KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK BİLİM DALI
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

KUSUR İLKESİ IŞIĞINDA MAZERET NEDENİ OLARAK ZORLAYICI CEBİR VE CEBİR UYGULAYANIN DOLAYLI FAİLLİKTEN DOĞAN SORUMLULUĞU

Doktora Tezi

Can CANPOLAT

126233001

Kocaeli 2016

KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK BİLİM DALI
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

KUSUR İLKESİ IŞIĞINDA MAZERET NEDENİ OLARAK ZORLAYICI CEBİR VE CEBİR UYGULAYANIN DOLAYLI FAİLLİKTEN DOĞAN SORUMLULUĞU

Doktora Tezi

Can CANPOLAT

126233001

Tez Danışmanı: Prof. Dr. N.İlker ÇOLAK

Kocaeli 2016

T.C. KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

KUSUR İLKESİ IŞIĞINDA MAZERET NEDENİ OLARAK ZORLAYICI CEBİR VE CEBİR UYGULAYANIN DOLAYLI FAİLLİKTEN DOĞAN SORUMLULUĞU

(DOKTORA TEZİ)

Tezi Hazırlayan: Can CANPOLAT
Tezin Kabul Edildiği Enstitü Yönetim Kurulu Karar ve No: 2016/6

Jüri Başkanı: Prof. Dr. Gürsel ÖNGÖREN

Jüri Üyesi: Prof. Dr. N. İlker ÇOLAK (Danışman)

Jüri Üyesi: Prof. Dr. Hakan HAKERİ

Jüri Üyesi: Prof.Dr. A. Caner YENİDÜNYA

Jüri Üyesi: Doç.Dr. İsa DÖNER

(Jüri, Yüksek Lisans için en az üç, Doktora için en az 5 öğretim üyesi ile oluşur)

KOCAELİ 2016

İÇİNDEKİLER

ÖZET ..... **IX**

ABSTRACT ..... **IX**

KISALTMALAR ..... **X**

Giriş .....

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAMSAL ÇERÇEVE, CEBRİN GENEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ, TÜRK CEZA HUKUKUNDA CEBRİN GELİŞİMİ

1.Kavramsal Çerçeve 4

1.1. Ceza Hukukunda Cebrin Gelişimine Genel Bakış 4

1.1.1 Kavram 4

1.1.2. Cebri, Fiziksel Güç Kullanımı Olarak Kabul Eden Geleneksel Anlayış (Fail Odaklı Yaklaşım) 9

1.1.3. Cebri, Mağdurun Vücudu Üzerindeki Zorlama Etkisi Olarak Kabul Eden Anlayış (Mağdur Odaklı Yaklaşım) 11

1.1.4. Cebri, Manevi Zorlamaları da Kapsar Şekilde Geniş Yorumlayan Modern Anlayış 15

1.2. Cebrin Mahiyetine İlişkin Temel Görüşler 18

1.2.1. Genel Olarak 18

1.2.2. Geniş Anlamda Cebir 20

1.2.2.1. Cebri Geniş Yorumlayan Görüşlerin Esası 20

1.2.2.2. Cebri Geniş Yorumlayan Görüşlerin Eleştirisi 23

1.2.2.3. Görüşümüz 25

1.2.3. Dar Anlamda Cebir 28

1.2.3.1. Genel Olarak 28

1.2.3.2. Cebri Dar Yorumlayan Görüşlerin Esası 30

1.3. Cebri Değişik Açılardan Tasnife Tabi Tutan Diğer Görüşler 36

1.3.1. Normatif Anlamda Cebir 36

1.3.2. Fonksiyonel Anlamda Cebir 41

1.3.3. Agresif Anlamda Cebir 42

2. Cebrin Genel Görünüş Biçimleri 46

2.1. Zorlama Etkisine Göre Ayrım: "Yalın-Zorlayıcı Cebir" 46

2.2 Korunan Hukuki Değere Göre Ayrım: "İrade Özgürlüğünün İhlali Olarak Mutlak Kuvvet (Vis Absoluta)-Nispi Kuvvet (Vis Compulsiva)" 48

2.2.1 Genel Olarak Cebrin Yöneldiği Hukuki Değer Olarak İradi Karar Verme ve İradi Hareket Edebilme Hürriyeti 48

2.2.2. Mutlak Kuvvet (Vis Absoluta) 57

2.2.2.1. Genel Olarak 57

2.2.2.2. Mutlak Kuvvetin Uygulanmasına İlişkin Bazı Özel Durumlar 59

2.2.2.2.1. Hipnoz 59

2.2.2.2.2. Alkol ve Uyuşturucu Niteliğindeki Doğal veya Kimyasal Maddeler 67

2.2.2.2.3. Yüksek Ses ve Gürültü 70

2.2.3. Nispi Kuvvet (Vis Compulsiva) 72

2.3. İcra Ediliş Biçimine Göre Ayrım: "İcrai-İhmal Suretiyle Cebir" 78

2.3.1. Genel Olarak 78

2.3.2. İhmal Suretiyle Cebri Reddeden Görüşler 78

2.3.3. İhmal Suretiyle Cebri Kabul Eden Görüşler 80

2.3.4. Görünüşte İhmali Suçlara İlişkin Esaslar Işığında Konuya İlişkin Görüşümüz 82

2.4. Cebrin Yöneldiği Konuya Göre Ayrım: "Eşyaya ve Kişiye Karşı Cebir" 87

3. Türk Ceza Hukukunda Cebrin Gelişimi 90

3.1. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu Uygulamasında 90

3.2. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Uygulamasında 96

İKİNCİ BÖLÜM

CEZA HUKUKUNDA KUSUR KAVRAMI, KUSURU KALDIRAN NEDENLER-MAZERET NEDENLERİ AYRIMI

VE

ZORLAYICI CEBRİN MAZERET NEDENİ OLARAK KABULÜ

1. Ceza Hukukunda Kusur İlkesi ve Kusurun İşlevi 102

1.1. Ceza Sorumluluğunun Sınırlandırılması ve Kusursuz Ceza Olmaz İlkesi 102

1.1.1. Genel Olarak 102

1.1.2. Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi 104

1.1.3. Kusursuz Ceza Olmaz İlkesi (Kusur Düşüncesi) ve Cezanın Dayanağı Olarak Kusur 105

1.2. Kusurun Cezayı Belirleme İşlevi 109

2. Suçun Yapısını Ortaya Koyan Teoriler ve Suç Sistematiğinde Kusurun Yeri 112

2.1. Klasik Öğretiye Kadar Egemen Olan ve Haksızlık ile Kusuru Birarada Değerlendiren Tekçi Teori: "Objektif ve Sübjektif Kusur" 112

2.1.1. Genel Olarak 112

2.1.2. Tekçi Teoriye Taraftar Olan Yazarlar 113

2.1.2.1.Hegel 113

2.1.2.2. Hälschner 114

2.1.2.3. Merkel'in Görüşleri ve Binding'in Normlar Teorisi 115

2.2. Klasik Suç Teorisi (Haksızlık-Kusur Ayrımı ve Psikolojik Kusur Anlayışı) 117

2.2.1. Genel Olarak 117

2.2.2. Klasik Suç Teorisine Taraftar Olan Yazarlar 118

2.2.2.1. v.Liszt 118

2.2.2.2. Beling 119

2.3. Neo-Klasik Suç Teorisi (Kusurun Normatifleşmesi) 121

2.3.1. Genel Olarak 121

2.3.2. Frank'ın Kusur Düşüncesi (Normatif Kusur) 124

2.3.3. Normatif Kusur Düşüncesini Geliştiren Yazarlar 127

2.3.3.1. Hegler 127

2.3.3.2. Goldschmidt 127

2.4. Final Suç Teorisi 128

3. Kusurun Maddi Yapısını Açıklayan Görüşler (Maddi Kusur Kavramı) 132

3.1. Başka Şekilde Davranabilme İmkânı Olarak Kusur (Goldschmidt) 132

3.2. Kınamaya Layık Düşünce Biçimi Olarak Kusur (Gallas) 140

3.3. Karakter Kusuru 143

3.4. Genel Önleme Gerekliliğine Dayalı İsnadiyet Olarak Kusur (Jakobs'un Fonksiyonel Kusur Anlayışı) 149

3.5. Normatif Hitap Edilebilirliğe Rağmen Haksız Bir Davranışta Bulunma Olarak Kusur (Roxin) 151

4. Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Kusuru Kaldıran Nedenler Ayrımı 153

4.1. Genel Açıklamalar 153

4.2. Hukuka Uygunluk Nedenleri-Mazeret Nedenleri Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi (Etkisel Farklılık-Değer Yargısına İlişkin Farklılık-Fonksiyonel Farklılık) 154

4.2.1. Genel Olarak Hukuka Uygunluk Nedenleri-Mazeret Nedenleri Ayrımı 154

4.2.2. Hukuka Uygunluk Nedenleri-Mazeret Nedenleri Ayrımının Önemi 156

4.2.2.1. Etkisel Farkılılık 156

4.2.2.2. Değer Yargısına İlişkin Farklılık 156

4.2.2.3. Fonksiyonel Farklılık 157

4.2.2.3.1. İştirak Yönünden 158

4.2.2.3.2. Meşru Savunma Yönünden 160

4.2.2.3.3. Hata Yönünden 161

5. Kusuru Kaldıran Nedenler-Mazeret Nedenleri Ayrımı 162

6. Türk Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenleri-Mazeret Nedenleri ve Kusuru Kaldıran Nedenler Ayrımı 165

