

KUSURLULUĞU KALDIRAN BİR NEDEN OLARAK
CEZA HUKUKUNDA İSTENEMEZLİK İLKESİ
(NİCHTZUMUTBARKEİT /
L'INESIGIBILITA')

Zeki HAFIZOĐULLARI¹

GİRİŞ

Günümüz ceza hukuku biliminde önemli bir yeri olduğu ileri sürülen İtalyanca "LA NON ESIGIBILITA' " veya "L'INESIGIBILITA' " sözü ile ifade edilen ceza hukuku kurumu, dilimize " istenemezlik " veya " içinde bulunduğu durumda yaptığı davranıştan başka bir davranışta bulunmasının kişiden istenememesi veya beklenememesi " ilkesi olarak çevrilebilir.

Biz, söz konusu bu ilkeyi dilimizde ifade ederken, en iyisi olduğu için değil, ama kısalığından ötürü, ceza hukukunda " istenemezlik ilkesi " ifadesini kullanmayı uygun bulduk.

Kökünün daha eskilere gittiği söylenmekle birlikte, istenemezlik ilkesi, ilk kez Alman ceza hukuku doktrininde ortaya atılmıŐ ve "NİCHTZUMUTBARKEİT "sözü ile ifade edilmiştir.

İlke, daha sonra, günümüz İtalyan ceza hukuku doktrininde yer almıŐtır.

İstenemezlik ilkesi, halen bugün gerek doktrinde gerekse uygulamada çok tartıŐmalı bir konu olarak varlığını ve önemini korumaktadır².

¹ Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi, BaŐkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Ülkemizde gerek doktrin gerekse uygulama üzerinde ciddi tartışmaların süregeldiği, olduğunda kusurluluğu kaldırdığı iddia edilen bu yeni ceza hukuku kurumuna yabancısıdır. Bu konuda henüz yapılmış bir araştırma yoktur.

Burada, ilgi çekeceğini düşünerek, sadece **tasvirî bir yöntemle**, araştırmacılara ve uygulamacılara, kusurluluk hakkında kısa bilgiler vermeye, bununla bağıntılı olarak istenemezlik ilkesini tanıtmaya, ceza hukukunda, özellikle 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda, böyle bir ilkenin yerinin olup olmadığı tartışmasını sunmaya çalışacağız.

Kanunilik ilkesine sadık kalınarak, ceza hukukunda ' bireyselleştirilme ' fikrinin savunulduğu, dolayısıyla bu konuda birçok ilke yanında istenemezlik ilkesinden de yararlanılmaya çalışıldığı günümüzde, ülkemiz doktrin ve uygulamasında söz konusu ilkenin görülmemiş ve tartışmaya açılmamış olmasının bir eksiklik olduğunu düşünüyoruz.

Amacımız, araştırmacıların, konuya ilgisini çekmek, ayrıntılara girmeden, bizce zaten geç kalmış olan bir tartışmanın başlatılmasına katkıda bulunmaktır.

I

KUSURLULUĞUN NORMATİF ANLAYIŞI ve İSTENEMEZLİK İLKESİ

Suç genel teorisinde kusurluluk her zaman farklı anlaşılmıştır.

Suçun "terkibi" incelemesi yanında, daha iyi tanınması ve anlaşılması için ayrıca "tahlili" incelemesinin yapılabileceği düşüncesi, suçun unsurlarının ne/ neler olduğu tartışmasına yer vermiştir. Tabii, bu bağlamda olmak üzere, suçun bir unsurunun "kusurluluk" olduğuna işaret edilmiştir.

Bugün modern ceza hukuku kusursuz suç olmaz ilkesine dayanmaktadır.

Kusurluluğun herkesin kabul ettiği belli tek bir tanımı yoktur.

Kusurluluk doktrinde ya tabiatçı ya da normcu bir bakış açısından ele alınmakta, böylece kusurluluğun genellikle kabul edilebilir bir tanımına ulaşılmaya çalışılmaktadır. Tabiatçı anlamda, kusurluluk, faille fiil arasındaki "psşik" bağ olarak algılanmaktadır. Buna karşılık, normcu anlamda, kusurluluk, yapılmaması mümkün olduğu halde, iradenin ödeve aykırılık oluşturan durumu üzerine verilen, kınanabilirlik hükmü olarak anlaşılmaktadır.

² Antolisei, Manuale di diritto penale, PG., Quindicesimo edizione aggiornata e integrata da L. Conti, Milano, 2000, s. 431 vd.; Bettiol, Diritto penale, PG., Padova 1978, s. 475 vd.; Özcan (Hafizoğulları) Zeki, Lo stato di necessita' e l'inesigibilita in diritto penale, tesi di laurea anno acc. 1967/68, Universita' degli studi di Roma Facolta' di giurisprudenza, Roma, 1968; Fornassari, Il principio di inesigibilit' nel diritto penale, Padova, 1990; Proto,Alcuni considerazioni su "inesigibilita" e presupposti della colpevolezza, in. Riv.pen., 1990, s.378 vd

Ancak, kimi, bu iki farklı düşünceyi, birbiriyle çelişmediği, tersine birbirini tamamladığı gerekçesiyle, telif etmeye çalışmaktadır. Bu düşüncede, kusurluluk, suçun varlığı için aranan maddi fiili doğuran iradenin ödeve aykırı davranışı olarak algılanmaktadır.

Ceza hukukunda istenemezlik ilkesi, kusurluluğun normcu anlayışıyla bağıntılı olarak ortaya çıkmıştır. Gerçekten, failden içinde hareket ettiği koşullarda yapmış olduğu davranıştan başka bir davranışta bulunmasının beşeri/insani olarak istenmesinin mümkün olup olamadığı hususunun tartışılması, istenemezlik ilkesinin kaynağı olmuştur.

Kusurluluğun bu anlayışında, anlama ve isteme yeteneği, gerek kast ve gerekse taksir halinde fiilin iradiliği ve iradenin normal bir oluşumu imkânı, failin fiilinden ötürü kınanabilir olmasının temelini oluşturmaktadır³. Bunun bir sonucu olarak, ötekiler yanında, iradenin oluşma sürecini bozan, hukuka uygun bir davranışta bulunulmasının istenebilir olmamasını (non esigibile) doğuran istisnai belli dış koşulların bulunması halinde, kusurluluğun ortadan kalktığı kabul edilmektedir.

II

KADİM İTALYAN DOKTRİNİNDE İSTENEMZLİK İLKESİ

Ceza hukukunda istenemezlik ilkesinin tarihi, doktrinde çok eskilere, Flangeri, Pellegrino Rossi' ye kadar götürmektedirler. Hatta Zanardelli Kanununun yürürlükte bulunduğu dönemde, ilkenin mahkemeler tarafından uygulandığına işaret edilmiş, uygulamadan örnekler verilmiştir⁴.

İstenemezlik ilkesiyle birlikte geçen yüzyıl Alman doktrinde ortaya atılıp savunulmuş olmakla birlikte, kusurluluğun normcu anlayışına, daha çok önceleri Carmignani' de ve Carrara' da rastlandığına işaret edilmiştir⁵.

Gerçekten, Carrara diyor ki, hakimin bir davranışı siyasal olarak bir yurttaşta yüklediği hükmün açıkça üç ayrı yargıyı içermesi gerekir. Hakim, o kişide davranışın maddi nedenini bulur ve ona der, sen yaptın - fizikî isnat. Hakim, o kişinin davranışı bilinçli bir irde ile yaptığını bulur ve ona der, sen bilerek ve isteyerek yaptın - manevî isnat. Hakim, kentin kanununun fiili yasaklanmış olduğunu bulur ve ona der, sen kanuna karşı yaptın - kanunî isnat. Ancak bu üç ifadenin ortaya çıkacak sonucuna göredir ki, hakim, yurttaşta, bu fiili suç olarak sana yüklüyorum, diyebilir. Bundan ötürüdür ki, kanun, manen hür olduğundan,

³ Bettiol, Diritto penale, s. 475; Dolce, Lineamenti di una teoria generale delle scusanti nel diritto penale, Milano, Dott. A.Giuffre- Editore, Milano, 1957, s. 1.

⁴ Fornasari, Age., s. 33, dnt. 3,4; Scarano, Age., s. 5.

⁵ Fornasari, Age., s. 35, 37

insanı gütmektedir. Dolayısıyla, hiç kimseden, asla manevî neden olmaksızın, sadece salt fizikî nedenin doğurmuş olduğu bir neticenin hesabı sorulamaz. Bu manevî isnat için yeterlidir. Ancak, bundan başka, insana suç olarak yüklenmek istenen davranışın, iradi bir davranış olarak manen o kimseye yüklenmesi yanında, ayrıca kınanabilir bir davranış olarak da o kimseye yüklenebilmelidir. Kuşkusuz, manevi olarak insandan kaynaklanan her davranış, daha üstün bir kanun öngörmüş olduğunda, kınanabilir değildir⁶.

İzlerine açıkça Cararanın düşüncesinde rastlanmakla birlikte, kusurluluğun normatif anlayışı ve bununla bağıntılı olarak istenemezlik ilkesi, geçen yüzyılın başında, ilk kez, Frank ile birlikte Alman doktrininde şiddetle tartışılmaya başlanmıştır⁷.

III

KADİM ALMAN DOKTRİNİNDE KUSURLULUĞUN NORMATİF ANLAYIŞI VE İSTENEMEZLİK İLKESİ

Genel Olarak

Alman doktrininde kusurluluğun normatif anlayışından yana olan, dolayısıyla istenemezlik ilkesini açıklamaya çalışan yazarların hepsine yer vermemiz mümkün değildir. Bu nedenle, burada, konu ile ilgili düşünceleri ilk ortaya atan ve ilkenin temelini oluşturan yazarlara yer verilecektir.

1 . Frank' ın Düşüncesi⁸

Frank, kusurluluğun esasını, fail ile fiili arasındaki bağın ötesinde, fail ile norm arasındaki bağda bulmaktadır. Kusurluluk, bir değer hükmüdür, bundan ötürü, hukuk düzeninin istediği bir davranışta bulunmaktan değil de farklı bir davranışta bulunmaktan ibaret bulunmaktadır. Hukuk düzenine isyan olan bu durum, en başta failde anlama ve isteme yeteneğini gerektirmektedir. Ancak hukuk düzeninin istediğinden farklı bir biçimde davranan failin kınanabilmesi için, sadece anlama ve isteme yeteneğine sahip olmak yeterli değildir, ayrıca iradenin fiil için normal surette oluşması, yani biçimlenmiş olması zorunlu bulunmaktadır. O halde, kusurluluk, üç unsuru içermektedir. Bunlar, sırasıyla - Isnat yeteneği

⁶ Carrara, Programma per il corso di diritto criminale, Lucca, 1871, &.8, 12. Ayrıca yukarıdaki biçimde zikreden, Fornasari, Age., s.35,dn. 7.

⁷ Fornasari, Age., s. 36, 42. Yazarın bu konuda verdiği ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. s.31-52.

⁸ Scarano, Age., &. 5 ; 46 vd ; Mussotto, Colpevolezza dolo e colpa, Palermo 1939, s. 91 vd ; Bellavista, Il problema della colpevolezza, Palermo 1942, s. 46 vd ; Fornasari, Age., s. 59 vd.

- Fiil ve faili arasında psişik bağ - Fiilin (veya davranışın) gerçekleştiği ortam olmaktadır. Bu durumda, kusurluluk, hukuka aykırı bir davranışın kınanılabilir olması için ayrıca nesnel olarak mevcut bulunan özel şartların göz önüne alınmasından ibaret bulunan bir değer hükmünde ifadesini bulmaktadır. Gerçekten, böyle bir değer hükmü için, sadece içinde hareket edilen şartların normalliğine nispetle fiilin normalliği, nihaî bir önemi haiz bulunmaktadır. O nedenledir ki, içinde hareket edilen şartların iradenin serbestçe, özerk oluşumunu insanî /beşerî olarak imkânsız kıldığı her durumda, kuşkusuz kusurluluk mevcut olmamalıdır. Bu durum ise, iradenin oluşması biçiminin, failin iradesini kusurlu olarak veya kusursuz olarak değerlendirmede nihaî bir unsur olduğunu göstermektedir. İşte, kusurluluğun bu tür bir yapılandırılmasında, zaruret hali ve istenemezlik halleri, kusurluluğu ortadan kaldıran mazeret nedenleridir, çünkü bunlar, failin içinde hareket ettiği ortamın normalliğinin belirlenmesine katıldıklarından kusurluluğun bir unsuru üzerine etkili olmaktadır.

