıracaktır. Zorlayıcı kuvvet “vis compulsiva” niteliğinde olduğu zaman ise kişinin iradesi zorlanarak belirli bir şekilde hareket etmeye mecbur bırakılacaktır ve kusurluluğu ortadan kaldıracaktır.<sup>210</sup> Kanunun düzenlemesi de maddi cebirin genellikle kusurluluğu kaldıran bir neden olduğu düşüncesinin ürünüdür.

Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü maddi cebirle asla zorlayıcı kuvvet uygulanamaz. Daima mutlak kuvvet uygulanması gerekir. Şu örnek varsayımımızın daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır: A, B’ye eziyet etmektedir ve konuşmaz ya da istediklerini yapmazsa işkenceye devam edeceğini söyler. En sonunda B yılgınlık içinde kendisine denilenleri yapar. Gerçekten de B’nin üzerinde fiziki kuvvet uygulanmıştır. Ama fiziki kuvvet bir tehdidin unsurudur. Çünkü B

---

<sup>210</sup>DEMİRBAŞ: s.398; ÖZGENÇ: s. 376; GÜLŞEN: s.135 vd.; KOCA ÜZÜLMEZ: s.300

aslında denilenleri yapmazsa kendisine eziyet edilmeye devam edileceği ve böylelikle vücut bütünlüğünün ihlal edileceği yönünde korkutulmaktadır. Yani bir tehditle karşı karşıya kalmaktadır. Kısacası B işkence eziyet ile korkutulmakta ve böylelikle maddi vasıtalar ile B'ye manevi cebir uygulanmaktadır. Kısacası kişinin maneviyatı üzerine maddi vasıtalar kullanılarak etki edilmektedir. Yukarıdaki durumda açıkça bir korkutma söz konusudur. Maddi cebirde ise korkutma ve kötülüğe katlanma gibi bir seçenek yoktur. Failin hareketleri üzerindeki iradesi tamamıyla ortadan kalkmaktadır.

### **3. Maddi Cebirin Hareketi ve Dolayısıyla Fiili Kaldırdığını Savunan Görüşler**

Fiziksel zorlama altında hareket oluşmaz Çünkü daha üstün bir fiziksel güç hareketin iradiliğini etkilemiştir.<sup>211</sup> Cebre muhatap olan kişi hareket etmemekte ettirilmekte olduğundan, zorlayanın basit bir aracı konumundadır.<sup>212</sup> Bunun nedeni maddi cebirde failin iradesinin yok olması ve davranışının ona ait olmaktan çıkmasıdır.<sup>213</sup> Şahsilik ilkesi faili başkasının fiili için değil kendi fiil için sorumlu tutar. Bu nedenlerle failin kendisine ait bir fiilin olduğu söylenemez. Bu görüşe göre maddi cebir fiili ortadan kaldıran normatif durumlar arasında yer alır.<sup>214</sup>

---

<sup>211</sup>WILLIAMS: s.751

<sup>212</sup>HAFIZOĞULLARI, ÖZEN: Genel Hükümler, s. 315

<sup>213</sup>TOROSLU: Genel Kısım, s.157

<sup>214</sup>GÜLŞEN:, s.135

#### **4. Maddi Cebirin İsnat Yeteneğini ve Tehlikeliliğini Kaldırdığını Savunan Görüş**

Bu görüşe göre failin kusurlu olabilmesi için anlama ve isteme yeteneğinin olması gereğinden hareket eder. Bu görüş açısından failin tehlikeliliği ve isnat yeteneği söz konusu değildir.<sup>215</sup> Çünkü maddi cebir altında bulunan fail istemediği bir hareketi yapmaktadır. Bu görüş kabul edilmemiş ve azınlıkta kalmıştır. Bir defa, bir kimsenin maddi cebir gibi iradeyi kaldıran bir durumun etkisiyle bir fiili meydana getirirken isnat yeteneğinin olması fiilin iradi olarak işlendiği anlamına gelmez.<sup>216</sup> Aynı şekilde maddi cebir altında fiili işleyen kimsenin anlama ve isteme yeteneğini olmadığından da bahsedilemez. Maddi cebir mağduru anlama ve isteme yeteneğine sahiptir. Maddi cebir altında bulunan kişinin anlama ve isteme yeteneği kalkmamakta sadece dış bir gücün etkisiyle iradesi kesilerek vücut hareketleri üzerindeki hâkimiyeti başkasına geçmektedir. Bu bakımdan fiilin iradiliği fail ile işlenen somut fiili arasındaki bağı ifade ederken isnat edilebilirlik failin bir niteliği olarak ortaya çıkar.<sup>217</sup>

#### **5. Kanaatimiz**

Bu konuda kanaatimizi ve görüşümüzü belirtmeden önce irade ve irade özgürlüğü ile ilgili tartışmalara kısaca değinmek zorundayız. Aslında sadece maddi

---

<sup>215</sup>GÜLŞEN: s.137

<sup>216</sup>GÜNGÖR: s.43

<sup>217</sup>GÜNGÖR: s.43

cebrin değil manevi cebrin üzerindeki görüşlerin hem temelleri hem de tarihsel kökenleri irade özgürlüğü üzerine yapılan tartışmalara dayanmaktadır. Aynı zamanda maddi ve manevi cebir ayrımı da daha net ortaya çıkabilir. Böylelikle manevi cebir sonucu etkilenen iradesi nedeniyle failin neden kusurlu sayılmadığını daha rahat anlaşılabilir gibi maddi cebrin hangi unsuru kaldırdığı üzerinde yapılan tartışmalar da açıklık kazanabilir.

Bütün insan davranışları fiziksel biyolojik doğamız gereği sosyal koşullar tarafından sınırlandırılmıştır. Normal şartlarda arzu edilen nesneye ulaşma yeteneği hareket özgürlüğünün başlıca etkenlerinden biridir. Çünkü hiçbirimiz bir okyanusun ortasında kaldığımız veya suyun altında nefes alamadığımız için özgür olmadığımızı hissetmeyiz.<sup>218</sup>

Aristo'nun yukarıda bahsettiğimiz iradi hareketlerin faile yüklenebilmesi savı geleneksel olarak "irade özgürlüğü" kavramı altında incelenmiştir.<sup>219</sup> İrade failin kasıtlı bedensel hareketini önceleyen gerekli ve yeterli son zihinsel eylemidir. Eğer irade devreye girerse zihinsel olan, fiziksel harici eylemde tezahür ederek nedenler ve sonuçlar zincirine katılacaktır.<sup>220</sup>

Bir kişinin iradesinin oluşabilmesi o iradenin istemediği dış bir zorlamayla değil kendisi tarafından belirlenecek seçeneklerce belirlenmesine ve iradesini tezahür ettirecek bedensel hareketlerinin herhangi bir engelle karşılaşmamasında yatar. Böylelikle özgür hareket etmenin birinci unsuru başka türlü davranabilmek, yani alternatif olasılıklara açık olabilmekse, ikinci unsuru ise özgür hareket edebilmek,

---

<sup>218</sup>HALL: s.436

<sup>219</sup>FLETCHER: s.10

<sup>220</sup>MORSE: "Reason, Results, And Criminal Responsibility", *University of Illinois Law Review*, S.2, 2004 s.374

aynı zamanda amaçsal davranabilme (ya da seçebilmektir) imkânına sahip olabilmektedir. Sara krizi geçiren birinin belirli bir amaç uğruna birine vurduğunu söyleyemeyeceğimiz çünkü bunun özgür bir hareket olamayacağı ve bu hareketten dolayı kimsenin suçlanamayacağı örnek gösterilebilir. Üçüncü unsur ise, irade özgürlüğünün, bir kişinin kendi eylemlerinin nedensel kaynağı, yani üreticisi olmasıdır. Başkası tarafından hipnotize edilmiş biri kendi eylemlerinin hakiki kaynağı olamayacağı açıktır. İrade özgürlüğü üzerine yapılan felsefi tartışmaların çoğu bu üç unsurdan hangisinin gerçekten gerekli olduğu üzerinedir.<sup>221</sup>

Kusurluluğun ilk ortaya çıkan psikolojik anlayışının gelişimi irade özgürlüğü üzerine yapılan tartışmaların attığı temeller üzerinde olmuştur. Birer insan olarak failer arzu ve inançlara sahiptirler. Arzularını tatmin etmek isterler ve bu arzularını tatmin etmek için inançları ışığında kasıtlı davranışlarda bulunurlar. Mesela, bir insanın bir suyu içmesi bir arzusunu tatmin edecektir ve suyu içen kasıtlı olarak hareketlerini yaptığı zihinsel bir duruma geçer. Bu noktada faildeki irade gücü kasıtlarını gerçekleştirmek için yeterli bedensel hareketlere neden olur.

İrade olmadan hareket olmaz. Böylelikle aslında irade failin ne yaptığı olup, vücut hareketleri sadece biyofiziksel sonuçlardır. Daha güçlü biri gelip birini fiziksel gücüyle kısırdığında, kişinin iradesi kolunu hareket ettirmeyi emretse bile kolunu hareket ettiremeyecektir.<sup>222</sup> Bu paralelde bakıldığında bir uyurgezerin durumunda, kişinin vücut hareketleri her ne kadar önemli nedensel bir rol oynasalar da bu vücut devinimleri faile yüklenemeyeceğinden fiil sayılmazlar.<sup>223</sup> Bu nedenle iradi olarak

---

<sup>221</sup>MEYNEN, Gerben:“Free Will ad Mental Disorder: Exploring The Relationship” Theory Medical Biotechnology, S.31, 2010, s. 430

<sup>222</sup>MORSE: s. 373

<sup>223</sup>VİNCENT Nicole:“On The Relevance of Neuroscience to Criminal Responsibility”, **Crim Law and Philos**, S.4 2010, s. 83

gerçekleştirilmeyen hareketlerde artık suçun manevi unsurunu aramaya gerek yoktur.<sup>224</sup> Hart için “irade” burada, vücut ile zihin arasında bağlantı kuran, sorumluluk objektif olsa bile vazgeçilmez olan, gizemli bir unsurdur.<sup>225</sup>

Klasiklerin irade anlayışının, 18. Yüzyıldan kalma, antik bir felsefi psikolojik açıklama olduğu, hem ihmali hareketleri açıklayamadığı, hem de kaslarımızı kendi devinimimizle hareket ettirdiğimiz ama iradesiz gerçekleştirdiğimiz eylemler yönünden açıklama getirmediği hususunda eleştirilmiştir.<sup>226</sup> Buradan yola çıkarak failin bilinç durumu üzerinden ayrıma giden Hart; failin bilinçsiz olup hareket dışı kaldığı haller, bilinçli olup herhangi bir hastalık veya eksiklik nedeniyle hareketini gerçekleştirmediği iradi olmayan ihmal hareketleri ya da kaslarının sağlıklı olup, bilinç gerektirmeyen devinimlerin yapıldığı iradi olmayan hareketler olarak üçlü ayrıma gitmiştir.<sup>227</sup> Burada özellikle Anglosakson hukuk sistemi doktrinlerinde sıkça geçen bilinç kelimesine dikkat etmemiz gerekmektedir. Bilinç bir kişinin düşüncelerinin duygularının ve hislerinin toplamının yanı sıra bu his ve duyguların içinde şekillendiği günlük durumlar ve kültürdür.<sup>228</sup> Bir kişi bilinçli olabilsin ki, yani duygu, his ve arzularını sağlıklı bir insan gibi oluşturabilsin ki hukuken davranışı kendine yüklenebilsin. Bu bağlamda yeni bilinç görüşünü savunan araştırmacılar için genel olarak bilinç kişinin öznel kendini farkındalığıdır. Bilincin önemli kısmı diğer iki zihinsel süreçten doğar ve onla bağlantılıdır: bilinçaltı aktiviteler ve istem dışı oluşur. (sindirim gibi)<sup>229,230</sup>

---

<sup>224</sup>HAKERİ: s. 137

<sup>225</sup>HART: s. 99

<sup>226</sup>HART: s.104

<sup>227</sup>HART: s.106

<sup>228</sup>DENNO: s.602

<sup>229</sup>DENNO: s. 608

<sup>230</sup>Denno, bilinç üzerine yeni yapılan araştırmalar davranışlarımızın çoğunun yar bilinçli itkilerimizden, reflekslerimizden oluşan gri alanda tezahür ettiğini öne sürmektedir.(DENNO, A.g.e s. 608)

Bir fiilin bir kişiye yüklenebilmesi onun iradi olmasına bağlıdır ki bundan sonra kastla mı yoksa taksirle mi işlendiği tartışılabilir. Çünkü ceza hukukunda kusurluluk failin kişiliği ile fiili arasındaki kınanabilir bir hukuki ilişkiyi anlattığından irade özerkliği tartışmaları hukuki cezai anlamda kusurluluğun üzerinde etkili değildir.<sup>231</sup> Bu durumda hangi fiillerin iradi olup olmadığı sorusu karşımıza çıkmaktadır. Bu çok önemli soruya Aristo yukarıda bahsedildiği üzere ilk cevabı vermeye çalışmıştır. Bu açıdan bakıldığında iradi olmayan davranışın, bir sonucun nedeni olmayacağı gibi aynı şekilde bu durumda kusurluluğun da oluşmayacağı söylenebilir. Maddi cebir altındaki kişi bir seçimde bulunmak durumunda kalmamaktadır. Bu nedenle kusurluluğun mu kalktığı yoksa kişinin hareketi iradi olmadığından fiilinin mi oluşmadığı üzerinde bir anlaşmaya varılamamıştır.

Kişi bilişsel süreçlerini davranışlarıyla dışarı yansıtabilmektedir. Bu sözle veya hareketlerle olabilir. Bu nedenle hareket bedenin deviniminden daha fazlası, yani zihin ile beden arasındaki bağlantıdır.<sup>232</sup> Maddi cebir halinde kişinin kendi hareketleri üzerindeki kontrolü karşı koyamayacağı bir üstün güçle kesilmiştir. Yani zihni ile bedeni arasındaki bağlantıyı dış bir kuvvet engellemektedir. Bu aşamada gerçekten de kast ve taksirin tartışılmasına gerek olmadığı savunulabilir. Kast ve taksir kusurlu hareketler olup faile aittirler. Burada ise faile ait bir hareket en baştan yoktur ki faile bir kınanabilirlik yargısı yöneltip kusurluluk unsurunu göz önüne alabilelim ve kusurlu olup olmadığına karar verebilelim. Bu nedenle biz bu noktada her ne kadar bu durumda faili kusurlu saymak mümkün değilse de zaten en baştan

---

<sup>231</sup>HAFIZOĞULLARI:“Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.57, S.3, Ankara, 2009 s.346

<sup>232</sup>HART: s. 92

faile ait bir hareketin olmadığından kusurluluğun kalkıp kalkmadığının bir önemi olmadığını savunuyoruz.

İkinci husus ise bedeni üzerinde kontrolünü adeta başka birine devretmiş maddi cebir mağdurunun kusurluluğun kalktığını düşünmek çelişkili bir sonuç doğurabilir. Hem birini başka birinin soyut aracı olarak kabul etmek hem de ona fiili, cebri uygulayanla birlikte sen işledin ama senin iraden sakatlanmış olduğundan kusurlu sayılmıyorsun demek gerçekten büyük bir çelişkidir. Bu bir aracı, kendisini kullanan ile bir tutmaktır. Aracı kullananı değil, aracın kendisini de bir sonucun nedeni olarak görmektir.

Üçüncü bir husus ise maddi cebrin objektif sorumluluk hallerinde bile sorumluluğu kesmesinin nasıl açıklanacağı sorusudur. Hareketin iradi olmaması hareketinin faile ait olmasını engellediğinden objektif sorumluluk hallerinde iradi yapılmayan hareketin sorumluluğu kaldırmaktadır.<sup>233</sup>

Tüm tartışmalara bakıldığında şu husus açıktır, kesilen iradesi yüzünden failin fiilinin mi oluşmadığı veya failin kusurlu mu sayılmaması gerektiği yönündeki iki görüşten birini seçmek gerekmektedir. Aslında iki görüş de birbirini reddetmektedir. Yine de bu durumda maddi cebrin kendine has niteliği üzerinde durmak gerekir. Maddi cebir durumunda mutlak kuvveti uygulayan bir insandır ve kuvvet uyguladığı kişinin iradesini bütünüyle ortadan kaldırarak onu kendi aracı haline getirmektedir. Kısacası, aslında hareket faile ait olmamakta cebir uygulayana ait olmaktadır. Zaten 28.madde de sadece maddi cebri uygulayanı işlenen fiilden dolayı sorumlu tutmuştur. Bu durumda maddi cebrin kusurluluğu

---

<sup>233</sup>FINKELSTEIN, Claire: “Involuntary Crimes, Voluntarily Committed”, **Criminal Law Theory**, Edited by Stephen Schute, A. P. Simester, 2005, s.148

değil hareketi dolayısıyla fiili kaldırdığı söylenebilir. Başta da belirtildiği gibi fiil maddi cebri uygulayana aittir ve uygulanan açısından ortadan kalkmıştır.

### C. MADDİ CEBRİN ŞARTLARI

TCK'nın 28.maddesinde için karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet denilerek failin karşı koyamama ve kurtulamama halleri maddi cebrin şartları olarak ifade edilmiştir.<sup>234</sup> Bunun yanında karşı koyma şartının öncelikle mücbir sebebi ifade ettiği, maddi cebir için ise kurtulamama şartının aranması gerektiği de ileri sürülmüştür.<sup>235</sup>

Maddi cebrin sadece ve sadece mutlak kuvvet niteliğinde olabileceğini ve bu nedenle de faili hareketinin nedeni olmaktan çıkardığından failin fiilini ortadan kaldırdığını savunuyoruz. Kişi üzerinde uygulanan mutlak bir kuvvet karşısında karşı koyma ve kurtulma imkânına sahip değildir. Mücbir sebep ve maddi cebir ise kuvveti uygulayan kaynak açısından ayrılmakta, biri doğa kuvvetini diğer ise insan kuvvetini nitelemektedir.<sup>236</sup>

Cebre maruz kalan kişinin üzerinde uygulanan fiziki kuvvete mutlaklık niteliğini veren ona karşı koymanın ve ondan kurtulmanın imkansız oluşudur. Mutlak zorlama

---

<sup>234</sup>HAFIZOĞULLARI: İstenemezlik İlkesi, s. 362; KOCA, ÜZÜLMEZ: (2009), s.301

<sup>235</sup>HAFIZOĞULLARI, ÖZEN: Genel Hükümler, (2010), s.375-376

<sup>236</sup>HAFIZOĞULLARI, ÖZEN: A.g.e s.375

altındaki kişinin cebre karşı koyma ve kurtulma imkânsızlığının göz önüne alınabilmesi için hareketin yapıldığı andaki tüm fiili şartlar önem arz etmektedir.<sup>237</sup>

### **1. Cebre Maruz Kalana Karşı Koyamayacağı Bir Kuvvet Uygulanmalı**

Kanun burada karşı koyamayacağı derken failin direnemeyeceği kuvvet belirtilmek istenmiştir. Failin maddi cebire direnebilmesi bütünüyle kendi şahsi kabiliyetlerine ve özelliklerine dayanmaktadır. Belirleyici tek dış koşul cebri uygulayandır. Bu nedenle failin kendi şahsi özelliklerinin cebri uygulayan ile karşılaştırılması gerekir. Bu faili sübjektif açıdan değerlendirmeyi zorunlu kılar.

Failin direnme gücünün değerlendirilmesi fiziki esaslara dayandığından ilk başta failin fizyolojik özelliklerine bakılması gerekmektedir. Failin yaşı, cinsiyeti ve kilosu bu özelliklere örnektir. Bunların belirlenmesinden sonra da cebir uygulayanın özelliklerine bakılacaktır. Bu bağlamda hafifi sıkket birinin ağır sıkket birine direnemeyeceği açıktır. Ya da yaşlı bir adam genç bir adama direnemeyecektir. Aynı şekilde bir kadın bir erkeğin fiziksel gücüne çoğu zaman karşı koyamayabilir. Failin bu özellikleri modern tıp bilimi sayesinde nicelik olarak belirlenebileceğinden deneysel ölçüler esas alınabilecektir.

Başka bir önemli husus da failin direnememesinin değerlendirilmesinde uygulanan fiziki gücün de göz önüne alınması gereklidir. Bir kişiye sadece tokat veya az acı duyacağı bir bölgesine yumruk atılması faili zorlamayacaktır. Tabi fiziki güç failin kendi niteliklerine göre değerlendirilebilecektir. Bu bakımdan bir kolu

---

<sup>237</sup>GÜLŞEN: s.141

bükmekle, aynı kolu saatlerce bükmek arasında mağdurun direnme gücü göz önüne alındığında büyük fark vardır. Bu nedenle dikkat mağdurun iradesini alt eden son harekete değil, daha öncesinden süregelen zorlayıcı hareketlere de verilmelidir.<sup>238</sup>

Burada karşımıza çıkan diğer bir sorun da karşı koyma yeteneğinin bizzat fail tarafından ortadan kaldırıldığı veya failin isteyerek direnmediği durumların değerlendirilmesinde yatmaktadır. Failin kendi kendini bağlatması, hipnotize ettirmesi gibi durumlar örnek gösterilebilir. Bu durumda cebir faili her ne kadar direnme de, kendi iradesinden çok cebri uygulayanın iradesinin söz konusu olduğu, sonuçta faili onun bağladığı söylenebilir de, cebir mağduru kendi isteğiyle fiilin oluşmasına neden olmuştur. Eğer belki istemeseydi veya direnseydi cebri uygulayanın işlettirmek istediği suç gerçekleşmeyecekti. Bu gibi durumlarda kendi kendine fiziki kuvvet uyguladığı varsayılacağından sebebinde serbest hareketli bir suç (actio liberia in causa) söz konusudur.<sup>239</sup> Şüphesiz failin isteyerek kendini vasıta haline getirdiği her suç için bu durum söz konusu olacaktır.

## **2. Cebre Maruz Kalan Uygulanan Kuvvetten Başka Türlü Kurtulamamalı**

Kanun cebir altında bulunan kişiden başka türlü kurtulamaması şartını araması kanımızca dış koşullarla ilgilidir. Bu nedenle ağırlıklı olarak fiil öncesi vakıalara göre değerlendirilmesi gerekir. Failin kurtulamayacağı cebir ve şiddeti failin içinde bulunduğu koşulları göz önüne alarak hâkim değerlendirecektir.<sup>240</sup> Şüphesiz bu fiilin

---

<sup>238</sup>SMTH, John, HOGAN, Brian: “**Criminal Law, Cases and Materials**”, 7.Edition, UK, 1999, s.308

<sup>239</sup>GÜLŞEN: s.142

<sup>240</sup>HAFIZOĞULLARI, ÖZEN: Genel Hükümler, s.316

gerçekleştığı an için değerlendirme yapılmasına engel değildir. Kurtulma olanakları direnmeden farklı olarak dış şartlara bağlı olduğundan kanımızca bu şartın objektif olarak değerlendirilmesi gerekir.

#### **IV. MANEVİ CEBİR (TEHDİT)**

##### **A.MANEVİ CEBİR KAVRAMI VE TCK'DA DÜZENLENİŞİ**

Türk Hukukunda tehdit kavramı, İtalyan Doktrinin etkisiyle, kişinin iradesi üzerindeki etkisinden dolayı manevi cebir olarak da ifade edilmektedir.<sup>241</sup> Gerçekten de bu durumda manevi cebir mağduruna iradesini kesen herhangi bir fiziksel kuvvet uygulanılmamaktadır. Gelecekte gerçekleştirileceği söylenen bir kötülüğün etkisi altında psikolojik baskıya maruz kalmaktadır. Tehdit salt kavramsal olarak mağdura ileride haksız bir zarara uğratılacağını bildirilmesi olarak tanımlanabilir.<sup>242</sup>

Manevi cebirin yani tehdidin tanımının TCK'nın 108. Maddesi gerekçesinde yapıldığı söylenmektedir.<sup>243</sup> 108. Madde, cebir kullanma suçunu düzenlemekte olup gerekçesinde tehdit: "kişi bir tecavüzün, ileride meydana geleceğe bildirilerek korkutulmaktadır" demektir. Bize göre bu tanımda kusurluğu kaldıran neden olarak tehdidi tam olarak açıklayamamakta ve unsurlarını, niteliğini ortaya koyamamaktadır. 28.maddede düzenlenen tehdidin ceza sorumluluğunu

---

<sup>241</sup>ÖZGENÇ:"Ceza Hukuku Genel Hükümler", Ankara, 2009, s.377

<sup>242</sup>ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA: s.512

<sup>243</sup>KOCA, ÜZÜLMEZ: s. 108

kaldırabilmesi için bir zorlama aracı olması gerekir. Ceza sorumluluğunu kaldıran neden olarak tehdit, bir kişinin söz konusu suçu işlemediği takdirde ağır ve haksız bir zarara uğratılacağından bahisle korkutulması, yıldırılması, gözdağı verilmesidir.<sup>244</sup> Ceza sorumluluğunu kaldıran tehdit, yüzyıllardan beri var olan ama az rastlanılan bir mazeret şeklidir.<sup>245</sup>

Manevi cebirde ise kişinin tehdide katlanmak veya zorlanılanı yapmak gibi iki seçenektan birini seçme imkânı olduğundan iradiliğin ve hareketin dışında değerlendirilmesi gerekmektedir.<sup>246</sup> Aynı zamanda manevi cebir halinde tehdit suretiyle zorlanıldığı eylemi yapan kişinin hareketleri bütünüyle iradidir. Bunun yanında maddi cebir halinde kişi hala hissedebileceği bir kötülükle karşı karşıyadır. Buna karşılık tehdit halinde kişi hakkına yönelik saldırının eğer tehdit edenin isteklerine uymazsa ileride gerçekleştirileceği yönünde korkutulabilmektedir.<sup>247</sup>

Bu bağlamda manevi cebrin en önemli özelliği zorlama altında bulunan failin, tehditten sakınabilmek için kasten suç işlemesinde kendini gösterir.<sup>248</sup> Tehdit hareketin iradiliğini engellemez. Bu nedenle manevi cebir halinde hareket eden kişi maddi cebir altında hareket edenlerden, tiklerle hareket edenlerden ruh hastalığı altında hareket edenlerden ayrılır.<sup>249</sup> Burada suç işleyen kınanabilir olmadığından kusurlu olduğu söylenemez. Tehditle fiil işleyen fail ne yaptığının farkındadır ve tehdidin temelinde beşeri kırılabilirlik söz konusu olduğundan failin kusurluluğu

---

<sup>244</sup>ZAFER: s.262

<sup>245</sup>SMITH, HOGAN: s.299

<sup>246</sup>WILLIAMS: s.751

<sup>247</sup>ÖZGENÇ: Gazi şerhi, s.409

<sup>248</sup> Aynı nedenle tehdidin ceza sorumluluğu aşmasında değil ama cezalandırma aşamasında düşünülmesi ve sorumluluğu azaltan neden olarak düşünülmesi de savunulmuştur.(bkz. ASHWORTH, 2003, s. 228)

<sup>249</sup> ALLEN, Micheal: “**Textbook On Criminal Law**”,8<sup>th</sup> Edition, Oxford, 2005, s.162

kalkar.<sup>250</sup>Bu nedenlerle aslında manevi cebirin istenemezlik ilkesini temelinde değerlendirildiği sonucu çıkartabiliriz.

Alman doktrininde ise kitaplarda tehdidin kusurluluğu kaldıran niteliği göz önüne alınarak kusurluluğu kaldıran nedenlerde tehdit olarak geçtiği ve kusurluluğu kaldıran zorunluluk hali içinde düşünüldüğü gözlemlenebilir.(drohung in entschuldigenden notstand)<sup>251</sup> Aynı durum İngiliz İçtihat Hukuku için de geçerlidir.<sup>252</sup> İngiliz Hukukunda beklenebilirlik denetimi yapılmakta ve manevi cebir istenemezlik ilkesi çerçevesinde değerlendirildiği içindir ki kusurluluğu kaldırmaktadır.<sup>253</sup>

Türk Hukukunda ise manevi cebirin ayrı bir başlık altında düzenlenmesi ile aslında istenemezlik ilkesinin Türk Ceza Hukukuna girdiği sonucu çıkarılabilir.<sup>254</sup>Beşeri kırılabilirliği ortaya çıkardığı içindir ki manevi cebir istenemezlik ilkesi çerçevesinde düşünülebilir. Ceza sorumluluğunu kaldıran tehdit kavramı için, ileride meydana gelebilecek muhakkak, ağır bir zararla korkutulması nedeniyle, tehdit suretiyle kendisine işlettirilmek istenen suç işlememesi beşeri kırılabilirliği yüzünden kendisinden beklenilemeyen kimsenin durumunu ifade ettiği söylenebilir.

---

<sup>250</sup> ALLEN: s. 159

<sup>251</sup> KREY, Volker: “**Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**”, Germany, 2008, s. 49

<sup>252</sup> HART: s.16

<sup>253</sup> KANGAL: s.103 vd.

<sup>254</sup> HAFIZOĞULLARI, ÖZEN: Genel Hükümler, s.325

## B.TEHDİT İÇEREN ÖNERMELERİN YAPISI VE ETKİSİ

Hayatlarımız büyük oranda çok sayıda seçenek arasında seçimde bulunma yeteneğimizle şekillenmektedir. Çoğunlukla, insan doğasının ve hatta dikkatsiz insan davranışının bizi esasında ikili bir kararlar karşısında bırakacağını düşünülmemesi bunun için nadirdir. İkili seçim ya da ona yakın bir şey başarılı bir zorlama savı için esastır. Bu yüzden eğer biri zorlama altında bırakılırsa bu daha çok diğer kişi için “bunu yap yoksa” emrini içermesi sonucunu doğuracaktır.<sup>255</sup> İki seçenek arasında kalmış olan tehdit edilen istediği şekilde davranma imkânına sahip olamayacaktır.<sup>256</sup>

Manevi cebir halinde failin başka türlü hareket etme imkânı iki seçenek arasında sınırlı kalmaktadır ve bu oranda failin iradesinin oluşum sürecinin bozulduğu düşünülebilir. Ama bu ikrah ve tehditte failin seçim şansı olduğu söylenmesine engel değildir.<sup>257</sup> Kişi ya tehdidin sonuçlarına katlanacak ya da kendisinden istenilen eylemi gerçekleştirecektir. Bu nedenle zaten Roma Hukukunda bugün dahi hala kullanılan zorlayıcı kuvvet (vis compulsiva) ile failin iradesini tümüyle kaldıran mutlak kuvvet (vis absoluta) ayırımına gidilmiştir.<sup>258</sup> Sonuçta failin iradesini iki seçenektan birinde tecelli ettirmeye zorlanmaktadır. Manevi cebir altına hareketlerini icra eden kişi “tehdit edenim ne diyorsa onu yapmalıyım ki tehdit edildiğim cezaya maruz kalmamalıyım” önermesi sonucundaki ilk emredici arzusu tarafından harekete geçirilmektedir. Bu durumda kişi bu arzusuna uyduğu için özerk

---

<sup>255</sup>BERMAN, Mitchell: “The Normative Functions of Coercion Claims”, Legal Theory, S.8, 2002, s.88

<sup>256</sup>KOCA/ÜZÜLMEZ: s.299

<sup>257</sup>HAKERİ: s.188

<sup>258</sup>GÜLŞEN: s.133

sayılabilir.<sup>259</sup> Ancak kişi bu arzusunu gerçekleştirebilmek için davranışları üzerindeki kontrolünü dolaylı da olsa tehdit edenine bırakmaktadır ve böylelikle zayıflatılmış özerkliğin acısını çekmektedir.<sup>260</sup>

Tehdit ve teklif içeren önermeleri de ayırmamız, bunun için de teklif önermelerine değinmemiz yararlı olacaktır. Böylelikle tehdidin yapısı daha rahat anlaşılacaktır. Bir kadının evden çıkartılmaması ve çocuklarına bakması için işe ihtiyacı olduğunu düşünelim. Bundan da başvurduğu iş sahibinin yararlanmaya çalışsın. Birinin çaresiz durumundan yararlanmak onu çaresiz bir duruma sokmak manasına gelmemektedir. Teklifler daha çok bizim olumlu arzularımız üzerinde etki yapmaktadır. Tehdit ise bunun tersidir.<sup>261</sup> Tehditte kişinin gerçekleşmesini arzuladığı şeyler üzerinden değil gerçekleşmesini asla istemeyeceği kötülükler üzerinden psikolojik baskı oluşturulmaktadır. Zorlama içeren teklifler algılayanın seçimleri üzerine uygunsuz bir baskı uygulama güçleriyle haksızlardır.<sup>262</sup> Bu fark tehdit ile teklif önermelerini birbirlerinden kesin çizgilerle ayırmaktadır. Ayrıca, teklif önermeleri kullanıldıkları duruma göre, kullanan kişinin bir eylemin azmettiricisi olduğunu gösterebilirler.