7. Zorlayıcı Cebrin Mazeret Nedeni Olarak Kabulü 172

7.1. Genel Olarak 172

7.2. Zorlayıcı Cebrin Hukuki Niteliğine İlişkin Görüşler: "Mazeret Nedeni-Hukuka Uygunluk Nedeni Tartışmaları" 173

7.3. Zorlayıcı Cebrin Bağımsız Bir Mazeret Nedeni Olup Olmadığı Meselesi ... 177

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ZORLAYICI CEBRİN UNSURLARI VE CEBİR FAİLİNİN SORUMLULUĞUNUN BELİRLENMESİ

1. Zorlayıcı Cebrin Unsurları 182

1.1. Objektif Unsur: "Fiziksel Kuvvet" 183

1.1.1. Cebrin Varlığı için Fiziksel Kuvvetin Gerekli Olup Olmadığı Sorunu 183

1.1.1.1. Genel Açıklamalar ve Sorunun Tespiti 183

1.1.1.2. Görüşümüz 188

1.1.2. Fiziksel Kuvvetin Kapsamı: "Karşı Konulamayacak Cebrin (Mutlak Kuvvetin) Gerekli Olup Olmadığı Meselesi" 194

1.1.2.1. "Nispi Kuvvetin Zorlayıcı Cebrin, Mutlak Kuvvetin ise Cebir Öğretisinin Konusunu Oluşturması" 194

1.1.2.1.1. Genel Olarak 194

1.1.2.1.2. Mutlak Kuvveti Reddeden Görüşler 195

1.1.2.1.3. Nispi Kuvveti Reddeden Görüşler 202

1.1.2.1.4. Zorlayıcı Cebrin Kapsamını Mutlak ve Nispi Kuvveti Kapsayacak Biçimde Geniş Kabul Eden Görüşler 204

1.1.2.2. Meselenin Hareket Kavramı ile İrtibatı ve Görüşümüz 207

1.1.3. Fiziksel Kuvvetin Önemi ve Ağırlığı 217

1.2. Subjektif Unsurlar 220

1.2.1. Fail Bakımından: "Zorlama İradesi" 220

1.2.2. Mağdur Bakımından: "Zorlama Etkisi" 224

1.2.2.1. Zorlamanın Fiziksel Bir Etki Doğurmasının Gerekli Olup Olmadığı Meselesi 224

1.2.2.2. Zorlamanın Görünüş Biçimleri: "Yapma, Yapmama veya Katlanma" 225

2. Zorlayıcı Cebir Failinin Sorumluluğunun Belirlenmesi 230

2.1. Sorumluluğun Hukuki Temeline İlişkin Görüşler 230

2.1.1. Genel Olarak 230

2.1.2. Sorumluluğu İştirak Kurallarına Göre Belirleyen Görüş 230

2.1.3. Sorumluluğun Esasını Doğrudan Failliğe Dayandıran Görüş 231

2.1.4. Görüşümüz: "Sorumluluğu Dolaylı Faillik Esaslarına Göre Belirleyen Anlayış" .. 232

2.2. Zorlayıcı Cebir Bakımından Dolaylı Faillikte Hâkimiyetin Kaynağı 235

2.2.1. Hareket Üzerinde Hâkimiyet Suretiyle Dolaylı Faillik 235

2.2.1.1. Welzel Tarafından Temellendirilen Görüşün Esası 235

2.2.1.2. Görüşün Eleştirisi (Roxin) 236

2.2.2. İrade Üzerinde Hâkimiyet Suretiyle Dolaylı Faillik 237

2.2.2.1. Genel Olarak 237

2.2.2.2. Dolaylı Faillikte İrade Üzerinde Hâkimiyetin Belirlenmesi Sorunu: "Sorumluluk Prensibi (Verantwortungsprinzip) Anlayışı" 239

2.2.2.2.1. Sorumluluk Prensibi Anlayışının İzahı 239

2.2.2.2.2. Zorlayıcı Cebir Durumunda Ceza Mesuliyetini Sorumluluk Prensibinden Bağımsız Değerlendiren Görüş 243

2.2.2.2.3. Görüşümüz 244

2.3. Cebir Mağdurunun Kendisine Zarar Vermeye Zorlanması Durumunda Cebir Failinin Sorumluluğu 245

2.3.1. Sorumluluğun Belirlenmesi Bakımından Ortaya Atılan Görüşlerin İzahı 245

2.3.1.1. Sorumluluğu Mazeret Benzeri Durumlarla Kıyasa Dayandırarak Belirleyen Görüş (Exkulpationslösung) 245

2.3.1.2. Sorumluluğu Hukuka Uygunluk Nedenlerinden Rızanın Şartlarını Dikkate Alarak Belirleyen Görüş (Einwillungslösung) 248

2.3.2. Görüşümüz 249

2.4. Üçüncü Kişinin Meşru Savunma Çerçevesinde Cebir Mağduruna Yönelik Verdiği Zararlardan Ötürü Cebir Failinin Sorumluluğu 252

2.5. Özgü Suçlar Bakımından Cebir Failinin Sorumluluğu 255

2.6. Hata Durumlarında Cebir Failinin Sorumluluğu 258

2.6.1. Cebir Failinin Hâkimiyetin Varlığı Hususunda Düştüğü Hatanın Sorumluluğa Etkisi 258

2.6.1.1. Genel Olarak 258

2.6.1.2. Dolaylı Failliği Kabul Eden Görüş (Sübjektif Faillik Teorisi) 258

2.6.1.3. Dolaylı Failliği Reddeden Görüş (Maddi-objektif Teori: "Hâkimiyet Prensibi") 259

2.6.1.3.1. Genel Olarak 259

2.6.1.3.2. Sorumluluğu Teşebbüs Hükümleri Çerçevesinde Belirleyen Görüş 260

2.6.1.3.3. Teşebbüsü Esas Alan Görüşün Eleştirisi ve Sorumluluğu İştirak Kurallarına Göre Belirleyen Görüş 261

2.6.1.4. Görüşümüz 262

2.6.2. Cebir Mağdurunun Suçun Konusu Bakımından Düştüğü Yanılgının Cebir Failinin Sorumluluğuna Etkisi 264

2.6.2.1. Genel Olarak 264

2.6.2.2. Sorumluluğu Hedefte Sapma Esaslarına Göre Belirleyen Görüş..... 264

2.6.2.3. Yanılmanın Sorumluluğa Etki Etmeyen Bir Motivasyon Hatası Olduğunu Savunan Görüş 266

2.6.2.4. Yanılma Halinde Ceza Sorumluluğunu Suç Planına Göre Belirleyen Görüş 267

2.6.2.5. Görüşümüz..... 268

2.7. Cebir Mağdurunun Sınırı Aştığı Durumlarda Cebir Failinin Sorumluluğunun Belirlenmesi..... 271

SONUÇ..... 274

KAYNAKÇA 293

ÖZGEÇMİŞ..... 310

ÖZET

Cebir, ceza kanununda değişik şekillerde yaptırım altına alınmıştır. Nitekim bu kavram bazı suçlar yönünden unsur, bazı suçlar yönünden ise cezayı ağırlaştıran nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Bununla birlikte cebrin bir kimseyi belli bir davranışta bulunmaya yahut bulunmamaya zorlamak amacıyla uygulanması durumunda bir yandan bağımsız bir suç tipi olan cebir suçu oluşmakta, zorlanılan davranışın suç teşkil etmesi halinde ise cebir, cebir zoruyla suç işleyen kişi bakımından mazeret nedeni olarak kabul edilmektedir. Çalışmamızın konusunu, mazeret nedeni olarak zorlayıcı cebir oluşturmaktadır. Bu çerçevede zorlayıcı cebir, kusur ilkesi ile bağlantılı olarak izah edilmeye çalışılmış ve cebir uygulayanın sorumluluğunun bazı özel durumlar dikkate alınarak belirlenmesi üzerinde durulmuştur.

ABSTRACT

Coercion has been sanctioned in different forms in the Turkish Criminal Code. In fact that the term coercion has been regulated as a constituent element for some crimes or an aggravating element for some others. In addition to that, the criminal coercion is punishable when the coercion has been applied with intent to compel another person to engage in or refrain from conduct. When the compulsion aims a person (compelled) to commit a crime, it has been considered as an excuse for the compelled one. The subject of our work is coercion as an excuse. In this context, we studied the coercion as an excuse in relation with the principle of culpability, as well as the criminal liability of the perpetrator as a consequence of applying compulsion considering some special circumstances.