2. Goldschmidt' in Düşüncesi⁹

Goldschmidt, Frank' ı eleştirerek, sadece dar anlamda kast, taksir, isnat edilebilirlik gibi psikolojik bir unsur olduğundan, " motivasyonun " normalliğinin, kusurluluk yargısını belirleyebilen normatif bir unsur sayılamayacağını ileri sürmektedir. Gerçekten, davranışı kınanabilir kılan, kusurluluğun temelini oluşturan bu üç unsurun bileşiği değildir, ama normal motivasyondur, çünkü sadece bu, normun gerektirirliğini veya istenirliğini ifade etmektedir. Kusurluluğun normatif karakteri, psişik durumun, yani motivasyonun, işaret ettiği, yani yöneldiği bir ödev, yani yükümlülük normu ile birlikte bulunması ilişkisinden gelmektedir. Bundan ötürü, motivasyon ile norm arasındaki ilişkiden çıkarılan değerlendirme, bize kınanabilirlik yargısını veya hükmünü vermektedir. Sonuçta, bu, motivasyonun kınanabilirliğinin, ödev veya yükümlülük normunun ihlaline götürülmesi veya bağlanması zorunluluğunu gerektirmektedir. Böylece, Frank'ın düşüncesinde salt psikolojik anlamda anlaşılan normal motivasyon , Goldschmit' in düşüncesinde , " normatif bir değere " dönüşmektedir. Bu düşüncede, kınanan , artık hukuka aykırı fiil değildir. Tanımlamak gerekirse, burada, kusurluluk, kınanılabilir bir motivasyona yönelebilen bir davranışın durumu, biçimidir ; yani bizzat hukuka aykırı bir netice gerçekleştirebilecek olan bir faaliyetin ifadesince belirlenir olmayan bir motivasyondur.

⁹ Musotto, Age., s . 88 vd ; Scarano, Age., s. & . 6 ; Petrocelli, Age., s. 93 vd ; Bellavista' , Age., s. 47 vd; Fornasari, Age., s.59 vd.

Psikolojik anlamda normal motivasyonun, normatif anlamda kusurluluğu ortadan kaldırması veya kusurluluğu oluşturması için, onun zorunlu olarak bir norma taşınması gerekmektedir. İşte bundan ötürüdür ki, Goldschitd, zorluğu aşabilmek için, ifade edilmiş olan her hukuk normunun yanında, normun muhatabını, bizzat davranışı hukuk düzenine uygun olsun diye içsel olarak harekete geçiren bir de ifade edilmemiş bir ödev normunun bulunduğunu kabul etmektedir. Bunun sonucu olarak, yazar, kusurluluğun normatif unsurunu, bir bakıma fiilin hukuka aykırılığına karşılık olarak ödevde aykırılıkta ifadesini bulan faildeki hukuka aykırılığın vermiş olduğunu kabul etmektedir. Ancak, hemen belirtelim ki, bu hukuka aykırılık bilinci olarak anlaşılmalıdır, tam tersine belli bir psikolojik davranış üzerine verilen bir değer hükmü olarak anlaşılmalıdır. Bu nedenle, kusurluluk hukuka aykırı bir fiilin iradiliği değildir, olmaması gereken bir şeyin iradiliğidir. Başka bir deyişle, o, ödevde aykırılık iradesi değildir, tersine ödevde aykırı iradedir.

Belli bir harici davranışı emreden her hukuk normu gibi, ödev normu da, sınırlandırmalar

kabul etmektedir. Bundan ötürü, kusurluluğu kaldıran nedenler, yani mazeret nedenleri ödev normunun sınırlarından başka bir şey değildir ve bunlar haklılık nedenlerini anormal bir motivasyonda bulmaktadırlar. Gerçekten, durum tümünden göz önüne alındığında; hukuka aykırı neticenin öngörülmesi, failin hükme uygun bir davranışta bulunmasını sınırlandıran karşı bir motive değişmesini gerekli kılmıyorsa, açıkçası kusurluluğun varlığından söz edilemez. Benzeri durumlarda, insanın, bizzat kendi nefsinin koruma normu olarak davranan, dayanılmaz koruma içgüdüsünü göz önüne almak gerekmektedir. Böyle olunca, bizzat kişinin varlığı tehlikede olduğunda, hukuka aykırı neticenin öngörülmesinin süjeyi ceza hükmüne uygun bir davranışta bulunmaya sürüklemeye yeterli bir nedene dönüşmesi istenemeyecektir. Sonuç olarak, istenemezlik ilkesi, ödev normunun sınırındadır. Bundan ötürü, varlığının haklılığını, anormal olmayan bir motivasyondan, yani süjeden hükme uygun davranışta bulunmasının istenemeyeceği bir durumda, hukuki yükümlülüğün kaynağı olarak göz önüne alınmayan etikten değil, ama hukuki yükümlülüğün bir kaynağı olarak, hakkaniyet kuralından almaktadır¹⁰.

Görüldüğü üzere Goldschmidt' in düşüncesine istenemezlik ilkesi, ödev normunun nihai sınırı olarak, açıkça öngörülmüş olsun veya olmasın, kusurluluğu ortadan kaldıran tüm nedenleri içine almaktadır. Bunda ötürü, söz konusu nedenleri, sadece kanun metninde ifade edilen hallerle sınırlamamak, tersine daha da ileri gitmek ve ödev normu karşısında ortalama

¹⁰ Zikreden, Mustto, Colpevolezza dolo e colpa, Palermo 1939, s . 91

bir insanda normal motivasyonun aşıldığı tüm hallerin kusurluluk yargısını ortadan kaldırdığını kabul etmek gerekmektedir.

3. Freudenthal' in Düşüncesi¹¹

İçinde hareke ettiği şartların normallığı kavramından hareket eden yazar, kusurluluğun, esasen farklı davranabilme imkanı veya ödevinin olmasına rağmen, süjenin öyle davranmayıp da böyle davrandığı için kınanabilir olmasından ibaret olduğu kanaatindedir. Başka bir deyişle, farklı bir biçimde davranabilme erkinin, yani norma uygun davranma imkanının ortadan kalktığı şartlarda, kınanabilirlik, dolayısıyla kusurluluk ortadan kalkar. Kısacası, erk yoksa ödev yoktur, ödev yoksa kusurluluk yoktur.

Demek ki, bu düşüncede, süjenin erki, kusurluluğun sınırını oluşturmaktadır.

Böyle olunca, somut olarak erkin, dolayısıyla ödevin ve sonuçta kusurluluğun varlığını veya yokluğunu saptamak için, her zaman münferit her bir olayın cereyan ettiği şartları göz önüne almak gerekmektedir. Gerçekten, davrandığı somut olayda, süjeden eğer yaptığı davranıştan farklı bir davranış yapmasını isteyemiyorsak, erkin ortadan kalkması ile birlikte kınama, kınamanın ortadan kalkması ile birlikte de kusurluluk ortadan kalkar. Bu demektir ki, ilkenin kapsamı ve sınırları sadece kanunun öngördüğü kusurluluğu kaldıran hallerde münhasır kılınmamalı, hatta daha da ileri gidilerek, adaletin gereği olarak, hakim tarafından uygun bir değerlendirmeyi haklıyorsa, kanunda öngörülmemiş olan benzer diğer halleri de kucaklamalıdır. Kanunun zaruret hali gibi açıkça kusurluluğu kaldıran hal olarak öngördüğü haller dışında, süjenin erkinin, yani farklı davranışın istenebilirliğinin ortadan kalktığı hallerde de kusurluluk ortadan kalkmalıdır. Ancak süje kendini ödevde uyduramasa bile, ödev her zaman mevcut bulunmaktadır.

Bu düşüncede, kusurluluğun esası kınanılabilirliktir ve kınanmak aslında farklı davranmak imkanı varken öyle değil de bu şekilde davranmış olmakta ifadesini bulmaktadır. Burada, tasvip etmeme, onaylamama yargısının esası, süjenin hareket etmiş olduğu özel, kendine özgü ortamda, hukuk düzeniyle uyumlu bir davranışın kendisinden beklenmemesinden ibaret bulunmaktadır. Bunun içindir ki, süjeden, sadece norma uyan belli bir davranışta bulunması istenmemelidir, aynı zamanda, tasvip etmemek veya onaylamamak değer yargısının verilebilmesi için, norma uygun davranabilme koşulunun bulunup bulunmadığı hususunun da değerlendirilmesi gerekmektedir. Gerçekten, içinde

¹¹ Bkz., Scarano, Age., s 47 vd.; Mezger, Age., s. 390.

bulunmuş olduğu özel, kendine özgü koşulda, davrandığı biçimden başka bir biçimde davranması mümkün olmayan faile, kınama yöneltilmesi adalet ilkesine aykırıdır.

Görüldüğü üzere, farklı davranabilme ihtimali ilkesi, kusurluluk ve istenemezlik kavramlarının dayandığı bu düşüncenin temel taşıdır. Bundan ötürü, davranışın istenebilir olmaması kusurlu hareket etmenin sınırını ve temelini oluşturduğundan, elbette, kendisiyle davranışın istenebilirliği belirlenebilen bir kritere sahip olmayı gerektirmektedir. Bu konuda Freudenthal' ın bize sunduğu kriter, halkın vicdanında egemen olduğunu iddia ettiği etik-bireysel bir kriterdir. Öte yandan, söz konusu kriter, failin oluşumu üzerine özel olarak etkili, sadece yapısal hallerinden değil ama aynı zamanda toplumsal ortamdan, ailevi koşullardan kaynaklanabildiğinden, istenemezlik öğretisinin sınırlarının genişletilmesi bir gereklilik olmaktadır.

Yazar, ayrıca, istenemezlik ilkesinin, ülkesinin kanununa uygun olduğunu ifade etmiştir.

4. Cezai-Hukuki Anlamda Kusurluluk Kuramında İstenemezlik İlkesi

İtalyan öğretisinde¹² de yankı bulan düşünce Mezger¹³ tarafından savunulmuştur.

Kusurluluk, fail karşısında, fiilin failinin hukuken kınanabilir olan kişiliğinin tezahürü anlamında, hukuka aykırı fiilin, bireysel kınanabilirliğini teşkil eden cezanın ön koşullarının bileşimidir. Bunun sonucu olarak, kusurluluk, her şeyden önce, kendilerine gerek faile yüklenen yükümlülüğün, gerekse ona verilecek cezanın bağlandığı, genellikle psikolojik, gerçekte mevcut belli bir koşuldur. Bu anlamda, kusurluluk, failin şahsına verilen cezanın gerçekte mevcut olan ön şartlarının bileşiği anlamındadır. Kuşkusuz, öte yandan, bu, ayrıca kusurluluğun gerçekte mevcut koşulları üzerine verilen bir değer hükmünü ifade etmektedir. Burada, kusurluluk, kısaca, normatif olarak değerlendirilen psikolojik bir koşul olarak tanımlanabilir.

Bu, cezai-hukuki anlamda kusurluluk kuramında, kusurluluğu, kınanılabilirliğin oluşturması demektir. Bundan ötürü, cezai-hukuki anlamda kusurluluk, ne gerçek bir koşulun normatif olarak değerlendirilmesi, ne de cezai-hukuki anlamda anlaşılan etik anlamda kusurluluktur, öyleyse irade hürriyeti üzerine yapılan tartışmaların dışındadır. Ceza hukukunda, kusurluluk, failin kişiliği ile fiili arasındaki kınanabilir hukuki bir ilişkiyi ifade etmektedir. Burada, söz konusu kişilik, deneye veya deneyime göre belirlenebilen, dolayısıyla, kusurluluk ifade edilirken kişilik ve fiil arasındaki zorunlu ilişki

¹² Musotto, Age., s .156 vd.

¹³ Mezger, Diritto penale, tr.it., Padova, 1935, s. 264 vd.

belirlendiğinden, hukuk bakımından yeterli bir bireysellik olarak algılanmaktadır¹⁴. Öte yandan, insan genel olarak serbestçe hareket etme koşullarına sahip midir değil midir veya davranışı doğa kanunlarının mutlak etkisi altında midir değil midir sorunu, cezai-hukuki anlamda kusurlulukla ilişkisi ile ilintili değildir, çünkü bu, bilmenin bir özrü değildir, ama sadece bir fiilin faili olarak belli bir kimseye bağlanmasıdır. Bundan ötürü, irade özerkliği tartışmaları cezai-hukuki anlamda kusurluluğun esası üzerine etkili değildir¹⁵.

Kusurluluğu kaldıran bir nedenin bulunması halinde kişiye izafe edilebilecek bir kusur yoktur. Kusurluluğun belli biçimlerinden birinin - isnat yeteneği, kast, taksir - belirtilmesi ile birlikte, failin kesin konumu belirlenmiş olmamaktadır. Çoğu kez, kusurluluğun inkârını zorlayan bazı nedenler de olabilmektedir¹⁶. Böyle olunca, kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler, bizzat kusurluluğun tespitinde nihai bir kriter niteliğini taşımaktadır. Kısacası, kusurluluğu kaldıran bir nedenin sürüklemesi sonucu hareket eden fail, tıpkı isnat yeteneği olmayan bir akıl hastası veya kasıtlı yahut taksirli bir fiilin şartlarını gerçekleştirmemiş olan bir kimse gibi kusurlu davranmış olmaz¹⁷.

İstenemezlik ilkesine gelince, Mezger'e göre, aynen bu doğrultuda olmak üzere, kendisinden fiilen yaptığı davranıştan başka bir davranış yapması istenemediğinde, fail kusurlu davranmış olmaz. Mezger, istenemezlik ilkesinin esasını, hukukun bireyselleştirilmesi eğiliminde bulmaktadır. Gerçekten, Ceza hukuku düşüncesi, giderek her gün biraz daha fazla bireyselleştirilmektedir¹⁸. Ceza hukuku, bir yandan üzerine oturduğu bazı esasların esaslı tespitini gerektirirken, öte yandan somut hayatın çeşitli hallerine uygulanmasını mümkün kılan diğer bazı esasları gerektirmektedir. " Kusurluluğun cezai-hukuki teorisinde, pratik hukuk hayatının, bireyselci karakterde bir neticeye ulaşması şaşılacak bir şey değildir "19. O halde, denebilir ki, belirtilen bu gereklilikten, münferit hallerde değer mülahazaları üzerine oturduğundan, " ultra legal " bir karaktere sahip, kusurluluğu kaldıran bir genel neden olarak istenemezlik ilkesi doğmuştur²⁰.