Tehditle zorlamanın hukuki niteliğini açıklamaya en temelden yani tehdit suretiyle zorlama içeren önermelerin yapısal incelemesi sonucu elde ettiğimiz verilerden başlayabiliriz. Zorlama amacı taşıyan önermeler incelendiğinde görülecektir ki bu önermelerin iki farklı tipte normatif işlevleri vardır; bunlardan birincisi eğer bir insan bir şeyi yapmaya zorlanmışsa onun kınayamayız ya da daha

---

<sup>259</sup>TAYLOR, James S.: “Autonomy, Duress, And Coercion”, **Social Philosophy & Policy Foundation**,C.29, S.1,2003 s.152

<sup>260</sup>TAYLOR, James Stacey: A.g.e s.151

<sup>261</sup>RICHARDS, Norvin:“Acting Under Duress”, **The Philosophical Quarterly**, S.146, 1979, s.135

<sup>262</sup>BAYLES, Micheal: “A Concept of Coercion”, **Coercion**, Edited by J.Roland Pannock, John W. Chapman, 1972, s.52

az kusurlu olduğunu düşünürüz. İkincisi ise zorlamanın kullanılması genellikle etik açıdan kötü olarak değerlendirilecektir.<sup>263</sup> Bu işlevlerden birincisi kusurluluğu kaldıran neden olan tehdidi içermektedir. Daha az kusurlu olduğunu düşündüğümüz durumlar da haksız tahrik halidir. Zorlamanın kullanılması sadece etik açıdan değil yasal açıdan da değerlendirilerek suç olarak düzenlenecektir. Bu suç TCK madde 106'daki manevi cebir suçudur. Bir kişi tehdit suretiyle zorlandığında tehdit suçu da oluşacaktır. Suç olan manevi cebir ile kusurluluğu kaldıran manevi cebir bu açıdan bakıldığında madalyonun iki yüzü gibi bir bütün teşkil ederler. Tehdit eden hem kendi fiili olan tehdit suçundan hem de 28.madde gereği, eğer tehdidiyle tehdit edilene bir suç işlettirmişse, işlenen bu suçtan dolayı da sorumlu olacaktır.

Zorlama amacı taşıyan önermeler incelendiğinde yukarıdaki normatif işlevlerine paralel olarak iki unsur içerdikleri görülecektir. Zorlama önermelerinin bu iki temel unsurunun ilki, kişinin, yapması istenilen şeye(suç fiili) neden olan zorlayıcı durumların var olduğunun açıklama gerekliliği; ikincisi ise, kişinin davranışlarının, tecrübe ettiği zorlamalar ve psikolojik baskılar ışığında objektif bir değerlendirmeye tabi tutulmasıdır.

Yukarıdaki değerlendirme, üç çeşit yargıya dayandırılabilir. Bunlar hukuka uygunluk, tam ve kısmi olarak kusurluluğun kaldırılmasıdır. Birinci zorlama durumunda “x eylemini yapmak y durumunda etik olarak doğru şeyi yapmaksa” bunun hukuka uygunluk nedeni sayılabileceği öne sürülebilir. Aynı şekilde, “X eyleminin” mevcut koşullarda hukuka aykırı olduğu durumlarda fail kuşkusuz mazur

---

<sup>263</sup>BAYLES: A.g.e. s.47

görülmeye çalışılacaktır.<sup>264</sup> Yukarıdaki nedenlerle manevi cebir kavramlaştırılması en zor mazeret nedenlerinden biridir. Manevi cebir göz önüne alınırken kötülüklerin karşılaştırılmasına gidilerek-bizce etik bir tartışma da içermektedir- bir hukuka uygunluk nedeni olarak mı değerlendirileceği veya sadece kusurluluğu kaldıran bir neden mi sayılacağı hala tartışılmalıdır. Bu tartışma zorunluluk halinin üzerinde yapılan tartışmalarla son derece paralellik arz etmektedir.

Her iki düşüncenin savunucuları da zorunluluk hali ister fiilin kusurluluğu kaldırınsın ister fiili hukuka uygun yapsın, manevi cebri zorunluluk halinin bir çeşidi alt dalı olarak görmektedirler. Bu ortak düşüncenin bir nedeni bir görüş açısına göre menfaatler dengesinin tehdit halinde de aranması gerektiğine dayanır.<sup>265</sup> Diğer görüş açısına göre ise, zorlama, zorunluluk hali ile benzerdir. Bu bağlamda, cebir ve zorunluluk hali ile ilgili görüşlerin büyük oranın doğal hukuk anlayışı ile açıklandığının gözden kaçırılmaması gerekmektedir.<sup>266</sup>

### **C. MANEVİ CEBRİN HUKUKİ NİTELİĞİ**

Kanun koyucu manevi cebrin tanımını yapmadığı gibi manevi cebrin şartlarının ve niteliğinin de açık bir şekilde ortaya koymamıştır. Kanun koyucu bunu doktrine bırakmıştır. Mevzuatlarında bir düzenleme bulunmayan geleneksel öğreti manevi cebri kusurluluğu kaldıran zorunluluk halinin bir çeşidi saymaktadır. Mülga

---

<sup>264</sup>BAYLES, Micheal: "A Concept of Coercion", **Coercion**, Edited by J.Roland Pannock, John W. Chapman, 1972, s.60

<sup>265</sup>WILLIAMS: s.755

<sup>266</sup>HALL: s. 44

765 sayılı ceza kanunda manevi cebir ile ilgili ayrı bir hüküm olmadığından manevi cebir zorunluluk hali kapsamında değerlendiriliyordu ve bu kanunda zorunluluk hali hukuka uygunluk nedeniydi.<sup>267</sup>

Yeni Ceza Kanununun gerekçesinde ve doktrindeki bazı düşünürlerde zorunluluk hali kusurluluğu kaldıran neden olarak görülmektedir. Manevi cebrin şartları ve niteliği de zorunluluk halinden hareketle belirlenmeye çalışılmaktadır. Ama kanun koyucunun maddi ve manevi cebri ayrı bir maddede düzenlediği gözden kaçmaktadır. Manevi cebir 28.maddede düzenlendiği için artık zaruret hali içinde değil, kusurluluğu kaldırdığı ileri sürülen istenemezlik ilkesi içinde değerlendirilebilir. Çünkü manevi cebirde kişi bulunduğu koşullarda kendisinden yaptığı davranıştan başka bir davranış beklenilmemesi dolayısıyla fiilinde kınanamaktadır.

Burada manevi cebrin bu farklı düzenlemelerden gelen farklı görünüşleri tanıtılacaktır.

### **1. Manevi Cebri Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Zorunluluk Hali Kapsamında Gören Görüş**

Tehditle zorlama, zorunluluk hali içinde ele alındığından mazeret nedeni mi yoksa hukuka uygunluk nedeni mi olduğu tartışılmış ve her ülke farklı düzenlemelere gitmiştir. İtalyan Ceza Kanunu, tehditle zorlamayı, hukuka uygunluk nedeni olan zaruret halinin içinde düzenliyordu ve eski 765 sayılı TCK'da bu konuda hüküm

---

<sup>267</sup>HAFIZOĞULLARI: İstenemezlik İlkesi, s.361

bulunmuyordu.<sup>268</sup> Hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali ile manevi cebir birbirlerine son derece benzemektedirler. Bu benzerlik dolayısıyla İtalyan Ceza Kanunu'nun 54.maddesi manevi cebri zaruret halinin bir çeşidi olarak değerlendirip aynı madde doğrultusunda düzenlemişlerdir.<sup>269</sup> Bu düşüncede olanlar, manevi cebir altında yapılan hareketlerin hukuka uygun sayılabileceğini, çünkü her ne kadar bu hareketler tehdidin yokluğunda haksız iseler de ciddi ve ağır bir tehdit altında bulunulması durumunda, bu hareketlerin haklı ve doğru sayılabileceğini öne sürerler.<sup>270</sup>

Gerçekten, ilk bakışta manevi cebir altındaki kişinin, karşı karşıya geldiği alternatifler arasından, ona en az kötü seçeneği sunan teklifi veya iki seçeneği karşılaştırdıktan sonra, itaatkâr hareketlerini icra etmeyi seçtiği kanısı edinilebilir. Bu nedenle bu hareketleri yapmayı seçerken bütünüyle kendi yönlendirmesi ile hareket ettiği düşünülerek, manevi cebrin hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk haline girdiği öne sürülebilir.<sup>271</sup> Bu varsayımı manevi cebrin kusurluluğu kaldırdığını ileri sürenler kabul etmemektedirler. Çoğu zaman tehdidin zorunluluk halinin bir çeşidinin sayılmasının nedeni işte bu menfaatler arası dengenin aranmasıdır.<sup>272</sup>

---

<sup>268</sup>HAFIZOĞULLARI, ÖZEN:“Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”, s. 324

<sup>269</sup>TOROSLU, Nevzat: “Ceza Hukukunda Zaruret Hali”, Ankara, 1968, s.92

<sup>270</sup>DUFF, R.A.: “Rule Violations And Wrongdoings”, **Criminal Law Theory**, Edited by SHUTE, SIMESTER, 2005, s.63

<sup>271</sup>TAYLOR:“Autonomy, Duress, And Coercion”, **Social Philosophy&Policy Foundation**, 2003, s.150

<sup>272</sup>WILLIAMS: s.755

## 2. Manevi Cebri Kusurluluğu Kaldıran Zorunluluk Halin Kapsamında Gören Görüş

Manevi cebir, ahlaki/etik temeli oluşmuş seçim yapma yeteneğinden yoksunluğu ve buna bağlı olarak yapılan seçimler olarak anlaşılabilirse de, failin kanuna uymak için eşit bir fırsata sahip olmaması üzerine de temellendirilebilir.<sup>273</sup> Bir kişi, tehditten kaçınmak ve kurtulabilmek için ortalama bir insanın değerlendireceği bir fırsata sahip değilse, duyguları üzerinde kontrol kurması da aynı derece yetersiz kalacak ve onu suçlamak adil olmayacaktır.<sup>274</sup>

Manevi cebir altında bulunan kişinin menfaatlerden en yüksekini veya zararlardan en azını seçmesi durumlarının hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk haline sokulması gerektiği; diğer hallerde ise failin, tehdit altında hiçbir tehlikeyi önceleyecek imkâna sahip olmaması nedeniyle kusursuz ama haksız hareket ettiğinin de göz önüne alınması gerektiğini ileri sürmüşlerdir.<sup>275</sup>

Manevi cebrin kusurluluğu kaldırdığı görüşünü savunanlar, korkutma ve tehdidin kusurluluğu kaldırabilmesi için ihlal edilen hak ile korunan menfaat arasında en azından eşitlik olmasını, kişinin ağır ve muhakkak tehlike altında bulunulmasını, bu tehlikeden başka türlü kaçınabilme imkânının olmamasını şart olarak aramaktadırlar.<sup>276</sup>

Hukuka uygunluk nedenleri sosyal zararlılığı olumsuzlarken mazeret nedenleri failin kınanabilirliğini engeller. Mazeret nedenlerinde fiilden çok sanık

<sup>273</sup>GORR:“Duress And Culpability”, **Criminal Justice Ethics**, C.3, S.16, 2000, s.13

<sup>274</sup>UNIACKE:“Emotional Excuses”, **Law and Philosophy**, S. 26, 2007, s. 112

<sup>275</sup>DUFF:“Rule Violations and Wrongdoings”, **Criminal Law Theory**, Edited by SHUTE, SIMISTER, 2005, s.64

<sup>276</sup>DEMİRBAŞ:s.400;ARTUK, GÖKÇEN,YENİDÜNYA: s. 513

mercek altına alınır ve her olay için özel olan vakıalar göz önüne alınır. Mazeret nedenlerinde fiilin suç oluşturduğu kabul edilmekle birlikte failin hukuka aykırı davranıştan başka türlü kaçma imkanı olmamasından dolayı kınanamamasını talep eder.<sup>277</sup>

Bugün İngiliz ve Alman doktrinlerinde manevi cebrin bir mazeret nedeni olduğu hâkim olan ortak görüştür. Aynı şekilde Türk doktrininde de genel kanı manevi cebrin kusurluluğu kaldırdığı yönündedir. Zorlamanın hukuka uygunluk nedeni mi yoksa kusurluluğu kaldıran bir neden mi olduğu tartışılmış ve doktrindeki çoğunluk görüşü, zorlamanın suç olan bir fiili yasallaştırmadığını, zorlamanın bir mazeret nedeni olduğu yönünde olmuştur.<sup>278</sup>

### 3. Manevi Cebri İstenemezlik İlkesi Çerçevesinde Değerlendiren Görüş

Hafizoğulları, TCK'nın zorunluluk halinden bağımsız olarak düzenlediği kanunun 28.maddesindeki "ağır ve muhakkak" ifadesine, üçüncü kişi lehine bir düzenleme barındırmadığına bakıldığında, ayrıca da cezayı kaldıran ve azaltan TCK'nın 92. , 147.gibi maddeleri göz önüne alındığında mevcut düzenleme ile Türk Hukuku'na istenemezlik ilkesinin girdiği görüşündedir.<sup>279</sup> Bu görüşe göre kanun koyucu zorunluluk hali ile istenemezlik ilkesinin esasını oluşturan zorlama hallerini birbirine karıştırmıştır. 5237 Sayılı TCK'nın 25/2, 28.maddeleri hükmü ve CMK'un

<sup>277</sup>SKINAZİ:"Not Just a "Conjured Agterthought" Using Duress as a Defence for Battered Women Who " Fail to Protect", **California Law Rewiev**, S.85, 1997, s.1000

<sup>278</sup>SHANKLAND, Russel: "Duress And The Underlying Felony", **The Journal Of Criminal Law&Criminology**, C.99, S.4, 2009, s.1235

<sup>279</sup>HAFIZOĞULLARI: Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik, s.324 vd.

223/b maddesi hükmü karşısında istenemezlik ilkesinin tartışılmasının ve uygulamada manevi cebirle ilişkilendirilerek kusurluluğu kaldıran bir neden olarak ele alınması gerektiği ileri sürülmüştür.<sup>280</sup>

#### 4. Değerlendirme ve Görüşümüz

İlk olarak biz manevi cebri TCK'nın 28.madde hükmü karşısında ayrı bir düzenlemeye tabi tutulup bağımsızlık kazandığından, artık kusurluluğu kaldıran zorunluluk halinin bir alt dalı, türevi ya da çeşidi olarak görülmesinin veya değerlendirilmesinin mümkün olmadığını düşünüyoruz.

Toroslu, manevi cebrin zaruret halinin bir alt kavramı olduğu görüşüne katılmamaktadır. Çünkü manevi cebir, faile hareket şeklinin başka bir kişi tarafından dikte ettirilmesiyle, failin iradesinin aşırı zorlanması sonucunu nedeniyle hukuka uygunluk nedeni olan zaruret halinden ayrılmaktadır.<sup>281</sup> Bu ayırım şüphesiz kusurluluğu kaldıran neden olan zorunluluk hali açısından da geçerlidir. Başka bir insanın iradesiyle oluşmuş bir zorlama vardır. Bu nedendir ki zorlamada bulunan zor sonucu işlenen fiilden kanunen sorumlu tutulmuştur.

Dikkat edilirse ne Alman Ceza Kanunda ne de İngiliz İctihat Hukukunda, Türk Ceza Kanundaki 28.madde gibi ceza sorumluluğunu kaldıran tehdit ve şiddeti düzenleyen ayrı bir madde bulunmaktadır. Her iki ülke de maddi ve manevi cebri kusurluluğu kaldıran zorunluluk halinin bir çeşidi olarak görmüşlerdir. Ama TCK'da ayrı bir madde bulunduğundan manevi cebir için kusurluluğu kaldıran zaruret halinin

<sup>280</sup>HAFIZOĞULLARI: A.g.e, s.361

<sup>281</sup>TOROSLU:“**Ceza Hukukunda Zaruret Hali**”, Ankara, 1968, s.91

şartlarını aramamız doğru olmayacaktır. Bu nedenle kanunun düzenlemesinin istenemezlik ilkesi çerçevesinde anlaşılması gerektiği düşünülebilir.

Manevi cebri istenemezlik ilkesi çerçevesinde değerlendirmemiz, iki izlilik kuramını uygulamamıza bir engel oluşturmadığı gözlemlenebilir. Eğer menfaatler arasında korunan menfaat lehine bir fark olsa, failin failini hukuka uygunluk uygun saymamızın önünde engel ne olabilir? İleride zorunluluk hali manevi cebir ilişkisinde görüleceği üzere, bunun önünde hiçbir engel yoktur ve bu durum sanığın lehine olacaktır.

İstenemezlik ilkesinin şartlarının aranmasını savunuyoruz. Bu noktada karşıt bir görüş olarak, Antoliesi'nin istenemezlik ilkesinin belirlenmesi çok zor bir öznel neden olduğundan hukuki kesinliği kaldırdığı düşüncesini dile getirmeliyiz.<sup>282</sup> Gerçekten de manevi cebrin ispatının çok zor ve nadir ortaya çıkan bir sorumluluğu kaldıran neden olduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Bu nedenle uç sonuçlara varılmaması için de, Anglosakson hukukundaki gibi, manevi cebrin adam öldürme, adam öldürmeye teşebbüs ve adam öldürmeye iştirak hallerinde sanığın kusurluluğunu kaldırmaması, bu eleştiriye karşı doğru bir çözüm yolu olarak değerlendirilmeye alınabilir. Ama İngiliz Hukukunda 28.madde gibi bir madde olmadığı gözden kaçmamalıdır.

Bu bağlamda acaba 28.madde söz konusu olduğunda daraltıcı yorum yapabilir miyiz sorusu karşımıza çıkmaktadır.

Manevi cebir kusurluluğu kaldıran bir neden olduğu içindir ki, aşağıda da değineceğimiz üzere, muhakkak, ağır korkutma ve tehditten kişinin nefesine yönelmiş

---

<sup>282</sup>HAFIZOĞULLARI: İstenemezlik, s.359

olanları anlamamız gerektiğini savunuyoruz. Kaldı ki manevi cebir kusurluluğu kaldıran bir neden olduğundan, bu özelliğinden dolayı da hukuka uygunluk nedenlerinden daha sıkı şartlara bağlanması gerekmektedir.<sup>283</sup>

#### **D. TEHDİDİN OLUŞUMU VE ŞARTLARI**

Manevi cebrin şartlarının açıklanması için manevi cebrin hangi koşullar altında nasıl gerçekleştiğini belirlenmesini gerekmektedir.

Manevi cebir ile ilgili bu belirlemenin yapılmasında beş önemli sorudan elde edilecek cevaplardan yararlanılabilir.<sup>284</sup> İlk olarak, tehdidin kimin veya kimlerin hangi hak ya da menfaatlere yönlendirilmiş ve onlar için tehlike oluşturmuş olduğunun belirlenmesine gidilecektir. Tehdit, sanığın kendini tehdit altında hissetmesine ve böylelikle baskı altında kalmasına yol açabilecek herkese yönlendirebilir. Hiç kuşkusuz, bu kişiler ailesi ve yasal olarak sorumlu olduğu kimseler olacaktır. Bu kişilerin hayat, özgürlük ve vücut bütünlüğü haklarıyla tehdidin etkisi sınırlı olmalıdır. Bu noktada belirtmemiz gerekir ki, kusurluluğu kaldıran neden olan zorunluluk hali, kanun yapıcının örnek aldığı söylediği Alman Ceza Hukukunda kişinin hayatına, vücut bütünlüğüne ve özgürlüğüne yönelik tehlikelerle sınırlandırılmıştır. Bunun nedeni ise mazeret nedenlerinin kendi yapısal özelliklerinden gelmektedir.

Eğer mağdur polise veya başka bir yetkili otoriteye başvurabilseydi tehdidin var olduğu kanıtlanabilecek miydi sorusu da ikinci ve önemli bir sorudur. Maruz

---

<sup>283</sup>SMITH,HOGAN: s. 223

<sup>284</sup>SMITH,HOGAN: s. 300

kalınan baskı önlenilecek midir? Bu durumda mevcut şartlara bakılmalıdır. Mesela bir terör bölgesinde şartlar o dereceye gelir ki resmi mercilere başvurmak tehdidi önleyemeyecektir. Buna karşılık, yetersiz polis koruması yüzünden, tehdidi önlemek için güvenlik güçlerine başvuru yapılmaması suiistimale yol açabilir. Tüm bu şartların somut olayın ve geçtiği yerin şartlarına göre değerlendirilmesi gerekir.

Diğer bir önemli soru ise manevi cebir altında bulunan kişinin tehdidin ağırlığı konusundaki inancı üzerinde yapılacak değerlendirmenin subjektif nitelik göstermesinden ortaya çıkmıştır. Nasıl bir ölçüt getirilebilir ki failden sakınması yönünde beklentiler belirlenebilsin? Bu sorunun, makullüğün göz önüne alınarak, yani ortalama insan ölçütleri içinde tıpkı hatadaki gibi ele alınması gerektiği cevabı verilmiştir. Buradan ise şu soru ortaya çıkmaktadır: bir kişinin zorlamaya karşı direnme göstermeyecek durumda olması, onun makul bir insan olmaktan alıkoyar mı? Sanığın inancının makullüğü deliller aşamasında ele alınacağından, bu hususun bir önemi yoktur. Kısacası manevi cebir, ancak failin makul bir şekilde kendisinden direnmemesinin beklenilmeyeceği durumlarda geçerli olmalıdır.<sup>285</sup>

Doğallıkla görülebilir ki yukarıdaki sorular zorunluluk hali durumunda da ortaya çıkmaktadır. O nedenle manevi zorlamada iradenin var olması dolayısıyla, korkutmanın ya da tehdidin hangi halde muhakkak ve ağır olduğunu belirleyebilmek için zorunluluk haline ilişkin şartların aranması yoluna gidildiğine de rastlanabilir.<sup>286</sup>

---

<sup>285</sup>SMITH,HOGAN: s.300

<sup>286</sup>TOROSLU: Genel Kısım, s. 215

## **E.TCK. 28. MADDENİN IŞIĞINDA MANEVİ CEBRİN ŞARTLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ**

Doktrinde karşı koyamama ve kurtulamamanın maddi cebirle ilgili bir şartlar olduğu, muhakkak ve ağır olmanın ise tehdide yönelik şartlar olduğunun ileri sürüldüğünü belirtmiştik.<sup>287</sup> Bir kişiyi ancak muhakkak yani gerçekleşmesi mümkün ve ağır bir tehdit korkutabilir. Ama bu korkusu nedeniyle suç işlemek zorunda kalan kişinin suç işlemekten, yani tehditten kaçınmaya ve kurtulmaya çalışması da şarttır. Çünkü tehdit aynı zamanda bir kişiye bir zararın gelecekte verileceğinin bildirilmesidir ve bu nedenle bu zaman aralığında kişinin kurtulma olanaklarını araştırıp değerlendirmesi gerekir. Gerçekten de manevi cebir durumunda kişinin iradesi bütünüyle ortadan kalkmamakta, kast ve taksirle hareket edebilmektedir. Ek olarak kanunun ağır ve muhakkak tehlikenin ne olduğu hususunda bir ölçüt getirmediği de gözden kaçırılmamalıdır. Bu nedenle tehditten başka türlü kurtulamama şartı muhakkaklık unsuru içinde değerlendirilebilir. Çünkü ancak bu kişinin kaçınmaması durumunda tehdidin gerçekleşmesi mümkün olabilecektir. Ayrıca bir tehdidin muhakkaklığının değerlendirilmesi ağırlığının değerlendirilmesinin aksine subjektif bir nitelik gösteremez. Muhakkaklığın objektif olarak ele alınması gerekir.

Bu bağlamda manevi cebrin ceza sorumluluğunu kaldırabilmesi için iki şartın gerçekleşmesi gerektiği söylenebilir. Birincisi ağır bir tehlike olmalıdır ki bizce bu ancak kişinin nefesine yönelmiş tehlikeler olabilir. Tehdidin fail üzerinde yersiz olmayan bir korkuya neden olması gerekir. İkincisi de tehdidin muhakkak olmasıdır

---

<sup>287</sup>HAFIZOĞULLARI: İstenemezlik, s.362; KOCA, ÜZÜLMEZ: s.301

ki, bu tehdidin çok kuvvetli bir olasılık dâhilinde gerçekleşebileceğini belirtir.<sup>288</sup> Bu şartla bağlantılı unsur da failin tehdit konusu zarardan başka türlü kaçınıp kurtulamaması şartıdır. Bu son şartta manevi cebir, toplumu, hangi davranışın tehdit edilen vatandaşın yasal olarak beklenebileceği sorusuyla karşı karşıya getirmektedir.<sup>289</sup>

## **1) Ağır Bir Tehdidin Bulunması**

### **a)Tehdidin Varlığı ve Ağırlığı:**

5237 sayılı yasa zorunluluk halini düzenleyen 25. maddesinde tehlikenin bir hakka yönelik olmasını yeterli görmüştür. Bu durumda sadece mal varlıklarına yönelik tehlike de zorunluluk durumu içinde değerlendirilebilir.<sup>290</sup> Herhalde bunun nedeni zorunluluk halinin üçüncü kişi lehine olabildiğinin kabul edilebilmesinde olduğu gibi değerler çatışması düşüncesidir. Bu nedenle malvarlıklarına yönelik tehlikenin zorunluluk hali içinde değerlendirilmesi bir hukuka uygunluk nedeni söz konusu olduğunda mümkün gözükmemektedir.

Kanunun, maddi ve manevi cebri düzenleyen 28.maddesinde malvarlıklarına yönelik tehlike göz önüne alınmamıştır. TCK, mevcut bu düzenlemesiyle tehdidin yöneldiği hak ve menfaatler ile ilgili bir sınırlandırmaya gitmemiştir. Buradan tüm hak ve menfaatler zorlamanın konusu olabilir mi sorusu çıkar. Tehdidin ağırlığından

---

<sup>288</sup>SHANKLAND: ibid. s.1235

<sup>289</sup>SKINAZI: ibid. s.999

<sup>290</sup>METİNER, Haydar, KOÇ, Ahsen: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri”, Cilt 1, Ankara, 2008, s.590

daraltıcı yorumla, cebir altında kalan kişinin işlediği suç ne kadar küçük olursa olsun, bir fiilin cebir altında işlediğinin kabul edilebilmesi için, tehdit edilenin hayatına, beden bütünlüğüne, hürriyetine, şerefine yönelik bir tehlikeyle karşı karşıya kalınmasının anlaşılabilmesi düşüncesindeyiz. Çünkü ancak böylelikle fail büyük bir korkuya kapılabilecek, beşeri kırılmanın ortaya çıkabilecek ve kendisini feda etmesinin istenemeyeceği düşüncesindeyiz. Bu noktada mülga ceza kanunda nefis kelimesi kullanılarak kişinin hayat, sağlık, onur, şeref gibi değerlerinin ifade edildiğini belirtmek gerekmektedir.<sup>291</sup> Gerçekten de kişinin öz varlığı anlamına gelen nefis kelimesi geniş yorumlandığında, kişinin can güvenliği, vücut bütünlüğü, sağlığı, cinsel özgürlüğü, iffeti ve şerefi ifade edilmektedir.<sup>292</sup>

Failin malvarlığına karşı yönelmiş tehditlerde failin tehdiye katlanması gerektiğini savunuyoruz. Kanun koyucu 28.maddede kesin bir ölçüt getirmediğinden pek tabii ki malvarlığına karşı çok büyük zararların söz konusu olduğu durumların da manevi cebir yaratabileceği de ileri sürülebilir.

Bir eşyaya karşı yöneltilmiş tehdit zorlamaya neden olabilir mi? Mevcut düzenleme karşısında, “B, A’ya X eşyasını getirmezsene ben de senin Y eşyanı tahrip ederim” diyerek A üzerinde baskı kurabilir mi sorusuna varabiliriz. Hatta bir adım ileri giderek doktrindeki bazı yazarların menfaatler arasında en azından eşitlik olması görüşünden hareket edelim ve X malı Y malı ile aynı değerde (rayiç bedel üzerinden belirlenen) ya da daha değerli olsun. Malvarlığı üzerine oluşturulacak tehlikenin de baskı unsuru olduğu düşünülürse, bu insanları suç itmeye yöneltecektir. Çünkü maddeye göre madem tehditte bulunulan sorumlu tutulacaktır, daha sonra hukuki

---

<sup>291</sup>YÜCE, Tufan: “**Ceza Hukukunun Temel Kavramları**”, Ankara, 1985, s.43

<sup>292</sup> ÖZBEK, Et al: s.379

yollarla tazminat isteme yoluna gitmek yerine söz konusu suçu işlemek daha mantıklı ve ekonomik bir çözüm olarak ele alınabilir. Örnek olması bakımından, İngiliz Yüksek Mahkemesi, yakın zamanda tersi yönde kararları bulunsa da, ciddi zihinsel zararlara uğrama korkusunun da cebir altında fiili işlemeye yetmeyeceğini kararlarında belirtmiştir. Benzer şekilde malvarlığına karşı ve cinsel ahlaksızlık üzerine tehditlerin de zorlama oluşması için yeterli sayılmamaktadır. *Valderrama-Vega* davasında sadece ölüm tehdidi ile ilgili sanığın savunmalarının cebir savunması altında değerlendirilebileceği belirtilmiştir.<sup>293</sup> Ayrıca yaşam hakkına, vücut bütünlüğüne ve hürriyete yönelmiş tehlikelerin, kişinin iradesinin oluşumunu sakatlayabilecek kadar onu korkuya ve çaresizliğe sürükleyebileceği, insan psikolojisi göz önüne alındığında çok rahatlıkla ileri sürülebilir.