KISALTMALAR

Aufl.	: Auflage
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BeckOK	: Beck'scher Online Kommentar StGB
BGH	: Bundesgerichtshof
BK	: Beck'sche Kurz Kommentare (StGB)
BVerfG	: Bundesverfassungsgericht
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
CGK.	: Ceza Genel Kurulu
CK.	: Ceza Kanunu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	: Çeviren
DJZ	: Deutsche Juristenzeitung
DRiZ	: Deutsche Richterzeitung
Edit.	: Edition
ff.	: fortfolgende
FS	: Festschrift
GA	: Goltdammer's Archiv für Strafrecht
HRRS	: Online Zeitschrift für Höchsrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JA	: Juristische Arbeitsblätter
JURA	: Juristische Ausbildung
JuS	: Juristische Schulung
JZ	: Juristen Zeitung
kn.	: Kenar Numarası
LK	: Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch

m.	: madde
MüKo	: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NK	: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch
NStZ (-RR)	:Neue Zeitschrift für Strafrecht (Rechtsprechungs- Report)
OGH	: Obergerichtshof
Örn.	: Örneğin
RGSt	: Reichsgericht in Strafsachen
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SBE	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
SK	: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
SS	: Schönke-Schroeder Strafgesetzbuch Kommentar
StGB	: Strafgesetzbuch
SVR	: Straßenverkehrsrecht
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
v.	: Von
vd.	: ve devamı
Vorb.	: Vorbemerkungen
Y.	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay
YD.	: Yargıtay Dergisi
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
ZStrR	: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZStW	: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Giriş

Ceza hukuku, suç olarak nitelenen insan davranışlarını belirleyen ve bunlara kendine özgü hukuki sonuçlar bağlayan bilim dalıdır[1]. Bireylerin toplum halinde güven içinde yaşayabilmelerinin gereği olarak toplumsal düzeni derinden sarsan bazı hukuka aykırı davranışlar, ceza hukukunca yasaklanmış ve ceza kanunlarında bu türden düzen bozucu davranışların karşılığı olarak birtakım yaptırımlara yer verilmiştir[2]. Böylelikle ceza hukukuna, toplumsal yaşamın devamını sağlama ve koruma ödevi yüklenmiştir[3].

Ceza hukukunun gelişim süreci incelendiğinde, eski dönemlerde, bir davranışın cezalandırılması için onun dış dünyaya yansıması ve birtakım sonuçlar doğurmasının yeterli sayıldığı *(netice ceza hukuku-Erfolgsstrafrecht)*, kişinin gerçekleştirdiği davranış nedeniyle kınanabilirliği tartışmasının ise, fiilin cezaya layık olup olmadığı hususundaki değerlendirme bakımından önem arz etmediği görülmektedir. Objektif sorumluluk olarak da nitelendirilebilecek olan bu anlayış, esasen cezanın amacına ilişkin yaklaşımlarla doğrudan irtibatlı olup, cezanın amacını, gerçekleştirilen haksızlığa tepki koymaya ve suç ile bozulan sosyal düzeni yeniden kurmaya *(Resozialisierungsprinzip)* bağlayan klasik okulun mutlak ceza teorisine dayanmaktadır[4].

Kusur prensibi, ceza hukukunun en önemli prensiplerinden biridir. Bu prensip, anayasal değere sahip olup, hukuk devletinin sonuçlarından birini oluşturur[5]. Zira adalet ve insan onuru gereğince bir şahsın cezalandırılabilmesi için işlediği fiil, ona kişisel olarak yüklenebilmelidir.

Modern ceza hukukunun ortaya çıkışıyla beraber, ceza hukukunda mutlak sorumluluk esasının terk edildiği ve bunun yerini 16 ncı yüzyıldan itibaren geçerlilik

---

[1] **BAUMANN, Jürgen – WEBER, Ulrich – MITSCH, Wolfgang,** Strafrecht Allgemeiner Teil, 11., neubearbeitete Aufl., Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2003, §3, kn.2.

[2] **JESCHECK, Hans Heinrich – WEIGEND, Thomas,** Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5., vollständig neubearbeitete und erweiterte Aufl., Duncker Humblot, Berlin 1996, s. 10.

[3] **HEINRICH, Bernd,** Strafrecht Allgemeiner Teil, 3., überarbeitete Aufl., Kohlhammer, Stuttgart 2012, kn.4; **Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s. 3.

[4] **Heinrich,** Allgemeiner Teil, kn.14; **SCHMIDT, Rolf,** Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl., Hannover 2013, kn. 13.

[5] **Baumann-Weber-Mitsch,** Allgemeiner Teil, §18, kn.3; **Heinrich,** Allgemeiner Teil, kn. 525.

kazanan kusura dayalı ceza sorumluluğu ilkesinin aldığı gözlemlenmektedir. Buna göre cezanın tatbiki için failin, işlediği fiilden dolayı kişisel kusurunun bulunması gerekir[6]. Kusurun normatifleşmesiyle beraber, kusur yargısının konusunu oluşturan kınanabilirlik değerlendirmesi ise, hukukun kural olarak her insanda mevcut olduğunu kabul ettiği irade özgürlüğünün hangi yönde kullanıldığı ile yakın irtibat içerisindedir. İrade özgürlüğünün hukuk düzeni ile çelişen bir davranışın gerçekleştirilmesi yönünde kullanılması durumunda, kural olarak failin, işlediği davranış nedeniyle kınanması ve bu suretle ceza hukukunun öngördüğü yaptırımlardan birine tabi tutulması gerektiği kabul edilir. Zira kusur prensibi, ancak hak ile haksızlık arasında seçim yapma özgürlüğünün varlığı durumunda anlam kazanır[7]. Bu bağlamda kusur, kişinin, iradesini haksızlık işleme yönünde kullanması nedeniyle kınanabilirliği ile ilgili yargının içeriğini oluşturur.

Ceza hukukunun konusunu oluşturan ve ceza kanunlarının özel hükümler kısmında suç olarak tanımlanan insan davranışlarının iradi olması gerekir. Zira ceza hukuku, iradi olmayan insan davranışlarıyla ilgilenmez. İrade özgürlüğüne sahip olan bir kimsenin, somut olayın özelliklerine göre baskı altında bulunması nedeniyle bu özgürlüğü yönlendirme imkânına sahip olmaması durumunda, kusurun ortadan kalktığı yahut önemli derecede azaldığı kabul edilmelidir. Bu nedenle de, bu durumdaki kişinin, işlediği fiilden dolayı kınanamayacağı sonucuna ulaşılır. İradeyi baskı altına alarak bir kimseyi belirli bir yönde hareket etmeye zorlayan bir neden olarak cebir de, bu kapsamda değerlendirilir.

Çalışmamızın konusunu oluşturan mazeret nedeni olarak zorlayıcı cebir, kimi zaman ceza kanunumuzda olduğu gibi ayrı bir madde ihdas edilmek suretiyle hüküm altına alınmakta (TCK m.28/1), kimi zaman ise, mazeret nedeni olan zorunluluk hali kapsamında değerlendirilmektedir (StGB §35).

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, cebir kavramı ve cebrin ceza hukuku alanında göstermiş olduğu gelişim incelenecektir. Cebir, ceza hukukuna özgü bir kavram olmayıp, daha çok günlük dilden ceza hukukuna

[6] **Heinrich,** Allgemeiner Teil, kn. 525.
[7] **WESSELS, Johannes – BEULKE, Werner – SATZGER, Hermut,** Strafrecht Allgemeiner Teil, 43., neu bearbeitete Aufl., C.F Müller 2013, §10, kn. 397.

alındığından, bu kavramın kapsam ve mahiyetini belirlemek oldukça güçtür. Nitekim hâlihazırda cebrin kapsamına ilişkin ne doktrinde, ne de uygulamada görüş birliğine varılabilmiştir. Cebir kavramına ceza kanununda birçok suçta unsur veya ağırlaştırıcı neden olarak yer verilmekle birlikte, zorlama amacıyla tatbik edildiğinde cebir, bağımsız bir suç tipi olarak da karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca, zorlamanın bir suçun işlenmesi amacına yönelik olması durumunda, zorlanan bakımından cebrin varlığı, işlenen suçta mazeret nedeni olarak telakki edilmektedir. Tüm bu hususlar birarada değerlendirildiğinde, cebrin kapsam ve mahiyetinin belirlenmesi güçse de, bu belirmeyi yapmak zorunlu ve gereklidir. Bu nedenle biz, öncelikle cebir kavramının ceza hukuku alanında kat ettiği yolun fotoğrafını çekebilmek adına, cebrin ceza hukukundaki gelişimine ilişkin genel bir tablo ortaya koymaya gayret ettik. Ardından da, cebrin görünüş biçimlerini, farklı başıklar altında inceleyerek, sistematik ve bütüncü bir yaklaşımla ele almaya çalıştık.

Ceza hukukunda eskiden beri önemli bir rol üstlenen kusur, uzunca bir dönem suçun kurucu unsurlarından biri olarak kabul edilmiş, 20 nci yüzyılın başlarından itibaren ise, failin işlediği fiilden dolayı kınanabilirliğine ilişkin bir değer yargısı olarak değerlendirilmiştir. Hukukumuz bakımından da kusur, kınanabilirlik yargısı olarak ele alınmaktadır. Ancak, bu kavramın kapsam ve mahiyetinin ne olduğu konusu, yeterince irdelenmiş değildir. Zorlayıcı cebir, failin kusurluluğuna etki eden bir hal olarak kabul edildiğinden (TCK m.28), kusur yargısının, çalışma konumuzun zeminini oluşturduğu söylenebilir. Bu nedenle, çalışmamızın ikinci bölümünde öncelikle kusur kavramını, bu kavramın ceza hukukunda icra ettiği fonksiyon, suç teorisindeki yeri ve maddi içeriğini belirlemek suretiyle ele almaya çalıştık. Ardından, zorlayıcı cebrin kusuru kaldıran bir hal mi, yoksa mazeret nedeni olarak mı kabul edileceği sorusuna, özellikle hukukumuz yönünden yanıt aradık.