Cezai-hukuki kusurluluk düşüncesinde, sadece kast konusunda kabul edilen ilkenin, kusurluluğun nihai sınırını oluşturduğu kabul edilmiştir²¹. istenemezliğin kusurluluğu kaldıran neden olarak etki yapmasının değerlendirilmesinin bireyci tasarımı, tabii kaynağını hukuk düzeninden alan değerlendirmeleri ortadan kaldırmaya yaramaz, sadece bu

¹⁴ Mezger, Age., s. 286.

¹⁵ Mezger, Age., s. 269

¹⁶ Mezger, Age., s. 280

¹⁷ Mezger, Age., s. 387

¹⁸ Mezger, Age., s. 387

¹⁹ Mezger, Age., s. 387

²⁰ Mezger, Age., s. 387

değerlendirmeleri tamamlamaya yarar. Elbete, istenebilir olmadığından kusurluluğu kaldıran neden, fiiline nispetle, failin kusurunun yok sayılabildiği hallerde, nihai bazı imkanlar sunabilmektedir. Ancak, bu ekstrem alanda, her zaman, kanunun bakış açısından algılanan değerler çatışması kavramı geçerlidir. Bu noktada, hukukun genel ilkesi olarak değerler çatışması ilkesi ve istenemezlik ilkesi sayesinde, istisnai bazı hallerde, bireysel durumlara kanunun uydurulmasının mümkün olduğu ifade edilmektedir. Meşru bir davranışın istenebilirliğinin veya istenemezliğinin ölçütü de " ortalama insan " kavramıdır.

5. Davranışın Amaçsallığı (finalistica') Kuramında İstenemezlik İlkesi

Davranışın amaçsallığı kuramının mimarı Welsel'dir²²

Welsel, kusurluluğun esasını, iradenin oluşması sürecinde izlenen usulünün kınanılabilirliğinde bulmaktadır. Söz konusu usulün konusu, hukuka aykırı bir iradenin, yani kasıtlı veya taksirli davranışın oluşmasından ibaret bulunmaktadır. Kusurluluk daima iradenin kusurluluğudur. Gerçekten, kusurluluk adı altında, fail, ancak irade bakımından kınanabilir. Failin imkanları ve yetenekleri, az veya çok, yapabilecekleri ve yapmak zorunda oldukları karşısında, sadece yaptığı bakımından bir değer ifade edebilir ve bunları kullandığı veya kullanmak zorunda kaldığı biçime bakılarak kendisi ya kusurluluk adı altında kınanacaktır ya da davranışında muteber sayılacaktır. Bu nedenle, kusurun kınanabilir olması, failin iradesine, hukuka aykırı davranışına hukuk düzeni ile çatışmayan en doğru yönü verecek bir yetenekte bulunması ön şartına bağlıdır. Ancak, bu, soyut anlamda değil, ama tamamen somut anlamda anlaşılmalıdır. Söz konusu olan, bu kişinin, içinde bulunduğu bu koşullarda, norma uygun davranabilme imkanına sahip olup olmadığı hususudur. Öyleyse, çözülmesi gereken mesele, irade hürriyeti ve kusur ehliyeti, daha doğrusu, somut kusurluluk yeteneğidir.

Kusurluluğun ön şartı veya esası, fail hareket etsin veya etmesin yahut hukuka uygun veya aykırı hareket etsin, fiilen olmasından veya olmamasından bağımsız olarak kendini serbestçe belirleme yeteneğidir. Kınanabilirlik, her zaman, hukuka aykırı fiili bir davranışa yönelik bulunmaktadır. Bunun sonucu olarak, kınanabilirlik, uyması mümkünken, iradenin gerektiği gibi uymadığı hukuk düzeni ve davranış iradesi arasında bir ilişkiyi gerektirmektedir. Bu nedenle, somut fiille bağıntılı olarak, failin, norma aykırı yerine norma uygun bir davranış iradesi sergilemeye ehil olması bakımından zorunlu tüm unsurlar,

²¹ Mezger, Age., s. 390

²² Wellzel, Il nuovo volto del sistema penale, Tr.it., in. Riv.di scienza giuridica, 1952.

kınanılabilirliğin kurucu şartlarını oluşturmaktadırlar. Kısacası, somut kusurluluk, soyut kusurluluk ehliyetine paralel olarak, failin yaptığı davranışı bilinmesini zorunlu kılan akli ve iradi unsurlardan oluşmaktadır.

Ancak, belirtelim ki, hukuka aykırılık bilinci, davranışın iradiliğinin oluşmasını kınanabilir kılmaya yetmez. Bir başka unsurun, yani karar somut koşullarında, gayri meşruluğun kusurluluğuna nispetle, failin fiilen iradesini değerlendirme yeteneğine sahip bulunmasıdır. Kısacası, iradesinin oluşumunun kınanabilir olması için, fiilen kararında kendi kendini belirleyen isnat yeteneğine sahip fail bakımından, somut bir imkanın olması söz konusudur. Hukuka uygun bir davranış için akli / mantıksal olarak kendi kendini sınırlandırma imkanı, kınanabilirliğin en önemli yanını oluşturmaktadır, çünkü bilme anı veya muhakemede bulunma anı, bunun karşısında sadece bağımlı (subordinato) bir değere sahip bulunmaktadır. Gerçekten, kınanabilirliğin içeriği, bizzat failin iradesini hukuk düzenine aykırı değil de uygun yönlendirmesi zorunluluğu ve imkanından ibaret bulunmaktadır. Hukuk, norma uymanın istenebilirliğini (implicare) gerektirir. Başka bir deyişle, gerçekten hukuk, kural olarak, niyetinin bizzat gayri meşruluğunu bilebilen, isnat yeteneğini haiz failden, söz konusu bilinci doğrultusunda, kendi kendini sınırlandırmasını isteyebilir. Ancak, gerçek hayatın koşulları göz önüne alındığında, öyle zor anlar vardır ki, tüm bu anlarda, hukuk düzenine uygun bir davranışta bulunulmasını istemek, isnat edilebilir olan ve hatta fiilinin hukuka aykırılığının bilincinde bulunan failden de istenemez. Kuşkusuz, bu hallerde, doğal olarak istemenin kınanılabilir öldüğü söylenemez. Hukuk düzeni, bu nitelikteki sınır durumlarda, bizzat normlarının kesinliği ve geçerliliği için kendi kendini sınırlandırmak zorundadır.

Kusurluluğun "beşeri imkan" ile sınırlı olduğunu kabul etmekle birlikte, Welzel, istenebilirliğin esasını taksirli suçlarda bulmakta ve bu yüzden, onu, kusurluluğu kaldıran bir neden olarak değil de, sadece ödeve uygun davranma yükümlülüğünün ölçütünü oluşturan bir şey olarak görmektedir. Bunun sonucu olarak, söz konusu imkanın ortadan kalktığı halinde, ödeve uygun davranma yükümlülüğü, dolayısıyla kusurluluk da ortadan kalkar.

Kasıtlı suçlara gelince, Welzel, kasıtlı suçlarda isnat yeteneğini haiz failin değerli hukuki menfaatler söz konusu olduğunda, meşru bir davranışta bulunmayı istemek konusunda, kategorisinde, hukuk düzeninin, meşru bir davranışta bulunmanın istenemezliğinin, genel bir mazeret nedeni olarak kabul etmediği düşüncesindedir. Meşru bir davranışta bulunmanın failden istenememesi, burada, en fazla, suçun cezasını azaltan bir neden sayılabilir.

Görüldüğü üzere, istenemezlik ilkesi, bu düşüncede, bir öncekinden farklı olarak, kusurluluğu ortadan kaldıran " ultra legal karakterde " genel bir mazeret nedeni sayılmamaktadır.

III

GÜNÜMÜZ İTALYAN DOKTRİNİNDE KUSURLULUĞUN NORMATİF ANLAYIŞI ve İSTENEMEZLİK İLKESİ

Genel Olarak

İtalyan doktrininde birçok yazar kusurluluğun normatif anlayışından yanadır.

Kusurluluğun bu anlayışından yana olan yazarların çoğu, şu veya bu biçimde, ceza hukukunda kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak istenemezlik ilkesinin varlığını kabul etmektedir. Burada, istenemezlik ilkesi üzerinde çalışmış olan, düşüncesi özgün, bazı yazarlara yer verilecektir.

1. Musotto'nun Düşüncesi

Kusurluluk ödeve aykırı bir davranıştan ötürü kınanılabilirliktir, ayıplama yargısı, kendisini toplumsal bakımdan zararlı kıldığı için faile yöneltilen kınama yargısıdır²³

Farklı değil de öyle davranmış olduğu için faile yöneltilen onaylamamak, kınamak, kanun olarak konan toplumsal gereklerin ifadesi olan normlara failin iradesini uygun tutma borcundan kaynaklanmaktadır. O kusurludur, çünkü toplumsal hayatı düzenleyen ve toplumsal birlikte yaşamanın temel koşullarını teminat altına alan normları, belli bir kararlılıkla ihlal etmiş bulunmaktadır ²⁴.

Ayıplama, kınama yargısı hukuk düzeninin koyduğu ödevleri fiilen çiğnemeye yöneliktir. Bundan ötürü, kınama, hukuki- toplumsal bir kınamadır, ama etik değerden (patos) yoksun değildir. Kınanabilirliğin etik yönü, her kişinin ait olduğu topluma ait olan diğer kişilere karşı ödevleri olması anlamında, toplumun bir ahlaklılık olduğu düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Bundan dolayı, ortak hayatı düzenleyen normlara karşı gelmek, isyan etmek ahlaki değildir. Hakkında bir kınama hükmü verilen fail, pozitif hukuk bakımından,

²³ Musotto, Age., s. 156

²⁴ Musotto, Age., s. 157

toplumsal, etik bir varlık, hukukun gereklerini anlayan ve ona uymasını bilen bir kişi olarak algılanmaktadır²⁵.

Ceza hukukuna aykırılığın manevi, öznel yönünü ifade eden kusurluluk, elbette zararlı bir neticenin failine isnadının mümkün veya zorunlu kılması için gereken şartları işaret etmektedir. Bunlar, failin bir durumu olarak isnat yeteneği, icrasına cürmî bir netice isnat edilen failin belli bir psikolojik davranışı ve normallik şartlarında cereyan eden davranışa failin kendini uydurmasında izlediği psikolojik yol olmaktadır²⁶.

Bir kınama, onaylamama hükmünün verilebilmesi için, isnat yeteneğinden ve iradenin somut tezahüründen (kast ve taksir) başka, faile yabancı olan özel koşulları gözden geçirmek gerekir. Belirtildiği üzere, kusurluluğun kendisinde ifadesini bulduğu kınama hükmü, aynı zamanda, fiilin içinde gerçekleştiği özel şartların teşekkül tarzına da bağlı bulunmaktadır. İsnat yeteneğine sahip bulunsa da, kast veya taksirle hareket etse de, bazı şartların belirleyici baskısı altında fiili yapmaya zorlanan fail kusurlu davranmış olmaz. Elbette, bu halde, fail cürmî bir fiili yapmış olmaktadır, ancak şahsı bunun dışındadır, yani o bir fiil yapmıştır, ama onu, kendisine ait olmadığını, kendinin olmadığını varsaydıracak şartlarda yapmış olmaktadır²⁷.

Olağan olmayan şartlarda yapılan bir fiil, zorlama veya cebir fiilin hukuka aykırılığını gidermediğinden, fiil objektif olarak hukuka aykırıdır. İsnat yeteneğine gelince, bu tam sayılır, çünkü zorlama veya cebir anlama ve isteme yeteneğini ortadan kaldırmaz. Bu halde, fail, her zaman, eksiksiz, tam bir şuur ve irade ile hareket etmektedir²⁸.

Sonuç olarak, kast veya taksir olsa, isnat yeteneği bulunsa bile, fail belli harici şartların belirleyici etkisi altında cürmî fiil işlemeye koşullandığında, kusurluluk mevcut bulunmamaktadır. Gerçekten, failin içinde hareket ettiği olağan dışı hallerde, hukuk düzenine uygun bir davranışta bulunmayı isteme söz konusu olmaz, çünkü fail öyle bir fiil yapmaktadır ki, fiil gerçekte kendine ait değildir, yani kendinin değildir. O halde, fail tarafından yapılan fiil, kınanabilir nitelikte değildir. Esasen, fail, takbih edilemez, çünkü, belirleyen bazı şartların etkisi altında hukukla çatışan bir fiil yaptığından, toplumsal ortak yaşamın normlarına karşı gelmiş olmaz²⁹.