Tehdidin yöneldiği menfaat ve ağırlığı hususunda, örnek olarak 1994 yılındaki *Cole* davasındaki içtihadı verebiliriz. Bu olayda sanık, kendisinin, çocuğunun ve kız arkadaşının, alacaklıları tarafından şiddet kullanımıyla tehdit edildiğinden dolayı hırsızlık suçu işlediğini söylemiştir. Alacaklıları borcunu ödemesi için kendisini korkutmaya çalışmışlardır. Ama manevi cebir altında hareket ettiği kabul edilmemiş ve bu karar aynı zamanda Yüksek Mahkeme tarafından da onaylanmıştır. Mahkemenin burada nasıl bir ölçüt uyguladığı tam olarak açık değildir. Mahkeme tehdit konusu edilen fiilin tehdit eden tarafından belirlenmiş olmasını aramıştır.<sup>294</sup>

Kısacası, ucu açık ve soyut tehdit konusu fiiller ciddi olmadıklarından ağır olarak nitelendirilemez. Dahası muhakkak da değildir. “Alacağımızı vermezsen

---

<sup>293</sup>SMITH, HOGAN: s.304

<sup>294</sup>SMITH, HOGAN: s.302 vd.

kızını bir daha göremezsin” gibi somut bir eylemi belirtmeleri gerekir. Yoksa “bize alacağımızı vermezsen senin için fena olur” gibi bir önerme ağır bir tehdit değildir. Tersine düşüncede olanlar iki cümlede de kişiyi korkutabileceğini ve dolayısıyla etkilerinin aynı olduğunu ileri sürmektedirler.<sup>295</sup> Bu tip önermeler korkutma işlevini yerine getirebilirler. Ama bu korkutmanın faili başka bir suç fiilinin işlenmesini göze almasına neden olacak bir ağırlıkta olduğu söylenemez. Ek olarak tersine bir düşünce hem alacaklıların hak arama imkânlarını daralttığı gibi hırsızlık fiillerinden alacaklıları sorumlu tutma gibi bir sonuca da yol açabilir. Cole davasının diğer bir özelliği de burada zorlamayı alacaklıların zaten var olan haklarını elde etmek için kullanmalarıdır. Bu yüzden hâkim önüne gelen olayda yasal olarak bir hakkın mevcut olup olmadığını değerlendirdikten sonra, zorlamanın, belirli bir haksız fiilin belirtilmesiyle kendini açığa vurup vurmadığına bakmalıdır.

Yukarıdaki olayda, TCK’nın 28.maddesinde bahsi geçen ceza sorumluluğunu kaldıran manevi cebirden bahsedilebilir mi sorusunu sorabiliriz. Çünkü ceza sorumluluğunu kaldıran maddi ve manevi cebirde sadece tehdit ve şiddet gösterilmesi söz konusu olmayıp, bu zorlamalarla biri suç işlemek mecburiyetinde bırakılmaktadır. Bu noktada manevi cebri uygulayanlarda, manevi cebir mağduruna suç işlettirme konusundaki kastın varlığının aranıp aranmayacağı sorulabilir. Tehdit bir kişiye ileride haksız zarara uğratılacağı belirtilmesi olarak mı kabul edilecektir yoksa aynı zamanda mağduru bir hareketi yapmaya zorlaması da gerekecek midir? Acaba tam da bu açıdan tehdit suçu ile ceza sorumluluğunu kaldıran tehdit suretiyle zorlama farklılık arz edebilir mi? Çünkü cebir suçunun düzenlendiği 108.maddede “kişinin bir şeyi yapması, yapmaması ya da kendisine yapması için müsaade etmesi

---

<sup>295</sup> ALLEN: s.161

için bir kişiye karşı cebir kullanılması” ifadesi bulunmaktadır. Tehdit suçu için böyle bir ifade kullanılmamıştır.

Gerçekten de 28 madde söz konusu olduğunda, tehditte bulunanın, tehdit ederken aynı zamanda tehdit ettiği kişiye korkutarak suç işlettirmek kastının aranıp aranmayacağı sorusu önemli bir sorudur. Belki de bu soru suç olan maddi ve manevi cebir fiilleri ile ceza sorumluluğunu kaldıran maddi ve manevi cebir fiillerini ayırıştırarak tek nokta olabilir. Yukarıdaki olayda alacaklılar sadece kişiden borcunu ödemesini istemektedir. Borcunu ödemesi için suç işlemesini istememektedir. Peki “borcunu ödemezsen kızını öldürürüz” tehdit önermesi ile karşı kalan bir kişi, tüm imkânlarını zorladıktan sonra borcunu ödemek için suç işlese ne olacaktır? Biz burada failin borcunu ödemek için birçok imkânın açık olduğunu düşünüyoruz. Birinin borcunu ödemesi için tehdit edilmesi ona suç işlettirilmek istenmesi değildir. Buradaki önermenin ceza sorumluluğunu kaldıran bir tehdit niteliği kazanabilmesi için “borcunu ödemek için banka soy yoksa kızınızı öldürürüz” şeklini alması gerekirdi. Tehdit suçunun düzenlendiği 106.madde değerlendirildiğinde manevi cebri uygulayanlar açısından özel olarak suç işlettirme kastının aranmadığı görülecektir. Bu noktada karşımıza şu sonuç çıkmaktadır. Bu açıdan her tehdidin kendi yapısı gereği içinde korkutma, caydırıcılık ve dolayısıyla zorlama unsurunu mündemiç olarak barındırdığını düşünüyoruz. Bu unsular olayların akışına, maruz kalan veya uygulayanların amaçlarına göre kimi zaman daha belirgin hale gelmektedir.

Tehdidin ağırlığının belirlenmesinde, konusu olan hukuki değerler mi esas alınacak yoksa tehdidin ağırlı onun ciddi, gerçekleştirilebilir ve mümkün olması ile mi ilişkilendirilecektir sorusu karşımıza çıkar. Fail üzerindeki etkisinin değerlendirilmesi gerekir. Ceza sorumluluğunu kaldıran manevi cebrin oluştuğunun

söylenildiği her durumda tehdit suçu da oluşmuştur. Tehdit suçu ile ceza sorumluluğunu kaldıran tehdidin bulunduğu nokta tehdidin fail üzerindeki etkisidir. Bu noktada Yargıtay'ın tehdit suçunu değerlendirdiği kararları tehdidin mağdur üzerindeki etkisinin belirlenmesinde bize yardımcı olabilir.

Yargıtay ise tehdit suçunu değerlendirdiği kararlarında, tehdidi, uygunluk, elverişlilik, yeterlik koşulları açısından ele almıştır ve kavgada söylenen sözlerle bu koşulların gerçekleşmeyeceğini, çünkü kızgınlıkla sarf edilen sözlerde tehdit etme kastının bulunmadığı yönünde kararları vardır.<sup>296</sup> Bu konu tartışmalı olup Yargıtay'ın tersi yönde birçok kararı da bulunmaktadır. Ters yönündeki kararları tehdidin ağırlığının fail açısından subjektif olarak, sırf faili korkutmaya yeterli olup olmadığına göre değerlendirilmesi gereğine dayanmıştır. Yargıtay çoğu kararında kullanılan vasıtanın kanunun aradığı korkuyu meydana getirmesini yeterli görmüştür. Bir kararında “aralarında başlayan tartışmada sanık, artık sövme eyleminin etkisini arttırmak için değil ayrıca, ağırlaştırıcı neden olma niteliğini aşan bir şekilde silahtan sayılan keser ile yakınan köy muhtarına ağır ve haksız bir zarara uğratacağını belirtmek suretiyle, sövme kastı dışında tehdit kastı ile de hareket etmiştir” demektedir.<sup>297</sup> Bu kararlar her ne kadar tehdit suçu ile ilgili olsalar da ve her tehdidin suç işlemeye itecek kadar muhakkak ve ağır olmadığı açıksa da, Yargıtay'ın tehdidin kişiler üzerindeki etkisini değerlendirmesi bize ışık tutabilir.

Ceza sorumluluğunu kaldıran manevi cebirde mağdura yöneltilmiş tehdidin onu suç işlemeye yöneltecek nitelikte olup olmadığının failin zorlanması açısından değerlendirilmesi gerekirken, salt tehdit suçunda, ağır ve haksız zararın

---

<sup>296</sup>YCGK, E.1990/3-368, K.1991/36 T.18.2.1998

<sup>297</sup>YCGK, E.2003/10-29 K.2003/77, T.1.4.2003

belirtmesinin mağdur üzerinde korku yaratacak yeterlilikte olup olmadığına bakılması gerekir. Yargıtay bir kararında, “Tehdit (manevi cebir), ağır bir zarara uğratılacağı hususunda mağdur üzerinde yaratılan korkudur. Baskı yapma, sindirme, yıldırma, korkutma şeklinde yapılabilen tehdit; mağdur üzerinde etkili ve ciddi olmalıdır.” görüşünü dile getirmiştir.<sup>298</sup> Bu noktada 28. Madde değerlendirilirken kişi üzerindeki baskının, korkutmanın veyahut sindirmenin kişiyi suç işlemeye yöneltip yöneltmediğine bakılmalıdır. Bu aşamada, tehdit konusu menfaatle ihlal edilmesi istenen menfaatin arasındaki dengenin değerlendirilmesi düşünülebilir. Çünkü hiçbir makul kimsenin daha küçük bir menfaati korumak için daha büyüğünü tehdit suretiyle bile olsa ihlal etmeyeceği söylenebilir. Ama hayatın olağan akışı içinde de kimsenin bir şeyi yaptırmak için böyle bir tehdit yöneltmeyeceği de söylenebilir. Bu nedenle menfaatler arası değerlendirmenin ceza sorumluluğunu kaldıran tehdidin ağırlığının belirlenmesinde ilk elde değerlendirilmesi gereken ama tek başına sorunu çözmeyen bir değerlendirme şekli olduğunu düşünüyoruz. Çünkü yukarıdaki örnekte de değinildiği gibi bir kişi borcunu öde yoksa kızını öldürürüz dediğinde menfaatler arası değerlendirmeye gidilirse eğer tehdidin yöneldiği şahsın suç işleyebileceğini kabul etmiş oluruz. Ama tehdit edenlerin suç işlettirme kastı da yoktur. Bu bağlamda sadece menfaatlerin değerlendirilmesi bizi zaruret halinin içine sokacak 28.maddede düzenlenen manevi cebir durumunu tek başına açıklayamayacaktır.

Menfaatler arası değerlendirmenin tehdidin ağırlığının belirlenmesinde tek başına yeterli olmadığı tehdidin yöneldiği kişiler göz önüne alındığında anlaşılabilir. Tehdidin ağırlığın kişi üzerindeki etkisinin belirlenmesinde tehdidin yöneldiği kişiler de belirleyici rol oynayabilir. Tehdit ve dolayısıyla ağırlığı, tehdidin yöneldiği

---

<sup>298</sup> YCGK, E.2000/6-49 K.2000/101, T.9.5.200

süjelerle de bağlantılıdır ama süjelere hangi fiilin yöneltmek istendiğiyle kendini açığa çıkarabilir. Doğaldır ki bu durumda tehdidin kimin tarafından, nasıl yapıldığı da somut olaya göre önem taşıyacaktır.

### **b) Tehdidin Ağırılığının Yöneldiği Kişiler Bakımından Değerlendirilmesi**

Tehdidin ağırılığının tehdidin yöneldiği kişilerle de bağlantılı olduğunu ileri sürmüştük. TCK, tehdit suçunu düzenlediği 106. Maddesinde “bir başkasını, kendisinin veya yakının hayatına, vücut ve cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle...” demektedir. Ceza sorumluluğunu kaldıran manevi cebirin düzenlendiği 28.maddedeysse tehdit altındaki üçüncü kişilerin lehine bir düzenleme bulunmamaktadır. TCK’nın manevi cebri ayrı bir maddeyle düzenlediği göz önüne alındığında zaruret halinin şartlarını manevi cebir için aramamız çelişkili bir durum olacaktır.

Manevi cebir zaruret halinin bir çeşidi olarak değerlendirildiğinden tehdit altındaki üçüncü kişi lehine suç işlenebileceği kabul edilmektedir. Manevi cebri kusurluluğu kaldıran zaruret halinin bir türevi olarak gören İçtihat Hukukunda İngiliz mahkemeleri bu sorunu, muhakkak tehlikenin cebir altında hareket eden kişinin yanında sorumluluğu olduğu kişilere de yönelebileceği ve bunun manevi cebirin esaslı unsuru olduğu yönünde bir düşünceyle çözmüş, bunu birçok içtihatla tekrarlanmıştır. İngiliz Mahkemeleri sorumlu olan kişilerden kimleri kastetmektedir? Sorumluluğu bulunduğu kişilerin kimler olduğu hususunda ise Shyler davasında,

tehlikenin yönelerek riske soktuğu kişilerin, somut olaya göre cebir altında davranan kişinin sorumluluğunun sınırlarını çizdiği belirtmiştir.<sup>299</sup>

Burada dikkat edilmesi gereken husus, bahsedilen içtihatta değerler arası çatışmaya açıkça değinilmemesine karşın, bu görüşten yola çıkılarak, tehdidin yöneldiği kişilerin yaşam haklarının ve vücut bütünlüklerinin göz önüne alınmasıdır. Buna göre İçtihat Hukukunda, failin silahını doğrultarak, “eğer benle yatmazsan yoldan geçe ilk kişiyi vururum” diyerek muhakkak bir tehditte bulunması bu karara dayanak olan düşüncenin örneği olarak gösterilebilir. Bu durumda cebir altında bulunan yoldan geçmesi muhtemel kişi için de kendini sorumlu hissetmelidir. Aslında her ne kadar manevi cebir altında bulunan kişi için tehdidin yakınlarına ve sevdiklerine yönelmesi kendisi için daha büyük bir korku yaratacak da olsa burada göz önüne alınması gereken tehdidin yöneldiği haklardır. İçtihat Hukukun bu anlayışından çıkan sonuç, mademki tehdit fiilin oluşması için vücut bütünlüğü, yaşam hakkı ve kişi hürriyetine yönelmiş olan bir tehlike mevcut olmalıdır, burada hangi kişiye ait olup olmadığına bakılmamalıdır. Kanımızca menfaatler arasındaki karşılaştırılmalı değerlendirme yapılmasını ileri sürenler bu sonucu da göze almalıdırlar. Bu karar değerlendirilirken Anglosakson Hukukunda da manevi cebir ve zorunluluk halinin temelleri üzerindeki karışıklık ve tartışma devam etmekte olduğu gözden kaçırılmamalıdır.<sup>300</sup>

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 25. 3. 2003 tarihli bir kararında ise “*Fail bu tehdit ile mağdur üzerinde istediği doğrultuda etki yaparak arzulanığı bir kararı vermesini sağlamak istemektedir. Böylece tehdit eden (fail) tehdit edileni (mağdur)*

---

<sup>299</sup> ALLEN: s.161

<sup>300</sup> BAYLES, Micheal: “Reconceptualizing Necessity and Duress”, **The Legal Essays of Micheal Bayles**, Edited by Wade L. Robison, Kluwer Law International, 2002, s.211

*bir seçenek karşısında bırakmaktadır. Mağdur kaldığı muhtemel iki zarar karşısında, kendisi bakımından daha az zarar oluşturacak olan seçeneği benimseyecektir. İşte bu durumda daha az zararlı durumu seçerek, failin istediğini gerçekleştirmiş olan mağdur üzerinde manevi cebir ( tehdit ) kullanılmış olmaktadır”* görüşünü dile getirerek menfaatler arası çatışmayı göz önüne almıştır.<sup>301</sup> Burada dikkat edilmesi gereken önemli husus, bu tarihlerde yeni ceza kanundaki 28.madde benzeri bir hükmün ceza kanununda olmamasıdır. Bu dönemde tehdit zorunluluk hali içerisinde değerlendirilmekteydi. Yargıtay’ın kararlarında, bu kararda dâhil olmak üzere, ekseriyetle tehdit suçunu değerlendirdiği gözden kaçırılmamalıdır.

Bu şekilde bir düşünüş manevi cebir zaruret hali altında değerlendirildiğinde tutarlıdır. TCK 28.madde ile zaruret halinden ayrı ve bağımsız bir düzenlemeyi kanuna koymuştur. Bu maddede cebir altında suç işlenebilmesi için cebre maruz kalan kişi dışında başka kişilere karşı da tehdidin yönelebileceği düzenlenmemiştir. TCK’nın 108.maddesi göz önüne alındığında kişinin kendisine ve yakınlarına tabiri tehdidin ağırlığı açısından değerlendirilebileceği düşünülebilir. Bu görüşe karşı 28.maddenin üçüncü kişilere yönelen tehdit için düzenleme getirmediği de ileri sürülebilir. Aslında 28.maddenin mevcut bu şekli bu maddeyi bütünüyle istenemezlik ilkesi çerçevesinde yorumlamamız gereğini ortaya çıkarmaktadır.

---

<sup>301</sup> **YCGK**, E.2002/5-324, K. 2003/55, T. 25.03.2003

### c) Tehdidin Ağırlığının Saiklerin Karışması Açısından Değerlendirilmesi

1986 *Ortiz* Kararında Kolombiyalı bir kokain kaçakçısı olan Ortiz finansal zorlukları yüzünden üzerine atılı bu suçu işlediğini öne sürmüştür. Kararda, sadece ciddi yaralanma ve ölüm tehlikesi halinde cebrin var olabileceğini dile getirilmiş, diğer saikler için sanığın zihninde boşluk bulunmaması gerektiği belirtilmiştir. Sanığın sadece para için bile suçu işleyebileceğinin veyahut sanığın tehdide direnecek durumda olduğunun ama teklifi görünce iki nedenin birleşmesi dolayısıyla direnmekten vazgeçebileceğinin de değerlendirilmesi gerekir. Failin, para için bile suçu işleyecekken o kadar korksa ki paradan bile vazgeçebileceği de düşünülmelidir.<sup>302</sup> Bu etik sorular dâhilinde tehdidin ağırlığı nasıl belirlenebilir? Manevi cebrin kişinin sadece vücut bütünlüğü ve hayatıyla sınırlı tutulmasının nedeni aslında bu soruların cevabını teşkil etmektedir. Çünkü insanlar en son kendi canları üzerinde pazarlık yapabilirler. Ve ancak bu doğrultuda içgüdüleri ağır basacaktır. Tersinin düşünülmesi failin farklı amaçlarla hareket etmesine yol açar. Tehdidin ağır basmış olması yeterlidir. İnsanın nefesine yönelen tehditlerden başka tehditlerin ceza hukukun tehdit içeren yaptırımlarını ortadan kaldırması kabul edilememelidir. Diğer halde manevi cebrin ceza sorumluluğunu kaldırabilmesine izin vermek kurnaz suçlulara yardımcı olmak demektir.<sup>303</sup>

*R v Ali* Davasında (1995) Ali, Pakistan'daki hayatı boyunca eroin bağımlısı olmuştur. Ali X'den eroin temin etmekte ve bir kısmını kullandıktan sonra satmaktadır. Gün geçtikçe ihtiyaç duyduğu eroin miktarı artar ve aldığı malları

---

<sup>302</sup>SMITH,HOGAN: s.304

<sup>303</sup>ELLIOTT, Catherine, QUINN, Francis: "**Criminal Law**", 4.Edition, UK, 2002, s.300

satmak yerine kullanmaya başlar. Bunun üzerine Ali'yi yakalayan X, kendisine borcunu ödeyip, daha fazla eroin satın alabilmesi için banka soymasını ister. Ali manevi cebir altında bulunduğunu ileri sürecektir. Mahkeme suç olan bir faaliyete kendi iradesiyle dâhil olduğunu gerekçe göstererek cebir savunmasını reddeder.<sup>304</sup>

*Valdrema-Vega* Davasında(1985) sanık, eğer mafya tipi bir organizasyon için çalışmazsa kendisinin ve ailesini ciddi zarara uğratılacağını söylemiş ve homoseksüel olduğunu açıklamıştır. Ayrıca da çok büyük bir finansal güçlükte olduğunu belirtir. Mahkeme ancak cana ve bedene yönelik ciddi zarar durumlarının cebire yol açtığı ve suçlananın bir suç örgütüne katılarak zorlamaya kendi davranışıyla sebebiyet verdiği gerekçesiyle manevi altında olmadığına karar verir.<sup>305</sup>

Yukarıda verilen kararlarda her ne kadar mahkeme bir suç faaliyetine katılmış olmanın manevi cebrin uygulanamaması için yeterli olduğunu belirtse de dikkat edilmesi gereken başka noktalar vardır. Yukarıda verdiğimi Ortiz kararıyla aynı doğrultuda olmak üzere şahıslar suçu manevi cebir altında işlerken aslında gerçekten içgüdülerinden oluşan korkuları nedeniyle değil, mevcut zevk ve rahatlıklarını kaybetme korkusuyla hareket etmektedirler. Bu yüzden tehdidin ağırlığından söz edilemez.

Kısacası insanın zevk ve mülkiyet eğilimi, acıdan ve kayıptan sakınmdan farklı olarak mazeret nedeni olamaz ve bu konuda, acı ile zevk asimetriktr.<sup>306</sup> Acı ve zevkin arasındaki ince çizgiye dikkat edilmelidir. Ancak böylelikle failin başka bir saikle hareket edip etmediği anlaşılabilir. Çünkü failin nefesine karşı yönelmiş olan

---

<sup>304</sup>QUINN, ELLIOT: s.294

<sup>305</sup>ALLEN: s.160,161

<sup>306</sup>HUSAK, Douglas: "Addiction And Criminal Liability", **Law And Philosophy**, S.18, 1999 s.661

tehditler söz konusu olduğunda beşeri kırılğanlığının ortaya çıkabileceği gözlemlenebilir.

## **2) TCK 28. Maddenin Düzenlemesi Karşısında Tehdit Konusu Tehlikeye Failin Kendi İsteğiyle Neden Olmaması Şartının Aranması Sorunu ve Suç Örgütüne Üye Olanın Örgütün Zorlamasıyla Suç İşlemesi Hali**

Doktrinde Dönmezer’den başlayarak birçok düşünür manevi cebri zorunluluk halinin bir çeşidi olarak değerlendirdiklerinden tehdide failin neden olmaması şartını aramışlardır. Tehdidin veya korkutmanın meydana gelmesine bilerek sebebiyet verilmemiş olması gerekir.<sup>307</sup> Bu bağlamda tehlikeye bilerek neden olmanın tehlikeye kasten neden olmak şeklinde anlaşılması gerektiğini, kasten veya bilinçli taksirle tehlikeye bilerek neden olunması halinde zorunluluk halinden söz edilmezken taksir halinde varlığını kabul etmek gerekeceğinin altının çizilmesi gerekmektedir.<sup>308</sup>

TCK’nın mevcut düzenlemesi karşısında manevi cebri zorunluluk hali açısından değil de istenemezlik ilkesi çerçevesinde değerlendirmemiz daha uygun olacağından bu şartın aranmasının gerekmeyeceği düşüncesindeyiz. Failin tehdide kendisinin neden olmaması şartının aranmasına gerek yoktur. Çünkü manevi cebir altında hareket eden kişinin saiklerinin karışması halinin değerlendirilmesi zaten yukarıdaki örnekler ışığında yapılabilir. Kaldı ki manevi cebrin kusurluluğu kaldırmasındaki temel düşünce beşeri kırılğanlıktır. Bu şartı aynı zamanda konuyla

---

<sup>307</sup>DÖNEMEZER, ERMAN:“Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku”, Cilt:2, İstanbul, 1978, s.313

<sup>308</sup>METİNER, KOÇ: s.591

ilgili diğer İtihat hukuk kararlarında göreceğimiz gibi bir suç örgütüne üye olmak ve onun baskısıyla hareket edilmesi durumları açısından da ele alabiliriz.

Suç örgütüne katılmış kişinin örgütü tarafından cebre maruz bırakılarak suç işleme si sağlanırsa nasıl sorumluluğunun belirlenmesi yoluna gidilecektir sorusu karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten de suç örgütüne katılan kişi, örgüt tarafından uygulanan manevi cebir ile örgütün amacı doğrultusunda suç işlese, tehdit ve korkutuculuk söz konusu olabilir mi?

Kişi bir suç örgütüne katılırken bu katılımın kendisi üzerinde baskı oluşturacağının farkındadır. Örgüte gönüllü olarak katılmaktadır. Bu nedenle dahil olduğu organizasyonun hiyerarşisi içinde belirli suç tiplerini işlemek hususunda bir baskıya maruz kalabileceğinin bilincinde olması gerekir. Çünkü bu baskı örgütlerin hiyerarşik yapısının doğasında vardır.<sup>309</sup> Zaten TCK'nın 220.maddesi ile suç örgütüne üye olanları salt üye oldukları için bile cezalandırılmaları hükme bağlamıştır. Bu bizim düşüncemizi destekler niteliktedir.

Bunun yanında örgüte üye olanlar açısından üye kişi organizasyonla bağlarını koparmaya bilinçli olarak çalışmışsa, etkin pişmanlık göstermişse ve tehditle zorlama bundan sonra meydana gelmişse cebir altında hareket ettiğinin değerlendirilebilmesi gerekir.<sup>310</sup> Buna karşılık İngiliz İtihat hukukunda IRA gibi yasadışı organizasyonlara gönüllü bir şekilde katılanların sonradan bu organizasyonun

---

<sup>309</sup>HAFIZOĞULLARI:“Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk”, s.5, [www.zekihafizogullari.com](http://www.zekihafizogullari.com), Erişim Tarihi: 06.03.2011

<sup>310</sup>ALLEN: s.170

emirlerini zorla da uygulasalar ya da sonradan bağlarını koparmak istemiş olsalar da cebir savunmasından yararlanamayacaklarına hükmedilmiştir.<sup>311</sup>

Türkiye'deki kanun koyucu İngilizlerden farklı bir etik/siyasi değerlendirmede bulunmuştur. Türk Ceza Kanununun etkin pişmanlığı düzenleyen 221. Maddesi karşısında etkin pişmanlık gösteren failin bundan sonra örgütün baskısıyla suç işlediğinin anlaşılması halinde 28.maddeden yararlanması gerekir düşüncesindeyiz.

### **3.Tehdidin Muhakkak Olması**

Tehdidin muhakkak ve önlenemez bir baskı oluşturması gerekir. Tehdidin muhakkak olması demek manevi cebri uygulayan failin istediği zaman dâhilinde tehdit aracı olan fiilde bulunması imkân ve kabiliyetini ifade eder. Henüz gerçekleşmemiş olmakla birlikte meydana gelmesi büyük bir olasılık dâhilinde görülen tehlike halen var olan tehlike olarak düşünülebilir.<sup>312</sup> Bu anlamda tehditten başka türlü kaçınılamamasının tehdidi uygulayan ve tehlide maruz kalan açısından tehdidi muhakkak kıldığı söylenebilir. Aynı şekilde cebirde de zorunluluk hali gibi kişinin tehlikeden başka türlü sakınmayacak ve kurtulamayacak olması şartı aranmaktadır. Muhakkaklığı gerçekleşmekte olan tehlike olarak ele alanlar da

---

<sup>311</sup>SMITH, HOGAN: s.309

<sup>312</sup>METİNER, KOÇ: s.589

vardır.<sup>313</sup> Kanımızca bir tehdidin muhakkak olması sadece onun gerçekleşmekte olduğunu ifade etmez. Bu eksik bir tanımlama olur.

Bu aşamada, Anglosakson hukukçuları meseleye çatışan menfaatler veya tehdit altındaki kişinin zihinsel yapısı açısından bakmamaktadırlar. Tehdidin muhakkaklığının değerlendirilmesinde, tehditle tehdit sonucu işlenen fiilin bağına odaklandıklarının altının çizilmesi gerekir. Anglosakson hukukçuları tarafından tehdidin muhakkaklığı objektif açıdan ele alınmakta ve ortalama insan ölçütü çerçevesinde değerlendirilmektedir.<sup>314</sup>

#### **a) Tehdidin Etkili Olabileceği Zaman Aralığı**

Sadece gerçekleşmekte olan değil gelecekte gerçekleşmesi söz konusu olan fiillerin de muhakkaklığından söz edilebilir. Bu durumda cebir altında suç işleyen fail şüphesiz yakın bir tehlike altında değildir. Bu nedenle bize kalırsa İngiliz Mahkemelerinin içtihatları kendisine dikte edilen suçu işlemek dışında başka türlü kurtulamayacağı tehditten söz etmektedir. Çünkü bu zaman aralığında cebir altında kalan kimsenin tehditten kurtulmak için çareler bulabileceği göz önüne alınmaktadır. Yukarıda bahsettiğimiz Cole davasında mahkeme ayrıca, tehdidin ancak parayı bulamaması halinde gerçekleşebileceğinden ve bu nedenle muhakkak olamayacağından yola çıkarak istenemezlik halinden yararlanamayacağını göz önüne almıştır.<sup>315</sup>

---

<sup>313</sup>YÜCE:, s.43

<sup>314</sup>ALLEN: s.167

<sup>315</sup>ALLEN: s.162

Manevi cebirde tehdidin etkili olabilmesi için en önemli nokta tehdidin suçun işlendiği anda hala etkili olmasıdır. Aslında bu, tehdidin muhakkak olması gereğinin bir sonucudur. *Abdul-Hussein* davası bu anlamda çok güzel bir örnektir.<sup>316</sup> Bu davada Kuzey Iraklı olup Sudanda yaşayan iki mülteci, Sudanlı yetkililerin, Irak'a gittiklerinde haklarındaki idam kararı yüzünden işkence ve ölüm tehlikesi altında olacaklarından, kendilerini sınır dışı etmesinden korkmuşlardır. Bu korkuları, sahte el bombaları ve bıçaklar ile bir uçağı kaçırmalarına neden olmuştur. İlk derece mahkemesi tehdidin yakın olmadığını ileri sürerek tehdit suretiyle zorlama savunması kabul etmemiştir. Bu karar üzerine sanıklar temyize giderler. Yüksek Mahkeme tehdidin başlangıç anıyla sanıkların eylemleri arasındaki zaman aralığının önemli olduğunu ama belirleyici olmadığını belirtir. Yüksek mahkeme, tehdidin muhakkak olması gerektiğini yakın olmasının ila şart olmadığını, bazen tehdidin failin bulunduğu koşullar içinde âdete askıdaymışçasına korkutucu niteliğini koruyabileceğini belirtmiştir. Aslında bu dava bir istenemezlik hali davasıdır.<sup>317</sup>

Gerçekten de şahısları tehdit eden belirli bir kimse yoktur. İlgili kararı bu bölüme koymamızın nedeni tehdidin muhakkak olması niteliğini daha iyi açıklayabilmek içindir. Tehdidin askıda kalması, belirli bir yerde belirli bir süre içinde her an gerçekleşebilecek ve etki edebilecek nitelikte olmasını belirtir. Bu nedenle de, genellikle tehdidin askıda kalabilmesi yani potansiyel bir tehlike taşınması için organize olmuş bir insan topluluğunun gerekli olduğu söylenebilir. Bu yüzden terör örgütlerinin, suç örgütlerinin kuvvetli olduğu koşullarda bu durum ortaya çıkabilir.