Çalışmamızın esasını oluşturan üçüncü ve son bölümünde, zorlayıcı cebrin mazeret nedeni olarak kabul edilebilmesi için gerekli olan şartlar belirlenerek, cebir failinin sorumluluğunun tespitine ilişkin açıklamalara yer verilmiş, bu çerçevede özellik arz eden birçok meselenin ayrıntılı izahına çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAMSAL ÇERÇEVE, CEBRİN GENEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ, TÜRK CEZA HUKUKU UYGULAMASINDA CEBRİN GELİŞİMİ

1. Kavramsal Çerçeve

1.1. Ceza Hukukunda Cebrin Gelişimine Genel Bakış

1.1.1 Kavram

Cebir, sözlükte, gerek tabi hadiseler gerekse bir başkasının fiili dolayısıyla bir kimsenin, arzu ve rızası hilafına olarak bir hareketi yapmaya ya da yapmamaya zorlanması[8], bir işi yaptırmak için zora başvurulması, zorlama[9], zorlayıcı güç[10] anlamlarına gelir. Görüldüğü üzere söz konusu tanımlar, cebrin zorlama etkisini ortaya koyan bir güç olduğu kabulünden hareket etmektedir.

Alman hukukunda cebir kavramının karşılığı olarak kullanılan *"Gewalt[11]"* kelimesi, aktif manada *"hâkimiyet kurma"*, *"hükmetme"* anlamlarına gelen *"walten"*[12] fiilinden türemiş olup[13], kaynağı meşru ya da gayrı meşru olsun, kendisine karşı boyun eğdiren zorlayıcı bir gücü[14] ifade etmektedir[15]. Gücü ifade eden anlamda cebir ise, latince *"yapabilme, iktidarında olma"* anlamına gelen *"posse"* kökünden

---

[8] Türk Hukuk Lügatı, 3. Baskı, Başbakanlık Basımevi, Ankara 1991, s. 46, 47.

[9] Türk Dil Kurumu Güncel Sözlük, www.tdk.gov.tr.

[10] **WEIGAND, Friedrich Ludwig Karl,** Deutsches Wörterbuch, Erster Band, Verlag von Alfred Töpelmann, Gießen 1909, s. 715.

[11] Orta veya eski şehir Almancasında (Hochdeutsch) bu kelimenin "giwalt" olarak kullanıldığı ve her türden gücü, hakimiyeti ifade ettiği hususunda bkz. **ZÖLLER, Alexander,** Der Gewaltbegriff des Nötigungstatbestandes Zur Strafbarkeit sog. Sitzblockaden, GA 2004, s.154.

[12] Bu fiilin Latince "valere" kökünden geldiği hususunda bkz. **WINKLER, Ernst,** Der Begriff der Gewalt im Strafrecht, Breslau 1908, s.1; **KELLER, Rainer,** Strafrechtlicher Gewaltbegriff und Staatsgewalt, Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge-Band 45, Duncker Humblot, Berlin 1982, s. 87.

[13] **Winkler,** Der Begriff der Gewalt, s.1; **Keller,** Strafrechtlicher Gewaltbegriff, s.87; **SCHUSTER, Eva Maria - SCHÄFER HOHMANN, Maria - MÜLLER GEIB, Werner,** Gewalt Eine interdisziplinäre Betrachtung, EOS Verlag, St. Ottilien 2009, s.17.

[14] Gewalt kelimesinin, latince güç anlamına gelen „potestas" kelimesi ile irtibatı için bkz. **BOECKMANN, Otto,** Was ist Gewalt?, JZ 1986, s.1050.

[15] **HELMKE, Ludwig F.,** Der Begriff der Gewalt im Reichsstrafrecht, Breslau 1895, §1, s.1.

türemiştir[16]. *"Gewalt"* kelimesinin Türkçe karşılığı olarak sözlükte, *"şiddet, yetki, otorite, güç, kuvvet"* kavramlarına da yer verilmiş olmakla birlikte[17], bu kelime, ceza hukuku alanında münhasıran *"cebir"* kavramına karşılık gelecek biçimde kullanılmaktadır[18].

Cebir, ceza kanununda yer verilen en tartışmalı[19] ve hâlihazırda netlik kazanmamış[20] kavramlardan bir tanesidir. Bu durum, cebrin farklı bakış açıları çerçevesinde anlamlandırılmasından kaynaklanmaktadır. Gerçekten cebir, kimi zaman yalnızca maddi gücü, bazen bir kimseye yönelik uygulanan gücün ortaya koyduğu zorlama etkisini ifade edecek biçimde kullanılmış, kimi zaman ise, temel zorlama vasıtalarından bir diğeri olan tehdide yaklaşır şekilde geniş değerlendirilmiştir.

Ceza kanununda, cebrin herhangi bir tanımına yer verilmemiştir[21]. Bu kavramı anlamlandırma çabaları çerçevesinde, ceza kanununda suçların, kavramlara göre değil, korunan hukuki değerlere göre sınıflandırılması nedeniyle, kanunda cebir kavramına yer veren düzenlemeler dikkate alınarak bu kavram yönünden kapsayıcı

---

[16] **Schuster-Schäfer Hohmann-Müller Geib,** Gewalt Eine interdisziplinäre Betrachtung, s.18.

[17] **GÜZEL, Abdülkadir – İNCESU, Fatma – DEMİR, Meriç,** Rechtswörterbuch, Deutsch-Türkisch, Nomos, Baden-Baden 2001, s.132.

[18] **KIYGI, Osman Nazım,** Hukuk Sözlüğü (Wörterbuch Recht), C.H Beck, Manz 2009, s.56.

[19] **CALLIES, Peter,** Der Begriff der Gewalt im Systemzusammenhang der Straftatbestände, Tübingen 1974, s. 3; **BERGMANN, Alfred,** Das Unrecht der Nötigung (§240 StGB), Duncker&Humblot, Berlin 1983, s.64; **KREY, Volker,** Zum Gewaltbegriff im Strafrecht, in Was ist Gewalt? Band I (Volker Krey-Friedhelm Neidhart), Wiesbaden 1986, kn.30; **SINN, Arndt,** Die Nötigung im System des heutigen Strafrechts, Nomos, Baden-Baden, 2000, s.150; **MAURACH, Reinhart – SCHROEDER, Friedrich Christian – MAIWALD, Manfred,** Strafrecht Besonderer Teil, Teil Band I, 10., neue bearbeitete Aufl., C.F Müller, 2009, §13, kn.11; **SINN, Arndt,** Die Nötigung, JuS 2009, s.580; **KÜPPER, Georg,** Strafrecht Besonderer Teil I, zweite, neu bearbeitete Aufl., Springer 2001, §3, kn.36; **KREY, Volker – HELLMANN, Uwe – HEINRICH, Manfred,** Strafrecht Besonderer Teil Band I, 15., völlig neubearbeitete Aufl., Kohlhammer 2012, kn. 368; **JOECKS, Wolfgang,** Strafgesetzbuch -Studienkommentar-,§240, 10. Aufl., C.H. Beck, München 2012, kn.12, s.478; Cebir kavramı ile ilgili tartışmaların Roma Hukuku'na kadar uzandığı hususunda bkz. **Von HEINTSCHEL HEINEGG, Bernd,** Die Gewalt als Nötigungsmittel im Strafrecht, 1975, s.2; İsviçre hukuku bakımından da aynı yönde bkz. **REHBERG, Jörg – SCHMID, Niklaus – DONATSCH, Andreas,** Strafrecht III (Delikte gegen den Einzelnen), Achte, teilweise neu bearbeitete Auflage, Schultess, Zurich 2003, §52, s.363.

[20] **HUHN, Andreas,** Nötigende Gewalt mit und gegen Sachen, Nomos, Baden und Baden 2007, s.1.

[21] Alman CK. bakımından aynı yönde bkz. **TRÄGER, Ernst – ALTVATER, Gerhard,** §240, in Leipziger Kommentar, Sechster Band, 11. Aufl., De Gruyter Recht, Berlin 2005, kn. 34; **MATT, Hogler – RENZIKOWSKI, Joachim,** Strafgesetzbuch Kommentar, §240, Franz Vahlen, München 2013, kn. 14, s. 1818,

bir tanımlama yapmanın mümkün olmadığı ifade edilmiştir[22]. Kanımızca, söz konusu düzenlemelerin tamamında cebir kavramının fonksiyonuna yer verildiğinden, buradan hareketle bir değerlendirme ve tasnif yapılabilir.

Bu kapsamda, doktrinde bir görüşe göre, kanun koyucunun cebri tanımlamamış olması, cebrin, kelime manası itibarıyla zaten zorlamayı ifade ediyor olmasından kaynaklanıyor olabilir[23]. Alman hukuku bakımından ceza kanununda cebrin aksine, tehdidin dolaylı da olsa tanımına yer verildiğinden (gelecekte gerçekleştirilecek kötülüğün bildirimi=StGB §240), bu iki zorlama aracı arasındaki ayrımın ortaya koyulması da zor olmayacaktır[24]. Ancak tehdidin aksine cebirde, fail tarafından uygulanan fiziksel kuvvet, mağdurun bedeni üzerinde fiziksel bir etki doğurmaktadır. Dolayısıyla, cebrin bu özelliğinin, cebir ile tehdidin birbirinden ayrılması yönünden ayırt edici olduğu da göz ardı edilmemelidir[25]. Böylelikle cebri, genel bir çerçevede ve zorlama etkisi altında değerlendirmek mümkündür[26].