Böyle olunca, bu düşüncede, failin, tüm zorunluluk, farazi meşru müdafaa, meşru müdafaaya benzer sayılan hukuka aykırı bir ödevin yerine getirilmesi, vs. hallerinde,

²⁵ Musotto, Age., s. 157

²⁶ Musotto, Age., s. 158,181,183

²⁷ Musotto, Age., s. 184

²⁸ Musotto, Age., s. 184

²⁹ Musotto, Age., s. 189

kanunda düzenlenmemiş olmasına rağmen, kusurluluğu kaldıran genel bir mazeret nedeni olarak, istenmezlik ilkesinden yararlanabileceği kabul edilmektedir³⁰.

2. Bettiol'un Düşüncesi

Doğacı öğeleri içermesine rağmen, kusurluluk, doğal yani doğaya ait bir kavram değildir. Gerçekten, kusurluluk, kendisini oluşturan bir unsur olarak suça girse bile, ona sadece suçları değerlendirici karakterinden ötürü katılmaktadır. Bu nedenledir ki , kusurluluk, sadece bir tespit ürünü değildir, ayrıca bir değerlendirme ürünüdür. Kusurluluk bir değerlendirme, bir hükümdür ve esasen izleri failin bilincinde yer alan bir unsura dayandırılrsa bile, failin bilinci dışında bir değerlendirmede biçimlenmektedir³¹. O, ifadesini, hukuka aykırı bir neticenin iradiliğinden değil, ama suçun kendisinden çıktığı bir iradede, gayri meşru bir iradede,yani olmaması gereken bir iradede, ödeve aykırı bir iradede bulmaktadır. Başka bir deyişle, kusurluluk, suç oluşturan fiilin iradiliğinden değil, ama suçun esaslı olan davranışın iradiliğinin ödeve aykırılığından ibaret bulunmaktadır³². Böyle olunca, kusurluluk, içinde faaliyette bulunan somut koşullar bir yana bırakılırsa, istenmesi gerekenden farklı olan istendiği için kusurlu görüldüğünden, sadece bireyin iradesiyle normun iradesi arasında bir çatışma ilişkisi olarak algılanabilir³³.

Kuşkusuz kusurluluk fiili faile bağlayan psikolojik bağdan vazgeçemez. Ama, bu, sadece kusurluluk yargısının üzerine oturduğu fiile ilişkin bir unsur olarak göz önüne alınabilir. Elbette, söz konusu bu durum, kusurluluğun psikolojik bir unsur ve artı normatif bir unsurdan oluştuğu anlamına gelmez. Kusurluluğun normatif bir karaktere sahip olduğunu söylemek, fiile ilişkin tüm unsurların, bir normdan kaynaklanan bir gerekliliğe gönderme yapılarak değerlendirilen bir iradeye atfedildiğini, söylemekten başka bir şey değildir³⁴. Sonuç olarak, Kusurluluk, hukuka aykırı bir fiilin iradiliğinden çok, gayri meşru irade olan fiilin bir kınanmasını yargısıdır³⁵.

Normatif anlamda anlaşılan kusurluluk için normatif unsurun, yani fiilin hukuka aykırılığı veya ödeve aykırılığı bilincinin varlığı şart değildir. Bu unsur, kusurluluk kavramına dahil edilse bile, kusurluluğu tabiatçı bir düzlemden değerci bir düzleme taşıyacak bir şey değildir, çünkü fiilin hukuka aykırılığı bilinci, her zaman, sadece sübjektif psikolojik bir unsura izafe edilmektedir. Oysa kusurluluk objektif bir hükümdür, çünkü kusurluluk bakımından

³⁰ Musotto, Age., s. 186

³¹ Bettiol, Il problema penale, Palermo 1948, s. 97; ID. Diritto penale, Padova 1966, s. 259

³² Bettiol, Il problema, s. 98 ; ID. Diritto penale, s. 260

³³ Bettiol, Il problema, s. 99 ; ID. Diritto penale, s. 160

³⁴ Bettiol, Diritto penale, s. 261

³⁵ Bettiol, Diritto penale, s. 261

belirleyici olan, failin, kendisini, bizzat objektif niteleme doğrultusunda ifade etmesi değildir³⁶.

Bununla birlikte, normun iradesi ile bireyin iradesi arasında objektif olarak doğrulanacak bir çatışmanın varlığını kusurluluğun farz ettirdiğini kabul etmek için, bir suçun bulunduğu tespit söz konusu olduğunda, onu, ille de, zaman zaman göz önüne alınan özel normun dışında bir yerde aramaya gerek yoktur. Gerçekten, belirtilen bu amaca ulaşmak için, burada, ceza normunun emredici ve değerlendirici yönlerini göz önüne almak yeterlidir. Kusurluluk hükmü, normun emrediciliği, normun bizzat değerlendirdiği ve öngördüğü davranışın istenilirliliği üzerine oluşturulabilir. Bundan ötürü, fiilin hukuka aykırılığı bilinci veya ödeve aykırılık bilinci ile failin hareket edip etmediğine bakılmaksızın, normun emrine aykırı hareket edildiğinden, sadece davranış kusurlu davranış olarak nitelendirilebilir³⁷.

Bu durumda, kınanılabilirlik, sadece suçun bir niteliğidir, suçun münferit bir unsurunun bir niteliği değildir. Ancak, bu, normatif anlamda kusurluluğun, olmaması gereken davranış iradesine atfedilmemesini gerektirmez. Madem suç kınanabilir bir fiildir, ona varlık kazandıran irade, kuşkusuz olmaması gereken, dolayısıyla kınanabilir olan bir iradedir, yani suçun söz konusu niteliği bu alabilmesi için, kusurluluğun bulunması zorunludur. Gerçekten, eğer kusurluluk yoksa, zararlı fiil, kınanılabilen bir fiil de değildir³⁸. Sonuç olarak, kusurluluk ceza ile korunan bir menfaate karşı zararlı bir fiil işlenmesinden ötürü kişisel bir kınanabilirlik hükmüdür³⁹. Kusurluluk yargısının üzerine oturduğu unsurlara gelince, bunlar, failin anlama ve isteme yeteneği, kast veya taksir sınırları içinde fiilin iradiliği ve iradenin normal bir motivasyon imkanı olmaktadır⁴⁰.

Gerçekten, ceza hukukunda zararlı bir fiilin kusurlu olduğunu hakimin kabul edebilmesi için, failin anlama ve isteme yeteneğinden, fiilin iradiliğinden başka, nihai bir şartın, yani davranışın içinde cereyan ettiği ortamın normalliliği şartının da bulunması gerekmektedir⁴¹. Bir davranışı kusurlu bir davranış olarak yargılayabilmek için, ehil failin belli bir zararlı neticeyi öngörmüş veya istemiş olması yetmez, aynı zamanda iradesinin, normal olarak belirlenebilir olması gerekmektedir. Failin içinde hareket ettiği fiile ilişkin şartlar istemenin oluşmasını öylesine etkilemiş olabilir ki, bu halde, elbette kendisinden kendisini normal

³⁶ Bettiol, Diritto penale, s. 262

³⁷ Bettiol, Diritto penale, s. 263

³⁸ Bettiol, Diritto Penale, s. 263

³⁹ Bettiol, Diritto penale, s. 264

⁴⁰ Bettiol, Diritto penale, s. 264; ID., Il problema, s. 99.

⁴¹ Bettiol, Diritto penale, s. 284

belirlemesi istenememelidir. Bu durum, failin bizzat davranışının ortaya çıkışı üzerinde olabileceği gibi, bizzat davranışını serbestçe belirlemesi üzerinde de olabilir. Bundan dolayıdır ki, failden fiilen yaptığı davranıştan başka bir davranışta bulunmasının istenemez olduğu tüm hallerde kusurluluk da olmaz⁴².

İstenemezliğin kaynağı, varlık nedeni, ceza normunun, aynı zamanda, emredicilik tarafının olmasıdır. İstenemezlik halinde normun emredicilik tarafı gerçekleşmez, ortadan kalkar. Gerçekten, geçerliliği (validita') bakımından davranışın içinde cereyan ettiği tüm şartlar, göz önüne alınmak zorunda olduğundan, normun emrediciliğinin sınırsız olması mümkün değildir. Bu şartlardan bir kısmı, ör., İCK'nun 133. maddesine giren hallerde⁴³, sadece kusurluluğun derecesi üzerine ekilidir. Ama, diğer bir kısmı, ör., İCK' nun 45, 46, 47, vs. maddelerine giren hallerde⁴⁴, tümünden kusurluluğu ortadan kaldırmaktadır, yani fail kusurlu sayılmamaktadır.

İşte, bunun bir sonucu olarak, kaynağını ceza normunun mutlak, sınırsız olmayan emredicilik karakterinden aldığından, aynı zamanda istenemezlik de, kusurluluk hükmünün verilmesinde sistemin zaten içinde mevcut olan nihaî bir değer olarak, kanunda açıkça gösterilmeyen hallerde kusurluluğu kaldıran bir neden olarak göz önüne alınabilir. Öyleyse, ceza normunun emircilik niteliğinin sınır tanınması karşısında, davranışın içinde cereyan ettiği şartların normalliği, istenmezlik ilkesinin, dolayısıyla kusurluluğun esasına, varlığına vücut vermektedir.

Ancak, Bettiol, motivasyonun psişik oluşumu üzerine etki eden fiile ilişkin şartları başkalarından farklı yorumlamaktadır: Fiile ilişkin şartlar, oldukları biçimiyle, kusurluluk yargısını belirlemez. Burada, kusurluluk yargısı sonucuna ulaşmak için, önemli olan, bireyin ruh halinde fiile ilişkin şartların muhakemesinin verdiği istemenin, normal bir güdülenmenin oluşum biçimidir⁴⁵. Şartların normalliğinde ölçüye gelince, bu, ortalama insan kavramıdır. Öyleyse, tüm ceza normları, bir kahraman olmayan ortalama insanın direnç kapasitesi göz önüne alınarak yorumlanmalıdır. Kahramanlık normallik dışındadır⁴⁶.

Özetlersek, anlama ve isteme yeteneğine sahip fail zararlı fiili istemiş veya öngörmüş olsa bile, fiile ilişkin bir şartın etkilediği motivasyonun psişik oluşumu değiştiği takdirde, davranışın kusurlu olduğu söylenemez. Bundan ötürü, hukuka uygun bir davranışta

⁴² Bettiol, Diritto penale, s. 384, 385; ID. Non esigibilita' e collaborazionismo, In Giurisprudenza Penale 1946, Colonna 122.

⁴³ 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanununun 133. maddesinde yer alan haller, cezayı ağırlatan veya hafifleten genel nedenlerdir. Bettiol, bu nedenleri " kusurluluğun yoğunluğunu " etkileyen nedenler olarak değerlendirmektedir.

⁴⁴ 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanununun 45, 46, 47, vs. maddelerinde yer alan haller, kusurluluğu kaldıran nedenlerdir.

⁴⁵ Bettiol, Diritto penale, s.385

bulunmanın istenemezliği ilkesi, sistemin zaten içinde (immanente) saklı bulunmaktadır. Böyle olunca, yasamaca ifade edilmemiş olması, kusurluluk hükmünü vermede, istenemezlik ilkesine başvurmamak sonucunu doğuramaz⁴⁷.

3. Vassalli'nin Düşüncesi

İstenemezlik ilkesi, Vassalli'nin düşüncesinde, kusurluluğu ve genelde cezalandırılabilme şartını ortadan kaldıran tüm nedenlerin "ratio'sunu" oluşturmakta, dolayısıyla ilke, kanunda açıkça öngörülmemiş olan hallerde, öngörölmüş olan hallere kıyas edilerek uygulanabilmektedir⁴⁸. Burada, kusurluluktan, kınanılabilirlik anlaşılmaktadır. Kınanılabilirlik, ifadesini, failin gerçekleştirilmiş olduğu davranıştan daha başka bir davranışta bulunmanın istenebilirliğinde bulmaktadır⁴⁹.

Dogmatik açıdan, istenemezlik ilkesi, ancak normatif anlamda kusurluluk anlayışına bağlanabilir. Gerçekten, eğer kusurluluk failin başka bir biçimde davranması, yani davrandığından farklı davranması gerekirken öyle davranmayıp böyle davrandığı için bir onaylamama, bir kınama hükmüyse, kuşkusuz açıktır ki, failin hukuk düzeninin kurallarına uymasının beşeri olarak kendisinden istenemeyeceği olağandışı şartlarda bulunması halinde kusurluluk yoktur. Böyle olunca, istenemezlik ilkesi, esasını, kısaca, hukuk düzeninin kurallarına uygun bir davranışta bulunmasının failden istenememesi düşüncesinde bulmaktadır⁵⁰.

Bu durumda, normatif bir niteliğe sahip bulunduğundan, istenemezlik ilkesi, kusurluluğu belirleyen ve dolayısıyla suçu ortadan kaldıran genel bir neden olmaktadır⁵¹.

Vassalli, söz konusu bu genel nedenin, kusurluluk ve suç üzerine etkisini ceza hukukunda kıyas yasağının sınırı kavramı ile açıklamaktadır⁵².