---

<sup>316</sup>ELLIOT, QUINN: s.293

<sup>317</sup>SMITH, HOGAN: s.302

Sonuçta tehdit altında suç işleyen kişinin iradesinin yenilebilmesi için tehdidin suç işlemeye anında failin zihninde etki doğurabilecek nitelikte olması yeterlidir.<sup>318</sup>

### **b)Tehdit Edilenin, Tehlikeden Kendisine İstenen Suçu İşlemek Dışında Kaçınmaması**

Tehdit altında bulunan kişiye işlettirilmek istenen suçun ağırlığı artıka, tehdit altındaki kişinin tehditten kaçınmanın yollarının aranması konusunda suçun ağırlığı oranında yoğun bir çaba ve uğraş göstermiş olması gerekir.<sup>319</sup> Anglosakson hukukunda tehdidin muhakkak olması aynı zamanda mağdurun tehdiye maruz kaldığı zaman aralığında tehdidi başka türlü defedemeyecek fırsat bulamamasını da ifade eder. Aynı zamanda başka birinin menfaatine zarar vermeden tehditten failin başka türlü korunamaması veya kaçınmaması demektir.<sup>320</sup> Bu nedenle, tehdidin etkisini gidermek için ihbarda bulunma, kaçınma, karşı koyma gibi imkânların bulunması durumunda bu hükümden yararlanılamaz.<sup>321</sup>

Hudson ve Taylor davasında (1971) iki genç kız mahkemede farklı ifade verdiklerini çünkü cebir altında olduklarını söylediler. Bu durumda manevi cebrin olmadığı çünkü kızların bu süre içerisinde makul iki insan olarak polise veya ilgili diğer kamu görevlilerine başvurarak cebirden kurtulabilecekleri belirtilmiştir.<sup>322</sup>R

---

<sup>318</sup>ALLEN: s.164

<sup>319</sup>WILLIAMS: s.762

<sup>320</sup>HAKERİ: s.220

<sup>321</sup>METİNER, KOÇ: s.709

<sup>322</sup>ELLIOT, QUIN: s.293

*vHudson ve R v Taylor* kararının bize gösterdiği suçlananın iradesine baskın çıkabilecek kadar ağır, muhakkak ve sakınılmaz bir baskının var olması gereğidir.<sup>323</sup>

*R v Hudodn ve R v Taylor* davasında suçlanan kızlar savcılık tanıkları olan 17 ve 19 yaşlarında iki kızıdır. Yalan yere şahitlik yapmaktan yargılanmışlar ve savunmalarında tehdit suretiyle zorlama savunmasından yararlanmak istemişlerdir. Lehine yalan yere şahitlik yaptıkları kişinin adamlarından kötü şöhretli olanı konuşurlarsa onların dillerini kesmekle tehdit etmiştir.<sup>324</sup> Bu davada muhakkak bir tehlikenin olmadığı; çünkü sanık olan bu iki kızın görülmekte olan dava sırasında yalan yere tanıklık yapmak yerine güvenlik güçlerine ve hakime şikayette bulunabilecekleri belirtilmiştir. Bu davanın temyizinde Yüksek Mahkeme iki şeyi tartışmıştır: Birincisi tehdit muhakkak ve yakın mıydı? İkincisi ise sanık, tehdidi ortadan kaldırmak için gerekenleri yapmış mıdır? Verilen kararda örnek olarak da zorla isyana katılmış bir kişinin isyan bittikten sonra tehdit ortadan kalktığı halde orada bulunması verilmiştir. Kararda tehdit savunmasının sınırlarını geniş tutmak istemediklerini, ama çok sınırlandırmayı da amaçlamadıklarını belirten temyiz mahkemesi, tehdidin niteliği hususunda jürinin karar vermesi gereği üzerinde durarak kararı bozmuştur. *R v Hudson ve Taylor* içtihadında, tehdidin varlığının, tehdit altında suç işleyen kişinin, tehditten kaçınmak veya resmi bir koruma aramak gibi olanakları üzerinden değerlendirilmesi gerektiğinin altı çizilmiştir. Bu olanakların değerlendirilmesinde kişinin yaşı gibi subjektif özellikleri de

---

<sup>323</sup>ASHWORTH: “**Principles of Criminal Law**”, UK, 2003, s.226

<sup>324</sup>ALLEN: s.167

değerlendirilmeye alınabileceği gibi olayın akışının ve bu olanakların kullanılmasının doğurabileceği mevcut riskler de göz önüne alınmalıdır.<sup>325</sup>

Gerçekten de yaşlı bir kişi eğer yüksek fiziksel çabalarla tehditten kurtulabilme imkânını bulunması durumunda mesela tırmanarak kaçmak gibi- bu imkanı kullanamayabilir. Diğer taraftan yaşı küçük olan biri tecrübesizliği yüzünden kaçma ve kurtulma olanaklarını görememiş olabilir. En azından yaşı nedeniyle bu olanakları değerlendiremeyecek kadar korkmuş olabilir. Aynı şekilde bir örgütlü güç karşısında olan biri onlardan kendisini devletin koruyamayacağını düşündüğünden gereken yollara başvurmamış olabilir. İşte tüm bunları somut olaylara, bu olayların cereyan ettikleri ortama ve akışlarına göre hâkim belirleyecektir. Bu yapılırken de ileride belirtileceği gibi ortalama insan ölçütünü kullanacak ve model ajanı belirlerken yukarıdaki hususları göz önüne alacaktır.

İşte bu yüzden manevi cebir savunmasının tanınmasının nedenlerinden biri için de cebir etkisiyle suç işleyen kimsenin suç işlemekten başka çaresinin kalmaması ve cebir uygulayana böylelikle yardım etmesidir. Devletin yardımı veya hukuk düzeninin meydana getirdiği koruma vasıtaları gecikecek veya hiç gelmeyecek ise ve de tehlikeyi bertaraf edecek başka bir araç ve yol da mevcut değilse insanın kendini koruma içgüdüğü devreye girer ve işlediği fiil kınanamaz.<sup>326</sup> Burada başka seçeneği veya çaresi yoktu demek bir durumun fiziki imkânsızlık olarak ortaya konulmasını değil, yargı makamı tarafından imkânsız olarak değerlendirilmesini ifade eder. Failin başka çaresi yoktu dediğimizde aslında mevcut

---

<sup>325</sup> ALLEN: s.167

<sup>326</sup> ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA: s.520

alternatiflerin çok uygunsuz olduğunu ve bu nedenle faili kınayamadığımızı ifade ederiz.<sup>327</sup>

Failin tehditten başka türlü kaçınmamasının, onun mevcut durumda başka türlü davranma seçeneklerinden mahrum olmasını ifade ettiği düşünülebilir. Manevi cebir altında hareket eden kişinin suçu işlemekten başka seçeneğin bulunmaması onun neden mazur görüldüğünü tam olarak açıklayamamaktadır. Hatta seçeneksizlik bize mazeret nedenlerinin doğasını da açıklamamaktadır. Hata da cebirden farklı olarak failin seçeneksiz olduğu bir durumdur.<sup>328</sup> Çünkü hatada kişi zaten en başından mevcut seçenekler üzerinde hataya düşerek değerlendirebileceği tüm seçenekleri tüketmiştir. Ayrıca mağdur açısından manevi cebre katlanma seçeneği de her zaman mevcuttur. Kısacası manevi cebirde seçeneksizlik değil, tehdide katlanmakla tehditle istenilen eylemi yapmak arasında insanın beşeri kırılganlığını ortaya çıkaran bir seçim imkânının varlığı söz konusudur.

#### **4. Değerler Arası Mukayese Prensibi ve İhlal Edilen Değerler Arasındaki Denge Sorunu**

İhlal edilen değerler arasındaki denge sorunu karşımıza iki açıdan çıkmaktadır. İlk olarak bir kişinin suç işleyebilmesi için, tehdit karşısında koruduğu değer ihlal edeceği değerden daha üstün olması gerektiği haklı olarak savunulabilir. Çünkü ancak bu şekilde şahıs korku hissedebilecektir. Bu bize tehdidin ağırlığını belirlememizde yardımcı olabilir ama tehdit altında bulunan kişinin durumunu tam

---

<sup>327</sup>HUSAK: Addiction and Criminal Liability, s. 657

<sup>328</sup>BRONAUGH, Richard: "Freedom As The Absence Of An Excuse", *Ethics an Internation Journal Of Social, Political, And Legal Philosophy*, C.74, S.3, 1964 s.166

olarak açıklayamamaktadır. Çoğu durumda değerlerin mukayese edilmesi işe yaramayabilir. Bir babaya kızının canı karşılığı iki kişinin canın teklif edildiğini düşünelim. Bu durumda değerlerin mukayese yapılmasının insan hayatları söz konusu olduğunda mümkün olmadığı söylenebilir. Ama burada altını çizmek istediğimiz husus, uç bir örnek de olsa bu durumda mukayese yapıldığında baba için kızının hayatının daha önemli görülebileceğidir. Kısacası her zaman değerler arasında mukayese yapmak tehdidin ağırlığının değerlendirilmesini çözüme kavuşturmayabilir. Keza ağır bir başkası için ağır olmayan bir tehdit bir akıl hastası için, bir yaşlı için ağır olarak değerlendirilebilir.

Bu bağlamda, ihlal edilen değerler açısından diğer bir husus da manevi cebir altında suç işleyen kişinin fiilinin koruduğu menfaatten daha üstün bir değeri ihlal etmesi sorununda kendini gösterir. Bu sorunun çözümü ölçülülük ilkesinde aranmıştır.

Manevi cebirde, kişi tarafından en az zarar verecek alternatifin seçilmesi aranmalıdır. Bu nedenle ihlal edilen değerler arasındaki denge tehdit altında hareket eden kişinin mevcut seçenekleri göz önüne alınarak değerlendirilmelidir. Bu durum da bizi kişiden bulunduğu koşullar altında başka türlü davranmasını bekleyemediğimiz istenemezlik haline götürmektedir.

Manevi cebir halinde, tehdit altında hareket eden kişinin korumaya çalıştığı menfaatten daha düşük veya yüksek derecede bir menfaati ihlal edip etmediğine bakılmamasının doğru olmayacağı eleştirisi getirilebilir. Ama burada başlıca ele alınması gereken husus, hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halindeki

menfaatlerin değerlendirilmesinin bu tip olaylara uygulanamayacağı; çünkü oluşan fiilin sosyal olarak arzu edilebilir bir fiil olmadığıdır.<sup>329</sup>

Aslında manevi cebirde zorunluluk halinin şartlarını arayan düşünürlerin değerler arası dengeden kasıtları failin tepkisinin orantılı olmasıdır. TCK 25. madde gerek meşru savunmada gerekse de zaruret halinde orantılılık şartını aramaktadır. Meşru savunmadaki orantılılık haksız saldırıyı önleyebilecek kadar, saldırının hedef aldığından daha değerli bir menfaatin ihlal edilmemesi üzerine kurulu olup hukuka uygunluk nedenlerinin yapısına uygundur.<sup>330</sup> Ama manevi cebir, kusurluluğu kaldıran bir nedendir. Kusurluluğu kaldıran nedenler normatif açıdan ele alındıklarında kınanabilirlik üzerinde temellendirildiklerinden fail odaklı düşünmeyi zorunlu kılmaktadırlar. Bu yüzden burada tehdit altındaki makul bir insan olan failin zorlamayla kendisine dikte ettirilen suçu işleme yönündeki kararı dikkate alınacaktır. Bu kararın oluşum safhası önemlidir. Eğer faili suçu işleme yönündeki kararı yüzünden kınayamıyorsak ve kendisinden içinde bulunduğu koşullar altında başka türlü davranmasını isteyemiyorsak manevi cebir altında hareket ettiğini kabul etmemiz gerekir. İhlal edilen değerle korunan değer arasında dengeyi de bu açıdan ele almak gerekir.

Sonuç olarak, buradaki asıl soruyu makul bir insan olarak failin tehdit konusu fiilden karşı koyma veya kaçınabilme olanaklarının hem koşullar hem de failin öznel nitelikleri açısından ne olduğu biçiminde algılamak gerekir. A'nın B'yi, kendisiyle birlikte soyguna katılmazsa çocuğunu kaçırmakla tehdit ettiğini varsayalım. A gitsin B ile birlikte soygunu gerçekleştirsin. Bu durumda A'nın başka bir seçeneği olmadığı

---

<sup>329</sup>GORR: s.5

<sup>330</sup>ÖZEN: Meşru Müdafaa, s.121

söylenbilir. Başka biri A'nın seçeneği olduğunu bunun da çocuğu korumak olduğunu söyleyebilir. Etik olarak mevcut koşullar altında A'nın eyleminden sorumlu tutulamayacağı söylenebilir. A'nın seçeneği vardır ama tehdide diremediği için kınanamayacağı da ileri sürülebilir. Bu durumda A'nın kuvvetlendirilmiş seçimi olduğu söylenebilir. Kişinin bir seçenek üzerine zorlanmasının seçeneği olmamasıyla aslında aynı etkiyi yarattığı söylenebilir.<sup>331</sup> Bu yüzden bir karara varabilmek için, A'nın içinde bulunduğu koşullara, öznel olarak olanaklarına, kızını koruyabilme imkânlarına bakılmalı ve ona göre değerlendirmede bulunulmalıdır. Değerlerin orantılılığı yönünden bu açıdan hareket edilmelidir. Yoksa salt çatışan menfaatlerin karşılaştırılması yoluna gidilmesi kolaycılıktır ve yukarıdaki nedenlerle insanların beşeri kırılganlıklarına rağmen kusurluluklarının kaldırılmamasına, hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinin uygulanması yönünde karışıklıklara neden olabilir.

Gerçekten de sorun çatışan menfaatler açısından değerlendirildiğinde menfaatler somut olayın özelliklerine göre ve objektif kıstaslarla değerlendirilir.<sup>332</sup> Çünkü korkunun veya kuvvetin muhatabı olan kişinin direnme gücü bakımından fiziki ve psikolojik olarak değerlendirilmesinin maddi olarak imkânsız olduğu savunulmaktadır. Doktrinde, tehdidin iradeyi sakatlamasının tespitinin deneye ve tecrübelerle dayalı bir yöntemle yapılmasının gerek olmadığını ve bu halde hukuki değerler arasındaki değerlendirmeye dayalı mukayese prensibi ile normatif şekilde değerlendirilmesini savunanlar vardır.<sup>333</sup> Bu şekilde ortaya çıkan her dengesizliğin iradeyi sakatlayabileceği kabul edilirse, bu insanları suç işlemeye yöneltebileceği gibi, manevi cebri hukuka uygunluk nedenlerine yaklaştıracaktır. Kanımızca

---

<sup>331</sup>BRONAUGH: ibid. s.165

<sup>332</sup>DEMİRBAŞ: s.287

<sup>333</sup>ÖZGENÇ: Genel Hükümler, s.377,378

değerlerin mukayese edilmesi bize tehdidin ağırlığını belirlememiz hususunda sadece yardımcı olabilir. Kesin bir çözüm sunamaz. Bu görüş, salt menfaatlerin karşılaştırılmasını göz önüne almamıza neden olur. Bu durum kusurluluğu kaldıran nedenlerin doğasına aykırı düşecektir. Bu nedenle konuya istenemezlik ilkesi çerçevesinde bakmak daha yerinde olacaktır.

Bir suç örgütü A'ya iki hükümet görevlisini öldürmezse kızını vahşice öldüreceklerini söylediklerini düşünelim. A'da kızını kurtarmak için tehditle kendisinden istenilen fiili işlemek dışında başka bir yol bulamasın. Bu durumda Belirli bir yere kadar kötülüklerin yani ihlal edilenle korunan menfaatlerin arasında karşılaştırılmasının yapılması mantıklı gelebilir. A'ya iki hükümet görevlisinin ölmesi kızının ölmesinden daha kötü gözükebilir. Peki, eğer A kızını kurtarmayı seçerse manevi cebir altında hareket ettiğini ileri sürebilecek midir? Birçok hukuk sisteminde cebir altında cinayet işlemek yasaktır. Ama gene de bu durumda A'yı da bir katil gibi sorumlu tutamayacağımız da açıktır.<sup>334</sup>

Yukarıda verdiğimiz örnek olay gibi birçok varsayımdan hareketle manevi cebrin insan öldürme hususunda savunma sağlayamaması eleştirilmiş ve ciddi tartışmalara konu olmuştur. Almanlardan farklı olarak ayrıntılardan çok pratik çözümleri öne çıkararak faydacı felsefenin etkisindeki Anglosakson hukukçuları bu tip ayrıntılar ile uğraşmayı yararlı bulmamışlardır. Ne adam öldürme ne de adam öldürmeye teşebbüs için manevi cebir Anglosakson hukukunda kusurluluğu kaldırır.<sup>335</sup> Ama çoğu olağandışı durumlar göz önüne alındığında manevi cebrin adam öldürme fiili açısından fail için haksız tahrik olarak değerlendirilebileceği ve

---

<sup>334</sup>GORR: s.4

<sup>335</sup>ELLIOT/QUINN: s.296

kısmi etkiler doğurarak cezayı hafifletmesi gerektiği söylenmektedir.<sup>336</sup> Yaşam hakkını, nitelik ve nicelik bakımından karşılaştırılmaya tabi tutulup değerlendirilemez.<sup>337</sup> Bu düşünce ışığında Anglosaksonların yukarıdaki anlayışlarının tutarlı olduğu söylenebilir.

Smith ve Hogan'ın şu savı dikkate değer, bazen adam öldürmenin de iki kötülükten en az kötü olanın seçilmesiyle de mümkün olabileceğini söylen bu iki düşünür; ailesinin öldürülmesiyle tehdit edilen birinin bomba koyma olayını örnek olarak verirler. Eylemin ölümle sonuçlanmama ihtimali vardır ama aileniz her şekilde bombayı koymazsanız ölecektir.<sup>338</sup> Kuralların kimseye kahramanlığı dayatamayacağı ve zaten cebir sonucu işlenen fiillerin yol açtığı zararların çoğunun tazmin ettirilebileceği de söylenmiştir. Buna karşılık ölümün telafi edilemeyeceği, failin tehditle karşı karşıya olduğunda tehdidin sonucunun kesin olmadığı, bu nedenle tehdidin boşa çıkabileceği karşı eleştirileri getirilmiştir.<sup>339</sup>

Manevi cebrin adam öldürme, adam öldürmeye teşebbüs ve iştirak suçlarında kusurluluğu kaldırmamasının yönündeki önemli bir görüş *Abbott v R* kararında dile getirilmiştir. Temyize başvuran kişi, adam öldürme suçuna iştirak etmeye zorlanmıştır. Malik adıyla tanıdığı kişi onun ailesini öldürmekle tehdit etmiştir. Malik in ünü dolayısıyla polise başvurmanın yararsız olacağını düşünen sanık ise maktulun bedeni için çukur açmış ve yaralı maktulu oraya bırakmıştır. Daha sonra kendisi ve diğer üç kişiyle birlikte doldurmuşlardır. Temyiz istemleri bir insanın kendi hayatını kurtarmak için kaç insan öldürebileceği ve bunun bir limitinin olup

---

<sup>336</sup> ALLEN: s.173

<sup>337</sup> DÖNMEZER, ERMAN: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt 2, İstanbul, 1974, s.266

<sup>338</sup> ELLIOT, QUINN: s.301

<sup>339</sup> SHANKLAND: "Duress And The Underlying Felony", *The Journal Of Criminal Law & Criminology*, 2009, s.1237

olmayacağı sorusunu içermiş ve içtihat hukukunda tehdit yoluyla cebir adam öldürme suçu için savunma yolu olmadığı hususunda görüş dile getirilerek reddedilmiştir.<sup>340</sup> *R v Gotts* (1992) kararında sanık, annesini öldürme kastı ile bıçaklamış daha sonra duruşmasında cebir altında hareket ettiğini çünkü annesini bıçaklamazsa babasının kendisini öldürmekle tehdit ettiğini söylemiştir. Ama temyiz isteği reddedilmiştir.<sup>341</sup> Adam öldürme ve buna bağlı suçların mazeret nedeni olmamasının nedeni *Whelan* (1934) kararında dile getirilmiş, Lordlar kamarası masum mağdurlardan kanunun koruyuculuğunun esirgenemeyeceğini ve bu koruyuculuğun korkaklara ve ödleklere insan kırılğanlığı adına sunulamayacağını savunmuştur.<sup>342</sup>

Yargıtay 1. Ceza Dairesi ise 2006/3924 E. 2007/7271 sayılı kararında “Sanık Nermin hakkında ise; maktul ile arkadaşlığının boşanmış olduğu eşi sanık Ahmet tarafından öğrenilmesi üzerine diğer sanıkların öldürme kararı aldıkları, öldürme suçunu gerçekleştirmek amacıyla maktulün istedikleri yere gelmesini sağlamak amacıyla sanık Nermin’e telefon açtıkları anlaşılmalı; mevcut dosya kapsamı, sanığın beyanlarına göre sanık Nermin üzerinde karşı koyamayacağı ve sakınamayacağı ağır bir korku hali oluşturdukları, bu nedenle 5237 sayılı TCK’nın 28.maddesi gereğince sanığa ceza verilemeyeceğinin gözetilmemesini” bozma nedeni yapmış ve manevi cebir altında adam öldürme suçuna iştirak edildiğinde failin ceza sorumluluğu olmadığına karar vermiştir.<sup>343</sup>

---

<sup>340</sup>SMITH,HOGAN: s.312

<sup>341</sup>SMITH,HOGAN: s.308

<sup>342</sup>BAKIRCIOĞLU:, s.146

<sup>343</sup>METİNER, KOÇ: s.707

Anglosakson hukukçuları yukarıdaki nedenlerle haklı olarak, meseleye çatışan menfaatler veya failin sübjektif zihinsel yapısı açısından bakmaktan ziyade tehditle, sonucunda işlenen fiilin bağına bakmaktadırlar. Anglosakson ülkelerinde manevi cebirde tehdidin ciddiyeti ve tehdit edilenin hukuka aykırı fiili arasındaki dengeyi belirleyebilmek için ikili bir değerlendirme uygulamaktadırlar. Manevi cebirde suçlanan kişinin iradesine başka bir kişinin tehdidi ağır basmış ve bunun sonucunda suçlanan kişi hukuk kurallarını ihlal eden bir fiil işlemiştir. Suçlanan kişinin durumu başka bir makul kişi aynı koşullarda olsaydı ne yapacağını göz önüne alınmaması durumunda anlaşılamayacaktır.<sup>344</sup> Bu yüzden manevi cebir altında suç işleyen fail hem sübjektif hem de objektif açıdan değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Bu uygulamanın manevi cebirin kanunumuzdaki düzenlenişi karşısında ülkemizde yargı makamlarının işine yarayabilir.

## **F.MANEVİ CEBRİN OBJEKTİF VE SÜBJEKTİF AÇIDAN (İKİLİ) DEĞERLENDİRİLMESİ**

Manevi cebre iki şekilde yaklaşılabilir. Ya failin sakatlanmış bir iradesi olarak ele alınabilir ya da olağanüstü bir baskıya ortalama bir insanın tepkisi olarak görülebilir.<sup>345</sup> Anglosakson ülkelerinde manevi cebir bir kusurluluğu kaldıran neden olarak yer almaktadır. Tehdit suretiyle suç işleyen fail, işlediği suç için manevi cebri bir savunma olarak getirmektedir. Manevi cebir savunmasının geçerli olabilmesi için Anglosaksonların “ikili değerlendirme” dediği bir değerlendirmeden geçmesi yani iki

---

<sup>344</sup> ALLEN: s.183

<sup>345</sup> ASHWORTH: s.225

sorunun tam olarak cevaplanması gerekmektedir. Kısacası uygulamada beklenebilirlik denetimini objektif ve sübjektif bir kontrol ölçütüyle yapmaktadır.<sup>346</sup> Alman doktrininde de beklenebilirliğin belirlenmesinde ortalama bir vatandaşın esas alınması veya faildeki psikolojik özelliklerin de göz önüne alınması savunulmuş ve sonucunda iki tip istenemezlik öğretisi ortaya çıkmıştır.<sup>347</sup>

İkili değerlendirmede, ilk olarak acaba savunulan, öleceği veya ciddi bir zarar göreceği hususunda korkutulduğu için ve başka türlü davranma olanağı olmadığından mı böyle davrandı sorusunun cevabı aranır. İkinci sırada, makul ortalama bir insan, cebir altında bulunan sanık gibi mi davranırdı sorusu cevaplanır. Daha sonra mahkemeler tarafından üçüncü bir şart ileri sürülmüş ve kötülüğün savunulan kişiye veya sorumlu olduğu kişi/kişilere karşı yönelmiş olması aranmıştır.<sup>348</sup> Birinci soruya sübjektif test, ikinci soruya ise objektif test de denir. İlk düşünce manevi cebre salt sübjektif bir akış açısıyla fail açısından değerlendirilmesine neden olacaktır. İkinci durumda ortalama bir vatandaşın beklenebilecek davranışların göz önüne alınacak durumlar dâhilinde göstermesi temel alınmaktadır.<sup>349</sup>

---

<sup>346</sup>KANGAL: s.104

<sup>347</sup>KANGAL: s.405

<sup>348</sup>SMITH,HOGAN: s.291

<sup>349</sup>ASHWORTH: s. 226

## 1)Sübjektif Değerlendirme

Birinci soru sübjektif bir soru olarak ele alınmaktaysa da içinde objektif bir yön de barındırmaktadır. Çünkü tehdidin kişi üzerindeki etkisi değerlendirilmesi süreci kendi içinde gizli bir nesnellik barındırmaktadır. Çünkü değerlendiren failin kendisi değil, yargılamada bulunan üçüncü kişilerdir. Manevi cebir altında hareket eden kişinin inancı, sadece onun üzerinde etki edebilecek bir korkudan doğmalı, ölüm korkusu ya da şahsi yaralanma tehlikesi sanığa olası gözükebilmelidir. Manevi cebirdeki ilk sorunun cevaplanmasında, suçlunun algısını etkileyen maruz kaldığı arızı herhangi bir durum (sarhoşluk gibi) inancının makullüğünün belirlenmesinde göz önüne alınmaz. Eğer suçlunun tehdit edildiği yönündeki inancı irrasyonel ise daha jüri objektif değerlendirmeye geçmeden manevi cebir halinin değerlendirmesini mahkemenin gündeminden düşürür. Martin Davasında, mahkeme Martin'in şizofreni hastalığından muzdarip halde bulunmasının ve bu nedenle diğer insanlardan daha fazla olanaksız tehditlere inanmış olmasının sübjektif açıdan göz önüne alınamayacağına hükmetmiştir. Bunun üzerine temyiz mahkemesi Martin'in akıl sağlığının kendisine yönelen tehditlere inanmasını makul kıldığına karar vermiştir. Yani failin içinde bulunduğu zihinsel koşullar da öznel olarak değerlendirilmeye alınmıştır.<sup>350</sup>

Sübjektivist görüşe göre bir kişinin mevcut şartların yarattığı korku altında hareket etmesi yeterlidir. Ayrıca tehdit sadece tam akıl hastalıklarında değil aynı zamanda düşük zekâyâ sahip olduğu durumlarda, bireysel zayıflıkların mevut

---

<sup>350</sup> ALLEN: s.163

olduğu diğer hallerde insana son derece inandırıcı görünebilir.<sup>351</sup> Kişi tehditte maruz kaldığında bu tehdide inanıp inanmamasında ortalama insana ait makullük aranmayacaktır.<sup>352</sup>

Sübjektivist görüşte olanlar her zaman neden bir de objektif ölçüte ihtiyaç duyulduğunu sormaktadırlar. Neden manevi cebir altında hareket eden biri illa bulunduğu şartlar altında makul bir insanın davrandığı gibi davranmış olduğunu göstermeye çalışsın sorusunun cevabını aramaktadırlar?<sup>353</sup> Tehdidin korkutma unsurunun kişi üzerindeki etkisinin belirlenmesinde sübjektif bakış açısına sadık kalınmasını savunulmaktadır. Haklı olarak Majno, failin korku durumunun sübjektif olarak değerlendirilmesi görüşündendir ve ben korktuktan sonra başkasının korkup korkmayacağının araştırılmasına ne gerek var diye sormaktadır.<sup>354</sup>

Tehdit failin iradesinin kendisine sunulan iki seçenek dışında değerlendirme yapamayacak kadar bozulması ve bu nedenle failin cezalandırmasının adil olmayacağı görüşüne dayanmaktadır. Bu nedenle hangi tehdit altında bulunan kişilerden insan olarak hangi davranışları yasal olarak beklenilip beklenilmeyeceğini belirlenmesi gerekmektedir.<sup>355</sup> Her olayın şartları farklı olacağından kanunun nelerin beklenebileceğini bütünüyle belirlemesinin imkânsız olduğu açıktır. İşte bu nedenle objektif teste başvurulmakta ve ortalama insan ölçütü kullanılmaktadır. Maruz kalınan baskı ciddi bir şekilde failin kendi hareketlerini yönlendirme yeteneğini zedelemesi gerekir. Burada ortamla insan ölçütü iradesi zedelenmiş erdemli bir

---

<sup>351</sup>HORDER:“Excuses In Law And In Morality: A Response To Marcia Baron”, **Criminal Law and Philosophy**, S.1, 2005, s.46

<sup>352</sup>ASHWORTH: s.227

<sup>353</sup>HORDER: A.g.e s.45

<sup>354</sup>MAJNO: s.220

<sup>355</sup>DRESSLER, Joshua: “Battered Woman Who Kill Their Sleeping Tormenters”, **Criminal Law Theory**, Edited by Shute, Sımister, 2005, s.273

insanın davranış modelini sumaktadır. Ortalama insan, kişinin yasalara bağlılığını ve ondan beklenebilecek cesareti simgeler.<sup>356</sup>

## 2.Objektif Değerlendirme

İkinci soru tam olarak objektif niteliktedir. Suçlananın karakter özelliklerini paylaşan sıradan bir insan eğer tehditlere direnebilecekse, suçlanan, her bireyden beklenen dirayetli tutumu göstermediği için başarısızlığından ötürü kınandığından suçlu sayılmaktadır. Burada hangi suçlananın hangi karakteristik özelliklerinin ortalama insana atfedilebileceği üzerinde belirsizlik vardır. Yaş gibi kişinin bazı karakteristik özelliklerinin kendisinden beklenen direnme açısından belirleyici olabileceği gibi, kişinin fiziksel rahatsızlık ve eksiklikleri de kendisini korumasını etkileyebilir veya tehdidi kendisi için ağır kılabilir.<sup>357</sup> Manevi cebirde ve zorunluluk halinde, sanıktan içinde bulunduğu tehdit ve tehlike karşısında ortalama bir insan nasıl davranıyorsa öyle davranması beklenir. Yani başka bir ifadeyle sanık, tehlike ve tehdit karşısında objektif ölçütlere göre dayanmaya veya kaçınmaya çalıştığını ispatlamış olmalıdır.<sup>358</sup>

Nasıl taksir açısından öngörülebilirlik ve önlenebilirlik, hata açınsındaysa kaçınılamaz, bağışlanabilir hata ortalama insan ölçütlerine göre belirleniyorsa burada da aynı şekilde tehdit altında kalan kişinin tehditten başka türlü kaçınıp kurgulayamayacağıın ortalama insan ölçütlerine göre belirlenmesi gerekir.