Hukukumuz bakımından her ne kadar ceza kanununda cebrin metin içi bir tanımına yer verilmemişse de, TCK'nın, cebir suçunu düzenleyen 108'inci maddesinin gerekçesinde, cebrin; *"kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun*

---

[22] **HARRENDORF, Stefan,** Rückfälligkeit und kriminelle Karrieren von Gewalttätern, Universitätsverlag Göttingen, 2007, s. 9.

[23] **SEILER, Robert,** Die Gewalt als Mittel zur Nötigung, in Festschrift für Franz Pallin zum 80. Geburtstag, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 1989, s.383. Kanımızca, ceza kanununda cebre yer verilen tüm düzenlemeler bakımından, bu kavramın istisnasız biçimde iradeyi zorlama fonksiyonu icra ettiği söylenemez. Örneğin cinsel saldırı suçunda, mağdurun vücuduna cinsel tatmin amacıyla yapılan ve kasten yaralama oluşturacak ağırlıktaki ani dokunuşlarda, mağdurun iradesini zorlayan bir durum söz konusu değildir. Dolayısıyla, burada cebrin, mutlak kuvvet icrası biçiminde kullanıldığı söylenebilir. Artuk-Gökcen-Yenidünya da, benzer durumlarda mutlak kuvveti kabul etmekle birlikte, cebrin varlığından söz edebilmek için, failin davranışının kasten yaralama oluşturacak seviyeye ulaşmasını aramamıştır. (**ARTUK, Mehmet Emin – GÖKCEN, Ahmet – YENİDÜNYA, A.Caner,** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15. Baskı, Adalet, Ankara 2015, s.284)

[24] **Seiler,** Die Gewalt als Mittel zur Nötigung (Franz Pallin FS), s.383.

[25] **Seiler,** Die Gewalt als Mittel zur Nötigung (Franz Pallin FS), s.399, 400.

[26] **SIEBERG, Walter,** Die Gewalt als Mittel zur Begehung strafbarer Handlungen, Köln 1929, s.3 vd; **Schuster- Schäfer Hohmann-Müller Geib,** Gewalt Eine interdisziplinäre Betrachtung, s.20; **WELZEL, Hans,** Das Deutsche Strafrecht -Eine systematische Darstellung-, Dritte Aufl., Walter de Gruyter, Berlin 1954, s.232.

veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zecri (zorlayıcı) bir etki meydana getirilmesi" olduğu belirtilmiştir[27].

Cebir, ceza hukuku alanına özgü teknik bir kavram olmayıp, daha çok günlük dilden ceza hukukuna girmiştir[28]. Genel olarak cebir kavramının günlük dildeki karşılığını, bir kimseye karşı uygulanan fiziksel kuvvet oluşturmaktadır. Ceza kanununda kimi zaman cebir, zorlama etkisinden bağımsız olarak uygulanan kaba gücü ifade etmek için de kullanılır. Bununla birlikte günlük dilde cebir, kimi zaman nüfuz, otorite ve bunun doğurduğu mecburiyeti *(kamu gücü)*[29], kimi zaman baskı ve sertliği *(fırtına gibi doğa olayları)*, kimi zaman da zor kullanmayı *(üçüncü bir kişiye fiziksel güç uygulanması)* ifade eder[30]. Bu kapsamda, cebrin genel olarak; kuvvet, hâkimiyet, zorlama ve zarar verme anlamlarına geldiği de ifade edilmiştir[31].

Günlük dilde birçok alanda farklı manalara gelen bir kavramın hukuk sahasına sokulması, söz konusu anlamların belli bir ölçüde de olsa bu sahaya taşınması anlamına geleceğinden, hukukta müphemlik tehlikesini beraberinde getirecektir[32]. Günümüzde, cebir kavramının ceza hukuku alanında ihtiva ettiği mana ile günlük dilde bu kavrama yüklenen manalar birbirinden büyük ölçüde ayırt edilmiş olsa da, söz konusu müphemlik tehlikesinin tamamen ortadan kalktığı söylenemez.

Bununla birlikte, ceza kanunlarında kullanılan her kavram da, her zaman aynı anlamı ihtiva etmeyebilir. Bu durum, cebir kavramı bakımından da geçerlidir[33]. Bir

---

[27] Bu tanımın, ceza kanununda cebre yer verilen tüm düzenlemeler bakımından geçerli olup olmadığı, ayrıca değerlendirilmelidir. Bu hususta, çalışmamızın üçüncü bölümünde açıklamalara bakılmalıdır.

[28] **MÜLLER, Kurt,** Gewalt und verwandte Begriffe im Reichsstrafgesetzbuche, Juristische Verlagsbuchhandlung Dr. jur. Frensdorf, Berlin 1913, s.7; **KNODEL, Klaus Dietel,** Der Begriff der Gewalt im Strafrecht, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlungs, München und Berlin 1962, s.1; **RÖTHLEIN, Cornelia,** Der Gewaltbegriff im Strafrecht -unter besonderer Berücksichtigung der Sexualdelikte, München 1986, s.11.

[29] **Röthlein,** Der Gewaltbegriff, s.12; **HOFFMEISTER, Falko,** Der Begriff der Gewalt im Straftatbestand der Nötigung, Hamburg 1972, s. 44.

[30] **Krey,** Was ist Gewalt?, §1, kn. 8-9-10.

[31] **Schuster-Schäfer Hohmann-Müller Geib,** Gewalt Eine interdisziplinäre Betrachtung, s.15. Gücü ifade eden cebrin yetkiye ilişkin olduğu *(Kompetenzbegriff)*, buna karşılık zorlama ve zarar vermeyi ifade eden cebrin ise hareket barındırdığından aksiyonel bir kavram *(Aktionsbegriff)* olduğu ifade edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **NEIDHART, Friedheim,** Gewalt, Soziale Bedeutungen und sozialwissenschaftliche Bestimmungen des Begriffs, (Krey-Neidhart), Wiesbaden 1986, s.114.

[32] **Müller,** Gewalt und verwandte Begriffe, s.7.

[33] **Knodel,** Der Begriff der Gewalt, s.1; **Krey,** Was ist Gewalt?, §1, kn. 7.

yaklaşıma göre cebir, zorlayıcı bir kuvvete sahip olma ve bu türden bir gücü icra etme anlamına gelir. Dinamik anlamda cebir kavramı, herhangi bir karşı koymayı ortadan kaldıracak nitelikte bir güç kullanımını ifade ederken, statik anlamda ise, bu türden bir güce sahip olma, diğer bir deyişle, zorlama iktidarını haiz bulunma anlamına gelir[34]. Bu güç, bir kimseyi iradesi hilafına bir şeyi yapmaya zorlar nitelikte olabileceği gibi *(Gewalt gegen die Person)*, bir eşyanın mevcut durumunu değiştirmeye *(Gewalt gegen Sachen)* yönelik de olabilir[35]. Cebir, bir kimsenin, kendisine dayatılan davranışa karşı ortaya koyduğu mukavemeti kırmaya yönelik olarak kullanıldığında, bir zorlama aracı olarak kabul edilir.

Günümüze kadar uzanan geleneksel ve yerleşik anlayışa göre cebir, zorlayıcılık özelliğinden hareketle; *"bir kimseye, iradesine aykırı ve istemediği bir davranışı yaptırmak amacıyla uygulanan fiziksel zorlama"* olarak kabul edilmiştir[36]. Söz konusu fiziksel zorlamanın, mağdurun bedeni üzerinde etkili olması ve onun, mevcut yahut muhtemel karşı koyma iktidarını ortadan kaldıracak niteliğe sahip bulunması gerekir[37]. Bu, dar ve geleneksel anlamda kullanılan cebir kavramının içeriğini karşılamaktadır.

Buradan hareketle cebrin;

1- Fail tarafından uygulanan maddi güç,

2- Söz konusu gücün mağdurda oluşturduğu belirli bir yönde hareket etmeye yönelten etkisi *(zorlama)* şeklinde iki unsurdan oluştuğu söylenebilir[38].

Bu kapsamda, mağdurun belirli bir yönde hareket etmeye zorlanması, onun, bir başkasını yaralamak, öldürmek gibi icrai bir davranışta bulunmaya mecbur kılınması dışında, hâkimiyeti dâhilindeki bir olayın gerçekleşmesi yahut gerçekleşmemesi yönünde ihmal göstermesi, buna katlanması şeklinde de söz konusu

---

[34] Buna örnek olarak bir çocuğun bir kedi ile oynarken, onun üzerinde yeterli hakimiyet kuramaması; buna karşılık bir kedinin fare ile oynarken bu türden bir hakimiyeti kurma iktidarına sahip bulunduğu ifade edilmiştir (**Boeckmann,** Was ist Gewalt?, s.1050)

[35] **Knodel,** Der Begriff der Gewalt, s. 3.

[36] **Träger-Altvater (LK),** §240, kn. 7.

[37] **Hoffmeister,** Der Begriff der Gewalt, s. 32; **Helmke,** Gewalt, s.1.

[38] **Träger-Altvater (LK),** §240, kn. 34.

olabilir[39]. Nitekim mağduru, icrai yahut ihmali herhangi bir davranışa zorlamak amacıyla uygulanan cebrin cezalandırıldığı TCK'nın 108'inci maddesi de, bu hususa işaret etmektedir. Öldürme veya yaralama suçlarının işlenmesi sırasında başvurulan fiziksel güç kullanımı ise, yalnızca öldürme veya yaralama sonucunu elde etmeye yönelik olduğundan, diğer bir deyişle zorlama amacı ihtiva etmediğinden, yalın cebir olarak nitelenebilir *(Örn. TCK m.86, Alman CK. m.121, 124, 125, 223)* [40].