Suçu ortadan kaldıran nedenleri düzenleyen tüm normlar, genel hükümdürler veya cezalandırıcı, tecrimî normlara nispetle izafî olarak özel veya istisnaî hükümlerdir. Bu nedenle, özel veya istisnaî haller bir yana, bu hükümler karşısında bir kıyas yasağı bulunmamaktadır. Gerçekte, işlediği fiil kanunî tanımına uygun da olsa, genel olarak bir suçun oluşmasını sağlayan unsurlar veya karakterler mevcut olmadığında, kimsenin

⁴⁶ Bettiol, *Non esigibilita'*, col. 112

⁴⁷ Bettiol, *Diritto penale*, s.385

⁴⁸ Vassalli, *Limiti del divieto d' analogia in materia penale*, Milano 1942

⁴⁹ Vassalli, *Limiti*, s. 115, 122, 127

⁵⁰ Vassalli, *Limiti*, s. 118 dipnot, 115, 122, 127

⁵¹ Vassalli, *Limiti*, s. 129

⁵² Vassalli, *Limiti*, &. 4, 6

cezalandırılmayacağı ilkesi karşısında bulunmaktadır⁵³. Hukuka aykırı ve kusurlu fiil olarak suçun tanımlanması, sistem kurma zorunluluğu yüzünden sadece doktrinin ortaya atmış olduğu bir ilke değildir, ama tam tersine kaynağını bizzat kanundan alan bir ilkedir. Ancak, kanun, söz konusu bu genel ilkeyi, hizmet etmek zorunda olduğu amaca pozitif olarak düzenlenmesi pek de uygun düşmediğinden, öte yandan kanunlaştırma tekniği bakımından hiçbir yarar sağlamadan gereksiz yere madde sayısını artıracak olduğundan açık bir hükümle düzenlemekten kaçınmış, suçun bir unsurunu veya suçun bizzat kendisini ortadan kaldıran nedenlerin, aynı zamanda suçun cezalandırılmasını da ortadan kaldırdığını kabul etmiştir⁵⁴. Tabii, böyle düşünüldüğünde, suçun varlığını ortadan kaldıran tüm nedenler, suçun objektif unsurunun özür arz ettiği tüm durumlarda, düzenlenenlere kıyas yoluyla genişletilebileceklerdir⁵⁵. Öte yandan, kanunda açıkça yer almayan haller söz konusu olduğunda, bu kez, diğer bir genel ilke devreye girecektir. Bu ilkede, kusurluluk, öncede belirtildiği üzere, failin yapmış olduğu davranıştan farklı bir davranışın istenebilirliğinden ibaret bulunmaktadır. Böyle olunca, istenemezlik ilkesi, hukuk düzeninden çıkarılan ve ör., kanunun (1930 tarihli İCK.) 54, 384/1, 559/1, 587 vs. maddelerinde açıkça öngördüğü tüm subjektif nedenlerin temelini oluşturan genel bir ilke niteliğini kazanmış olmaktadır⁵⁶.

Görüldüğü üzere, Vassalli, istenemezlik ilkesinin suç genel teorisinde kabul edilebilir olup olmadığını tartışmamakta, bir yandan onun hukuk düzeninde zaten mevcut olduğuna, öte yandan suçu ortadan kaldıran nedenlerin kıyas kabul ettiğine, dolayısıyla düzenlenmemiş ama benzer hallerde kıyas yoluna gidilebileceğine işaret etmektedir⁵⁷.

4. Scarano'nun Düşüncesi

Scarano⁵⁸, istenemezlik ilkesinin, kusurluluğu ortadan kaldıran ve genel olarak şu veya bu biçimde failin cezasız kalması sonucunu doğuran tüm nedenlerin "ratio" sunu oluşturduğu, dolayısıyla kıyas yolu ile uygulanmasının mümkün olduğu kanaatindedir⁵⁹. Kusurluluk kınanılabilirliktir. Kınanılabilirlik, ifadesini, hukuk düzeninin istediği davranışta bulunmama ama daha başka bir davranışta bulunmuş olmakta bulmaktadır⁶⁰.

⁵³ Vassalli, Limiti, s. 95.

⁵⁴ Vassalli, Limiti, s. 96

⁵⁵ Vassalli, Limiti, s. 98 vd.

⁵⁶ Vassalli, Limiti, s. 108, dipnot, 122, 129

⁵⁷ Vassalli, Limiti, s. 122, 123

⁵⁸ İtalyan doktrininde, istenemezlik ilkesi konusunda, ilk monografik eseri Scarano yazmıştır. Eser hala ilk ve baş eser olma niteliğini korumaktadır.

⁵⁹ Scarano, Age., s. 74, 75, 76

⁶⁰ Scarano, Age, passim

Kusurluluk, genel olarak hukuk dünyasında anlaşıldığı biçiminde, sadece faille fiil arasındaki psikolojik bir ilişkide tükenmemekte, ama aynı zamanda bu anın da yanında yer aldığı normatif bir anda ifadesini bulmaktadır⁶¹.

Öyleyse, kusurluluğun var olma nedeni, kaynağı, kendisine niteliğini kazandıran kınanılabilirliğin kaynak aldığı, hukuk düzeninin istemiş olduğu davranıştan başka bir davranışta bulunulmuş olmakta aranmalıdır. Kınanılabilirlik normatif bir değer (entita') olduğundan, ancak o, normun gereklerine cevap verebilir⁶².

Bununla birlikte, kusurluluk yargısı, zaten var saymasına rağmen, ifadesini bir kınama yargısında bulmaktadır, dolayısıyla normun kabul ettiği antisosyallik yargısıyla karıştırılmamalıdır, esasen gerçekliğin farklı alanlarını ifade eden iki yargı birbirinden farklıdır. Antisosyallik yargısı fiilin değerlendirilmesi üzerine, kınama yargısı kusurluluk yargısı üzerine etkilidir. O halde, istenmemesi gereken ama istenen bir fiil, yani aynı şey istenen kınanabilen fiil kasıtlı fiildir demek ve gene istenmeyen ama kınanabilen bir fiil taksirli fiildir demek doğrudur. Ancak, buna karşılık, kusurluluğun normatif anlayışına göre, gerek birinci ve gerekse ikinci durumda, istenmemesi veya olmaması gereken fiil, sadece kasıtlı veya taksirli olarak hukuka aykırı bir fiil olduğu için kınanabilir fiildir demek yanlıştır. İfade çelişkilidir, çünkü, kusurluluğun normatif anlayışı bakımından, biri, toplumsal olarak zararlı sayılan fiilin değerlendirilmesine yönelik bir değerlendirmedir, öteki, kusurluluğun içeriğini oluşturan kınama yargısına yönelik bir değerlendirmedir⁶³.

Ancak, çözülmesi gereken sorun bu değildir. Burada, çözülmesi gereken sorun, istenemezlik durumunda, hangi sosyal ve psikolojik nedenin kanun koyucuyu kusurluluğu kaldıran genel bir nedeni tanımaya ittiğinin bilinmesi değildir, tersine kanunun açıkça öngörmediği hallerde, bir davranışın ne zaman istenilemez ve öyleyse kusurlu sayılamaz olduğunun belirlenmesidir. Bundan çıkan sonuç, kusurluluğun şartları değil, kusurluluğun sınırı hukuk düzeninden çıkarılmalıdır⁶⁴.

İstenemezliğin içeriğinin ne olduğuna gelince, bu, aksi halinde istenemez olan belli bir davranışta bulunmasını failden isteyebilmekten çıkarılmamakta, tersine, zorunlu olarak, gerek içeriği gerekse sınırları hangi olağandışı şartlarda bir davranışın istenebilir olup olmadığını tespit eden toplum ve onun hukuk düzeninin nihai olarak belirlediği bir şeyden, yani bir değerden çıkarılmaktadır⁶⁵. O halde, istenemezliğin anlamının sınırlarını

⁶¹ Scarano, Age., s. 17

⁶² Scarano, Age., passim

⁶³ Scarano, Age., s. 18

⁶⁴ Scarano, Age., s. 44, 46, passim

⁶⁵ Scarano, Age., s. 60 ve passim

oluşturulabilmek ve ayrıca içeriğinin kanun koyucunun somut iradesinden nasıl çıkarıldığını gösterebilmek için, istenemezliğin bazen cezalandırmayı kaldırdığının, bazen failin kusurluluğu üzerine etki ettiğinin sergilenmesine çalışılmalıdır.⁶⁶

Scarano, bu noktada, kanunda açıkça öngörülmüş olan hallerden hareketle, kıyas yolunu kullanarak, istenemezlik ilkesini kanunda açıkça öngörülmemiş olan hallere uygulamak istemektedir. İstenemezlik, bu bakış açısından, sadece kanununda düzenlemesi olmayan kusurluluğu kaldıran bir neden değildir, ama, aynı zamanda, pozitif hukuk düzeninde, kusurluluğu kaldıran tüm nedenlerin ratio'sunu oluşturan normatif bir değerdir.⁶⁷Böyle olunca, aksine açık bir hüküm olmadığı sürece, söz konusu bu değer, benzer hallerde kıyas yoluyla uygulanabilir. Bu açıklıktan, zaruret halini ve hukuk düzeninde kusurluluğu kaldıran diğer tüm nedenlerin dayandığı ilkeler esas olmak üzere, kanunda açıkça öngörülmemiş olan hallerin düzenlenebileceği sonucu çıkmaktadır.⁶⁸

İstenemezliğin sınırlarını ve içeriğini oluşturan ratio' ya gelince, bu, ifadesini, genel olarak zaruret halinde bulmaktadır. Bir başkasının bir değerini feda etmek uğruna, kendi hayatını ve beden bütünlüğünü korumak arasında bir tercih yapmaya zorunda kaldığında, fail, bizzat kendi esenliğini üstün tutmaktadır. Kendisinin veya başkasının hayatını ve beden bütünlüğünü tehdit eden, isteyerek neden olmadığı, önlenmesi başka türlü mümkün olmayan bir tehlikenin giderilmesi zımında işlenmiş olduğu fiilden dolayı, fail, cezadan sorumlu olmaz, çünkü fiilini işlemiş olduğu şartlarda, beşeri olarak kendisinden başka bir davranışta bulunması istenemezdi.⁶⁹ Gene aynı şekilde, denebilir ki, kanunun 361,362, 363, 364, 365, 366, 369, 372, 373, 374, 375. maddelerinin⁷⁰ öngördüğü hallerde, bir yakınının hürriyeti veya şerefi tehlikeye girdiğinde, failden norma uygun harekette bulunması istenemez⁷¹. Öte yandan, istenemezlik, kusurluluğu kaldıran tüm nedenlerin, bunlar arasında mücbir sebep ve manevi cebrin ortak ratio' sudur⁷². Gerçekten, bütün bu hallerde, anlama ve isteme yeteneğine sahip olarak hareket etmiş, davranışını bilerek ve isteyerek yapmış olmasına rağmen, içinde bulunduğu şartlarda davrandığı biçimden başka bir biçimde davranması beşerî olarak failden istenememesi yüzünden, kusurluluk ortadan kalkmaktadır⁷³. Kısaca,

⁶⁶ Scarano, Age., s. 61

⁶⁷ Scarano, Age., s. 70, 71

⁶⁸ Scarano, Age., s. 64, 65

⁶⁹ Scarano, Age., op cit. Loc. Cit.

⁷⁰ Söz konusu maddeler Yürürlükte bulunan İtalyan Ceza Kanununa ait bulunmaktadır.

⁷¹ Scarano, Age., s. 66

⁷² Scarano, Age., s. 70

⁷³ Scarano, zaruret hali ile ilgili olarak, zaruret halinin kaynağının kendini koruma içgüdüğü olduğu düşüncesini şiddetle reddetmekte (Age., s. 71), yukarıda belirtildiği üzere, bu cezasızlık nedeninin kaynağını istenemezlik ilkesi olduğunu ileri sürmektedir. Yazarın düşüncesinde, zaruret hali, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir

sonuç olarak, istenemezlik, bir yandan kusurluluğu kaldıran nedenlerin ve zaruret halinin kaynağını açıklamaya yararmakta, dolayısıyla kanunun öngördüğü kusurluluğu kaldıran nedenlerin ratio' sunu ifade etmekte, öte yandan yükümlülüğü ortadan kaldırarak, kıyasın hukukî gücü sayesinde, hukuk düzeninde normatif bir değer niteliğini kazanmaktadır⁷⁴. Bu sonuncu halde, istenemezlik, zaten mevcut olan ancak daha sonra istenemez olan bir yükümlülüğü değil, ama başından beri bir yükümlülüğün hiç olmadığını ifade eder⁷⁵.

İstenemezliğin, kanunda öngörülme hallerde, bir mazeret nedeni olarak ölçütünün ne olduğu meselesine gelince, bir kısım doktrinin aksine, Scarano, bunun " ortalama insan " kavramından çıkarılamayacağı, ancak kıyas yoluyla bizzat hukuk düzeninden çıkarılması gerektiği kanaatinde⁷⁶. Gerçekten, bu konuda geçerli bir kriter elde edilmek isteniyorsa kanunun açıkça düzenlemiş olduğu muhtelif ipotezleri incelemek gerekmektedir. Bu tür bir çalışma, sadece kriterin kendisini belirlemek için değil, aynı zamanda, kanunun açıkça öngördüğü kusurluluğu kaldıran nedenlerden farklı olarak, istenemezliğin bağımsız bir konfigürasyon olduğunu göstermek için de gereklidir. Bu amaç için başvurulacak tek yol, içeriği kanunun açıkça düzenlediği suçu ortadan kaldıran nedenlere ilişkin hükümlerden çıkarılan " ratio " ile bağıntılı olarak kıyas yoluna başvurmadır⁷⁷.