---

<sup>356</sup>DUFF:“Rule-Violations and Wrongdoings”, **Criminal Law Theory**,Edited by Shute, Sımister, 2005, s.61

<sup>357</sup>ALLEN: s.164

<sup>358</sup>DENNIS: ibid. s38

Ortalama insan ölçütü modern işbölümü ihtisaslaşma ve bilgi standardı farklılıklarından başka bütün insanların örneğin eğitim derecesi, yaş fiziki eksiklik gibi ölçütlere göre sokulabilecekleri gruplar tarafından da belirlenmektedir.<sup>359</sup>

Geleneksel objektif test, bize, failin hangi özelliklerinin seçileceği ve bu seçilen özelliklerin hangi etkilerle bağdaşacağı hakkında rehberlik etmemektedir<sup>360</sup> İlk olarak ortalama ve makul bir insan olmak, failin bireysel özelliklerine bakılmaksızın doğrulukla değerlendirilebilecek, bilinçli bir failin üstlenebileceği risklerini içeren vakıalarla ve durumlarla ilgilidir. İkinci olarak da makullük, failin kişisel yetenekleri hesaba katılmadan doğrulukla değerlendirilemeyecek kusurlu zihinsel durumlar ve duygularla ilgilidir.<sup>361</sup>

*Bowen* 1996 içtihadında mahkeme, sanığın düşük IQ'ya sahip olmasını değerlendirmeye almamıştır. Temyiz mahkemesine gidilmiş ve temyiz mahkemesi de başvuruyu reddetmiştir. Reddin ilk gerekçesi, sanığın diğer insanlardan tehdit karşısında daha hassas olmasının ortalama insan modeline yüklenemeyeceği ve bu olayda psikiyatrik delillerin kabul edilebilir olmadığı yönündedir. İkinci gerekçeyse, alkol ve uyuşturucu kullanımı veyahut kendisine eziyet etmesi sonucu oluşan, yani kişinin kendi iradesiyle yol açtığı durumların savunma olarak öne sürülemeyeceği yönündedir. Üçüncü gerekçeyse, makul insana(model ajana) atfedilecek herhangi bir özellik onu bu özelliğe sahip olmayan insanlardan tehdide direnme konusunda daha dirençsiz kılmalıdır.<sup>362</sup>

---

<sup>359</sup>TOROSLU: Genel Kısım, s.201

<sup>360</sup>WESTEN:“An Attitudinal Theory of Excuse,”**Law And Philosophy**, S.25, 2006, s.154

<sup>361</sup>WESTEN: A.g.e, s. 137

<sup>362</sup>SMITH, HOGAN: s.307

Mahkemenin bu kararında, hangi seviyedeki düşük zekânın sanığın polise gitmesi konusunda makul bir karar vermesini etkilediğinin mahkeme tarafından değerlendirildiği ve bu nedenle kararın ruhsal hastalık çekenlere veya psikiyatrik bir durum altında uysallık ya da esneklik gösterenlerin ayırt edilmemesine yol açtığı için eleştirilmiştir.<sup>363</sup> Bu nedenle manevi cebir durumunda isnat yeteneğinden farklı olarak failin bilişsel durumunu çözmek bilimsel verilerin ışığında yargıcın vicdani kanaatine dayamalıdır. Bu nedenle ortalama insan göz önüne alındığında hâkimin vereceği hükmün göreceli olacağı düşünülebilir.

İngilizler İçtihatlardan kurallar çıkartarak kanunlar hazırlama yoluna gitmektedirler. Bunun için hukuk komisyonları kurmuşlardır ve İçtihatlardan yola çıkarak bir Ceza Kanunu yapmak yolundadırlar. Hukuk komisyonlarının bu şekilde hazırladıkları tasarıları parlamento yasalaştırmaktadır.<sup>364</sup> 20 yılın üzerinde bir süre boyunca hukuk komisyonu cebir için uygulanan değerlendirmenin yeniden formüle edilmesini tartışmıştır. Manevi cebrin objektif testi için komisyon hazırladığı 218 sayılı raporun 25.maddede: *“tehdidin gerçekleşmesini engelleyebilecek başka bir yol yoksa ve bu tehdidin yol açtığı bütün durumlarda (tehdidin ağırlığını arttırtan failin kişisel özellikleri de dâhil) kişiden direnebilmesi makul olarak beklenemiyorsa.”* düzenlemesini getirmiştir. Böylelikle Hukuk Komisyonu objektif testin uygulanmasına açıklık getirmiş olmaktadır. Makul insanın direnip direnmemesinden çok suçlanın direnebilme yeteneğine vurgu yapmıştır.<sup>365</sup> Dolayısıyla makullük ve zorlama manevi cebrin çekirdeğidir<sup>366</sup>

---

<sup>363</sup> ALLEN: s.165

<sup>364</sup> [www.justice.gov.uk](http://www.justice.gov.uk) , Erişim Tarihi: 06.03.2011

<sup>365</sup> ALLEN: s.166

<sup>366</sup> SKINAZI: ibid. s.1001

Objektif değerlendirmeye eleştiriler getirilmiştir. İlk eleştiri manevi cebir savunmasının cebir altında hareket eden kişiye yol gösterecek nedenler sağlayamadığı yönündedir. Bu nedenle Failden beklenen karakter standartları veya toplumun manevi güç beklentisi açık değildir. Bu tip açıklamalar mazeret nedenlerini açıklamaktan çok hukuka uygunluk nedenlerini açıkladığı ileri sürülmüştür. Burada savunma kıyas edildiğinde hata ile birleşmektedir.<sup>367</sup> Anglosakson hukukunda manevi cebir savunmasına karşı getirilen diğer eleştirilerin başında hukukun korkuları koruyamayacağı makul bir insanın masum başka bir kişiye zarar vermek yerine kendisine zarar vermesi gerektiği ve manevi cebir savunmasının çok kolaylıkla ileri sürülebileceği çünkü iddia makamı tarafından tersinin kanıtlanmasının çok zor olduğu gibi eleştiriler getirilmiştir.<sup>368</sup>

İkili kontrol ve değerlendirme sonunda faillerin sorumluluklarının değerlendirilmesine gidilecektir. Sübjektif değerlendirme sonucu tehdidin ağır olmadığı kabul edildiğinde, kişinin manevi cebir altında bulunmadığı ortaya çıkar. Burada önemli olan objektif değerlendirmeyi geçemeyen birinin sorumluluğunun nasıl belirlenebileceğidir. Korkutulmuş bir kişinin sırf tehditten kaçınmadığı için fiilinden ötürü tam olarak ceza sorumluluğu ile karşı karşıya bırakılıp bırakılamayacağı sorusu karşımıza çıkmaktadır. Tehdit karşısında tehdit edilenin davranışı sübjektif açıdan değerlendirildiğinde tehdidin fail üzerindeki etkisi yani ağırlığı ve tehdidin muhakkaklığı belirlenerek failin kınanamayacağına karar verilir.

---

<sup>367</sup>DUFF:“Rule-Violations and Wrongdoings”, **Criminal Law Theory**, Edited by Shute, Simester, 2005, s. 65

<sup>368</sup>ALLEN: s.170

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### MADDİ VE MANEVİ CEBRİN, TARAFLARININ SORUMLUKLARI VE CEZA MUHAKEMESİ KANUNU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ, DİĞER CEZA SORUMLULUĞUNU KALDIRAN NEDENLERLE İLİŞKİSİ

#### I.CEBREDEN VE CEBRE UĞRAYANIN SORUMLULUĞU

##### A.MANEVİ CEBİR HALİNDE TARAFLARIN SORUMLULUĞU

###### 1) Manevi Cebir Uygulayanın Sorumluluğu Ve Kapsamı

TCK 28.maddesi korkutma ve tehdidi kullanan kişinin suçun faili sayılacağı hükmünü içermektedir. Bu hüküm karşısında iki düşünce öne sürülmüştür. Birinci düşünce Alman doktrinin etkisiyle gelen “dolayısıyla faillik” kurumudur. Kanun koyucu bu doktrinin etkisiyle TCK’nin 37/2.maddesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi fail olarak sorumlu tutulur demektedir. Doktrinde bu noktada cebri uygulayanın dolayısıyla fail olarak mı yoksa iştirak hükümlerine göre sorumlu olacağı tartışmalıdır. Doğaldır ki her iki tarafın da üzerinde anlaştığı ortak görüş cebre maruz kalan kişi sorumlu olmayacağı ama ortada tipe uygun hukuka aykırı bir fiil olduğundan cebir uygulayacak kişinin sorumlu tutulacağı yönündedir.<sup>369</sup> Sorun,

---

<sup>369</sup>DEMİRBAŞ: s. 398

sorumluluğun tespitinde iştirake mi yoksa dolayısıyla faillige mi başvurmanın daha sağlıklı sonuç vereceği yönünde belirlemektedir.

Alman doktrini iştirak halinde işlenen suçlarda suçun oluşumuna neden olan asli bir hareketin olduğu kabulünden yola çıkar. Buna bağlı olarak asli hareketin oluşuma katkıda bulunan ve buldukları katkı ölçüsünde ondan ayrılabilen fer-i hareketlerin olduğu varsayılır. Böylelikle asli hareketi gerçekleştiren kişi veya kişiler fail olarak görülmekte diğer kişilerse suça katılan olarak nitelendirmektedir.<sup>370</sup> Asli hareketin icrasına katılan kişi failse ve bu kişi başkası tarafından araç olarak kullanılıyorsa kullanan da dolaylı fail olacaktır. Dolaylı faillik tehditte görülür. Bir soyguncu, bir kuyumcunun çalışanına kasayı açıp altınları vermezse ailesini öldüreceği tehdidinde bulunursa dolayısıyla faildir; çünkü diğer bir kişinin iradesini etkilemekte, manevi cebir uyguladığı kişi aracılığıyla fiil üzerinde hâkimiyet kurmaktadır ya da en azından fiilin oluşmasını sağlamaktadır. Bu açıdan dolayısıyla faillik açısından konuyu ele alanlara göre araç kişi bulunduğu durumdaki davranışlarına göre değerlendirilmeli ve burada bağlılık kuralı uygulanmamalıdır.<sup>371</sup> Buradan yola çıkarak doktrinde kimi düşünce sahipleri maddi ve manevi cebri uygulayan suçun faili sayılır cümlesinden dolaylı failliği anlamaktadırlar.<sup>372</sup>

Türk Ceza Kanununun 37/2.maddesi, suçun işlenmesinde başkasını araç olarak kullanan kişiyi suçun faili olarak cezalandırmasına rağmen genişletici yorum mümkün olmadığı, ayrıca buradan hareketle, bu maddenin 28.maddedeki bir kişiyi

---

<sup>370</sup>JESCHECK: s.44

<sup>371</sup>KANGAL: s.44

<sup>372</sup>ÖZGENÇ: Gazi Şerhi, s.408

suçu işlemeye zorlayanı da kapsamına aldığını düşünmenin mümkün olmadığı eleştirisi getirilmiştir.<sup>373</sup>

Cebir altında suçun icrasına katılan kişi makul ölçüler çerçevesinde tehditten kaçınabilmek ve kurtulabilmek için gerekli davranışlarda bulunmazsa ne olacaktır? O zaman manevi cebir altında hareket eden kişi suçun faili sayılabilir mi? Bu durumda manevi cebir uygulayan kişi azmettiren mi olacaktır? Bu çelişkili bir durumdur.<sup>374</sup>

Suçta iştirak konusunda öğretilerdeki diğer bir görüş ise, iştirakin esasını fertlerin işbölümü çerçevesinde birlikte hareket ederek tek bir amaca yöneldikleri cemiyet veya örgüt denilen örgünleşmiş beşeri olguda aramaktadır.<sup>375</sup> Bu düşüncenin nihai sonucu suça katılan her bir ortağın sorumluluğun katıldığı suçun faili olmasından ileri gelmesidir.<sup>376</sup> Bu nedenle eğer manevi cebir altında hareket eden kişi herhangi bir nedenle tehditten kaçınmak ve kurtulmak için gereken davranışları göstermezse suçun icrasına maddeten katılan kişi olduğundan fail sayılacaktır.

Aynı şekilde manevi cebri uygulayan bunu belirli bir suçun icrası kastıyla uyguladığından sonradan tehdide maruz bıraktığı kişi fiile katılmış olsa bile fail gibi sorumlu tutulmalıdır. Çünkü suç işletmek kastı araç haline getirme kastını da içerir ve suç konusu fiil gerçekleşmişse fail azmettiren olarak sorumlu tutulmalıdır. Çünkü azmettirme hiç aklında yokken bir kimsenin kafasına belirli bir suçun gerçekleştirilmesi fikrini sokmaktır.<sup>377</sup> Bu düşünüş kanun 38.maddesindeki

---

<sup>373</sup>HAFIZOĞULLARI, ÖZEN: Genel Hükümler, s.365

<sup>374</sup> İsnat yeteneğine sahip olanlarla ilgili aynı yönde getirilmiş eleştiri için bkz. HAFIZOĞULLARI, ÖZEN: Genel Hükümler, s.353

<sup>375</sup>HAFIZOĞULLARI, ÖZEN: A.g.e, s.349

<sup>376</sup>HAFIZOĞULLARI, ÖZEN: A.g.e, s.350

<sup>377</sup>HAFIZOĞULLARI, ÖZEN: A.g.e, s.371

“Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezasıyla çarptırılır.” hükmüyle uygun düşmektedir.

Dönmezer/Erman da, dolayısıyla fail müessesine başvurmaya gerek olmadığını, çünkü cebre uğrayan kimsenin işlediği suç, tipe uygun ve hukuka aykırı olduğunda, onun cezalandırılmamasının iştirak kaidelerinin uygulanmasına engel teşkil etmeyeceğini belirtmişlerdir.<sup>378</sup> Böylelikle cebri yapan kimse şerik sıfatıyla cezalandırılır.

## **2. Manevi Cebir Altındaki Failin Sorumluluğu**

Manevi cebir altındaki kişi cebri kullananın işlemesini istediği suçu işlediğinde 28.maddesi gereğince o suçtan sorumlu olmaz. Ancak burada tartışma, manevi cebir altındaki kişinin, manevi cebirle kendisine dayatılan bir suç dışında başka bir suçu işlediğinde sorumluluğunun ne olacağı yönündedir. Diğer taraftan, eğer manevi cebir faili korunan menfaate daha az zarar verecek alternatifleri değerlendirmek yerine, işlediği fiille son derece orantısız bir ihlale neden olmuşsa sorumluluğunun belirlenmesi gerekmektedir. Manevi cebir altında suç işleyen kişi subjektif değerlendirmeyi geçmiş ama objektif değerlendirmeyi geçememişse sorumluluğun değerlendirilmesi de başka bir sorundur. Bunlar manevi cebir failinin sorumluluğunu belirlemede anahtar noktalardır.

Birinci durumda eğer başka bir suç işlenmeden dayatılan suç işlenemeyecekse, yani bir suç diğerinin zorunlu bir sonucu olarak ortaya çıkıyorsa,

---

<sup>378</sup>DÖNMEZER, ERMAN:“Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku”, Cilt 2, İstanbul, 1974, s.340

manevi cebir uygulayanı diğer suçtan dolayı da sorumlu tutmak gerekecektir. Mesela banka soymaya zorlanan biri bankayı güvenlik görevlisini yaralayıp etkisiz hale getirmeden fiili tamamlayamayacaksa yaralama fiilinden dolayı da manevi cebri uygulayanı sorumlu tutmak gerekir.

Önemli bir sorun da failin ihlal ettiği menfaatin koruduğu menfaatten daha değerli olması sorunudur. Şu konunun altını çizmek gerekir ki, menfaatler arası çok somut ve ağır dengesizlik durumlarında ortalama bir insan tehdiide katlanmayı göze alacak ya da var olan tehdit kişi üzerinde korkutma doğuramayacaktır. Bu açıdan gerçekten de hukuki değerler arasındaki değerlendirmeye dayalı mukayese prensibi ışık tutmaktadır. A, B'ye C'yi öldürmezsen arabanı yakarım dediğinde makul bir insan olan B'nin üzerinde bu tehdidin zorlama etkisi göstermemesi gerekir. Ya da en azından B'nin katlanması gerekecektir. Faile uygulanan tehdit sonucu ortaya çıkacak zarar işlediği suçun zararından azsa faile takdiri indirim nedenleri uygulanabileceği doktrinde ileri sürölmektedir.<sup>379</sup> Biz bu noktada menfaatler çatışmasının katı bir şekilde göz önüne alınmamasını dile getiriyoruz. Bu bizi hukuka uygunluk nedenlerine yaklaştıracaktır. Bu noktada Anglosaksonların yaptığı gibi faili ikili bir değerlendirmeye tabi tutabilir ve eğer bu değerlendirmelerden geçerse istenemezlik ilkesi doğrultuda sorumluluğuna gitmeyebiliriz.

Diğer önemli bir hususta şahsın objektif değerlendirmeyi geçmediği durumdaki sorumluluğunun belirlenmesinde yatmaktadır. Sübjektif değerlendirmeyi geçen birinin, kendisine yöneltilen tehdit sonucu korku içinde bulunduğu açıktır. Sübjektif değerlendirmeyi geçen ama objektif değerlendirmeyi geçemeyen failin hiç korku içinde bulunmayan biriyle aynı şekilde sorumlu tutulup tutulmayacağının

---

<sup>379</sup>ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA: s.513

değerlendirilmesi gerekir. Ağır bir tehdit altında olan fail, tehditten kaçınmak ve kurtulmak için gereken davranışlarda bulunmayıp suçu işlediğinde işlediği suçtan sorumlu tutulacaktır. Bu durumda faili, tehdit altında bulunmayıp da aynı suçu işleyen biriyle eşit konumda görmemizin mümkün olmayacağını düşünüyoruz.

Bu noktada sübjektif değerlendirmeyi geçen ama objektif değerlendirmeyi geçemeyen birine haksız tahrik hükümlerinin uygulanabileceğini düşünülebilir. Çünkü kanunun haksız tahriki düzenlediği, 28.maddesinde: “Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimse” hakkında hükümde belirlenen şekilde cezasında indirim gidilebileceği düzenlenmiştir. Tehdidin haksız bir fiil olduğu ve tehdit altında bulunan kişinin korkusu dolayısıyla manevi bir baskı altında bulunduğu açıktır. Kanunun ilgili maddesi haksız tahrikten ancak haksız fiili uygulayana karşı bir suç işlenmesi durumunda yararlanılabileceğini hükme bağlamamıştır. Bu bağlamda haksız tahrik hükümlerini objektif değerlendirmeyi geçemeyen faile uygulayabileceğimizi düşünüyoruz. Aynı şekilde elem ve hiddette kişinin manevi dünyası ile ilgilidir. Failin sübjektif durumundan doğduğundan şahsi ve fakat genel bir hafifletici sebeptir. Kişi korkusunun neticesinde öncelikle elem olmak üzere hiddete de kapılabilir. Madem bir kişi haksız bir fiil karşısında hiddete ve eleme kapılmaktadır, tehdit karşısında da hiddete ve eleme kapılmasının imkânsız olmadığını söylenebilir.

Değiniilmesi gereken diğer bir husus da manevi cebir altında bulunan kişinin işlediği suçun taksirli olması halidir. Arabayı kullanan failin trafik güvenliğini tehlikeye atacak şekilde hızlı gitmesi için silahla tehdit edildiğini düşünelim. Arabayı kullanan fail hızlı gittiği için kaza yaptığında sorumluluğunun belirlenmesi gerekir. Tehdide maruz kalan kişi, kendisine işlettirilmek istenen suç dışında başka bir suç

işlemek zorunda kalırsa ve bu suçun taksirle işlenmesi mümkünse tehdit eden bu suçun taksirli şeklinden sorumlu tutulacaktır.<sup>380</sup>

Eğer manevi cebir altında taksirli bir suç işlemiş olan fail sübjektif değerlendirmeyi geçmiş ama objektif değerlendirmeyi geçememişse haksız tahrik hükümlerinden yararlanması gerekir. Çünkü kişi elem ve acı sonucu tehditten kaçınmak için gereken özeni gösteremeyebilir. Bu noktada kanun açıkça yasaklamadığından haksız tahrikin ender de olsa taksire neden olması mümkündür ve taksirli suçlara da uygulanabileceği düşünülebilir.<sup>381</sup>

Manevi cebir altında olduğu hususunda hataya düşen fail, kendisine yönelen tehdidin bulunduğu inancıyla suç işlerken hatası kaçınılmaz olduğu takdirde bundan dolayı sorumlu olamayacaktır.<sup>382</sup>

## **B. MADDİ CEBİRDE TARAFLARIN SORUMLULUĞU**

### **1) Maddi Cebir Failinin Sorumluluğu**

Maddi cebirin uygulandığı kişinin iradesini tamamıyla ortadan kaldırmakta ve bu nedenle hareket ile sonuç arasındaki nedensellik kesilmektedir. Hareketi gerçekleştirecek uzuvlar şiddeti uygulayanın hâkimiyetine geçmektedir. Bu nedenle öğretide üzerinde maddi cebir uygulanan kişinin cebir uygulayanın uzanmış bir eli,

---

<sup>380</sup>GÜLŞEN: s. 172

<sup>381</sup>HAFIZOĞULLARI/ÖZEN: Genel Hükümler, s.389

<sup>382</sup>GÜNGÖR: s.73

basit bir aracı olduğu söylenmektedir.<sup>383</sup> Yani aslında sonuca neden olan hareketi yapan aslında cebre maruz kalan kişi değil cebri uygulayandır.

Kısaca cebir nedeniyle hareket eden kişinin bir fiili yoktur. Fiil cebri uygulayana ait olacağından sorumluluk da ona geçmektedir. Bu nedenle maddi cebirde Alman öğretisinin belirttiği gibi dolayısıyla faillik değil doğrudan faillik söz konusu olmaktadır.<sup>384</sup>

## **2) Üzerinde Şiddet Uygulananın Sorumluluğu**

Maddi cebir altında bulunan kişinin hareketleri kendi iradesinin değil ama cebri uygulayanın iradesinin eseri olduğundan kendi fiili bulunmamaktadır. Bulunmayan bir fiilden ötürü de sorumlu tutulması düşünülemez.

Yine bu nedenle maddi cebrin varlığı hususunda hataya düşülemez çünkü bu halde irade zorlanmayıp bütünüyle ortadan kalkmakta ve hareket kişiye ait olmaktan çıkmaktadır.<sup>385</sup>

## **C) İSNAT YETENEĞİ OLMAYANLARIN SORUMLULUĞU AÇISINDAN MADDİ VE MANEVİ CEBİR**

İsnat yeteneği olmayanların cebir failli veya dolayısıyla failliği sorunu aslında isnat yeteneği ile ilgili önemli bir tartışmanın maddi cebir başlığına yansımadır. Bu

---

<sup>383</sup>HAFIZOĞULLARI, ÖZEN: Genel Hükümler, s.315

<sup>384</sup>ÖZBEK, Et al: s. 394

<sup>385</sup>GÜNGÖR: s.72

sorunun temelinde aslında maddi ve manevi cebir yatmamaktadır. İsnat yeteneğine sahip olmayanlar üzerinde düğümlenmektedir.

Biz başta da belirttiğimiz gibi isnat yeteneğine sahip olmayanların da kasıtlı ve taksirli davranabileceklerini savunuyoruz. Çünkü isnat yeteneğine sahip olmayanların fiillerinin psişik olarak onlara bağlanabilmesi mümkündür. Çünkü on bir yaşındaki bir çocuk bilerek ve isteyerek arkadaşını yaralayabilir, bir paranoyak da otomobilini dikkatsiz ve tedbirsiz sürebilir.<sup>386</sup> Akıl hastaları ve çocuklar da anti sosyal bir fiil işlediklerinin farkına varabilirler. Bilme ve isteme iradelerinin olmadığı söylenemez. Tek fark bilme ve isteme unsurlarının farklı bilişsel süreçlerle etkileşim halinde bulunması ve farklı nedenlere bağlanmasıdır. Örnek olarak, bir şizofren kendisini takip ettiğini sandığı kişiyi öldürebilir. Öldürmesinin doğru olduğunu düşünebilir. Ama bu durumda dahi bilmekte ve istemektedir. Bu durumda isnat yeteneği failin bir özelliğidir. Bu özellikteki failere ceza yerine güvenlik tedbiri uygulanmaktadır.

İsnat yeteneği failin bir özelliği olarak ele alınıp, bu yeteneğe sahip olmayanların da kasıtlı ve taksirli davranabilecekleri kabul edildiğinde, isnat yeteneği bulunmayanların da maddi ve manevi cebir suçunun faili olabilecekleri sonucu çıkmaktadır. Böylelikle isnat yeteneğine sahip olanlarla olmayanlar arasındaki tek fark birinin cezaya muhatap olması diğerinin ise tehlikeliliği nedeniyle güvenlik tedbirlerine muhatap olmasıdır.

Böylelikle maddi cebir uygulayanların isnat yeteneğine sahip olmasının şart olmadığı sonucuna varabiliriz. 28. Maddenin açık hükmü karşısında isnat yeteneğine

---

<sup>386</sup>HAFIZOĞULLARI, ÖZEN:Genel Hükümler, s.270

sahip olmayan maddi ve manevi cebir uygulayan kişi fiilden sorumlu olacaktır. Ama akıl hastası olduğu için kendisi hakkında ceza yaptırımını değil güvenlik tedbiri uygulanacaktır.

Üzerinde maddi ve manevi cebir uygulanan isnat yeteneği olmayan bir kişinin durumu değerlendirilirken ilk elde zaten maddeye göre ister yeteneği olsun ister olmasın ceza sorumluluğun söz konusu olmadığı ileri sürülebilir. Böylelikle bu sorunun değerlendirilmesi yarasız görülebilir. Gerçekten de üzerinde maddi cebir uygulanan kişi başta da belirttiğimiz gibi soyut bir araç haline geldiğinden onun isnat yeteneğinin bu noktada önemi yoktur. Ama tehdit halinde bu görüş geçerli olamamaktadır. Ek olarak eğer kişi objektif değerlendirmeyi geçememişse isnat yeteneğine sahip olmayan kişinin sorumluluk durumunun ayrıca değerlendirilmesi gerekecektir.

İştirake ilişkin anlayışı savunanlarla, Alman doktrinin etkisiyle dolayısıyla failliği savunanlar arasında isnat yeteneğine sahip olmayanların sorumluluğu üzerinde görüş farklılıkları vardır. Dolayısıyla failliği savunanlara göre isnat yeteneği kusurluluğun ön şartı olduğundan bu yeteneğe sahip olmayan kişi dolayısıyla fail konumunda bir “pasif araç”, isnat yeteneğine sahip olan kişi ise “kusurlu araç” olarak nitelendirilmektedir.<sup>387</sup> Dolayısıyla failliği savunanlara göre zaten kusurlu araç kabul edilemeyen kimse suça iştirak etmiş olamaz. Bu görüş, zaten kusurlu olan bir kişinin araç olamayacağı, bazı kimselerin suçu işlemeye zorlanmış olmasının onların

---

<sup>387</sup>HAFIZOĞULLARI, ÖZEN:Genel Hükümler, s.352

cezalandırılmalarını etkileyeceği ama faillik durumlarını değiştirmeyeceği yönünde eleştirilmiştir.<sup>388</sup>

Gerçekten isnat yeteneği failin bir özelliği olarak kabul edildiğinde suçun işlenişine iştirak etmiş bir kimse eğer isnat yeteneğine haiz değilse bu onun sadece cezaya muhatap olmamasını sağlayacaktır. Çünkü isnat yeteneğine sahip olmayanlar da kusurlu davranabilmektedirler. Bu açıdan bakıldığında isnat yeteneğine sahip olmayan ve üzerinde manevi cebir uygulanan kişi ister sübjektif ister objektif değerlendirmeyi geçemesin ceza ile cezanın muhatabı olmayacaktır. Bu onun bu değerlendirmeler sonucunda kasıtlı veya taksirli hareket etmiş olduğu yönündeki sonucu değiştirmemektedir. Isnat yeteneği failin bir özelliği olarak kabul edildiğinde, bu yeteneğe sahip olmayan bir kimse de suça iştirak edebilir. Ek olarak burada belirtmek gerekir ki, eğer isnat yeteneği kusurluğun ön şartı olarak düşünülürse manevi cebir altında hareket eden bir delinin herhalde olmayan kusurluluğu da kalkmayacağından güvenlik tedbirlerine muhatap etmek imkânı doğacaktır.<sup>389</sup>

Tüm bu hususlara rağmen kanunun tartışmayı doktrine bırakmayıp dolayısıyla failliği düzenlediği 37.maddesinde düzenlemiştir. 28. Madde ve 37.madde arasında genellik ve özellik ilişkisi vardır. TCK'nın isnat yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişiler hakkındaki 37/2. maddesinin hükmü karşısında, maddi veya manevi cebir uygulayan kişi, eğer uyguladığı zorlama nedeniyle isnat yeteneğine sahip olmayan bir kişinin suç işlemesine neden olmuşsa, işlenen suçun cezası üçte birinden yarısına kadar arttırılır ve bu cezadan sorumlu olur. Bu madde karşısında, eğer isnat yeteneğine sahip

---

<sup>388</sup>HAFIZOĞULLARI, ÖZEN: Genel Hükümler, s.352

<sup>389</sup>HAFIZOĞULLARI, ÖZEN: Genel Hükümler, s.270

olmayanların da kasıtlı ve taksirli davranabileceklerini kabul edersek, isnat yeteneğine sahip olmayan kişi sübjektif ve objektif değerlendirmeyi geçemediği durumda, maddenin bu hükmünün uygulanmaması, cebir uygulayanın daha fazla ceza almaması yerinde olacaktır.

## **II. MADDİ VE MANEVİ CEBRİN CEZA MUHAKEMESİ KANUNU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

### **A.MADDİ CEBRİN CMK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ VE İSPAT SORUNU**

5271 sayılı CMK 223. Maddesinde failin 3.fikrasında, bir fiilin TCK'nın 25.maddesinde düzenlenen zorunluluk hali ya da 28. Maddesinde düzenlenen cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi halinde fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceği hükme bağlanmıştır.

CMK 223'teki bu düzenlemeden kanun koyucunun maddi cebri kusurluluğu kaldıran nedenler arasında değerlendirdiği sonucu çıkmaktadır. Biz çalışmanın başlarında maddi cebrin sadece mutlak kuvvet niteliğinde olabileceğini, diğer hallerin ise maddi vasıtalarla manevi cebir uygulamak olduğunu belirtmiştik. Bu nedenle CMK'nın mevcut düzenlemesini doğru bulmuyoruz.

Maddi cebir uygulanan mutlak kuvvet dolayısıyla fail hareketleri üzerindeki kontrolünü kaybetmekte, uzuvları adeta maddi cebri uygulayanın hâkimiyetine

geçmektedir. Bu nedenle öğretide maddi cebir altında hareket eden kişinin cebri uygulayanı uzanmış bir eli, soyut bir aracı olduğu hususunda ifadelerde ve benzetmelerde bulunulmuştur. Bu yüzden fiil maddi cebre maruz kalana değil maddi cebir uygulayana ait olacaktır. Bu durumda maddi cebir uygulayan açısından doğrudan faillik söz konusudur. Fiil maddi cebre maruz kalana ait olmadığına göre maddi cebre maruz kalan açısından fiilin sübut etmediğine karar verilecektir.

Sonuç olarak, ceza verilmesine yer olmadığına değil, fiilin zorlanan bakımından mevcut olmadığına karar verilmesi gerekir. Yani yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması dolayısıyla beraat kararı verilecektir. TCK madde 28 uyarınca cebri uygulayan sorumlu tutulacak ve onun hakkında hüküm kurulacaktır.

İspat açısından konuyu ele aldığımızda mahkeme ilk olarak uygulanan fiziki kuvvet hususunda bulguları ve delilleri araştıracaktır. Bu durumda adli tıp verilerine dayanılabilir. Çünkü mağdur üzerinde uygulanan her fiziki güç eğer aradan uzun bir zaman geçmemişse fiziki bir iz de bırakacaktır. Uygulanan fiziki gücün niteliğinin belirlenmesi ile beraber faili fizyolojik özellikleri değerlendirilerek fiziki gücün fail açısından etkisi ortaya çıkartılmaya çalışılacaktır. Böylelikle failin karşı koyup koyamayacağı açığa çıkartılmış olur.

Son olarak failin maddi cebirden kurtulma olanakları araştırılacaktır. Bu yapılırken failin sübjektif özelliklerinden çok olayın akış biçimi, olayın geçtiği mekân ve zaman göz önüne alınarak objektif bir değerlendirmede bulunulmaya çalışılacaktır.