Cebrin sonucu olarak ortaya çıkan söz konusu zorlamanın mutlaka bir insanı[41] yahut yasal bir organı *(Örn. TCK m. 311, 312)* konu edinmesi gerekir. Hayvanlara karşı gerçekleştirilen zorlama, başlı başına ceza hukukunun konusunu oluşturmamakla birlikte[42], hayvanların araç olarak kullanıldığı durumlarda, cezalandırılabilir bir zorlamanın varlığı kabul edilir. Bu halde ceza sorumluluğu, hayvanı araç olarak kullanan kişiye aittir[43].

Cebrin ceza hukukundaki gelişimi, kapsam ve mahiyeti, Alman hukuku takip edilerek ortaya koyulabilir. Krey'e göre bu gelişimi 3 temel başlık altında toplamak mümkündür[44]. Bu aşamalara aşağıda ayrı başlıklar halinde değinmeyi uygun görmekteyiz.

1.1.2. Cebri, Fiziksel Güç Kullanımı Olarak Kabul Eden Geleneksel Anlayış (Fail Odaklı Yaklaşım)

Cebrin ceza hukukundaki gelişimine ilişkin *ilk aşama*, mevcut veya muhtemel karşı koymayı kırmak amacıyla uygulanan bedensel güç olarak

---

[39] **STRACKE, Martina Reuter**, Gewalt oder Drohung gegen Dritte als (qualifizierte) Nötigung, Münster 1993, s.1.
[40] **Träger-Altvater (LK),** §240, kn. 34; **Röthlein,** Der Gewaltbegriff, s.37.
[41] **NEUBECKER, F.K.,** Zwang und Notstand in rechtsvergleichender Darstellung, Band I, Grundlagen, Der Zwang im öffentlichen Recht, Leipzig 1910, s. 1.
[42] **Knodel,** Der Begriff der Gewalt, s. 11.
[43] **Neubecker,** Zwang und Notstand, s.1.
[44] **Krey**, Was ist Gewalt?, §5, kn.31 vd.

algılandığı[45] ve Alman İmparatorluk Mahkemesi *(Reichsgerichthof)* tarafından, bu kavramın günlük dilde kullanılan anlamının etkisiyle geliştirilen[46] anlayışın hâkim olduğu süreci ifade etmektedir. Bu aşamada bahsi geçen bedensel güç, mağdur üzerinde doğurduğu etkiye göre değil, failin gerçekleştirdiği davranışa göre belirlenmiştir[47]. Bu nedenle de, zorlama olmaksızın (örneğin hileyle) mağdura uyuşturucu madde verilmesi, onun iradi hareket etme yeteneğini etkilese de, bedensel bir güç kullanılmadığından, cebir kapsamında değerlendirilmemiştir[48].

Küpper'e göre ise bu kabul, failin gerçekleştirdiği bedensel gücün, mağdur üzerinde ortaya çıkardığı fiziksel etkiyi de barındırır. Bu nedenle, mahkemece yapılan tanımlamada her ne kadar fail dikkate alınmışsa da, bu tanım, mağdurdaki zorlama etkisini de kapsamına alır[49]. Ayrıca yazara göre, uyuşturucu maddenin mağdura zorla verilmediği durumların cebir kapsamında değerlendirilmemesinin sebebi, bir anlamda kavram karmaşasının önüne geçmektir. Zira zor kullanılmayarak uyuşturucu madde verilmesi, genellikle hile kapsamında söz konusu olmaktadır[50].

Alman hukukunun yanı sıra Avusturya ve İsviçre ceza hukukunda da, klasik cebir anlayışı aynı doğrultuda gelişim göstermiş ve ilk aşamada cebir, fiziksel kuvvet uygulanması şeklinde anlaşılmıştır[51]. Ancak fiziksel kuvvet mutlaka bedensel güç kullanımı olarak değerlendirilmemiş, bu çerçevede, mekanik, kimyasal bir takım

---

[45] **Winkler,** Der Begriff der Gewalt, s.38; **MAGNUS, Dorothea**, Der Gewaltbegriff der Nötigung (§240 StGB) im Lichte der neuesten BVerfG-Rechtsprechung, NStZ 2012, s.539.

[46] **WESSELS, Johannes – HETTINGER, Michael,** Strafrecht Besonderer Teil 1, 37. neu bearbeitete Aufl., C.F. Müller 2013, §8, kn. 384; **KÜPER, Wilfried,** Strafrecht Besonderer Teil, 8., neu bearbeitete Aufl., C.F.Müller, 2012, s.171; **Huhn,** Nötigende Gewalt, s. 36; **HEGHMANNS, Michael,** Strafrecht für alle Semester –Besonderer Teil-, Springer, 2009, 17. Kapitel, kn.587.

[47] **Krey**, Was ist Gewalt?, §5, kn.32; **Sinn,** Die Nötigung (2000), s.151.

[48] RGSt 72, 349 (**Wessels-Hettinger,** Besonderer Teil 1, §8, kn.384)

[49] **Küpper (2001),** Besonderer Teil I, §3, kn.37.

[50] **Küpper (2001),** Besonderer Teil I, §3, kn.37; Mahkemenin, bir yandan gizlice verilen uyuşturucuyu cebir kabul etmeyip, diğer yandan bir odada yalnız olan bir kimsenin, yalnızca odanın anahtarı çevrilerek kilitlenmesini cebir kabul etmesi eleştirilmiştir. Zira son örnekte kullanılan fiziksel güç, neredeyse sembolik mahiyettedir ve gizlice uyuşturucu verilmesinden bir farkı yoktur. (Eleştiriler için bkz. **OTTO, Harro,** Sitzdemonstrationen und strafbare Nötigung in strafrechtlicher Sicht, NStZ 1987, s.212.)

[51] **SAUTNER, Lyane,** Die Gewalt bei der Nötigung, neuer wissenschaftlicher Verlag, Wien 2002, s.54 vd; **SCHÜRMANN, Frank,** Der Begriff der Gewalt im schweizerischen Strafgesetzbuch, Helbing & Lichtenhahn, Basel 1986, s.6 vd.

araçların kullanılması durumlarında da, cebrin varlığı kabul edilmiştir[52]. Örneğin İsviçre uygulamasında, uyuşturucu madde vererek veya başkaca bir araç ile bayıltmak, hipnotize etmek gibi, göz yaşartıcı gaz kullanmak da cebir kapsamında kabul edilmiştir[53].

1.1.3. Cebri, Mağdurun Vücudu Üzerindeki Zorlama Etkisi Olarak Kabul Eden Anlayış (Mağdur Odaklı Yaklaşım)

İkinci aşama, failin davranışının, mağdurun vücudu üzerinde zorlayıcı bir etki doğurarak, mukavemetini kırmasının cebir kapsamında değerlendirilmesi şeklinde gelişmiştir[54]. Bu yaklaşım, Alman doktrininde 1900'lerin başında savunulmaya başlanmıştır. Nitekim *Winkler*, 1908 yılında yayımladığı eserinde, cebrin, hâkim anlayışa göre fail tarafından doğrudan uygulanan bedensel bir kuvvet olarak algılandığını, ancak zorlama vasıtası olarak değerlendirildiğinde, cebir bakımından ayırt edici olanın, zorlama etkisi olduğunu ifade etmiştir[55]. Bu nedenle, uyuyan bir kimseyi bağlamak ya da bir yere kapatmak da, cebir olarak kabul edilmelidir[56].

Winkler'e göre, cebrin zorlama aracı olduğu düşünüldüğünde, fiziksel gücün, mağdurun bedenine yönelmiş kaba bir bedensel kuvvet olarak kabul edilmesi doğru değildir. Bunun yerine, bir odada bulunan mağdurun üzerine kapının örtülüp kilitlenmesi gibi fiziksel bir gücün cebir olarak değerlendirilmesi, daha akılcı olacaktır[57]. Hatta yazara göre zorlama etkisi, güç kullanımından bağımsız olarak

---

[52] **Sautner,** Die Gewalt bei der Nötigung, s.92.
[53] **Schürmann,** Gewalt im schweizerischen Strafgesetzbuch, s.12.
[54] Bu kriter, cebrin olmazsa olmaz özelliği olup, onu, iradeyi etkileyen diğer nedenlerden ve herhangi bir kıstasa bağlı olmayan güç kullanımlarından ayırmak bakımından büyük bir önemi haizdir (**BLEI, Hermann,** Zum strafrechtlichen Gewaltbegriff, NJW 1954, s. 583, 586). *Geilen'e* göre de, cebrin tanımlanmasında fail tarafından uygulanan kuvvet kriterinden vazgeçilmesi halinde, gerçekleştirilen davranışın cebir olarak kabulü için mağdurun vücudunda zorlama etkisi doğurması aranmalıdır (**GEILEN, Gerd,** Neue Entwicklungen beim strafrechtlichen Gewaltbegriff, in Hellmuth Mayer FS, Duncker Humblot (1966), s. 460 vd; **GEILEN, Gerd,** Lebensgefährliche Drohung als Gewalt in § 251 StGB?, JZ 1970, s.528.)
[55] **Winkler,** Der Begriff der Gewalt, s.38, 39.
[56] **Winkler,** Der Begriff der Gewalt, s.39.
[57] **Winkler,** Der Begriff der Gewalt, s.39.

değerlendirilmelidir. İster fiziksel güç barındırsın ister barındırmasın, mağdurda bedensel zorlama etkisi oluşturarak onun mukavemetini kıran her davranış (mağdura uyuşturucu madde vermek gibi) cebir kavramı altında sınıflandırılabilir[58].