Bu durumda, istenemezliğin bir mazeret nedeni olarak içinde işlerlik kazandığı kanun tarafından açıkça öngörülen kusurluluğu kaldıran haller şunlar olmaktadır : Görevi yapmama veya ihmal (l'art. 328 del Cp.), yardım yükümlülüğünü ihlal (l'art. 593 del Cp.) suçlarıdır. İstenemezliğin, genel bir neden olarak, cezalandırılabilmeyi ortadan kaldırdığı haller, ihmal suretiyle icra suçlarıdır⁷⁸.

4. Dolce'nin Düşüncesi

Kusurluluğun normatif anlayışında, kınanılabilirlik yargısının verilmesinde temel olan normun bireyselleştirilmesi usulünü etkileyen zıt iki gereklilik - biri hukuka aykırılığa nispetle ödev aykırılık kavramına bağımsızlık vermek, öteki ödev kavramını hukukî yükümlülük kavramı içine almak - ortaya çıksa da, söz konusu yargının temelini oluşturan

"hukuka uygunluk nedeni" olmamakta, kusurluluğu ortadan kaldıran bir "mazeret nedeni" olmaktadır (Age, 74, 75 ve passim).

⁷⁴ Scarano, Age., s. 75, 78

⁷⁵ Scarano, Age., s. 76

⁷⁶ Scarano, Age., s. 81 vd.

⁷⁷ Scarano, Age., s. 84

⁷⁸ Diğer bazı suçlar bakımından ayrıca bkz. Scarano, Age., cap.II, 6 15-27

değerler konusunda her hangi bir çatışma bulunmamaktadır. Bunlar, Anlama ve isteme yeteneği, kast veya taksir sınırında kalan fiil, iradenin normal bir motivasyon imkanıdır⁷⁹.

Bunun bir sonucu olarak, öte yandan, hukuka uygun bir davranışta bulunulmasını istenir (non esigibile) kılmayan, harici şartların doğurduğu olağan dışı bir durum, iradenin oluşumu yolunu sakatladığında kusurluluk ortadan kalkar⁸⁰.

Ancak, hukukî temelinde - istenemezlik - bir uyumsuzluk olmamakla birlikte, söz konusu durumda kullanılacak sağlam, belli bir kriterin varlığı konusunda bir uyuma bulunmamaktadır ⁸¹.

Gerçekte, kim kusurluluğu kaldıran nedenlerden söz etse, normatif olarak, üç özel durumu (species) içeren bir genel duruma (genus) işaret etmektedir. Bunlar, isnat yeteneğini kaldıran nedenler, fiilin iradiliğini ortadan kaldıran nedenler, iradenin normal oluşumunu engelleyen nedenlerdir⁸².

IV

ISTENEMEZLİK İLKESİNİN KUSURLULUĞU KALDIRAN BİR NEDEN OLDUĞUNU KABUL ETMEYEN DÜŞÜNCELER

Genel olarak

Kusurluluğun normcu anlayışına karşı olanlar, kapsamının ve sınırlarının belirsizliğine dikkat çekerek, istenemezlik ilkesinin, ceza hukukunda kusurluluğu kaldıran bir neden olarak varlık kazanmasını, kabul etmemektedirler.

Kusurluluk, bu düşüncelerde, fail ile haricî fiili arasındaki psişik bağı ifade etmektedir.

1. Antolisei'nin düşüncesi

Antolisei kusurluluğun hem tabiatçı hem de normcu anlayışını ortaya koyduktan sonra, bu iki düşüncenin, karşılıklı olarak birbirini ortadan kaldırmadığını, çünkü her birinin, gerçek olan bir şeyi ifade ettiğini ileri sürmektedir.

Gerçekten, kusurluluğun tabiatçı anlayışı, kusurlu iradede, psişik bir olguya, yani failin istemindeki bir davranışına (atteggiamento) işaret ettiği içindir ki haklı bulunmaktadır. Haklıdır, çünkü söz konusu bu davranışın, bizzat fiilin gerçekleşmesiyle

⁷⁹ Dolce, Lineamenti di una teoria generale delle scusanti nel diritto penale, Milana 1957, s.1

⁸⁰ Dolce, Age, s. 2

⁸¹ Dolce, Age., s. 3, vd.

⁸² Dolce, Age., s. 12

ilintili kılınabilmesi, yani ona isnat edilebilmesi anlamında, haricî fiilin nedeni olduğu hususunun altını çizmektedir. Öte yandan, kusurluluğun normcu kuramı, suçun bu unsurun, failin zorunlu kılınmış olduğundan her zaman farklı bir irade tezahürü olduğuna işaret ederken, gerçeğin diğer bir boyutunu ifade etmektedir. Eğer, gerçekten, faile hiçbir kınama yöneltilemiyorsa , kusurlu iradeden söz edilmesi imkansızdır. Fail, özellikle kasıtlı suçlarda, bizzat hukukça yasaklanmış olan fiili istemiş, onu bilerek ve isteyerek gerçekleştirmiş olduğu için kınanmaktadır. Buna karşılık, taksirli suçlarda, fail, hafiflikle davrandığı, yani dikkatli ve tedbirli davranma yükümlülüğüne uymadığı, dolayısıyla bir zarar meydana getirdiği için kınanmaktadır. Bu durumda, kusurluluk, suçun varlığı için aranan maddi fiili yaratan iradenin, ödeve aykırı davranışıdır⁸³.

Buradan hareketle, Antolisei, istenemezlik halini, suçu ortadan kaldıran öznel nedenler arasında saymakta, ancak, belirlenebilir olmadığını, dolayısıyla hukukta kesinliği giderdiğini düşündüğünden, suç üzerinde onlara benzer nitelikte etki gösteren bir neden olarak varlığını kabul etmemektedir⁸⁴.

Demektedir ki, belli durumlarda norma uygun davranma yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edilse bile, istenemezlik hali denen nesne, özellikle kusurluluğu kaldıran nedenler arasında değil, ama, normun emir olma halinin eksik kalmasını sağladığından, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenler arasında sınıflandırılmalıdır diyen düşünceler bir yana, kendisine hiçbir surette açıkça göndermede bulunulmamış olan söz konusu ilkenin, yürürlükteki hukuk düzeninde kabul edilebilir olduğunu sanmıyoruz ve ayrıca, Bettiol' un istenemezliğin kriterinin hukukun esasında saklı olduğunu ileri süren düşüncesi de tatminkâr bulmuyoruz.

Antolisei' in bu eleştirilerine rağmen, istenemezlik ilkesinin, giderek yaygınlaştığı ve kabul gördüğü, hatta uygulanmakta olduğu artık göz ardı edilememektedir⁸⁵.

Üstelik ilkenin belirlenebilir olmadığı düşüncesi de pek tutarlı gözükmemektedir. Üzerinde tartışmalar olmakla birlikte, bugün, genel kanaat, istenemezliğin, kusurluluğu kaldıran diğer nedenler kadar belirlenebilir olduğudur⁸⁶.

IV

CEZA HUKUKU DÜZENİMİZDE ve DOKTRİNDE İSTENEMEZLİK İLKESİ

⁸³ Antolisei, Manuale di diritto penal, PG., Milano, 1980, s. 268.

⁸⁴ Antolisei, Age., s. 339 vd., 360.

⁸⁵ Fornasari, Age., s. 285 vd., 295 vd.

⁸⁶ Fornasari, Age., s. 361 vd., 375 vd.

1. Doktrinde istenemezlik ilkesi

İstenemezlik ilkesi doktrinde yankı bulmamıştır.

Ülkemizde bu ilke üzerine yapılmış bir araştırma yoktur. Alman kaynaklarına bağlı kişilerin, eserlerinde, bu konuyu değerlendirmedikleri gözlenmektedir.

Erem, Zaruret halinin kusurluluk üzerine etkili olduğunu, kökünde manevi cebrin bulunduğunu ifade etmekle birlikte, istenemezlik ilkesi ile zaruret hali arasında bir bağıntı kurmamıştır⁸⁷. Kimseden gücünün ötesinde olanın beklenemeyeceğini belirtmekle birlikte, Erem'in bu düşüncesini suç genel teorisinde bir yere koymamış olduğunu düşünüyoruz.

Dönmezer- Erman, 765 sayılı Kanunda açık bir hüküm olmamasına rağmen, manevi cebir halinde zaruret hali kurallarının uygulanacağını, dolayısıyla fiilin kusurlu sayılamayacağını ileri sürmüşler⁸⁸, ancak kusurluluğu kaldıran bir neden olarak, istenemezlik ilkesinden söz etmemişlerdir.

Öte yandan, istenemezlik ilkesi, doktrinde, kusurluğun normatif anlayışı temelinde genellikle kusurluluğu kaldıran bir neden olarak görülmesine rağmen, kusurluluğun bu anlayışından yana olan yazarlar, her nedense, bu ilkeyi görmek istememişlerdir. Oysa, istenemezlik ilkesi, Almanya'da, en azından, Scarano ile birlikte, 1948' den bu yana İtalya'da tartışma konusu olmuştur.

647 sayılı Kanunun kusurluluğu kaldıran bir neden olarak maddi ve manevi cebire açıkça yer vermemiş olması, ortaya çıkan sorunların genelde 1930 İtalyan Ceza Kanununun koyduğu kural doğrultusunda çözülmeye çalışılması, yahut zaruret halinin kusurluluğu kaldırdığının ileri sürülmesi ve manevi cebrin bu bağlamda değerlendirilmesi, herhalde istenemezlik ilkesi üzerinde durulmasını gerekli kılmamıştır.

Ancak, bugün, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 25/2, 28 maddeleri hükmü ve CMK'un 223/3, b maddesi hükmü karşısında, istenemezlik ilkesinin, artık akademik olarak tartışılmasının, uygulamada manevi cebirle ilgilendirilerek kusurluluğu kaldıran bir neden olarak değerlendirilmesinin zorunlu olduğunu düşünüyoruz.

2. 765 Sayılı mülga Türk Ceza Kanunu

⁸⁷ Erem, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Cilt II, Genel Hükümler, Ankara 1971, s. 36 vd., özellikle, 39 vd.

⁸⁸ Dönmezer- Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, GK., II, Betaş İstanbul 1999, s.311 Vd., 313; Ayrıca, bkz., Toroslu, Ceza Hukuku, Ankara 2005, s. 157; Artuk-Gökçen –Yeanidünya, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2007, s. 633.

Yakın zamanda, Fornasari, açık bir hükmünün olmamasına rağmen, Zanardelli Kanununun, istenemezlik ilkesine yer verdiğini, uygulamada bu ilkeye dayalı olarak kararlar verildiğini ileri sürmektedir⁸⁹.

İstenemezlik ilkesine yer verdiği ileri sürülen 1930 İCK' un ör., 361, 364, 365, 367, 368, 372, maddelerinde öngörülen suçların⁹⁰ karşılıklarının⁹¹, Zanardelli Kanununda, dolayısıyla bu Kanununa paralel olarak, 765 sayılı TCK' unda yer verilmiş olduğunu söylemek yanlış olmaz.

Ancak, her nedense, doktrinde ve uygulamada, bu hükümlerden gidilerek, manevi cebir baz (ratio) olmak üzere, istenemezlik ilkesine ulaşılamamış; lehte kıyasın mümkün olduğuna bakılarak⁹², benzer hallerde, ilkenin kıyasen uygulanabileceği düşünülmemiştir.

3. Anayasa, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Anayasa, 38. maddesinde “ Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz” hükmüne yer vermiştir. Bu hükmün varlık nedeni, yani mantığı, ratio' su insanın bir niteliği olan beşeri zayıflık, naiflik, kırılگانlıktır.

Gerçekten, Engizisyonun aksine, kişinin, nefsinin, koruma güdüsüne aykırı olarak kendisini suçlaması, suç işlemişse itiraf etmesi, kural değildir. Hukuk, kimseden, ne kahramanlık, ne de azizlik bekler. Kimse, suçsuzluğunu ispata zorlanamaz. Kural, isnat altındaki kişinin suçluluğunu isnatta bulunanın, yargılayanın ispat etmesidir. İşte, bunun içindir ki, bir yandan, en azından Kara Avrupası hukuk düzenlerinde, nefsinin koruma güdüsü etkisinde olan sanığın doğruyu söylemeye yükümlü olmadığı, inkar edebileceği, hatta yalan söyleyebileceği, susabileceği kabul edilirken; öte yandan tek başına ikrarının mahkumiyetinin delili olamayacağı, mahkumiyetini sağlamaya yeterli delil olmadığına şüphenin lehine değerlendirileceği, delilleri hakim vicdani kanaatine göre taktir edeceği esasları kabul edilmiş bulunmaktadır.

⁸⁹ Fornasari, Age., s. 33 vd., ve dpt., 4.

⁹⁰ Scarano, Age., s. 65, 66.

⁹¹ Bu suçlar, sırasıyla, 765 sK' un, öngördüğü, memurun görevini yaparken varlığından bilgi sahibi olduğu suçla ilgili makama ihbar etmemesi (235), devlet aleyhine işlenmekte olan bazı suçlara muttali olan kimselerin ilgili makama suç haber vermemesi (151), görevi gereği resen takip edilen bir cürümün işlendiğini öğrenen sağlık görevlisinin suç ihbar etmemesi , suç tasnii (283), iftira (285), yalan şahitliği, yalan yere yemin (266, 287, 288) suçlarıdır. Aynı biçimde olmak üzere, 296. maddenin 2. fıkrası hükmünün de, tipik bir istenemezlik hali olduğu ileri sürülmektedir.