## B. MANEVİ CEBRİN CMK AÇISINDAN DEĞERLENDİRLMESİ VE İSPAT SORUNU

TCK'nın 35. maddesinde düzenlenen zorunluluk halinin hukuki niteliği açıkça belirtilmemiştir. Bu nedenle doktrinde tartışmalara neden olmuştur. Anlaşıldığı kadarıyla kanun koyucu TCK'daki bu eksikliğini CMK'ya koyduğu 223. maddeyle çözüme yoluna gitmiştir. Zaten bu hususta doktrinde genel bir görüş birliği vardır. Sonuç olarak, zorunluluk halinin ve dolayısıyla zorlamanın hukuki niteliğini açıklamak için CMK'nın 223. maddesinde bu hallerde ceza verilmesine yer olmadığı kararının verileceğinin hükme bağlandığı anlaşılmıştır.

Hukuka uygunluk nedenlerinin menfaatler çatışması düşüncesine dayandığını bu nedenle de kanun daha yüksek bir menfaati korumak için daha düşük olanın gözden çıkartılması için yetki verdiğini belirtmiştik. Bu özelliğinden dolayıdır ki fiil suç olmamaktaydı. Hukuka uygunluk nedenlerinde fiile kanun rıza göstermektedir. Mazeret nedenlerinde ise faili fiilinden dolayı sorumlu tutmak adil olmayacağı için cezaya etki ederler. Bu nedenle ceza verilmesine yer olmadığına karar verildiği söylenebilir. Hukuka uygunluk nedenleri haksızlığı olumsuzlarken, mazeret nedenleri failin suç konusu fiildeki kusurluluğunu olumsuzlar.<sup>390</sup> Bu nedenle ceza sorumluluğunu kaldıran manevi cebir halinde failin söz konusu davranışı tipik suçta gösterilen fiile otursa ve kasıtlı, taksirli hareket etse dahi kınanabilir olmadığından kendisine ceza verilememektedir. Diğer yandan kusurluluğu kaldıran nedenlerden

---

<sup>390</sup>DUFF:“Rule Violations And Wrongdoings”, **Criminal Law Theory**, Edited by SHUTE, SIMISTER, 2005, s.62

olan manevi cebir altında hareket eden kimsenin cezalandırılması gereksiz olacaktır. Çünkü zaten tehditle kendisinden istenileni gerçekleştirmezse zarar görecektir kimseye bir daha ceza verilmesi cezanın amaçlarını gerçekleştirmesine engel olabileceği düşünülebilir.<sup>391</sup>

Bu bağlamda ilk önce mahkeme tarafından, ortaya konan deliller ışığında maddi sorun çözülecek yani sübut konusunda bir hükme varılacaktır. Bu konuda ya sanığın kendisine yüklenen fiili işlediğinin sabit olduğuna ya da sabit olmadığına karar verilir. Bu durumda beraat kararı verilecektir.

Failin fiili işlediği yönünde mahkeme hükmünde bulunursa bu fiil tipik suç çerçevesinde değerlendirilecektir. Fiilin suç oluşturduğuna karar verildikten sonra hukuka uygunluk nedenlerinin ve failin kastının ya da taksirinin var olup olmadığına bakılacaktır. Eğer hukuka uygunluk nedenleri de yoksa ve failin kasıtlı veya taksirli ise failin sorumluluğunun incelenmesine geçilecektir. İşte bu noktada failin manevi cebir altında suçu işlediğinin tespiti için hakim ikili değerlendirmeye başvurmalıdır. İkili değerlendirme sonucunda failin cebir altında fiili işlediğini ve bu fiili işlemekten başka çaresinin olmadığına karar verirse ceza verilmesine yer olmadığına hükmetmesi gerekir. Bunun dışındaki hallerde fail ortalama insan ölçütlerine uymamışsa veya başka saiklerle kendi de suça iştirak etmişse bu hüküm uygulanamayacaktır. Dönmezer, Erman, hâkimin kendisini failin yerine koyup söz geçen şartların oluşup oluşmadığını vicdani kanaatine göre vermesi

---

<sup>391</sup>WILLIAMS: s.755

görüştüğüdür<sup>392</sup>Ceza verilmesine yer olmadığına dair kararın gerekçesinde ilgili maddede hükme bağlanmış hallerden hangilerine dayanıldığı gösterilmek zorundadır.

Maddi ve manevi cebir altında suç işlendiğinin kanıtlanması son derece güçtür ve bu mazeret nedeni kurnazca ele alını kötüye kullanılabilir. Hatta genel olarak mazeret nedenlerinin alanın hukuka uygunluk nedenlerinin tersine kişinin nefsi ile sınırlı tutulmasının nedeninin kanıtlanmalarındaki güçlük olduğu söylenmektedir.<sup>393</sup> Kusurluluğu kaldıran nedenler öznel bir değerlendirmeye yol açabileceklerinden istikrarlı kararlar verilmesini engelleyebilirler. Yine faile yönelik oldukları için kovuşturma sürecinde maddi ve manevi cebrin savunma makamı tarafından ileri sürülmesi başarısız olabilir; çünkü nazik/hafif bir savunma şekli olarak yargı makamı tarafından kabul edilebilip, uygulanmasında tereddüt gösterilebilir.<sup>394</sup>

Ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin kararın önemli özelliği fiilin faile ait olduğunu ve bu fiilin suç teşkil ettiği yönünde hüküm verilmiş olmasıdır. Fail kınanamadığından kendisine ceza verilemez. Faile ceza verilmese de fiil kendisine ait olduğunda ve haksız olduğundan hukuk mahkemesinde bu karar kullanılarak faile karşı tazminat yaptırımını yoluna gidilebilecektir. Aynı zamanda faile yargılama giderlerinin ödenmesi de mümkün olacaktır.

İspat sorunu ikili değerlendirme (test) açısından ele alınmalıdır. İlk başta tehdidin niteliği ve failin kişisel özellikleri, olayın gerçekleştiği koşullar dikkate alınarak, tehdidin fail üzerinde korku ve zorlama yaratmaya elverişli olup olmadığını tespiti gerekecektir. İspat sorunu bu noktada ortaya çıkmaktadır. Objektif ölçütlerle

---

<sup>392</sup>DÖNMEZER, ERMAN:Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt 2, İstanbul, 1974, s. 342

<sup>393</sup>HART: s.32

<sup>394</sup>PADFIELD, Nicola: “**Sentencing, Theory, Law and Practice**”, 3.Edition, USA, 1996, s.52

yani ortalama insan göre failin sorumluluğunun belirlenmesi yoluna gidilirken ilk değerlendirmede ispat için kullanılan deliller ikinci değerlendirme için de işlevseldir.

Ceza yargılamasında mahkemeler delilleri resen toplarlar. Bu nedenle kişiler eğer kararı kendi lehlerine döndürmek istiyorlarsa işbirliği yükümlülüğünü yerine getirmeleri gerekmektedir.<sup>395</sup> Şüpheden sanık yararlanır ilkesi, sanığın cebir altında işlediği suç fiili yönünden geçerlidir. Maddi veya manevi cebre maruz kalıp kalmadığı yönündeki şüpheden yararlanamaz. Zira bu durum cebir altında hareket edildiğinin ispatının güçlüğü karşısında gerçekten suç işleme kastıyla hareket edenlere ceza verilmemesine neden olacak, bu kusurluluğu kaldıran nedenin kötüye kullanılmasına yol açacaktır. Bu da adaletsiz sonuçlara kapı açılması demektir.

### **III. MADDİ VE MANEVİ CEBRİN SUÇU ETKİLEYEN BENZERİ DİĞER HALLERLE KARŞILAŞTIRILMASI**

#### **A.MADDİ CEBRİN DİĞER KAVRAMLARLA FARKLARI**

##### **1)Mücbir Sebep Ve Maddi Cebir**

Mücbir sebep, kişiyi önlenemez ve zararlı bir icra veya ihmâl hareketinde bulunmaya zorlayan harici, başa çıkılması imkansız bir gücü ifade eder.<sup>396</sup>

---

<sup>395</sup>GÜLŞEN: s.175

<sup>396</sup>HAFIZOĞULLARI/ÖZEN: Genel Hükümler, s.315

Maddi cebir kişiyi belirli bir şekilde davranmak zorunda bıraktığı için mücbir sebeple arasında büyük bir benzerliğin olduğu açıktır.<sup>397</sup> Hatta bu nedenle maddi cebir mücbir sebebin bir şekli olarak görülmekte yalnız burada kuvvet tabiattan değil başka bir insandan gelmektedir.<sup>398</sup>

Dönmezer/Erman, mücbir sebebe, denize düşmüş olup bir sandala tırmanmak isterken, sandalı devirerek içindekilerin ölümüne sebebiyet veren kişinin durumunu örnek verirler.<sup>399</sup> Bu durumdaki kişinin iradesinin olmadığı söylenemez ama iradesini başka türlü kullanamamaktadır. Bu nedenle kınanamaz ve kusurluluğu kalkar.

Maddi cebir ile mücbir sebep arasındaki farklardan biri de mücbir sebepte insan hareketini kesen bir doğa olayı iken, maddi cebirde söz konusu olan doğrudan bir insan tarafından başka bir insan üzerine uygulanan bir beşeri kuvvettir. Mücbir sebepte kişiyi belirli bir şekilde davranmaya iten ortadan kaldırılması imkansız olan belirli bir haldir. Bu noktada mücbir sebebin ise kazadan ayrılan en temel farkı, kazada mağdur olayı kesinlikle öngöremezken mücbir sebepte öngörebilmekte ama hareketlerine hâkim olamamaktadır.<sup>400</sup>

Mücbir sebep, kaza ve tesadüf objektif sorumluluk hallerinde bile failin cezalandırılmasına engel olmaktadır.<sup>401</sup>

---

<sup>397</sup>ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA: s.512

<sup>398</sup>SOYASLAN:,s.479, TORORSLU: Genel Kısım, s. 214

<sup>399</sup>DÖNEMEZER/ERMAN:Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt 2, s.339

<sup>400</sup>DÖNMEZER/ERMAN:a.g.e, s.336

<sup>401</sup>DÖNMEZER/ERMAN: a.g.e, s.335

## 2) Kaza ve Tesadüf İle Maddi Cebir

Kaza ve tesadüf öğretide kusurluluğu kaldıran bir neden olarak görülmektedir.<sup>402</sup> Bu görüşe göre kaza ve tesadüf durumunda göz önüne alınması gereken öngörülebilirliktir. Kişin öngöremediği ve hatta öngörmesinin imkânsız olduğu içinde bulunduğu olayın olağan akışını bozan nedenler beklenmeyen hal olarak da adlandırılmaktadırlar. Bu durumda failin taksiri dahi bulunmadığı için suç oluşmaz.<sup>403</sup>

Aristo'dan beri kaza kavramı, normal düzen dışında meydana gelen olay dolayısıyla neticenin öngörülemezliği olarak vurgulanmakta ve doktrinde neticelerinin öngörülmemiş ve düşünülmemiş bir insan davranışı ile doğal bir olay arasındaki kesişme olarak ifade edilmiştir.<sup>404</sup>

Kazanın kusurluluğu mu yoksa hareket dolayısıyla fiili mi kaldırdığı tartışmalıdır. Kanımızca öngörülemez şey ne tasavvur edilebilir ne de istenebilir. İnsanın iradesini o an mevcut olmayan bir şey için kullanması mümkün değildir. Aynı zamanda fiili suç sayan normda aynı zamanda failin iradesi mündemiçtir. Çünkü bir fiil failin iradesini dışa yansıtır.<sup>405</sup> Bu noktada kazanın fiili kaldırdığı yönündeki görüş, kaza halinde salt illiyet bağının kesildiği yönündeki doktrindeki görüşlere aykırılık teşkil etmeyecektir.<sup>406</sup> Zira hareket yoksa sonucun bir nedeni de yoktur.

---

<sup>402</sup>ZAFER: s.262

<sup>403</sup>ZAFER: s.262

<sup>404</sup>GÜLŞEN: s.28

<sup>405</sup>KEYMAN, Selahattin: "Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket", *AÜHFĐ*, 1988 C.1 S.4 s.128

<sup>406</sup>GÜLŞEN: s.62

Hareketin iradiliğinin sonucun nedeni olması öngörülebilirlikten kaynaklanmaz, çünkü bu iradi hareketi taksir standartlarına indirgemek olur ve objektif sorumluluk hallerini açıklamayacağı ileri sürülmüştür.<sup>407</sup> Bu nedenle hem öngörülmesi hem de önlenmesi mümkün olmayan netice olarak ifade edilmektedir.<sup>408</sup>

Hart'a göre hareketin kontrolü, objelerin kesin tanımına, bilgisine veya mevcut durumların öngörüsüne, değiştirilebilip, müdahale edilebilmesine dayanır.<sup>409</sup> Bu noktada failin iradesi zorlanmadığı için kaza ve tesadüfün ıztırrar kavramına değil de yanılma ve bilme kavramlarına bağlanabileceği söylenmiştir.<sup>410</sup>

Maddi cebirde ise kaza ve tesadüften farklı olarak failin iradesine karşı konulamaz dış bir güç etki etmekte, bedeni üzerindeki iradesi tamamıyla ortadan kaldırılmaktadır.

Bu nedenlerle beklenilmeyen haller öncelikle davranış ile sonuç arasındaki nedensellik ilişkisini sonra da kusurluluğu kaldırmaktadır.<sup>411</sup>

## **B.MANEVİ CEBRİN DİĞER KAVRAMLARLA FARKLARI**

Manevi cebir kusurluluğu kaldıran bir nedendir. Bu niteliği yüzünden manevi cebrin diğer kusurluluğu kaldıran nedenlerden hangi açılardan ayrıldığı ve

---

<sup>407</sup>FINKELSTEIN:“Involuntary Crimes, Voluntarily Committed”, **Criminal Law Theory**, Edited by SHUTE, SIMESTER, 2005, s.149

<sup>408</sup>DÖNMEZER/ERMAN: “Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku”, Cilt 2, s.334

<sup>409</sup>HART: s. 91

<sup>410</sup>DÖNEMEZER/ERMAN: C.2, s.337

<sup>411</sup>TOROSLU: Genel Kısım, s.212

kusurluluğa nasıl etki ettiğinin bilinmesi gerekmektedir. Doktrinde kimi görüş sahipleri, maddi cebir bahsinde değinildiği üzere fiilin iradiliği ortadan kaldıran nedenleri de kusurluluğu kaldıran nedenler içinde ele almıştır. Bunun yanında kusurluluğu kaldıran diğer bir neden olarak da hata kabul edilir. Hata failin bilme unsuru üzerinde etki yaparak kasta etki etmekte ve kastı kaldırmaktadır. Manevi cebir altında bulunan kişi ise kasıtlı ve kendi iradesi ile hareket etmektedir. Demek ki failin içinde bulunduğu durumda kendisinden başka türlü davranması beklenilemediği için kınanamadığından kusurluluğunun kalktığı söylenebilir.<sup>412</sup>

Manevi cebrin diğer kusurluluğu kaldıran nedenlerden hangi açılardan ayrıldığı ve kusurluluğa nasıl etki ettiğinin net bir şekilde belirlenebilmesi için kusurluluğu kaldıran diğer nedenlerle karşılaştırılması lazımdır. Aynı zamanda bu karşılaştırma manevi cebrin kuramsal açıdan yerinin de daha net görülmesini sağlayacaktır.

## **1. Manevi Cebir ve Zorunluluk Hali İlişkisi**

Zorunluluk hali, tehlikeye katlanmak konusunda hukuki bir yükümlülüğü olmayan bir kimsenin, bilerek sebebiyet vermediği ve kendisinin veyahut başkasının şahsına yönelik ağır ve muhakkak bir tehlikeyi kanunun suç olarak öngördüğü ve tehlike ile orantılı bir fiil ile bertaraf etmesi olarak tanımlanabilir.<sup>413</sup> Ceza hukukunda gelecek olayların ve durumların hepsini göz önüne almayacağından zorunluluk

---

<sup>412</sup>HAFIZOĞULLARI, ÖZEN:Genel Hükümler, s.323 vd.

<sup>413</sup>TOROSLU: Ceza Hukukunda Zaruret Hali, s.5 vd.

halinin, ceza kanun hayatın aksına uydurulması açısından esneklik sunduğu söylenebilir.<sup>414</sup>Bu açıdan zorunluluk halinde toplumun failin eylemini hukuka uygun bulmasının veya kusurlu saymamasının temel nedeni ceza hukukun bir intikam aracı olmamasından ve toplumun varlığını barış içinde sürdürmesi için bir araç olmasından ileri gelir.<sup>415</sup>

Doktrinde birçok düşünür tehdit ve zorunluluk hali benzeştiğinden tehdidi zorunluluk halinin bir çeşidi veya alt başlığı olarak benimsemişlerdir.<sup>416</sup> Bu nedenle, manevi cebirin zorunluluk hali ve onun türleri ile ilişkisinin ortaya çıkartılması teorik birçok tartışmaya açıklık kazandırabilir. Manevi cebirde bir kimse başka bir kimse tarafından suç işlemek zorunda bırakılmaktadır. Böylelikte belirli bir şekilde davranma zorunluluğunun ortaya çıkar ve bu zorlama unsuru manevi cebirle zorunluluk halini birbirine yaklaştırır.<sup>417</sup> Bu yüzden her iki kavram da sıkça birbiriyle karıştırılmaktadır. Mülga Türk Ceza Kanununda manevi cebirin zorunluluk halinin içinde değerlendirildiği olmuştur. Türkiye’de olduğu gibi Anglosaksonlarda da manevi cebir her zaman zorunluluk haliyle karıştırılmıştır. Hatta Almanlar, korkutma ve tehdidi zorunluluk halinin bir çeşidi olarak gördüklerinden Alman Ceza Kanununun kusurluluğu kaldıran zorunluluk halini hükme bağlayan 25.maddesi kapsamında değerlendirmişlerdir.<sup>418</sup>

Gerçekten de hem zorunluluk halinde hem de manevi cebirde zorlama vardır. Ama zorunluluk halinde zorlamaya neden olan tehlike doğa veya insan kaynaklı

---

<sup>414</sup>SCHWARTZ:“Is There A Common Law Necessity Defense in Federal Criminal Law?”,**The University of Chicago Law Review**, S.75, 2008, s. 1260

<sup>415</sup>BAKIRCIOĞLU: ibid. s.133

<sup>416</sup>DÖNMEZER, ERMAN: C.2 s.342

<sup>417</sup>SAVAŞ, MOLLAMAHMUTOĞLU: “**Türk Ceza Kanununun Yorumu**”, Cilt 3, Ankara, 1999, s. 550

<sup>418</sup>ÖZBEK, Et al: s.396

olabilir. Zorunluluk halinde fail tehlikeden kurtulmak için suç işlemektedir. Bu durumda üçüncü kişi lehine zorunluluk mümkündür.<sup>419</sup> 28. Maddede düzenlenen maddi ve manevi cebirde ise insandan kaynaklanan bir zorlama söz konusudur. Manevi cebir altındaki kişi tehdit edildiği fiilden, yani tehlikeye maruz kalmaktan kaçmak için suç işlemektedir.

Zorunluluk haline 1884 tarihli, R v Dudley Stephens davasında söz konusu olan, 20 gün boyunca aç kalan denizcilerin miçoyu öldürmeleri klasik bir örnek teşkil eder.<sup>420</sup> Her ne kadar miçoyu yemeyi şuurlu ve iradi bir şekilde seçseler de, böylesine ağır bir tehlike barındıran fiili bir durum içinde kalan kişilerden normal bir insanın davranışının beklenilemeyeceği açıktır.<sup>421</sup>

Anglosakson hukukunda manevi cebrin adam öldürme fiilinde kusurluluğu kaldırmadığı düşüncesinin temeli aslında 1884 tarihli yukarıdaki karara ve zorunluluk hali üzerine yapılan tartışmalara dayandığı söylenebilir.<sup>422</sup> Dudley and Stephens kararında da görüleceği gibi bir kimsenin kendi hayatını kurtarması için başka birinin hayatını feda etmesini gerektiren bir zorunluluk olmadığı, çoğu zaman erdemli bir insanın kendin feda etmesi gerektiğinin, tersi düşünülse bile kimin öleceğini kimin karar vereceğinin belirsiz oluşunun öne sürüldüğü unutulmamalıdır.<sup>423</sup> Böylelikle ister kusurluluğu kaldıran neden olarak ele alınsın ister hukuka uygunluk nedeni olarak, adam öldürme suçunda tarafların zorunluluk halini öne sürmesi engellenmiştir.

---

<sup>419</sup>HAFIZOĞULLARI, ÖZEN:Genel Hükümler, s.246 vd.

<sup>420</sup>TOROSLU:Ceza Hukukunda Zaruret Hali, s.10

<sup>421</sup>TOROSLU:Ceza Hukukunda Zaruret Hali, s.12

<sup>422</sup> Aynı kökenden gelen Anglo Amerikan Hukukunda da federal düzeyde zorunluluk hali ile manevi cebrin arasında farkın çok ince olduğu açıktır. Yakın zamanda, davalarda manevi cebrin ve zorunluluk halini ayırt edilmediği veya hukuka uygunluk nedenleri altında ayrı kavramlar olarak birleştirildikleri gözlemlenmektedir. (SCHWARTZ: ibid. s. 2163)

<sup>423</sup>ASHWORTH: s. 229

Anglosakson hukukunda manevi cebrin kusurluğu kaldırdığı yönünde görüş birliği mevcuttur. Zorunluluk halinde kusurluluğun kalkıp kalkmayacağı üzerinde tartışılrsa da bu halin bulunmasının hukuka uygunluk nedeni sağlayacağı ve fiili hukuka uygun hale getireceği hususunda görüş birliği mevcuttur. Zorunluluk hali için getirdikleri ikinci bir ayırım ise bu savunma türünde cebirden farklı olarak üçüncü bir tarafın olması değil kişiyi objektif şartların zorlamasıdır.<sup>424</sup>

Manevi cebrin hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk haline mi girdiği yoksa kusurluluğu mu kaldırdığı çokça tartışılmış bir konudur. kendisine yöneltilmiş silahın tehdidi sonucu banka hırsızlarının kaçmasına yardım eden kişinin kötülüklerden en az kötüsünü seçtiğinden hukuka uygun hareket ettiği görüşü savunulmuştur.<sup>425</sup> Buna karşı doktrinde kimi yazar da banka görevlisinin hukuka uygun davrandığı varsayıldığında tehdit altında olmayan diğer kişilerin de soygunculara yardım edebilecekleri gibi sonuçlar çıkabileceğinden manevi cebrin kusurluluğu kaldıran bir neden olması gerektiğini savunmuşlardır. Bu olayda mevcut olmasa da manevi cebrin hukuka uygunluk nedeni sayılması, tehdit altında hareket eden ve suç işleyen kişiye karşı meşru müdafaada bulunulamaması sonucunu da doğuracaktır.

Manevi cebrin olduğu birçok davada aynı zamanda failin zorunluluk hali içinde olduğu görülebilir. Bundan, manevi cebir savunmasının aynı zamanda failin zorunluluk halini öne sürebileceği durumlarda uygulanabileceği sonucu ortaya

---

<sup>424</sup>ALLEN: s.174

<sup>425</sup>RICHARDS: ibid s.110

çıkarm.<sup>426</sup>Burada asıl önemli husus manevi cebrin yasal olarak haksız bir davranışın bulunduğu ve bundan dolayı hukuka uygun sayılmadığı durumlardaki varlığıdır.<sup>427</sup>

### **a)Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Zorunluluk Hali ile Manevi Cebir**

Hukuka uygunluk nedenleri haksızlık sonucun kendisini ortadan kaldırır mazeret nedenleri ise haksızlık için sorumlu tutulmayı engeller.<sup>428</sup> Mahkemelerin çoğu zaman zorlamayı kötülükler arasında bir seçim olarak değerlendirdiği görölmektedir. Şahıs iki kötülük arasında kaldığında toplum ondan daha az kötü olanını seçmesini ve böylelikle daha büyük bir zararı önlemesini bekletmedir. Bu teori aynı zamanda neden Anglosakson ve Amerikan hukukunda manevi cebrin adam öldürme için bir savunma teşkil etmediğini de belirtmektedir.<sup>429</sup> Manevi cebrin menfaatlerin çatışması açısından ele alınmasının, manevi cebri hukuka uygunluk nedeni yaptığı hususunda eleştirilere neden olmuştur.<sup>430</sup>

Zarar verilen hak başkasına ait bir haktır. Dolayısıyla tehlikeye karşı korunacak hakkın belirli bir önem taşıması gerekir ve bu nedenle tehlikeye karşı karşıya kalan hak korunma için zarar verilen hak veya çıkardan üstün olmalıdır.<sup>431</sup> Sonuç olarak hukuka uygunluğu gerçekleştiren zorunluluk halinde çatışan menfaatler

---

<sup>426</sup>SCHWARTZ: ibid. s.1292

<sup>427</sup>GORR: ibid. s.5

<sup>428</sup>MORSE:“Inevitable Mens Rea”, *Harvard Journal Of Law & Public Policy*, C.27, S.1, s.62

<sup>429</sup>SHANKLAND: ibid. s.236

<sup>430</sup>ASHWORTH: s.229

<sup>431</sup>SAVAŞ, MOLLAMAHMUTOĞLU: s.627 vd.

arasındaki denge korunan menfaatin ihlal edilenden daha önemli olmasını zorunlu kılmaktadır.

Hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinde objektif nitelik taşıyan hakların çatışması görüşü, zorunluluk halini “değerlerin tartımı ilkesine” göre açıklamaktadır. Objeden kaynaklanan bu nedenle de insanın duygu ve düşüncülerinden bağımsız olarak karşılaştırılabilen değerler üzerinden bir yargıdan hareket edilir.<sup>432</sup> Buna örnek olarak bir doktorun yaralı bir hastaya ulaşmak için ters şeritten gitmesi örnek olarak gösterilebilir. Menfaatler dengesinde etkilenen menfaatlerin sırası/rütbesi ve maruz kaldıkları tehdidin derecesi başlıca değerlendirme faktörleridir. Hareket her zaman tehdidi savuşturma hususunda ölçülü olmalıdır. Bu yargıyı verebilmek için ortaya çıkan tehdidin yoğunluğu ve muhakkaklığı kadar doğası ve kaynağı da önemlidir.<sup>433</sup>

Dolayısıyla korunan değer ihlal edilenden üstün olduğundan hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinde, genel olarak suç sayılan bir eylemin yapılması yetkisi tanındığı ya da bu bir görev haline sokulduğu için fiil işlendiği anda hukuka aykırılık niteliğini kaybedeceğinden suç söz konusu olmayacaktır.<sup>434</sup> Hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinde korunan yarar zarar verilen yarardan üstündür. Kusurluluğu kaldıran sebeplerde ise uygun görülmeyen bir kusur isnadının kalkmasına neden olan olağanüstü bir durum mevcuttur.<sup>435</sup>

Hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali menfaatlerin değerlendirilmesi düşüncesine dayandığı içindir ki 3.kişi lehine olabileceği kabul edilmektedir. Bu

---

<sup>432</sup>DEMİRBAŞ: s. 281

<sup>433</sup>ROBBERS: “**An Introduction To German Law**”, 4. Edition, Nomos, Germany, 2006, s. 161

<sup>434</sup>SAVAŞ, MOLLAMAHMUTOĞLU: s.620

<sup>435</sup>DEMİRBAŞ: s. 277

halde kişinin eylemi hukuka uygun olduğundan fiiline iştirak edilebilecek, bu kişiye karşı meşru müdafaada bulunulamayacaktır. Bu noktada manevi cebirle farklılık arz etmektedir.

### **b) Mazeret Nedeni Olarak Zorunluluk Hali İle Manevi Cebir**

Manevi cebirde baskı şiddetlendikçe dayanılması giderek zorlaşır. Başka birinin dediğini yapmak ise zararlı sonuçlara yol açsa bile baskıya direnmek kadar zor değildir. Kısacası, zarara yol açmanın, açmamaktan daha az kötü olması bu tip tehditlerin mazeret teşkil etmesinin nedenidir. Sonuç olarak daha az korkutucu bir şey ile daha az baskı altında tutulmak daha zayıf bir mazeret teşkil edecektir.<sup>436</sup>Doktrinde bazı görüş sahipleri, manevi cebirle zorunluluk halinin arasındaki farkı, failin karşı karşıya geldiği tehdidin tipine ve kaynağına göre ayırsalar da, zorunluluk halinin failin iki kötülükten daha az kötü olanı seçmesi, manevi cebrin ise bir zorlama altında başka seçme imkânı kalmamış failin kınamaması yönünden ayırt edilmesi daha uygun olacaktır<sup>437</sup>

Bu halde menfaatlerin çatışmasının aranmasına gerek yoktur.<sup>438</sup>Her ne kadar bu halde menfaatlerin derecelendirilmesine gidilmese de ölçülülük ilkesi gereği fail en az zarar verici alternatifi seçmelidir. Yani ölçülülük ilkesi aranmaktadır. Failin kusurlu sayılmaması için kanundaki suç tipine uyan fiilini sadece kendisini veya kendine yakın olan kişilerin menfaatleri korumak amacıyla yapmış olması gerekir.

---

<sup>436</sup>RICHARDS: ibid. s.22

<sup>437</sup>SCHWARTZ: ibid. s.1264

<sup>438</sup>ROBBERS: s. 163

Şartlar failin tehlikeye katlanılmasını gerektiriyorsa zorunluluk hali söz konusu olmayacaktır.

Eğer çatışan menfaatler arasında failin tehlikeye attığı koruduğuna göre çok daha önemliyse veya koruduğu çok daha önemsizse sadece cezasından indirim gidilir.<sup>439</sup> Değerlerin objektif ölçüsü, kişinin kendi tutku ve nefretlerinden bağımsızdır.<sup>440</sup> Doğal olarak tehdit edilen kişi davranışının değerini ölçecek değildir. O sadece kendisini korumakla ilgilidir. Ayrıca hukuka uygunluk nedenlerinde bahsedilen doğru olanı yapmak kusurluluğu kaldıran zorunluluk hali için söz konusu değildir. Hukuka uygunluk nedenlerinde failin bir şey yapma hakkından bahsedilebilir. Bu ikisi aynı şey değildir.<sup>441</sup>

Mazeret nedeni olan zorunluluk hali fail açısından subjektif olarak da sınırlandırılmıştır. Bu sınırlandırma tehlikeye bizzat sebebiyet verilmemesi ve mahsus bir hukuk ilişkiden doğan tehlikeye göğüs germe mecburiyetidir. Bu mazeret sebebinde hukuka uygunluk nedeninden farklı olarak korunan menfaatler sadece vücut hayat ve hürriyettir.<sup>442</sup>

Mazeret nedeni olan zorunluluk halinin amacı bir zorlama halinde failin kusurlu sayılmamasını sağlamaktır. Zorunluluk halinin bir zorlama barındırdığını düşüncesine dayanır. Bu durumda sanık mevcut koşullarda kendisine açık, ihlali

---

<sup>439</sup>ROBBERS: s.164

<sup>440</sup>RICHARDS: ibid. s.123

<sup>441</sup>ALLDRIDGE, Peter: "Making Criminal Law Known", **Criminal Law Theory**, Edited by SHUTE, SIMESTER, 2005, s.117

<sup>442</sup>JESCHECK: ibid. s.164

gerçekleştirmekten başka bir makul hareket imkânı olmadığı savunmasına dayanacaktır.<sup>443</sup>

Manevi cebir ile zorunluluk halini ayıran en temel farkın, manevi cebirde failin kötülük yaptığının kesin bilincinde olması, zorunluluk halindeyse failin iyi bir şey yaptığı düşüncesine sahip olabileceğidir.<sup>444</sup>

Manevi cebir hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinden çok kusurluluğu kaldıran zorunluluk haline yaklaşmaktadır. Yalnız manevi cebirde zorlama belirli bir insandan suç işlettirmek amacıyla kişi üzerine yönelmektedir. Bu nedenle işlenen suçtan dolayı 28.madde uyarınca zorlayan kişi sorumlu tutulmaktadır. TCK 28.maddesiyle manevi cebri zorunluluk halini düzenlediği maddeden ayırmış, ona zorunluluk hali çerçevesinde düşünmemize neden olan bağımsız bir nitelik vermiştir. Bu durumda manevi cebir altında bulunan kişi ise bulunduğu bu koşul altında kendisinden başka türlü davranması beklenemediği için kınanmamakta ve kusurlu sayılmamaktadır. Bu da bizi istenemezlik ilkesine götürmektedir.