Cebrin mağdur üzerinde bedensel zorlama etkisi olarak kabul edildiği anlayış, Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin (BGH) 05.04.1951 tarihli kararıyla[59], uygulamada da benimsenmiştir[60]. Kararda; *"... cebir, kural olarak failin mağdura karşı uyguladığı fiziksel kuvvet çerçevesinde ortaya çıksa da, böylesi bir kuvvet, cebrin varlığı için mutlak bir unsur değildir. Belirleyici olan, mağdurun vücudu üzerinde doğrudan etki eden ve onun mukavemetini kırmaya yarayan araçların fail tarafından kullanılıp kullanılmadığıdır..."* şeklinde bir tespit yapıldıktan sonra, vücuda verilen uyuşturucu maddelerin de -zorla verilmese bile- cebir kapsamında değerlendirileceğine vurgu yapılmıştır[61]. Hatta bir görüşe göre, uyuşturucu madde vermek, hareket edemeyecek şekilde sıkıca tutmak, zorunlu olarak yol değiştirmeyi sonuçlayacak biçimde üzerine araç sürmek gibi davranışlar, mutlak kuvvet olarak cebir kapsamında mütalaa edilmelidir[62].

Eser-Eisele, mağdura uyuşturucu madde verilmesi hallerinde, bunun, mağdurun vücudu üzerinde doğrudan bir etki ortaya çıkarıp çıkarmadığının ayrıca belirlenmesi gerektiğinin, bu hususun somut olay yönünden araştırılmasında zorunluluk bulunduğunun altını çizmiştir[63].

Yargıtayımız da, yağma suçuna ilişkin verdiği kararlarda, bir kimseye uyuşturucu madde verilmesini cebir olarak kabul etmiştir. Nitekim Yarg. 6. CD.'nin

---

[58] **Winkler,** Der Begriff der Gewalt, s.39, 40.

[59] 4. Strafsenat des BGH, 129/51, 05.04.1951 (NJW 1951, s.532); Bu kararın, cebrin gelişiminde İmparatorluk mahkemesinin, fiziksel gücü dikkate alan yaklaşımından, mağdur üzerindeki zorlama etkisine geçişi temsil ettiği hususunda ayrıca bkz. **ARNOLD, Jörg,** Die „neue" Auslegung des Gewaltbegriffs in §240 StGB, JuS 1997, s.290.

[60] **Heghmanns,** Besonderer Teil, kn.589.

[61] Aynı yönde bkz. **Müller,** Gewalt und verwandte Begriffe, s.13; **Röthlein,** Der Gewaltbegriff, s.53; Ayrıca mağdura hipnoz uygulanması yahut narkoz verilmesi de cebirdir (**RENGIER, Rudolf,** Strafrecht Besonderer Teil II (Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit), C.H Beck, München 2014, §23, kn.25)

[62] **Küpper (2001),** Besonderer Teil I, §3, kn.45.

[63] **ESER, Albin – EISELE, Jörg,** Vorb. §§ 234 ff., in Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. neubearbeitete Aufl., C.H.Beck 2014, kn.13a.

verdiği bir kararda[64], *"...oluş ve dosya kapsamına göre sanık ve yakınanın birlikte Ankara'ya geldikleri mola verdikleri sırada sanığın, yakınanın kahvesine uyuşturucu madde koyarak bayılmasını sağlayıp üzerinde bulunan 1.750 TL para ile aracın anahtarını alması şeklinde gerçekleşen eylemin 5237 sayılı TCK'nın 148/1-3 maddesindeki suçu oluşturduğu gözetilmeden..."* denilerek, bu hususa işaret edilmiştir. Karardan açıkça anlaşılacağı üzere Yargıtay, genel olarak mağdurun herhangi bir vasıta ile kendini bilmez duruma getirilmesinin, cebir kapsamında değerlendirileceğine işaret etmektedir. Belirtelim ki bu kabul, TCK m.148/3'te yer verilen *"Mağdurun, herhangi bir vasıta ile kendisini bilmeyecek ve savunamayacak hale getirilmesi de, yağma suçunda cebir sayılır"* ifadesinin sonucudur. Cebir yönünden kanunda yer verilen bu belirlemenin, yalnızca yağma suçuna mahsus olup olmadığı, diğer bir deyişle, genel olarak cebir kavramının içeriğini belirlemede kullanılıp kullanılmayacağı tartışmalıdır. Bu tartışmaya, çalışmamızın üçüncü bölümünde yer vereceğiz.

Avusturya Hukukunda, benzer durumlar cebir olarak kabul edilmekle birlikte, göz yaşartıcı gaz kullanılması *(Tränengas)*, mağdura uyku ilacı verilmesi *(Schlafmittel)* şeklindeki davranışların da, bu çerçevede değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır[65].

Keza İsviçre hukuku bakımından da cebrin, zorlama etkisi olarak algılanması gerektiği ifade edilerek, benzer durumların cebir olarak telakki edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Zira mağdurun vücudu üzerinde ortaya çıkan zorlama etkisinin kaynağı bedensel kuvvet olabileceği gibi, kimyasal birtakım araçların kullanılması da, bu etkiyi doğurmak bakımından uygun kabul edilebilir. Dolayısıyla, mağdurun gözüne göz yaşartıcı gaz sıkılarak bir davranışta bulunmaya zorlanması, cebirdir.

Bununla birlikte İsviçre Yüksek Mahkemesi içtihatlarında, çığlık atmak, gürültü çıkarmak gibi akustik etkilerin de cebir kapsamında değerlendirilmesine

---

[64] Yarg. 6. CD., 17.1.2012, 9428/232.

[65] **FUCHS, Helmut - REINDL KRAUSKOPF, Susanne,** Strafrecht Besonderer Teil I, Delikte gegen den Einzelnen (Leib und leben, Freiheit, Ehre, Privatsphäre, Vermögen), 3. überarbeitete und erweiterte Auflage, Springer Verlag, Wien 2009, s.69.

yönelik bir eğilimin olduğu belirtilmiştir[66]. Ancak bu noktada kanun koyucunun, ne üçüncü kişilere uygulanan cebrin mağdur üzerinde etki doğurmasının, ne de eşyalara karşı uygulanan kuvvetin, diğer birtakım şartlarla cebir kapsamında değerlendirilebileceğine dair açık bir niyet ortaya koymadığının altı çizilmiştir. Dolayısıyla, bunların cebir olarak değil, mağdur üzerinde manevi baskı oluşturması nedeniyle tehdit olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür[67].

Cebrin, mağdur üzerinde oluşan zorlama etkisi olarak kabulü çerçevesinde BGH'nin vermiş olduğu bir diğer kararda ise[68], otoyolda sollama şeridi üzerinde seyreden bir araca, arkadan süratle gelen bir araç tarafından, sol şeridi boşaltması için sürekli selektör yapılması ve tehlikeli olacak şekilde bu aracın, 1-2 metre gibi çok yakın mesafeden uzunca bir süre takip edilmesi de, cebir suçu kapsamında (StGB §240) değerlendirilmiştir. Karara gerekçe olarak mahkeme, *"BGH'nin 1951'de vermiş olduğu prensip kararından itibaren cebrin, mağdurun vücudu üzerinde oluşan zorlama etkisi şeklinde anlaşıldığını, bunun, sinir sistemi fonksiyonlarını da kapsar mahiyette olduğunu, davranışların bu fonksiyonlara dayandığını, dolayısıyla, trafikte seyir halinde olan mağdurun bedensel-manevi fonksiyonları arasında, ortaya koyduğu tepkiler bakımından birbirinden ayrılmaz bir etkileşim olduğunu"* belirtmiştir. *Buchwald*'a göre bu tip durumlarda cebir, arkadan gelen aracın gerçekleştirdiği baskıdan alternatif bir fiziksel davranışla kaçınma imkânının mevcudiyeti dikkate alınarak değerlendirilmelidir[69].

Belirtelim ki, hukukumuzda bu gibi durumlar, trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokma suçu (TCK m.179/2) veya şartları varsa kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçu (TCK m.123) kapsamında değerlendirilmektedir. Nitekim Yargıtay, sanığın yönetimindeki araçla, şehir merkezinde, katılanın idaresindeki aracı bir süre takip etmesi, katılan hızını azalttığında kendisinin de aracın hızını azaltması, katılana selektör yapıp sıkıştırarak yanına geçmesi, katılanın polis merkezinin bulunduğu tarafa dönmesi üzerine takibi bırakması şeklinde gelişen olayda, eylemin

---

[66] **Rehberg-Schmid-Donatsch,** Strafrecht III, s.363, 364.
[67] **Rehberg-Schmid-Donatsch,** Strafrecht III, s.364.
[68] 4. Strafsenat des BGH, 529/63, 4.3.1964 (NJW 1964, s.1426)
[69] **BUCHWALD, Delf,** Die objektive Bindungswirkung der Sitzblockaden-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, DRiZ 1997, s. 522.

TCK m. 123/1'de tanımlanan[70] kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçunu oluşturduğuna karar vermiştir[71].