⁹² Doktrinde lehte kıyas kabul edilmektedir (Vassalli, Age., s. 95 vd., 98 vd.). Bununla birlikte, kusurluluğu kaldıran nedenler söz konusu olduğunda, lehte kıyasın, mümkün olduğu konusunda fazla bir açıklık bulunmamaktadır.

Öte yandan, yakınlarını koruma güdüsü, insanın diğer bir zaafı, zayıflığı, kırılabilirliği, Beşeri zaafı tanımayan Engizisyonun, genellikle totaliter düzenlerin en büyük marifeti, insanı, suç işleyen yakınlarını ihbar etmeye, suçun delillerini getirmeye zorlaması olmuştur. Bugün hala kalıntıları olmakla birlikte, çağdaş Hukuk düzenleri, insandaki zaafı görmezlikten gelememekte; insanı, onu oluşturan tüm değerlerle birlikte algılamaktadır.

Bu hüküm, istenemezlik ilkesinin dayandırıldığı beşeri zayıflığın, zaafın, kırılabilirliğin tescilidir. Kimse, kişiden, içinde bulunduğu koşullarda kendisini veya yakınlarını suçlamasını, bu yolda delil göstermesini, ne isteyebilir, ne bekleyebilir. Bu durumda bulunan kimse, davranışlarından ötürü kınanamaz, öyleyse kusurlu sayılmaz.

AİHS., 6., 7. maddelerinde kişiden kendisini ve yakınlarını suçlamaya, bu yolda delil göstermeye zorlanamaması hükmüne yer verirken, esasen istenemezlik ilkesine yer vermiş olmaktadır.

4. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

a. Cebir, maddi cebir, manevi cebir

Kanun, 28. maddesinde, maddi cebir ile manevi cebri birbirine karıştırmıştır.

Kanunun, “Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet” hükmünden maddi cebir anlaşılmalıdır. Tersini düşünmek, Kanunun maddi cebir ile manevi cebri aynı şey saydığını kabul etmek olur ki, bu, mümkün değildir.

Buna karşılık, “ muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit” hükmünden manevi cebir anlaşılmalıdır. Gerçekten, nasıl ifade ederse etsin, 28. maddenin düzenlemesi, hangi dilde hangi terimle ifade edilirse edilsin, ceza hukukunda herkesçe bilinen “ maddi cebir” (costringimento fisico)⁹³ ve “manevi cebir” “(costringimento psichico) ⁹⁴ ile ilgiliyse, burada başka bir yorumun mümkün olduğunu düşünmüyoruz

Gerçekten, Kanun, 28. madde hükmünde “ ... muhakkak ve ağır bir korkutma ve tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez... korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır “ diyerek manevi cebre işaret etmiştir.

⁹³ İCK, m. 46. Costringimento fisico- Non e' punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato da altri costretto, mediante violenza fisica alla quale non poteva resistere o comunque sottrarsi.

In tal caso del fatto commesso dalla persona costretto risponde l' autore della violenza.

⁹⁴ İCK. m. 54/3- La disposizione della prima parte di questo articolo si applica anche sel o stato di necessita' e' determinato dall' altrui minaccia; ma, in tal caso dal fatto commesso dalla persona minacciata risponde chi l'ha costretta a commetterla. İCK. aynı anlama gelen “minaccia” terimini kullanmıştır.

Yanlış demiş olmayalım, öyle sanıyoruz ki, Tarihi kanun koyucu, İCK.' un 46. ve 54/3. madde hükümlerinin anlamını, kapsamını ve sınırlarını doğru algılamadan, yanlış çeviri sonucu olarak iki hükmü tek bir hükümde

Kanun, manevi cebri, “ korkutma ve tehdit” kullanma olarak ifade etmiştir.

Maddi cebir ve manevi cebir etkileri bakımından birbirinden tamamen farklı olmasına rağmen, Kanun, her ikisini aynı şey saymış, her iki halde “ korkutma ve tehdidi kullanan kişinin” suçun faili olduğunu kabul etmiştir.

Ancak, cebre muhatap kişilerin cezasız kalmaları suç genel teorisinde aynı nedene dayandırılmaz. Maddi cebirde cebre muhatap kişinin yaptığı suç oluşturan fiil iradi değildir, oysa manevi cebirde zorlanmış da olsa sonunda suç oluşturan fiili iradidir. Bu temel fark, farklı sonuçları doğurmaktadır.

Burada, en başta, kişi, kendi fiilinden mi yoksa başka bir kimsenin fiilinden mi sorumlu tutulmaktadır sorusu ortaya çıkmaktadır.

Maddi cebirde, sorunun çözümü kolaydır. Burada, cebredilen cebreden bir aleti, tabiri caizse bir uzanmış eli (longa manus) konumundadır⁹⁵. Üzerinde maddi cebrin icra edildiği kişi iradi olarak bir şey yapmamakta, kendisine bir şey yaptırılmaktadır. Bundan ötürü, madem cebredilen kişi ör., tıpkı silah gibi, cebreden kişinin aleti konumundadır, cebreden, cebredilenin fiilinden değil, kendi fiilinden sorumludur, çünkü, vücudundan hasıl olmakla birlikte, cebredilen kişinin fiili iradi bir fiil değildir. İrade yoksa, suç da yoktur. Kural istisna tanımamaktadır.

Manevi cebirde, maddi cebirden farklı olarak, failin fiili ile arasındaki iradi bağ, kısıtlı olmakla birlikte kesilmemekte, devam etmektedir. Gerçekten, manen zorlanmış olsa bile, gene de ortada zorlanan kişinin iradi bir fiili bulunmaktadır. Fail, suç olan fiili işlemek yerine, her zaman, zararına da olsa, korkuya veya tehdiye direnmek, yahut katlanmak seçeneğine sahip bulunmaktadır. Bir yerde kişinin kısıtlı da olsa bir seçeneği varsa fiili iradidir⁹⁶. Demek ki, manevi cebirde, fail, maddi cebirden farklı olarak, artık kendisini korkutan, tehdit eden kişinin bir aleti, uzanmış bir eli değildir, çok sınırlı olmakla birlikte bir seçim imkanına sahip bulunmaktadır. Fiilin iradiliği devam etmektedir. Öyleyse fiilin iradi olduğu yerde, fiil suç da olabilmektedir. Kanun, zorlanan kişiyi iradi fiilinden sorumlu tutmuyor zorlayanı sorumlu tutuyorsa, bu, onu, kusurlu görmemesi demektir. Bunun başka bir açıklaması yoktur. Burada, sorun, manevi cebirde, failin fiilinde kusurlu olmamasının nedeninin ne olduğudur.

b. Manevi cebirde, failin iradi fiili, kusurlu görülmediğinden, suç olmamaktadır

terimsel olarak kötü bir Türkçe ile ifade etmeye çalışmıştır. Herhalde, o yüzden, yukarıda belirtilen kargaşaya neden olmuştur.

⁹⁵ Antolisei, Manuale, s. 408; Bettol, Diritto penale, s. 344 vd.

⁹⁶ Antolisei, Manuale, s. 310; Bettiol, Diritto penale, s. 344 vd.

Manevi cebir, fiilin iradiliği üzerine değil, iradi fiilin kusurluluğu üzerine etkilidir. Manevi cebir altında suç işleyen bir kimse, fiili iradi olmakla birlikte, kusurlu sayılmamaktadır, çünkü kınanılabilir bir davranışta bulunmadığı kabul edilmektedir.

Ancak, Kanun, mücbir sebep, beklenmeyen hal, maddi ve manevi cebri, birbirine karıştırmıştır. Kanunun gerekçesinde, özellikle maddi ve manevi cebirin, niçin aynı şey sayılarak aynı düzenlemeye tabi tutulması konusunda, bir açıklık bulunmamaktadır. Kanun, zorunluluk halini (m. 25/2) düzenlerken, ayrıca manevi cebri de düzenlemiş değildir. Kanunun sözüne rağmen, özünde aynı olmayan iki şey, aynı şey sayılamayacağı içindir ki, manevi cebri, maddi cebirden farklı düşünmek, şartlarını ayrıca ortaya koymak zorunlu olmaktadır. Kanun koyucu, İCK' dan (m. 54/3) farklı olarak, manevi cebre zaruret hali içinde yer vermemiş, olası tartışmaların önünü kesmiştir.

Gerçekten, Kanununun 28. maddesi hükmünde yer alan “ muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit “ hükmüne bakarsak, ayrıca cezayı azaltan veya kaldıran özel hükümleri (ör., m. 92, 147, vs.,) göz önüne alırsak, bu tür bir düzenlemeden, Tarihi kanun koyucunun belirsiz iradesinden bağımsız olarak, Kanununun, beşeri kırılabilirlik esas olmak üzere, içinde bulunduğu koşullarda kişiden beklenenin kendisinden istenmesinin mümkün olmadığını kabul etmiş olduğu sonucu çıkmaktadır. Bu, Kanununun, hata yanında, kusurluluğu kaldıran diğer yeni bir nedene yer vermiş olması demektir.

Bu, içinde bulunduğu zorlayıcı koşullarda yaptığı davranıştan başka bir davranışta bulunmasının failden istenememesidir. İçinde bulunduğu zorlayıcı koşullarda yaptığı davranıştan başka bir davranışta bulunmasının failden istenememesi demek, failin fiilinde kınanabilir olmaması, dolayısıyla kusurlu olmaması demektir. Failin kusurlu olmaması, fiilinin suç olmamasıdır.

Ancak, fiilin, zorda kalan faili bakımından suç olmaması demek, aynı fiilin failini o fiili yapmaya zorlayan kişi bakımından suç olmaması demek değildir. Burada, sorun, maddi cebirden farklı olarak, manevi cebirde, hangi esasa göre zorlanan kişiyi zorlayanın zorlananın fiilinden sorumlu olduğudur.

Bu konuda kanunda açık bir hüküm, gerekçede bir açıklama bulunmamaktadır. Kanun, “Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır “ demekle yetinmiştir. Kuşkusuz, bu halde, ne üçüncü kişinin fiilinden sorumluluk, ne de objektif sorumluluk söz konusudur. Yukarıda belirtildiği üzere, Kanun ne kadar karıştırırsa karıştırırsın, maddi cebirde, madem zorlanan zorlayanın bir aletidir, kişi başkasının değil, kendi fiilinden sorumludur. Manevi cebir söz konusu olduğunda, Kanununun 37/2. maddesinde “ Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail sayılır “ demesine

rağmen, mümkün tek sorumluluk biçimi herhalde suça iştiraktır. Gerçekten, suçun işlenmesinde bir kimseyi araç olarak kullanmaktan, Kanun genişletici yorumu yasaklamadığından, ayrıca bir kimseyi bir suçu işlemeye zorlamayı da anlamak mümkündür. Azmettirmeyi (m. 38) bir yana bırakalım, 37/2. madde hükmü karşısında, 28. maddenin zorlayanın sorumluluğu hakkındaki hükmü, suça bir tür iştirak olarak değerlendirilmelidir.

Konumuz kusurluluğu kaldıran yeni bir nedenin hukuk düzenimize girdiğini kanıtlamak olduğundan, burada, cebir ve şiddetin, korkutma veya tehdidin, kullanan kişi bakımından, ayrıca bir suç oluşturup oluşturmayacağı, yani bir başkasını suç işlemeye zorlayan kişinin söz konusu bu fiillerinin, ayrıca Kanununun 107., 108. vs. maddelerinde öngördüğü suçlardan birine vücut verip vermeyeceği tartışması konu dışında kalmaktadır.

c. İstenemezlik ilkesinin şartları

1. Korku veya tehdit diğer bir insandan gelmelidir

Korku ve tehdit diğer bir insandan gelmelidir. Diğer bir insandan gelmeyen korku veya tehdit hükmün kapsamı dışındadır.

Korkutan, tehditte bulunan kişinin, mutlaka isnat yeteneğine sahip olması gerekmez. Isnat yeteneğine sahip olmayan kimselerin de bir başkasını korkutması veya tehdit etmesi imkansız değildir.

ii. Fiil Bir Korkutma veya Tehditte Bulunma fiili olmalıdır

Fiilinde kusursuz sayılmaması için, failin, korkutulmuş veya tehdit edilmiş olması gerekmektedir. Öyleyse, niteliği bakımından Korkutucu olmayan, tehdit içermeyen bir fiil hükmün kapsamı dışındadır.

Korku veya tehdit gerçek olmalıdır.

Bedduada bulunmak, büyü yapmak, Tanrının gazabına uğratacağını söylemek, vs., ne korkutucu, ne de tehdit edici bir fiildir. Böyle olunca, kimse bedduadan korktuğunu, büyü ile tehdit edildiğini, vs., ileri sürerek suç oluşturan davranışının mazur görülmesini isteyemez.

iii. Korkutma veya Tehdit Muhakkak Olmalıdır

Korkutma veya tehdit, muhal değil, muhakkak olmalıdır.