## **2.KUSURLULUĞU KALDIRAN BİR NEDEN OLARAK İSTENEMEZLİK İLKESİ İLE MANEVİ CEBİR**

Ceza hukukunda istenemezlik ilkesi kusurluluğun normcu anlayışıyla bağlantılı olarak ortaya çıktığı söylenmektedir.<sup>445</sup>Hatta normatif teorinin doğuşu bile mazeret nedenlerine bağlanabilir. Kusurluluğu kaldıran sebepler daha üst bir

---

<sup>443</sup>DENNIS: ibid. s.34

<sup>444</sup>DEMİRBAŞ: s.280

<sup>445</sup>HAFIZOĞULLARI: İstenemezlik, s.340

soyutlama ile istenemezlik ilkesine dayanmaktadır.<sup>446</sup> Bu bakımdan manevi cebir, kişide kendisini koruma içgüdüğü öne çıktığı söylenebileceği için norma uygun davranmasının kendisinden istenilmediği iradesinin ihlal edildiği bir durum olarak ele alınabilmektedir.<sup>447</sup>

## **a)İstenemezlik İlkesinin Temelleri ve Hukuki Niteliği**

### **i.Manevi Cebir Teorisi veya Psikolojik Teorisi**

İstenemezlik ilkesinin diğeri bir kaynağı da zorunluluk halini açıklayan manevi cebir teorisidir. Anglosakson hukukundan da görüleceği üzere manevi cebir görüşü daha ziyade kanunlarında zaruret haline ait müstakil hüküm bulunmayan memleketlerde doktrin tarafından geliştirmiştir ve jürili ve içtihat hukukuna sistemini kabul eden memleketlerde ayrı ve sabit olmayan bir takdirle uygulanabilmektedirler.<sup>448</sup>

Manevi cebir teorisine göre kişinin büyük ağır ve başka türlü uzaklaştırabilmesi imkânsız bir tehlike altındaysa kapıldığı korku o derece iradesini zorlar ki hayatta kalma içgüdüünü ortaya çıkarır. Böylece ahlak kaidesi kişiden kendini feda etmesini beklense de psikolojik olarak failin içinde bulunduğu bu durumda ne ahlak kaidelerinin ne de hukuk kaidelerinin failin iradesi üzerinde bir

---

<sup>446</sup>KEÇELİOĞLU, Elvan: “Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK'nin Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları”, **TBB Dergisi**, S.87, 2010, s.303

<sup>447</sup>KANGAL: s.40

<sup>448</sup>EREM: s.37

etkisi olabilecektir. Bu nedenle failin işlediği fiillerde kastının olmadığı varsayılır. İçinde bulunduğu durum dolayısıyla mazur görülür.<sup>449</sup>

Dönmezer/Erman gerekse de Erem zaruret halinin kökenin manevi cebir teorisinin yattığını savunmuş olsalar da istenemezlik ilkesine özel olarak değinmemişlerdir.<sup>450</sup> Yalnız sadece Dönmezer/Erman'da manevi cebir teorisinin iki şeklinin olduğu birinde irade serbestisindeki azalmadan dolayı kişinin kastının kalktığını, diğerindeyse başka türlü hareket etme imkanın kalmamasından dolayı kusurlu saymaya imkan olmadığına ileri sürüldüğünü belirtmiştir.<sup>451</sup>

## ii. Beklenebilirlik (Zumutbarkeit) Kavramı

Suçluluğu manevi açıdan ele alan Alman bilim adamları 20. Yüzyılın başlarında ruh sağlığına sahip, hukuku kasten ihlal eden ama zorlayıcı haller karşısında hareket eden birinin nasıl sorumlu tutabileceği problemiyle karşı karşıya gelmişlerdir.<sup>452</sup> Bu noktada “zumutbarkeit” kelimesi Alman dilinin ceza hukuk teorisine yaptığı en büyük katkıdır. Failin öznel özelliklerinin yanısıra failden toplumun neler bekleyebileceğini tanımlar. Böylelikle belirli bazı ihlallerde bulunan failer hakkında verilmiş bir sosyal hüküm ifade edilmiş olur. Kanunlara uyan ortalama bir vatandaşın, baskı altında kaldığı olağanüstü koşullarda, toplum tarafından nasıl davranması gerektiği beklentisini belirtir.<sup>453</sup> Bu nedenle istenemezlik ilkesinin kaynağı belirli bir toplumda geçerli normlar ve toplumsal değer

<sup>449</sup>DÖNMEZER, ERMAN:Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt 2, s.139

<sup>450</sup>HAFIZOĞULLARI:İstenemezlik, s.360

<sup>451</sup>DÖNMEZER/ERMAN:A.g.e, s.139

<sup>452</sup>FLETCHER: s.321

<sup>453</sup>FLETCHER:, s.322

yargılarıdır.<sup>454</sup> Bu doğrultuda bir insandan belirli bir davranışın istenebilmesi geniş anlamda görev normlarını ifade etmektedir.<sup>455</sup>

İngilizcede iradi ve iradi olmayan davranışların sınırlarında fiillerini işlemiş olan insanları ifade eden bu kadar başarılı bir kelime bulunmamaktadır.<sup>456</sup> “Zumutbarkeit” kelimesinin bu tanımından da anlaşılacağı üzere psikolojik teoriden hareket eden Alman bilim adamları kusurluluğun normatif teorisini bulmuşlardır denebilir. Bu nedenle istenebilirlik bir ön şart olarak isnat yeteneğinin ve kusurluluğun varlığını gerektirir.<sup>457</sup> Beklenebilirlik manevi cebir altında hareket eden bir kişiden makul olarak beklenen davranışlar olarak da tanımlanabilir.<sup>458</sup>

İşte bu noktada Türkçede istenebilirlik/beklenebilirlik anlamlarına gelen “zumutbarkeit” kelimesinin karşılığı olan yeni bir kavram çıkmıştır. Bu da kişiden içinde bulunduğu durum içinde yaptığı davranıştan başka bir davranışta bulunmasının istenememesini veya beklenememesini ifade eden ve “nicht” olumsuzluk ekini alarak oluşan “nichtzumutbarkeit” kelimesidir.<sup>459</sup> Türkçe karşılığıyla istenemezlikdir. İstenemezlik ilkesi buradan doğmaktadır. İstenemezlik ilkesi yeni ortaya çıkan bir kusurluluğu kaldıran neden olup insanlığın kusurluluk ve ceza sorumluluğu konusundaki tarihi gelişimindeki son noktadır. Beşeri kırılganlığı esas aldığından ceza hukukunu insanileştirmektedir ve bu nedenle de sübjektif nitelik göstermektedir. İstenemezlik, İngilizcede “unreasonableness” kelimesine karşılık

---

<sup>454</sup>SOYASLAN: s.495

<sup>455</sup>ÖZEN: Meşru Müdafaa, s.54

<sup>456</sup>FLETCHER: s.187

<sup>457</sup>TOROSLU: Zaruret Hali, s.55

<sup>458</sup>AMBOS, Kai: “Defences In International Criminal Law”, **Research Handbook on International Criminal Law**, Edited by Bartram S. Brown, EE Publishing, 2011, UK, s.313

<sup>459</sup>OTTO, Haro: “**Grunkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtlehre**”, 7.Auflage, Berlin, Deutschland, 2004, s.229

gelip, failden yükümlülüklerinin nesnel olarak yerine getirilmesinin kendisinden beklenilmediği durumu tanımlar.<sup>460</sup>

### **b)Anglosakson Hukukuna İstenemezlik İlkesinin Yansımaları**

Anglosaksonlarda ise istenemezlik ilkesi, bir cebir türü olarak koşulların zorlaması (duress of the circumstances) hali içinde kendisine yar bulmaktadır. Koşullar ve olayların akışı içinde tehlike tehdidi daha çok korkutma yönü ağır basarak tezahür etmektedir. Bu nedenle koşulların zorlaması manevi cebrin genişletilmiş bir hali ya da onu tamamlayan bir kusurluluğu kaldıran zorunluluk hali olarak düşünülebilir.

İstenemezlik ilkesinin başka bir çıkış noktasının da zorunluluk halini açıklayan manevi cebir teorisi olduğu düşünüldüğünde istenemezlik ilkesinin koşulların zorlaması adlı zorunluluk hali altında değerlendirmeleri şaşırtıcı değildir. Anglosaksonlar da koşulları zorlaması zorunluluk halini yeni çıkmış, yeni bir zorlama çeşidi olarak görmektedirler. Son zamanlarda Anglosakson hukuk sisteminde, özellikle son yıllarda koşulların zorlaması adı altında yeni bir zorlama çeşidinin ortaya çıktığı kabul edilmektedir ve bu savunma şekline getirilen eleştiriler istenemezlik ilkesine getirilen eleştirilerle paralellik arz etmektedir.<sup>461</sup>

Anglosakson hukukunda bu konudaki ilk dava Willer davası olup, 1986 yılında görülmüştür. Bu kavramın ilk kullanımı 1988 yılında Conway davasıyla ve

---

<sup>460</sup>HINTERSTEİNİGER, Margit: “Enhancing the Rule of Law within the European Union- The Contribution of the Treaty of Nice”, **Austrian Review Of International and European Law**, V.5, Kluwer Law International, Netherlands, 2000, s.58

<sup>461</sup>ALLEN: s.117 vd.

genel bir savunma hali olarak kabulüyse Pommel davasıyla olmuştur. Koşulların zorlaması haliyle, tehdit suretiyle zorlamada kişinin karşı karşıya olduğu, zorlayıcı bir etki doğuran tehdidin varlığı ortak noktadır. Ayrıldıkları nokta, kişiye suç işlemesi konusunda bir önermede bulunulmaması, yani dolayısıyla failin olmamamsıdır. Bu durumu iki örnek Başarılı bir şekilde betimleyecektir. Birinci örnekte, bir kişi taksi şoförüne sür yoksa öldürürüm demektedir. Bu örnekte net bir şekilde tehdit söz konusudur. İkinci örnekte, bir çeteninin bu adamı öldürelim diye birinin üstüne doğru gelmesi ve çeteyle karşı karşıya kalan adamın tek çaresinin trafik kuranlarını o an ihlal ederek arabayla kaçması halidir. Her ikisinde de hareket iradi olarak yapılmaktadır.<sup>462</sup>

Manevi cebrin ve koşulların zorlamasının ayrı bir savunma şekli olup olmaması Anglosakson hukukunda tartışmalıdır. Her iki hal ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak da görülmektedir.<sup>463</sup>

İstenemezlik ilkesi Willer davasında çok net bir şekilde betimlenmektedir. Bu davada, Willer adlı sanığın yaya yolunda araba sürmesi aslında daha ciddi bir zarar tehlikesi riski taşıdığı değerlendirilmiştir. Ama sanığın yaya yoluna çıkmaması halinde başına gelecek zararın daha az ciddi ama daha riskli olduğu göz önüne alınmıştır.<sup>464</sup> O halde somut olaya göre zarar ve zararın riskinin göz önüne alınması gerekmektedir. Çünkü riskin yoğunluğu zararın ortaya çıkma olasılığının yüksekliğini göstermektedir. Bu olasılığın yüksekliği tehlikenin ağırlığını ve muhakkaklığını daha belirgin kılacaktır. Böylelikle doğası gereği kendini koruma içgüdüsüne sahip olan insan, gerçekleşme olasılığı yüksek daha küçük bir zarardan

---

<sup>462</sup>SMITH,HOGAN: s.299

<sup>463</sup>PADFIELD: s.51

<sup>464</sup>KINGSLEY: ibid. s.28

kurtulmayı, daha düşük bir gerçekleşme olasılığı içindeki büyük bir zarardan kurtulmaya tercih edecektir. Bu beşeri kırılmanın bir sonucudur.

Sonuç olarak Anglosaksonların kusurluluğu kaldıran zaruret halini iki parçaya böldükleri söylenebilir. Biri insandan yönelen, yöneldiği kişiye suç işlettirmeyi amaçlayan manevi cebir hali diğerinin ise koşullardan ortaya çıkan zorlama hallerini içeren koşulların zorlaması halidir. İngiliz hukukunda genel bir kusurluluğu kaldıran zorunluluk halini oluşmamasının nedeni, tehdide dayalı zorunluluk durumunun sınırlarını ifade eden, koşulların zorlamasıyla ortaya çıkan zorunluluk durumudur.<sup>465</sup> Daha önce de değinildiği gibi her iki halde de objektif ve sübjektif açıdan faile beklenebilirlik denetimi yapılır. Beklenebilirlik denetimi sonucu failden içinde bulunduğu koşullar altında başka türlü davranıp davranmayacağına beklenemeyeceğine karar verilir. Kısacası Anglosaksonların istenemezlik ilkesini ters yönden yola çıkararak, yani beklenebilirlik denetimi yaparak uyguladıkları söylenebilir. Bu denetime göre failin kusurlu olmadığına karar verilir.

### **c.İstenemezlik Halinin Koşulları ve Etkisi**

#### **i)Anglosakson İçtihatlarında İstenemezlik İlkesi**

İstenemezlik ilkesi manevi cebirde kendisini göstermektedir. Ayrıca, istenemezlik ilkesi, manevi cebirdeki gibi bir tehdit iması, yani bunu yap yoksa şöyle olur gibi bir önerme bulunmayan hallerde de uygulanabilmektedir. Bunun anlamı

---

<sup>465</sup>KANGAL: s.113

tehdit algısına yol açan insan davranışlarında her zaman belirli bir suç işletme kastının bulunmamasıdır. Daha çok korkutma unsuru öne çıkmaktadır. Bu niteliğinden ötürüdür ki Anglosaksonlar tehditle zorlama yanında koşulların zorlaması adı altında kusurluluğu kaldıran bir zorunluluk hali türü yaratmışlardır. Anglosakson hukukunda yeni bir zorunluluk halidir. İlk olarak R v Willer olayında karşımıza çıkmaktadır. Bu olayda dar bir yolda arabasıyla gitmekte olan Bay Willer'im önüne bir çete çıkar, kendisini ve yanındaki yolcusunu öldürmekle tehdit ederler. Bunun üzerine Bay Willer arabasını kaldırıma çıkartarak bir süre kaldırımda giderek dükkânların ve yayaların yürüdüğü yerlerden arabasıyla geçer. Mahkeme zorlama altında bulunduğunu kabul eder. Açıkça şartların zorlaması kavramını kararında kullanamasa da Anglosakson doktrini bu olayı klasik bir koşulların zorlaması haline örnek olarak görmektedir.<sup>466</sup> Çünkü fail yayaların bulunduğu yerden arabasıyla geçerken kasıtlı davranmaktadır. Ama bu davranışı insandan kaynaklanan bir tehditten kaçmak içindir. Fiili bir tehdit ve neticesi olan korku içindedir. Bu nedenle yaya yoluna çıkarak bir suç işlemiştir.

Başka bir örnek teşkil eden Conway davasında ise, Conway'in arabasına düşmanları tarafından takip edildiğini zanneden biri aniden girmiş, sür yoksa beni öldürecekler diye bağırıştır. Yolcusunu polislerden kaçırmak isteyen sürücü Conway tehlikeli araba kullanmaktan ceza almış ve bunu temyize götürmüştür. Arabaya giren kişi ise, kendisini takip eden sivil polisleri karşı çetenin üyeleri zannetmiştir. Temyiz mahkemesi, koşulların zorlaması halinin, zorunluluk hali ve manevi cebir gibi başka türlü kaçınılamayacak olan tehlikeler karşısında oluştuğunu ve bu tehditlerin haksız olması gerektiğini ifade ederek kararı bozmamıştır. Burada

---

<sup>466</sup>ELLIOTT/QUINN: s.298

herhalde mahkeme haksız bir tehditten bahsederken zorlama altında bulunan kişiye yönelmiş bir tehdidin bulunması gerektiğini kastetmektedir. Koşulların zorlaması ile tehdit arasındaki fark tehditte doğrudan bir tehlike faile yöneltilmektedir ve bunun sonucunda birli bir suçu işlemek zorunda bırakılmaktadır. Koşulların zorlamasında da belirli bir tehlike oluşturan acil bir durum vardır ama faile belirli bir şekilde davranmasını dikte ettiren başkası tarafından söyleniş bir tehdit önermesi yoktur.<sup>467</sup>

Aynı manevi cebirde olduğu gibi koşulların zorlaması hali de ciddi ölüm veya fiziki zarar tehlikesi dâhilinde uygulanmaktadır. Aynı şekilde mahkemeler sanığın bu ciddi tehlikeye inanması için kabul edilebilir nedenleri olup olmadığına bakar. Bunu tespitinde ise ortalama insan ölçütünü kullanarak failin bulunduğu durumlarda kendisinden istenebilecek şekilde hareket edip etmediğinin sağlamasını yapar. R v Martin(1989) kararında Martin'in üvey oğlu işe geç kalmıştır ve üvey oğlunun annesi olan intihar eğilimli karısı, oğlunu zamanında işe bırakmazsa intihar edeceğin beyan etmiştir. Bunun üzerine korkan Martin trafik güvenliğini tehlikeye atarak arabasını sürmüştür. Mahkeme yargıcı Martin'in zorlama altında oluşunu kabul etmemiştir.<sup>468</sup> Bu olayın başka bir özelliği ise bir tehdit önermesini içermiş olmakla birlikte tehdidi, tehdit edilene değil tehdit edenin kendisine yönlendirmiş olmasıdır. Bu durumda koşulların zorlaması savunması içine sokulabilecektir.<sup>469</sup> Martin davasında temyiz mahkemesi şu ifadeleri kullanmıştır. “İlk olarak İngiliz hukuku olağanüstü kusurluluğu kaldıran zorunluluk halini kabul eder. Bu çok sıklıkla, başkası tarafından suçlananın iradesi üzerinde haksız tehditlerle veya şiddetle baskı oluşturulduğu manevi cebir olarak ortaya çıkar. Ama bu hal eşit olarak suçlananın veya

---

<sup>467</sup>ASHWORTH: s.222

<sup>468</sup>ELLIOT, QUINN: s.298

<sup>469</sup>ELLIOT, QUINN: s.299

başkalarının tehditleri dışında objektif tehlikelerden de doğabilir. Bu şekilde doğmasından dolayı bu zorunluluk haline koşulların zorlaması olarak ad takılması uygun olacaktır.” İngiliz hukukunda beklenebilirlik denetimi, tehdidin objektif nitelikte olması halinde ve bu durumda tehdiye maruz kalan kişinin makul bir insan gibi sadece tehdidi savuşturacak oranda hareket etmesi, bu tehdidi doğuracak olayların sadece ciddi ölüm ve bedensel yaralanma korkusundan doğurması durumunda uygulanabilir ve zararların dengelenmesine bakılmaksızın kullanılabilir.<sup>470</sup>

Gerek manevi cebir gerekse de koşulların zorlaması halinde sanığın tehlikelere kendisinin yol açmamasını aranmaktadır. Her ikisi de zorunluluk halinin bir türevi olarak kabul edilmektedir. Her iki durumda da sanık büyük zarar olasılığı içeren acil tehlikeli bir durumla karşı karşıyadır. Bu duruma kendisi yol açmamıştır. Kendisinden tehlikeden kaçmak veya o tehlikeyi yok etmek yerine kanuna uymasının beklenmesi mevcut koşullar altında makul ve adil değildir.<sup>471</sup> Ortalama insanlardan kahraman olup kendilerini feda etmeleri beklenemeyebilir. Her ne kadar masun 3.kişinin hakkının ihlal edilmesi ayrı bir konu olsa da kişilerin kendilerini bu konuda kısıtlamalarını beklemek adil olacaktır. Her ne kadar bu tip durumlarda manevi cebir altında bulunan kişinin bilişsel süreçleri üzerinde yeteri kadar kontrol sahibi olamaması kusurluluğun ona yüklenilmesini önlese de, failin iradi ve kasıtlı davrandığı, hareketlerinin sonuçlarının farkında olduğu unutulmamalıdır.<sup>472</sup>

İstenemezlik ilkesi yönündeki ilginç bir savunma Rodger and Rose davasında ortaya çıkmıştır. Bu davada hapisneden kaçan sanıklar hapisnedenin kendilerini

---

<sup>470</sup> ALLEN: s.178

<sup>471</sup> DENNIS: ibid. s.39

<sup>472</sup> DENNIS: ibid. s.41

intihara meyilli kıldığını öne sürerek bir zorunluluk hali olan şartların zorlamasına dayanmışlardır. Dava mahkemesi burada failerin zorlama altında olduklarına dayanılamayacağını karar vermiştir. Temyiz mahkemesi ile bu kararı bozmuş bu savunmanın olup olmadığını jüriye bırakılması gerektiğini söylemiştir. Bu karar ilginç bir karardır çünkü bu kararda failin kişisel özelliklerine ve kırılganlığına bakılmıştır.<sup>473</sup> Yani ikili değerlendirmenin sübjektif kısmı dikkate alınmıştır.

Çoğunlukla istenemezlik ilkesi kusurluluğu kaldıran zorunluluk hali çerçevesinde karşımıza çıkmaktadır. Ehliyetsiz bir şekilde araba kullanan kimsenin birini hastaneye yetiştirmesi veya birinin hayatını kurtarmak uğruna başka birinin malına zara verme gibi durumlar zorunluluk halidir.<sup>474</sup> Kanımızca bu tip durumlar meydana geldiğinde failin daha lehine olacağından menfaatler arası karşılaştırmada failin koruduğu menfaat daha önemli olarak değerlendiriliyorsa burada hukuka uygun sebebinin varlığı kabul edilmelidir.

İstenemezlik ilkesinin yansımaları, Anglosakson hukukunda bir mazeret nedeni oluşturmakta ve insan öldürme, insan öldürmeye teşebbüs fiillerini kapsamamaktadır. Dudley and Stephens ve Howe davalarında zorunluluk halinin bu sınırlaması için getirilen temel argümanlar, kimin böyle bir zorunluluğu tayin edeceği ve ölçülen hayatların için hangi ölçünün üstün bir menfaatin derecelendirecek bir değer olacağı yönündendir. Diğer bir itiraz da bu şekilde bir sınırlandırmanın kaldırılması halinde etik kurarlardan bütünüyle uzaklaşılmasının

---

<sup>473</sup> ALLEN: s.179

<sup>474</sup> UNIACKE: ibid. s.110

işaretini vereceği yönünde olmuştur.<sup>475</sup> Martin ve Conway davalarında koşulların zorlaması savunması zorunluluk hali olarak göz önüne alınmıştır.<sup>476</sup>

## ii. Genel Olarak Kıta Avrupa'sında

İstenemezlik ilkesi, kusurluluğu kaldıran genel bir nedendir.<sup>477</sup> Alman hukukunda manevi cebir ve koşulların zorlaması diye iki ayrı kusurluluğu kaldıran zorunluluk hali yoktur. Her iki kusurluluğu kaldıran neden de kusurluluğu kaldıran zaruret hali çerçevesinde değerlendirilmektedir.<sup>478</sup>

Bu ilkenin kaynağını o ülkede geçerli davranış kuralları oluşturmaktadır.<sup>479</sup> Bu nedenle temelinde menfaatlerin çatışması düşüncesi yatmamaktadır. Kaynağında kişiden önceden beklenen objektif nitelikli davranış kuralları bulunduğu için de failden o davranış kurallarına uyması beklenilemediği durumlarda bir mazeret nedeni oluşturur.<sup>480</sup> Korkutma ve tehdidin bir insandan gelmesi, fiili bir korkutma ve tehdidin bulunması, bu korkutma ve tehdidin ağır ve muhakkak olması ve sonucunda bir suçun işlenmesi halinde istenemezlik ilkesi uygulanabilmektedir.

---

<sup>475</sup> ALLEN: s.180

<sup>476</sup> SMITH, HOGAN: s.331

<sup>477</sup> HAFIZOĞULLARI, ÖZEN: Genel Hükümler, s.325

<sup>478</sup> JOBST, Heins: "Der Streit um die Zumutbarkeit im Strafrecht", Trillsch, 1934, s.33

<sup>479</sup> SOYASLAN: s.452

<sup>480</sup> GÜNTHER, Jakobs: "Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen un die Zurechnungslehre", 2.Auflage, De Guyter, Bonn, Deutschland, 1991, s.514

### iii)İstenemezlik İlkesinin Türk Hukukundaki Yansımaları

Zeki Hafizoğulları tarafından, 5237 sayılı yasanın 25/2, 28.maddeleri göz önüne alındığında, CMK'un 223/3 hükmü karşısında, Anayasa'nın 38.maddesinin ışığında artık Türk doktrinin de istenemezlik ilkesinin tartışılması gerektiğini belirtilmektedir.<sup>481</sup> Bu bağlamda bizim kanaatimiz istenemezlik ilkesinin 28.maddenin varlığıyla Türk hukukuna girmiş olduğu yönündedir. Manevi cebrin düzenlendiği bir hukuk sisteminde bu ilke göz önüne alınmadan verilen kararlar adaletsizliklere neden olacaktır meğerki manevi cebir olarak düşünülün.

İstenemezlik ilkesinin Türk Ceza Hukukunda son derece kısıtlı bir uygulama alanı bulmuştur. Yargıtay kararlarında karşımıza çıkan çok az sayıda örneği vardır. Bu kararlara konu olan olayların büyük çoğunluğu terörün yoğun olduğu yerlerde cereyan etmiştir. 28.maddenin düzenlenmemiş olduğu zamanlarda dahi Yargıtay'ın kararlarında istenemezlik ilkesini uyguladığı gözlemlenmiştir. Aşağıdaki örneklerden görülebileceği gibi Yargıtay'ın önüne gelen olayları zaruret hali çerçevesinde görmediği, el yordamıyla da olsa istenemezlik ilkesini uyguladığı söylenebilir.

Yargıtay bir kararında koruda oturan ve 75 yaşında olan sanığın evine silahlarıyla gelen örgüt mensuplarını güvenlik güçlerine bildirmek yerine onlara yemek vermesinin korkusundan ileri gelebileceğini gerekçesiyle sorumlu tutulmamasına karar vermiştir.<sup>482</sup>

<sup>481</sup>HAFIZOĞULLARI, ÖZEN: Genel Hükümler, s.363

<sup>482</sup> Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E.1995/2083, K.1995/2788 (PARLAR, YILDIRIM: 2001, s.319)

Yargıtay yine bir kararında silahlı çete mensuplarına hal ve sıfatlarını bilerek yardım ve yataklık yapan sanıkları, buldukları koşullar değerlendirildiğinde tehdit altında silahlı örgüt mensuplarını evlerinde barındırdıklarından suçun manevi unsurunun oluşmadığının gözetilerek beraat etmelerine karar vermiştir.<sup>483</sup>

Nitekim Yargıtay 9.Ceza Dairesi başka bir kararında ise: “Küçük yaştaki sanığın örgüte giyecek toplamasından ibaret kalan eyleminin örgüt elemanlarının tehdidine bağlı olup,...ve böylece somut olayca müstet suçun kasıt ögesi itibarıyla oluşmadığı gözetilmeden beraati yerine yazılı düşüncelere mahkumiyetine karar verilmesini” bozma nedeni olarak değerlendirmiştir.<sup>484</sup>

Yargıtay başka bir kararında: “Sanık Nermin hakkında ise; maktul ile arkadaşlığının boşanmış olduğu eşi sanık Ahmet tarafından öğrenilmesi üzerine diğer sanıkların öldürme kararı aldıkları, öldürme suçunu gerçekleştirmek amacıyla maktulün istedikleri yere gelmesini sağlamak amacıyla sanık Nermin’e telefon açtırdıkları anlaşılmalı; mevcut dosya kapsamı, sanığın beyanlarına göre sanık Nermin üzerinde karşı koyamayacağı ve sakınamayacağı ağır bir korku hali oluşturdukları, bu nedenle 5237 sayılı TCK.nun 28. maddesi gereğince sanığa ceza verilemeyeceğinin gözetilmemesini” bozma nedeni olarak saymıştır.<sup>485</sup> Burada sanık Nermin’in manevi cebir altında iştirak etmek zorunda kaldığı söylenebilir. Bu nedenle de iştirak iradesinin olmadığı açıktır.

---

<sup>483</sup> Yargıtay 9.Ceza Dairesi, E.1997/2538, K.1997/5208, Tebliğname no:9/96058168

<sup>484</sup> Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E.1996/400, K.1996/3162, Tebliğname no: 9/95123161

<sup>485</sup> Yargıtay 1. Ceza Dairesi ise 2006/3924 E. 2007/7271

## SONUÇ

5237 Sayılı TCK, ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler başlığı altında, hukuka uygunluk nedenleri, mazeret nedenleri, isnat yeteneğini kaldıran ve azaltan nedenler, cezalandırılabilme şartları gibi nitelikleri farklı ceza hukuku kavramlarını düzenlemiştir. Kanunun birçok farklı hukuki kurum ve kavramı aynı başlık altında düzenlemesi, niteliği zaten tartışmalı olan zorunluluk hali gibi birçok ceza hukuku kavramının hangi açıdan ele alındığını belirgin kılmaktan çok uzaktır.

Ceza sorumluluğu kavramsal olarak değerlendirildiğinde eğer içinde bulundurduğu “sorumluluk” kavramının çözümlemesinden yola çıkarsak, kişinin cezalandırılabilmesini sağlayan her türlü nedeni ceza sorumluluğu kavramının altında toplamak çelişkili gözükmemektedir. Ama bu halde dahi kanun koyucunun alt başlıklar halinde her ceza hukuku kavramının kendi niteliğini belirtecek şekilde, mazeret nedenleri, hukuka uygunluk nedenleri, isnat yeteneğini kaldıran ve azaltan nedenler, cezalandırılabilme şartları adları altında alt başlıklarla kanunun ilgili kısmını düzenlemesi doğru olabilirdi.

Ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler başlığı altında bulunan, ceza sorumluluğunu kaldıran şiddet ve tehdidi düzenleyen 28.maddenin karmaşıklığına yer vermeyen bir düzenleme niteliğini taşımadığı söylenebilir. Maddi ve manevi cebrin aynı başlık altında düzenlenmesi her iki halin ve de şartlarının karışmasına neden olmuştur. Aynı zamanda kanun koyucunun maddi veya manevi cebrin suçun hangi unsuruna etki ettiği ve bu kavramların ihtiva ettikleri anlamları hususunda açık bir düzenleme getirmediği açıktır. Maddi ve manevi cebir birbirine karıştırılmıştır. Bu nedenle cebrin tanımının yapılması gerekmektedir. Bu tanımlama

sonucunda anlaşılmıştır ki cebir üst bir kavram olup, maddi ve manevi cebri ihtiva etmektedir. Ama maddi ve manevi cebrin nitelik ve etkileri farklı iki kavramdır.