Muhakkak olmak, gerçekleşmiş olma veya mutlaka gerçekleşecek olmadır. Gerçekleşmesi ihtimali olmayan veya uzak olan korku veya tehdit etkisi altında suç işlendiğinde ortada mazur görülecek bir davranış yoktur.

Muhakkak olmak, fail hal mevcut olmaktır. Fail, mazur görülmek istiyorsa, fiilini, mutlaka korkun veya tehdidin etkisi altında işlemiş olmalıdır. Korku veya tehdidin etkisi geçmiş olduktan sonra suç işlendiğinde, fail, sorumluluktan kurtulmaz.

iv. Korkutma veya Tehdit Ağır Olmalıdır

Korkutma veya tehdidin etkisi altında işlenen suçun mazur görülebilmesi için, Kanun, korkutma veya tehdidin ağır olmasını aramaktadır. Kanun, ör., suçun ağırlığına veya hafifliğine işaret ettiği yerlerde , ör. m. 61, 62, genellikle ağırlık veya hafifliğin ölçülerini de göstermiştir. Ancak, Kanun, korkutma veya tehdidin ağırlığının ölçüsünü göstermiş değildir. Korkutma veya tehdidin ağırlığının ölçüsü; failden, içinde bulunduğu koşullarda yaptığı davranıştan başka bir davranışta bulunmasının, kendisinden istenememesidir.

Gerçekten, korkutma veya tehdidin oluşturduğu koşullarda kendisini bulan failin, o koşullarda yaptığı davranıştan başka bir davranışta bulunması kendisinden istenemiyorsa, korkutma veya tehdit ağırdır.

Bu halde, fail fiilinden ötürü kınanamamaktadır, öyleyse kusurlu değildir, dolayısıyla bir suç işlemiş olmaz.

iv. Korkutma veya Tehdit Sonucunda Fail Suç İşlemiş Olmalıdır

Failin işlemiş olduğu fiil, suç olmalıdır.

Suç, tamamlanmış olabilir, teşebbüs derecesinde kalmış olabilir.

Fail fiilinde kurlu olmadığından kendi yönünden fiil suç oluşturamaz.

Ancak, fiil, korkutan veya tehditte bulunan kimse bakımından suç oluşturmaktadır.

d. Lehte kıyas, özel istenemezlik halleri

İstenemezlik ilkesi, daha önce belirttik, kusurluluğun normatif anlayışından ortaya çıkmıştır.

Gerçekten, failden içinde hareket ettiği koşullarda yapmış olduğu davranıştan başka bir davranışta bulunmasının beşeri/insani olarak kendisinden istenmesinin mümkün olup olmadığı konusunun tartışılması, istenemezlik ilkesinin kaynağı olmuştur. Kimseden gücünün ötesinde olan istenemez. Kuşkusuz, tersini düşünmek, ne beşeri, ne de insanidir.

Kusurluluğun bu anlayışında, anlama ve isteme yeteneği, gerek kast ve gerekse taksir halinde, fiilin iradiliği ve iradenin normal bir oluşumu imkanı, failin fiilinden ötürü kınanabilir olmasının temelini oluşturmaktadır. Bunun bir sonucu olarak, ötekiler yanında, iradenin oluşum sürecini bozan, hukuka uygun bir davranışta bulunulmasının istenebilir

olmamasını doğuran istisnai belli dış koşulların bulunması halinde, kusurluluğun ortadan kalktığı kabul edilmektedir. Böyle olunca, istenemezlik ilkesi, sadece kanunun 28. maddesinde öngörülen biçimde insandan kaynaklanan manevi cebirle sınırlı değildir, failin dışında failin fiilinin olmasına etki eden olağan olmayan her şey, olağan dışı her faktör, istenemezlik kapsamındadır.

Gerçekten, “ Zorunluluk hali “ madde başlığını taşımasına rağmen, Kanunun ör., 92, 147, vs., maddeleri hükmünde yer verdiği ceza vermektен vazgeçilmesi veya cezadan indirim yapılabilmesi nedenleri, 25/2. madde hükmünde öngörülen zorunluluk halinin özel halleri değildirler, 28. maddede öngörülen istenemezlik halinin özel halleridirler. Kanun koyucu, “zaruretini ” farklı tezahürlerini “zorunluluk hali “ terimi ile ifade etmiş, 25/2. maddesinde öngördüğü “zorunluluk hali “ ile istenemezlik ilkesinin esasını oluşturan çok çeşitli “zorlama hallerini “ birbirine karıştırmıştır. Üçüncü kişi lehine de olabildiği içindir ki, 25/2. maddede öngörülen zorunluluk halinin esasını değerler çatışması (collisione dei beni) veya toplumsal zararın yokluğu düşüncesi oluşturmaktadır⁹⁷. Bunun için, eleştiriler karşısında bazı öznel düşünceleri sonraki bir tarihte yürürlüğe giren CMK’ un 223/2, b maddesi hükmüne koyarak Tarihi kanun koyucunun özenle yarattığı ucube şimdilik bir yana bırakılırsa⁹⁸, zorunluluk hali, hukuk düzenimizde, hatta kendisinden esinlenen Alman hukuk düzeninde hukuka uygunluk nedenidir, nesnel olarak göz önüne alınmaktadır⁹⁹. Buna

⁹⁷ Mezger, Diritto penale, trad. It. Dell’ Avv. Mandalari, padova 1935, s. 240 vd., 384 vd. ; Bettiol, Diritto penale, s. 341 vd; Moları, Profili dello stato di necessita’, Padova 1964, s. 102 ; Antolisei, Manuale, s. 306.

⁹⁸ Gerçekten, Ceza Kanununda zorunluluk halinin hukuka uygunluk nedeni mi, mazeret nedeni mi olduğu konusunda özel bir hüküm yokken, zorunluluk halinin suç genel teorisindeki yeri konusundaki tartışmalar doktrine bırakılmışken, doktrinde zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk nedeni olduğu (Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006, s. 259, 277; Centel-Zafer-Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta, İstanbul 2006, s. 294; Toroslu, Ceza Hukuku, Ankara 2005, s. 108 vd; ID. Ceza Hukukunda Zaruret Hali, Ankara 1968, s. 19 vd.; Erem, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 1958, s. 384, 385; Dönmezer-Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, II, s.139) kabul edilmişken, her nedense doktrinle zıtlaşmaya özen gösteren tarihi kanun koyucu, sonraki bir tarihte kabul edilen ve yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Kanununda (m. 223/3, b: “.... Zorunluluk hali... etkisiyle işlenmesi....hallerinde **kusurunun bulunmaması** dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığına karar verilir”.), geçerliliği kendinden menkul bir kanaati hüküm yaparak, kanunla zorunluluk halinin kusurluluğu kaldırdığını kabul etmiştir.

Zorunluluk/zaruret hali sadece suç genel teorisinin değil, aynı zamanda özel hukukun, sorumluluk hukukunun, hatta hukukun genel teorisinin kadim bir konusudur.

Özel hukukta, sorumluluk hukukunda, zaruret halinin genel olarak bir hukuka uygunluk nedeni olduğu (Eren F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, Beta, İstanbul 206, s. 569; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 207, s. 200; Engel, Trete’ des obligations en droit suisse, Berne 1997, s.499 vd.; The’venoz-Werro, Code des obligations I, Commentaire, Gene’ve-Bâle-Munich, 2006, s. 367) kabul edilmektedir. Böyle olunca, suç oluşturan bir fiil aynı zamanda haksız fiil de olabiliyorsa, ceza hukukunda kanun emri gereği kusurluluğu kaldıran bir neden olan zaruret/zorunluluk halinin, sorumluluk hukukunda hukuka aykırılığı kaldırmasını yahut tersini açıklamak hiç de kolay olmayacaktır.

⁹⁹ Alman Ceza Kanununda zaruret, hem hukuka uygunluk nedeni (§ 34 StGB) hem de kusurluluğu kaldıran öznel bir neden (§ 35 St GB) olarak (inesigibilita’ soggettiva) görülmüştür., Palazzo – Papa, Lezioni di diritto penale comparato, Seconda edizione, Torino 2005, s. 78, 79.

karşılık, esasını insanın naifliğinde, insani kırılgenlıkta (fragilita' umana) bulan istenemezlik hali, yani içinde bulunduğu koşullarda yaptığı davranıştan başka bir davranışta bulunmasının failden istenememesi hali kusurluluğu ortadan kaldırmaktadır, öyleyse özel bir nedendir. Böyle olduğu içindir ki, Kanun, söz konusu bu zorunluluk hallerinde, hem kusurun yokluğundan ötürü suçun oluşmadığını, hem de kusurun yoğunluğu ile oranlı olarak cezadan indirim yapılabilmesini kabul etmiştir.

Ayrıca, Kanun, beşeri kırılgenlık esasa olmak üzere, Anayasanın 38. maddesi doğrultusunda ör., 283/3, 284/4, vs. maddeleri hükmünde diğer bir “ceza sorumluluğunu kaldıran” nedene yer vermiştir. Gerçekten, suçluyu kayırma suçunun, üst soy, alt soy, eř, kardeş, diğer suç ortağı tarafından işlenmesi halinde, o kimse hakkında cezaya hükmolunmayacağı kabul edilmiştir. Kimseden suç işleyen bir yakınına kolluğa haber vermesi, yakalatması, vs. beklenemez. Bu, ne insan tabiatına uygundur, ne de insanidir.

Görüldüğu üzere, istenemezlik hali, hem 28. madde hükmü, hem de özel diğer hükümler karşısında kusurluluğu ortadan kaldıran genel bir nedendir. Esasen genel bir hükümdede açıkça söylenmiş olmamasına rağmen, hakim, failin kusurunu araştırırken, diğer özel hükümlere ve 28.madde hükmüne kıyasen, içinde bulunduğu koşullarda yaptığı davranıştan başka bir davranışta bulunmasının kendisinden istenebilip istenemeyeceğini göz önünde tutmak zorundadır. İçinde bulunduğu koşullarda, davrandığından, daha farklı bir biçimde davranması, kendisinden insani olarak istenemiyorsa, fail, kınanamayacak, fiilinde kusurlu sayılmayacaktır. Öyleyse, özel hükümlerde ve özellikle 28. maddede yer verilen korkunun veya tehdidin ağırlığını tespitinin ölçüsü beşeri kırılgenlık veya insani zayıflık, madem lehte kıyas mümkündür, kıyasen, Kanunun açıkça düzenlememiş olduğu diğer benzer hallerde de göz önünde tutulmak zorundadır. Böyle olunca, bir yakını cezadan kurtarmak için yalan tanıklık yapmak zorunda kalan kimse, 272. maddede yer alan suç; görevini yaptığı sırada bir yakınına suç işlediğini öğrenen hekim, 280. maddede yer alan suç işlemiş olmaz. Gene, ör., çığnediği kimseye linç edilmekten korktuğu için yardım etmeyerek kaılan sürücüden; ücra bir maden kasabasında, gün boyu birçok hastayı ziyaretten yorgun düşen ve hava koşullarının da iyi olmadığı gecede çağrıldığı hastaya gitmeyen doktordan, içinde buldukları koşullarda, yaptıkları davranıştan farklı bir davranışta bulunmaları kendilerinden insani olarak istenemez. Kıyasen, bu kimselerin fiilleri de, bir suç oluşturmayacaktır.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu, 12/1. maddesinde, Kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerin kabahatler hakkında da uygulanabilir olduğunu kabul etmiştir. Öyleyse,

kusurluluğu kaldıran bir neden olarak istenemezlik ilkesi, belirtilen koşullarda kabahatler hakkında da uygulanacaktır.

V. SONUÇ

Kusurluluğu kaldıran bir neden olarak, Alman ceza hukuku doktrinde geçen yzyıldan bu yana incelenmekte olan, İtalyan doktrinde tanınan ve halen üzerinde tartışılan İnesigibilita' , 657 sayılı Türk Ceza Kanunundan farklı olarak, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununu 28. maddesi hükmünde ve özel diğer hükümlerinde açıkça kabul edilmiş bulunmaktadır.

Daha iyisi bulunamadığı için, inestigibilita'nın karşılığı olarak "istenemezlik" kelimesini kullanılmıştır. Biz, ülkemizde ilk kez işlenmiş olan bu ceza hukuku kurumunu, "istenemezlik ilkesi" adı ile ifade etmek istiyoruz.

Kanunun 28. maddesi, öyle sanıyoruz ki, İCK' un 46. ve 54/3. maddelerinin birlikte kötü bir çevirisidir. Ancak, 5237 sayılı Kanundan farklı olarak, İCK, manevi cebir halinde zaruret halinin şartlarının geçerli olduğunu belirtmiştir. Kanunda bu konuda bir düzenleme yoktur. Böyle olunca zaruret hali şartlarının 28. maddede düzenlenen manevi cebirde aranması mümkün olmamaktadır.

Öyleyse 5237 sayılı Kanunda, istenemezlik hali, manevi cebri düzenleyen 28. madde hükmünün, özel diğer hükümlerin esasını, açıkçası "Ratio'sunu" oluşturmaktadır.

Lehte kıyas mümkün olduğundan, 28. maddesi hükmü, öteki özel hükümler, elbette kanunun düzenlemediği benzer diğer hallerde kıyasen uygulanabilecektir. Kuşkusuz, bu, hukukta istikrarı, kesinliği ihlal etmez.