Kanun koyucunun madde gerekçelerindeki tanım ve nitelendirmelerinin aksine maddi cebrin her durumda mutlak kuvvet “vis absoluta” ile uygulanabileceğini ve bu nedenle failin iradesini bütünüyle ortadan kaldıracağını düşünüyoruz. Bu nedenle fiilin oluşmadığını savunuyoruz. Fiil faile değil maddi cebir uygulayana ait olacaktır.

Manevi cebir ise her durumda zorlayıcı kuvvet “vis compulsiva” ile uygulanabileceğinden kusurluluğu kaldıracaktır. Manevi cebir altında, muhakkak ve ağır bir tehlikenin yarattığı korkuyla hareket eden kişinin iradesinin sakatlanmasına rağmen bütünüyle ortadan kalkmadığı açıktır. Manevi cebir uygulanan kişi iradi ve sonucunda kasıtlı hareket edebilmektedir. Bu nedenle manevi cebrin herhalde kusurluluğun kast veya taksir unsurlarından birine etki etmediği bütünüyle failin kınanabilirliğini kaldırdığı açıktır. İşte bu noktada manevi cebrin, bir kişiden bulunduğu durumda başka türlü davranmasının istenilememesini söz konusu eden istenemezlik ilkesine göre ele alınması gerekmektedir.

Doktrindeki birçok düşünür 765 Sayılı TCK'nın ve örnek alınan Alman Ceza Kanununun etkisiyle manevi cebri zorunluluk hali kapsamında değerlendirmektedir. Fakat TCK manevi cebri, 28.maddede ayrı bir hüküm olarak düzenlemiştir. Bu durumda zorunluluk halinin şartlarının manevi cebir için de aranmayacağı açıktır. Keza zorunluluk hali manevi cebirle ortak noktalar taşısa da şartları ve etkileri bakımından farklılıklar arz etmektedir. Kısacası, TCK mevcut düzenlemesi ile de

manevi cebirin istenemezlik ilkesi doğrultusunda değerlendirilmesi gerektiği yönündeki görüşümüzü kuvvetlendirmektedir.

Manevi cebir, istenemezlik ilkesine göre değerlendirildiğinde, manevi cebir altında hareket eden kişi hakkındaki beklenilebilirlik denetiminin nasıl yapılacağı sorusu karşımıza çıkmaktadır. Bu noktada hukuk uygulamasında manevi cebir ile sıkça karşılaşmış olan Anglosaksonların sübjektif ve objektif açıdan yaptıkları ikili değerlendirmenin esas alınması yerinde olacaktır. İlk olarak fail öznel açıdan ele alınmalı ve üzerinde uygulanan tehdidin onu korkutmaya yeterli olup olmadığına bakılmalıdır. İkinci değerlendirme ise ortalama insan model alınarak objektif bir şekilde yapılmalı ve failin manevi cebirden kurtulup kurtulamayacağı belirlenmelidir.

Kanunda aranan tehdidin ağır ve muhakkak olma şartlarının da bu ikili değerlendirme açısından ele alınması yerinde olacaktır. Çünkü kanun hangi tehdidin ağır ve muhakkak olduğu hususunda bir ölçüt getirmemiştir. Bu açıdan meseleyle bakıldığında tehdidin ağırlığının öznel değerlendirme açısından ele alınabileceği görülecektir. Tehdidin ağırlığı failden faile göre değişebilir. Bir fail kendi özelliklerinden dolayı bir tehdidi daha ağır olarak algılayabilir. Tehdidin muhakkaklığının değerlendirilmesinin söz konusu olduğu durumda tehdidin fail üzerindeki etkisinden çok tehdidin uygulanabilirliği göz önüne alınacağından sübjektif değerlendirme içinde gizli bir objektif değerlendirme niteliği gösterebilecektir. Failin kaçınamayacağı tehdidin muhakkak olduğu düşünülebilir. Bu nedenle kanunun lafzı her ne kadar açık olmasa da doktrindeki çoğunluk görüşüne uyarak tehdidin iki şartı olduğundan hareket ediyoruz. Bu noktada failin kaçınıp kurtulamaması, tehdidin muhakkak oluşu altında değerlendirilebilir.

Belirtmemiz gerekir ki tüm bu savlar, failin tehditten kaçınıp kurtulamamasını üçüncü bir unsur olarak ele almamıza engel değildir.

Şunu da önemle belirtmek gerekir ki tehdidin yöneldiği her değer bir kişiyi suç işlemeye yöneltmemelidir. Kanunun düzenlemesi açık olmasa bile bunun mümkün olmaması gerektiğini savunuyoruz. Çünkü bir kişinin malına yönelmiş bir tehdit asla suç işlemesinin mazereti olamamalıdır. Kişi hakkını hukuk mahkemelerinde arayabilir. Buna karşı bir kişinin kendi nefesine veya yakınlarının nefesine yönelmiş bir tehdit her zaman beşeri kırılganlığı ortaya çıkartabilecektir. Tehdidin ağırlığından kişinin nefesine yönelmiş tehditleri anladığımızda ihlal edilen değerler arasında karşılaştırmaya gideceğimiz durumlar son derece kısıtlı olacaktır. Görüldüğü üzere, tehdidin ağırlığından kişinin veya yakınlarının nefslerine yönelmiş tehditler anlaşıldığında ihlal edilen değerlerin karşılaştırılması sorunu ile ender olarak karşılaşılacaktır. Buna ek olarak ikili değerlendirmeyi de göz önüne aldığımızda değerlerin karşılaştırılması yoluna bile gidilmeyebilir.

İkili değerlendirme sonucunda zorlamayı uygulayanla, üzerinde zorlama uygulananın sorumluluklarının belirlenmesine gidilir. Bu durumda eğer manevi cebir uygulanan objektif ve sübjektif değerlendirmelerden geçmişse sorumsuz kabul edilecektir. Sorumluluk manevi cebri uygulayana ait olacaktır. Manevi cebirin neden olduğu ağır korkunun hiddete ve özellikle de eleme yol açabileceğinin göz önüne alınabileceğini düşünüyoruz. Bu nedenle sübjektif değerlendirmeyi geçen ama objektif değerlendirmeyi geçemeyen failin haksız tahrik hükümlerinden yararlanabileceğini düşünüyoruz. Haksız tahrikin düzenleniş şeklinin de manevi cebire uygulanabilmesi açısından bir engel taşımamaktadır.

İsnat yeteneği olmayanların da maddi ve manevi cebir uygulayabilecekleri açıktır. Çünkü isnat yeteneği failin bir özelliği olarak kabul edildiğinde ve isnat yeteneğine sahip olmayanların da kusurlu davranabilecekleri göz önüne alındığında bu sonuca rahatlıkla varılabilir. Aynı durum objektif değerlendirmeyi geçememiş isnat yeteneğinden yoksun kişi için de geçerlidir. Bu durumda o da taksirli davranmış olarak kabul edilebilecektir.

Kanun düzenlemesi karşısında maddi ve manevi cebir uygulayanın hem şiddet ve tehdit suçundan hem de uyguladığı bu zorlamalar sonucunda oluşın suçtan da cezalandırılacağı açıktır.

Maddi ve manevi cebrin taraflarının kusurluluklarının tespitinden sonra CMK'nın 222. maddesine göre hüküm kurulurken yukarıda bahsedilen hususlar dikkate alınmalıdır. Buna karşın CMK'nın 222. maddesi cebir halinde ceza verilmesine yer olmayacağına karar verilebileceğini hükme bağlamıştır. Cebir, maddi ve manevi cebri de içeren bir üst kavram olarak kabul edilmelidir. Bu durumda bu maddede geçen cebir kelimesinin manevi cebri ifade ettiği kabul edilmelidir. Gerçekten de manevi cebir kusurluğu kaldırdığından ama fail tipik bir fiili işlediğinden ceza verilmesine yer olmadığına karar verilecektir. Ama maddi cebir durumunda fiilin faile ait olmaması nedeniyle söz konusu fiilin işlenmediği göz önüne alınmalı ve beraat kararı verilmelidir.

## KAYNAKLAR

**ALACAKAPTAN**, Uğur: “Suçun Unsurları”, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975.

**ALLEN**, Micheal: “Textbook On Criminal Law”, 8.Edition, Oxford, USA, New York, 2005.

**AMBOS**, Kai: “Defences In International Criminal Law”, Research Handbook on International Criminal Law, Edited by Bartram S. Brown, EE Publishing, 2011, s.299-326

**ARISTOTELES**: “Nikomakhos’a Etik”, Bilgesu, Ankara, 2007.

**ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA**: “Ceza Hukuku, Genel Hükümler”, 4.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.

**ASHWORTH**, Andrew: “Principles of Criminal Law”, 4.Edition, Oxford, New York, USA, 2003.

**AVINOR** Shaul: “The Fallacy Of The Conventional Theory On The Historical Development Of The Concept Of Criminal Liability”, Criminal Law Forum, 2004, S.15, (s. 411-466)

**BAKIRCIOĞLU**, Önder: “The Contours of The Right to Self-Defence: Is the Requirement of Imminence Merely A Translator For The Concept Of Necessity”, The Journal Of Criminal Law, 2008, S.72, (s.131-169)

**BARON**, Marcia: “Is Justification(Somehow) Prior To Excuse? A Reply To Douglas Husak”, Law And Philosophy, Springer, USA, 2005, S.24, (s.595-609)

**BARON**, Marcia: “Excuses Excuses”, CriminalLaw and Philosophy, 2007, S.1, (s.21-39)

**BAUMANN**, Richard: “Crime And Punishment In Ancient Rome”, Routledge, London, UK, 1996.

**BAYLES**, Micheal: “A Concept of Coercion, Coercion”, ed. J. Rolan Pennock an John Chapman, Aldine Atherton Inc. , Chicago, USA, 1972, (s. 17-247)

**BAYLES**, Micheal:”Reconceptualizing Necessity and Duress”, The Legal Essays of Micheal Bayles, Edited by Wade L. Robison, Kluwer Law International,USA, 2002, (s.211-24)

**BAYRAKTAR**, Köksal: “Suç İşlemeye Tahrik Cürmü”, İstanbul, 1977.

**BERMAN**, Mitchell: “The Normative Functions of Coercion Claims”, Legal Theory S.8, Cambridge University Press, USA, 2002, (s.45-89)

**BOTTERELL**, Andrew: “A Primer On The Distinction Between Justification and Excuse”, Philosophy Compass, Blackwell Publishing, 2009, C.4 S. 1, (s.172-196)

**BRONAUGH**, Richard: “Freedom As The Absence Of An Excuse”, Ethics an International Journal Of Social, Political, And Legal Philosophy, University of Chicago Press, 1964, C.74, S.3, (s.161-173)

**CAN**, Cahit: Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, 2.Baskı, Seçkin, Ankara, 2002.

**CENTEL**, Nur, **ZAFER**, Hamide, **ÇAKMUT**, Özlem: “Türk Ceza Hukukuna Giriş”, 4. Bası, İstanbul, 2006.

**CİHAN**, Erol: “Cebir Kullanma Cürmü”, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978.

**COECKELBERGH**, Mark: “Criminals Or Patients? Towards a Tragic Conception of Moral And Legal Responsibility”, Criminal Law and Philosophy, Springer, March 2010,S.4, (s.233-244)

**DEMİRBAŞ**, Timur: “Ceza Hukuku, Genel Hükümler”, 6.Baskı, Seçkin, Ankara, 2010.

**DENNIS**, Ian: “On Necessity As A Defence To Crime: Possibilities, Problems and The Limits of Justification and Excuse”, Crim Law and Philos, 2009, S.3, (s.29-49)

**DENNO**, Deborah W.: “A Mind to Blame: New Views on Involuntary Acts”, Behavioral Sciences and the Law, 2003, S.21, (s.601-618)

**DÖNMEZER**, Sulhi, **ERMAN**, Sahir: “Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku”, Cilt: 1, 5.Bası, İstanbul, 1974.

**DÖNMEZER**, Sulhi, **ERMAN**, Sahir: “Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku”, Cilt: 2, 5.Bası, İstanbul, 1974.

**DUBBER**, Markus: “The Promise of German Criminal Law: A Science of Crime And Punishment”, German Law Journal, 2005, C.6 S.7, (s.1049-1072)

**DUFF**, R. A.: “Strict Responsibility, Moral and Criminal”, J Value Inquiry, Springer, 2009, S.43, (s.295-313)

**DUGUIT**, Leon: “Kamu Hukuku Dersleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1954.

**DÜZGÜN**, Nuri, **ELMACI**, Şerafettin: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Olası Kast- Bilinçli Taksir ve Taksirle İşlenen Suçlar”, Adalet, Ankara, 2007.

**EASTON**, Susan, **PİPER**, Christine: “Sentencing and Punishment, The Quest For Justice,”Oxford University Press, New York 2008.

**EIDAM**, Lutz: “Review Essay – Facilitating a Comparative Analysis of Criminal Law: Volker Krey’s Bilingual Textbook on German Criminal Law”, German Law Journal,2004, S.5.

**ELLIOT**, Catherine, **QUINN**, Frances: “Criminal Law”, 4.Edition, Pearson Great Britain, Essex 2002.

**EREM**, Faruk: “Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler”, Cilt 1, 10.Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974.

**EREM**, Faruk: “Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler”, Cilt 2, 10.Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974.

**EREN**, Fikret: “Borçlar Hukuku”, Genel Hükümler, 8.Bası, Beta, İstanbul, 2003.

**ERSOY**, Yüksel: “Ceza Hukuku, Genel Hükümler”, Ankara, 2002.

**FERGUSON**,Murray , **OGLOFF**, James R. P.: “Criminal Responsibility Evaluations: Role of Psychologists in Assessment “ Psychiatry, Psychology and Law, First Article, 2010, (s.1-16)

**FINKELSTEIN**, Claire: “The Inefficiency of Mens Rea”, California Law Review, 2000, S.88, (s.895-920)

**FITZGERALD**, P. J.: “Criminal Law and Punishment”, Clarendon Law Series, Oxford, 1962.

**FLETCHER**, P. George: “The Grammar of Criminal Law”, Volume 1, Oxford, USA, New York, 2007.

**GORR**, Micheal: “Duress and Culpability”, Criminal Justice Ethics, Summer/Fall, 2000, (s.3- 16)

**GÖZLER**, Kemal: “İdare Hukuku”, 6.Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, Ekim, 2007.

**GROPP**, Walter: Strafrecht, “Allgemeiner Teil”, 3. Auflage, Springer, Germany, Heidelberg, 2005.

**GÜLŞEN**, Recep: “Ceza Hukukunda Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit”, Seçkin, Ankara, 2007.

**GÜNGÖR**, Devrim: “Ceza Hukukunda Fiili Hata”, Yetkin, Ankara, 2007.

**GÜNTHER**, Jakobs: “Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen un die Zurechnungslehre”, 2.Auflage, De Guyter, Bonn, Deutschland, 1991.

**HAFIZOĞULLARI**, Zeki, **ÖZEN**, Muharrem: “Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar”, 2.Basım, US-A Yayıncılık, Ankara, 2010.

**HAFIZOĞULLARI**, Zeki, **ÖZEN**, Muharrem: “Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler”, 2.Basım, US-A Yayıncılık, Ankara, 2010.

**HAFIZOĞULLARI**, Zeki: “Ceza Normu”, US-A Yayıncılık, Ankara, 1996.

**HAFIZOĞULLARI**, Zeki: “Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 57, S: 3, Ankara, 2009.

**HAKERİ**, Hakan: “Ceza Hukuku, Genel Hükümler”, 7.Baskı, Seçkin Ankara, 2008.

**HAKSAR, Vinit**: “Necessary Evil: Justification, Excuse or Pardon?”, Criminal Law and Philosophy, Springer, 2010.

**HALL**, Jerome, “General Principles of Criminal Law”, Second Edition, The Law Book Exchange LTD, New Jersey, USA, 2005.

**HART**, H. L. A.: “Punishment and Responsibility”, 2.Edition, Oxford,USA, New York, 2008.

**HEATH**, Wendy: “Yes, I Did It, But Don’t Blame Me: Perceptions of Excuse Defences”, The Journal of Psychiatry & Law, Federal Legal Publications, 2003, S.31, (s.187-226)

**HEGEL**, Georg H. W.: The Philosophy of Right, Cosimo Classics, USA, 2008.

**HELLER**, Kevin J.: “The Cognitive Psychology of Mens Rea”, The Journal Of Criminal Law & Criminology, Northwestern School of Law, 2009, C.99, S. 2, (s.317-379)

**HILDEBRANDT**, Mireille: “Ambient Intelligence, Criminal Liability and Democracy”, Crim Law and Philos, Springer, 2007, S.2, (s.163-180)

**HINTERSTEİNİGER**, Margit: “Enhancing the Rule of Law within the European Union- The Contribution of the Treaty of Nice, Austrian Review Of International and European Law”, V.5, Kluwer Law International, Netherlands, 2000.

**HORDER**, Jeremy: “Excuses In Law And In Morality: A Response To Marcia Baron”, Crim Law and Philos, Springer, 2006,S.1,(s.41-47)

**HUSAK**, Douglas: “Addiction And Criminal Liability”, Law And Philosophy, 1999, S.18, (s.655-684)

**HUSAK**, Douglas: “On The Supposed Priority Of Justification To Excuse, Law and Philosophy”, Springer, 2005, S.24, (s.557-594)

**İÇEL**, Kayıhan Et al: İçel-Suç Teorisi, 2. Kitap, 3.Bası, İstanbul, 2004.

**İÇEL**, Kayıhan, **YENİSEY**, Feridun: “Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları”, Beta Yayınları, İstanbul, 1994.

**JESCHECK**, Hans: “Alman Ceza Hukukuna Giriş”, Beta Yayınları, İstanbul, 2007.

**JOBST**, Heins: “Der Streit um die Zumutbarkeit im Strafrecht”, Trillsch, 1934.

**KANGAL**, Zeynel T.: “Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010

**KANT**, E.: “Fundamantel of The Metaphysic of Morals”, Cosimo Classics, New York, USA, 2008.

**KATOĞULU**, Tuğrul: “Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.

**KEÇELİOĞLU**, Elvan: “Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK’nin Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları”, TBB Dergisi, 2010, S. 87, (s. 299-317)

**KINGSLEY**, Jessica: “Psychiatric Aspects of Justification, Excuse and Mitigation The Jurisprudence of Mental Abnormality in Anglo-American Criminal Law”, Alec Buchanan Publishers Ltd, USA, 2000.

**KOCA**, Mahmut, **ÜZÜLMEZ**, İlhan: “Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler”, 2.Baskı, Seçkin, Ankara, 2009.

**KÖHLER**, Micheal: “Strafrecht, Allgemeiner Teil”, Springer, Germany, Heidelberg, 1997.

**KREY**, Volker: “Deutesch Strafrecht Allgemeiner Teil”, Band 2, 3.Auflage, Kohlhammer, Stuttgart, Germany, 2008.

**KUNTER**, Nurullah: “Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi”, İstanbul, 1954.

**LACEY**, Nichola: “In Search Of The Responsible Subject: History, Philosophy and Social Sciences in Criminal Law Theory”, The Modern Law Review, May 2001, S.64, (s.350-371)

**LACEY**, Nichola: “Responsibility and Modernity in Criminal Law”, The Journal of Political Philosophy, Blackwell Publishers, 2001,C.9, S.3, (s.249-276)

**LAUTERWEIN**, Carl Constantin: “The Limits of Criminal Law A Comparative Analysis of Approaches to Legal Theorizing”, Ashgate Publishing Limited England, 2010.

**MAHER**, Gerry: “Age And Criminal Responsibility”, Ohio State Journal Of Criminal Law, 2005, S.2, s.493.

**MAJNO**: “Ceza Kanunu Şerhi”, Cilt: 1, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977.

**MANNHEIM**, Herman: “Mens Rea in German and English Criminal Law”, Journal of Comparative Legislation and International Law, Cambridge University Press, UK, C.17 S. 1,1935, (s.82-101)

**METİNER**, Haydar, **KOÇ**, Ahsen: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri”, 1.Cilt, Ankara, 2008.

**MEYNEN**, Gerben: “Free Will ad Mental Disorder: Exploring The Relationship”, Theory Medical Biotechnology, 2010, S.31, (s.429-443)

**MORSE**, Stephen J.: “Inevitable Mens Rea”, Harvard Journal Of Law & Public Policy, 2003, C.27 S.1, (s.52-64)

**MORSE**, Stephen: “Reason, Results, And Criminal Responsibility”; University of Illinois Law Review, 2004, S. 2, (s.364-444)

**NORRIE**, Alan: “Historical Differentiation, Moral Judgement And The Modern Criminal Law”, Crim Law and Philos, Springer, 2007, S.1, (s.251-257)

**ÖKTEM**, Niyazi, **TÜRKBAĞ**, Ulvi Ahmet: “Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet”, 3.Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2003.

**ÖNDER**, Ayhan: “Ceza Hukuku Dersleri”, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992.

**OSHANNA**, Marina: “The Misguided Marriage Of Responsibility”, The Journal Of Ethics, 2002, S.6, (s.261-280)

**OTTO**, Haro: “Grunkurs Strafrecht”, Allgemeine Strafrechtlehre, 7.Auflage, Berlin, Deutschland, 2004.

**ÖZBEK, KANBUR, BACAKSIZ, DOĞAN, TEPE**: “Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler”, Seçkin, Ankara, 2010.

**ÖZEN**, Muharrem: “Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk”, US-A Yayıncılık, Ankara, 1998.

**ÖZEN**, Muharrem: “Meşru Müdafaa”, Seçkin, Ankara, 1995.

**ÖZGENÇ**, İzzet: “Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler”, 4.Bası, Seçkin, Ankara, 2009.

**ÖZGENÇ**, İzzet: “Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler”, 2.Bası, Seçkin, Ankara, 2005.

**ÖZTÜRK**, Bahri, **ERDEM**, Mustafa Ruhan: “Ceza Muhakemesi Hukuku”, 11.Baskı, Seçkin, Ankara, 2007.

**ÖZTÜRK**, Bahri: “Ceza ve Emniyet Tedbirleri Hukuku”, 3.Bası, 9 Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermayesi Yayınları, Ankara, 1994.

**PADFIELD** Nicola: “Sentencing, Theory, Law and Practice”, Third Edition, OXFORD, USA, 1996.

**PADFIELD**, Nicola: “Criminal Law”, 5.Edition, Core Text Series, Oxford, UK. , 2006.

**PARLAR**, Ali, **YILDIRIM**, Ferhat: “Açıklamalı- İctihatlı Silahlı Çeteler ve Terör Suçları, Haksız Yakalamaya ve Tutuklamaya İlişkin Tazminat Davaları”, Ankara, Seçkin, 2001.

**RAMSAY**, Peter: “The Responsible Subject As Citizen: Criminal Law, Democracy And The Welfare State”, The Modern Law Review, Blackwell Publishing, 2006, S.69, (s.29-58)

**RICHARDS**, Norvin: “Acting Under Duress”, The Philosophical Quarterly, 1987, C.37, S.146, (s.21-36)

**ROBBERS**, Gerhard: “An Introduction To German Law”, 4.Edition, Nomos, Germany, Baden, 2006.

**RYAN**, Ray, **RYAN**, Des: “Case and Comment”, Cambridge Law Journal, Great Britain, 2005, C. 64 S. 3, s.572.

**SAİD**, E. Wadie: “Coercing Voluntariness”, Indiana Law Journal, 2010, C.85, S.1, (s.1-48)

**SAVAŞ**, Vural, **MAHMUTOĞLU**, Sadık: “Türk Ceza Kanununun Yorumu”, Cilt 3, Ankara, 1999.

**SCHWARTZ**, Stephen: “Is There A Common Law Necessity Defense in Federal Criminal Law?”, The University of Chicago Law Review, 2008, S.75, (s.1259-1293)

**SEGEV**, Re'em: “Sub-Optimal Justification And Justificatory Defences”, Crim Law and Philos, 2010, S4, (s.57-76)

**ŞEN**, Ersan: “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Ve Azaltan Nedenler”, Türk Ceza Kanununun 2. Yılı, Sempozyum, TCHD Dergisi, İstanbul, 2008.

**SHANKLAND**, Russel: “Duress And The Underlying Felony”, The Journal Of Criminal Law & Criminology, Northwestern University School Of Law, 2009, C.99, S.4, (s.1227-1258)

**SHUTE**, Stephen, **SIMESTER** A. P.: “Criminal Law Theory”, Doctrines of The General Part, Oxford, New York, 2005.

**SKINAZI**, R. Heather: Not Just a “Conjured Agterthought” Using Duress as a Defence for Battered Women Who “ Fail to Protect”, California Law Rewiev, 1997, S.85, (s.993-1042)

**SMITH**, Angela:” On Being Responsible and Holding Responsible”, The Journal of Ethics, Springer, 2007,S.11, (s.465-484)

**SMTH**, John, **HOGAN**, Brian: “Criminal Law, Cases and Materials”, 7.Edition, Butterworths, London, 1999.

**SOYASLAN**, Doğan: “Ceza Hukuku, Genel Hükümler”, Yetkin, Ankara, 1998.

**TANER**, M. Tahir: “Ceza Hukuku Umumi Kısım”; İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1949.

**TAYLOR**, James Stacey: “Autonomy, Duress, And Coercion”, Social Philosophy & Policy Foundation, USA, 2003, (s.127-155)

**TAYLOR**, Richard: “Complicity, Legal Schlorship And The Law Of Uintended Consequences”, Legal Studies, March 2009, S.29, (s.1-18)

**TOROSLU**, Haluk: “Ceza Müeyyidesi”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007.

**TOROSLU**, Nevzat, **FEYZİOĞLU**, Metin: “Ceza Muhakemesi Hukuku”, 7.Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 2009.

**TOROSLU**, Nevzat: “Ceza Hukuku, Genel Kısım”,12.Baskı,Savaş Yayınevi, Ankara, 2008.

**TOROSLU**, Nevzat: “Ceza Hukukunda Zaruret Hali”, Sevinç Matbaası, Ankara, 1968.

**TOSUN**, Öztekın: “Suç Hukuku El Kitabı”, Üniversiteliler Yayınları, İstanbul, 1979.

Türk Dil Kurumu Terimler Sözlüğü <http://tdkterim.gov.tr/bts/> , Erişim Tarihi: 06.03.2011

**UNIACKE**, Suzanne: “Emotional Excuses”, Law And Philosophy, Springer, 2007,S.26, (s.95-117)

**VİNCENT** Nicole: “On The Relevance of Neuroscience to Criminal Responsibility”, Crim Law and Philos, 2010, S.4, (s. 77-98)

**VON HİRSCH**, Andrew, **ASWORTH**, Andrew: “Proportionate Sentencing, Exploring The Pricnciples”, Oxford, 2005.

**VON TUHR**, Andreas: “Borçlar Hukuku”, Cilt: 1-2, Yargıtay Yayınları, Ankara, 1983.

**WALKER**, Nigel, **PADFİELD**, Nicola: “Sentencing: Theory, Law and Practice”, 2.Edition, Butterworths, 1996.

**WESTEN**, Peter: “An Attitudinal Theory of Excuse”, Law And Philosophy, Springer, 2006, S.25, (s.289-375)

**WILLIAMS**, Glanville:” Criminal Law”, General Part, 2.Edition, Reprint Gaun INC, USA,Florida, 1998.

**YAŞAR**, Osman: “Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu”, Cilt:1, Adalet, Ankara, 2010.

**YÜCE**, Turhan, Tufan: “Ceza Hukukun Temel Kavramları”, Turhan, Ankara, 1985.

**ZAFER**, Hamide: “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, Ders Kitabı, Beta, İstanbul, 2010.

## ÖZET

Bu çalışmada, Türk Ceza Kanununun ceza sorumluluğunu kaldıran bir neden olan zorlamayı düzenleyen 28.maddesi incelenmiştir. Zorlama bir kişinin üzerinde suç işlemesi maddi veya manevi cebirle baskı kurulmasıdır. Ceza sorumluluğunu kaldıran maddi ve manevi cebirde başka bir kişinin zorlamasıyla suç işleyen kişi aşırı baskı altında kaldığından dolayı işlediği suçtan sorumlu tutulamaz. Madde 28'e göre bu durumda zorlayan sorumludur.

765 sayılı Türk Ceza Kanununda, zorlama halleri zaruret hali içerisinde değerlendiriliyordu. Çünkü bu kanunda maddi ve manevi cebir için ayrı bir madde yoktu. Ama Yeni Türk Ceza Kanunu ile birlikte zorlama 28.maddeyle hükme bağlanmıştır. Bu nedenle artık zorlamayı, zorunluluk hali çerçevesinde ele alınamaz. Bu durumda, 28.maddenin etkisi, hukuki niteliği ve Türk Ceza Kanunundaki kendine has yeri suç genel teorisinin ışığında yeniden değerlendirilmelidir.

Birinci bölümde “ceza sorumluluğu” kavramı analiz edilmiştir. Sonra hukuka aykırılık ve hukuka uygunluk nedenlerine, kusurluluğa ve mazeret nedenlerine, isnat yeteneğine genel olarak değinilmiştir.

İkinci bölümde, ilk olarak, maddi ve manevi cebrin tarihsel gelişimi, bu kavramların anlamları açıklanmıştır. Maddi ve manevi cebrin farklılıkları ve sonuçları açıklanmıştır. İkinci olarak, maddi ve manevi cebrin şartları tartışılmış, bu şartlara belirli ölçütler getirilmiştir. Üçüncü olarak, zorlamayla ilgili problemler, doktrinler, doktrindeki görüşler ve içtihatlar tartışılmıştır.

Son bölümde 28.madde Ceza Muhakemesi Kanunu açısından ele alınmıştır. Maddi ve manevi cebirde cebredenle cebre uğrayanın sorumlulukları tartışılmıştır.Ek olarak maddi ve manevi cebir diğer ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerle karşılaştırılmıştır. Ardından manevi cebir istenemezlik ilkesinin ışığında açıklanmıştır.

## ABSTRACT

In this thesis Turkish Penal Code's Article 28 which embodies duress as a legal defense is examined. Duress is the compulsion on another party for committing the crime to him or her by threat or force. As a legal defense defendant should not be held liable for his unlawful act under extreme unlawful pressure which is performed by another person. In duress, Article 28 holds liable the duressor for crime which is committed by coerced person.

In 765 numbered Turkish Criminal Code, duress is considered in necessity. Because, 765 numbered Turkish Criminal Code hasn't any article on duress. But, in New Turkish Criminal Code Duress is codified by Article 28. Consequently, with Article 28 duress cannot be considered in frame of necessity. In this condition, Article 28's effects, qualifications and unique place in Turkish Criminal Code must be reconsidered in the light of Criminal Law Theory.

In first section concept of criminal liability is analyzed. Then illegality and justifications, mens rea and excusing conditions and imputability are being mentioned generally.

In second section firstly, duress's historical development, its conceptual significance is being explained. Results and differences of actual force(violance) or threat as coercion are being explained. Secondly, the conditions of duress are argued and it's found that particular measures for these conditions. Thirdly, various

doctrines and opinions in doctrine, precedents on problems relating to duress and its conditions are discussed.

In last section duress is considered according to Turkish Criminal Procedural Law. And criminal liability of duress's parties' is being argued. In addition duress is compared with other legal defenses such as necessity. Then duress as defense is being explained in the light of unreasonableness.