1.1.4. Cebri, Manevi Zorlamaları da Kapsar Şekilde Geniş Yorumlayan Modern Anlayış

Krey'in cebir kavramının gelişimine dair ortaya koyduğu *üçüncü aşama*, cebri, manevi zorlamaları da içine alacak şekilde geniş yorumlayan yaklaşıma işaret etmektedir. Bu aşama, esasen BGH'nin *"Laepple kararı"* olarak bilinen 8 Ağustos 1969 tarihli kararına[72] dayanmaktadır[73]. Karar, 1966 yılında toplu taşıma fiyat tarifesinde yapılan değişikliğin bir grup öğrenci tarafından –Klaus Laepple liderliğinde- oturma eylemi yapılarak protesto edilmesini konu almaktadır[74]. Mahkemece, öğrencilerin oturma eylemi nedeniyle yol kapatmaları, manevi zorlama olarak kabul edilmiş ve böylece cebrin sınırları genişletilmiştir[75].

Hemen belirtelim ki, Alman Anayasa Mahkemesi (BVerfG) son olarak 1995 yılında verdiği kararla, oturma eylemleri açısından cebir kavramının bu denli geniş yorumlanmasının, toplanma özgürlüğü ve protesto hakkı ile birlikte değerlendirildiğinde Anayasa'ya aykırı olduğunu belirterek, cebrin her türlü zor kullanmayı kapsayacak şekilde geniş yorumlanamayacağına hükmetmiştir. Mahkeme, kanun koyucunun bunun sınırlanması amacıyla Ceza Kanunu'nun 240'ıncı maddesinde cebir ve tehdit kavramlarına yer verdiğini, burada cezalandırma

---

[70] MADDE 123. - (1) Sırf huzur ve sükûnunu bozmak maksadıyla bir kimseye ısrarla; telefon edilmesi, gürültü yapılması ya da aynı maksatla hukuka aykırı başka bir davranışta bulunulması hâlinde, mağdurun şikâyeti üzerine faile üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.

[71] Yarg. 12.CD., 25.10.2011, 5602/3661.

[72] 2. Strafsenat des BGH, 23, s.46 (NJW 1969, s.1770 vd.)

[73] **Arnold,** Die "neue" Auslegung des Gewaltgegriffs, s.290; Cebir kavramının içeriğinin uzun zamandır tartışmalı olduğu, bu tartışmaların, Laepple kararı ile doruk noktasında ulaştığı hususunda bkz. **DINGELDEY, Thomas,** Störung von Vorlesungen, NStZ 1982, s.161.

[74] **OFFENLOCH, Werner,** Erinnerung an das Recht (Der Streit um die Nachrüstung auf den Straßen und vor den Gerichten), Mohr Siebeck, Tübingen 2005, § 5, s. 94; **Wessels-Hettinger,** Besonderer Teil 1, §8, kn. 385; **Heghmanns,** Besonderer Teil, kn.591.

[75] **Sinn,** Die Nötigung (2000), s.154.

bakımından bir boşluğun bulunduğu kanaatine ulaşılması durumunda da, bunun hâkimin yorumuyla değil, kanun koyucu tarafından doldurulması gerektiğini ifade etmiştir[76].

Bu kararın hemen ardından BGH, vermiş olduğu bir kararda[77], trafikte, trafik gerekleri dışında ani fren yaparak diğer araçları durmaya zorlayan sürücünün eylemini cebir olarak nitelendirmiştir. Söz konusu kararda mahkeme, BVerfG'in kararının, yalnızca protesto amaçlı yol kapatmalar kapsamında cebir kavramının geniş yorumlanmasına ilişkin olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca mahkemeye göre, BVerfG'in kararına konu olayda protestocuların yalnızca mevcudiyetleri –otoyolda oturmaları- sürücüler üzerinde manevi bir etki doğurmuş, yargılama konusu olayda ise, bir sürücü, kasten ve zorunluluk olmaksızın fren yaparak diğer sürücüleri durdurmuş ve doğrudan fiziki bir etkide bulunmuştur. Dolayısıyla, bu türden olaylarda cebrin varlığını kabul etmek, BVerfG kararındaki yoruma bir aykırılık teşkil etmeyecektir.

Bu kararı takiben yine BGH tarafından verilen diğer bir kararda ise[78], Augsburg şehrinde bir grup protestocunun yol üzerinde oturma eylemi yaparak trafik sıkışıklığına neden olmasının cebir olarak kabulünün, BVerfG kararında işaret edilen hususlara aykırılık oluşturmayacağı belirtilmiştir. Mahkemeye göre BVerfG'in kararı, cebrin, manevi etkileri içine alacak şekilde geniş yorumlanmasının anayasaya aykırı olduğunun altını çizmekle birlikte, bu türden olayları cebrin kapsamından tamamen çıkarmamaktadır.

---

[76] BVerfG 92/1, 10.01.1995 (NJW 1995, s.1811); *Sinn*, bu kararı, cebir kavramının gelişimi bakımından dördüncü evre olarak kabul etmektedir (**SINN, Arnd,** §240, in Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band IV, 2. Aufl., C.H Beck München 2012, kn.36); Aynı yönde Heger'e göre, trafik işleyişi içerisinde kullanılan cebrin, yol kapatma, otobanda şerit değiştirmeye zorlama amacıyla yahut trafiğin akıcı olmadığı yerlerde (park yerine girme) kullanılması gibi birçok durumu kapsamına alabilecek şekilde değerlendirilmesi mümkünse de, burada ceza hukukunun son çare olduğu ilkesi (ultima ratio) de göz önüne alınmalıdır. Zira haksızlık içeriği ağır olmayan haksızlıkların idari para cezası yahut güvenlik tedbirleri şeklinde yaptırımlarla karşılanması, bu ilkeye uygun olacaktır (**HEGER, Martin,** Die Nötigung im Straßenverkehr, in Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. Märtz 2011, s.159, 169, 170). Buna karşılık doktrinde, cebir kavramının oturma eylemleri bakımından kabul edilemeyeceğinin ifade edilmesi ve aksi kabul halinde cebrin belirsiz bir biçimde uygulama alanının genişlediği şeklindeki yorumların ikna edici olmadığı da belirtilmiştir. Dolayısıyla BVerfG kararı, cebir kavramının 80 yıllık gelişimi dikkate alındığında kabul edilebilir değildir (**SCHOLZ, Rupert,** Sitzblockade und Verfassung - Zur neuen Entscheidung des BVerfG, NStZ 1995, s.417.)

[77] 4. Strafsenat des BGH, 725/94, 30.03.1995 (NJW 1995, s.3131 vd.)

[78] 1. Strafsenat des BGH, 126/95 (NJW 1995, s.2643)

BGH'nin bu yönde verdiği kararlar, BVerfG'in ortaya koyduğu anayasal çizgileri zorlar mahiyette olduğundan, doktrinde; "hayal kırıklığı"[79], "üstü kapalı başkaldırı"[80] gibi ifadelerle eleştiriye uğramıştır[81].

Buna karşılık, BGH'nin kararının sonuç açısından ikna edici olduğu da savunulmuştur. Bu görüşe göre, BVerfG'in kararı, bundan böyle bu tür olayların hiçbir hal ve şartta cebir olarak değerlendirilemeyeceği şeklinde yanlış algılanmıştır. Aslında BVerfG kararında tartışılan husus, oturma eylemlerinin, sürücüler bakımından cebir oluşturup oluşturmadığı değil, cebrin, manevi zorlamaları da içine alacak şekilde geniş yorumlanmasının anayasaya aykırılığıdır. Dolayısıyla, BGH'nin bu duruma işaret ederek verdiği mahkûmiyet kararlarını makul kabul etmek gerekir[82].

Son olarak ifade edelim ki, manevi zorlamaları cebir kapsamında değerlendirirken dahi dikkat edilmesi gereken husus, tehdit oluşturan manevi zorlamaların ayırt edilmesidir. Aşağıda, geniş anlamda cebir başlığı altında yer verilen açıklamalar çerçevesinde ayrıntılı olarak izaha çalıştığımız üzere, bu ayrım yapılırken, manevi zorlamanın geleceğe yönelik olup olmadığı esas alınmaktadır. Diğer bir deyişle manevi zorlama, gelecekte gerçekleştirilecek bir kötülüğün bildirilmesi suretiyle oluşturuluyorsa tehdit, halihazırda gerçekleştiriliyorsa cebir söz konusu olacaktır.

Söz konusu ayrımı daha net ortaya koymak bakımından, B'nin gerçekleştirmek istediği seyahati önlemek isteyen A'nın, B'nin fino cinsi köpeğini zehirlemesi örneğine yer verilmiştir. Söz konusu örnekte A, B'nin, köpeğinin sağlığı için duyduğu endişe ile seyahate çıkmayacağını bilmektedir[83]. Seyahati önlemek için B'ye yönelik doğrudan fiziksel kuvvet kullanılmamakla birlikte, gerçekleştirilen

---

[79] **Sinn (MüKo),** §240, kn.44.

[80] **AMELUNG, Knut,** Nötigung durch Straßenblockade –StGB §240 I-, NStZ 1996, s.230.

[81] BverfG tarafından verilen karar her ne kadar eleştirilebilirse de, bu noktada yapılması gereken, kanun koyucu tarafından cebir suçunun düzenlendiği 240 ıncı maddeye bir hüküm ilave edilerek, oturma eylemleri yönünden de cebrin uygulanabilir olduğunun açıklığa kavuşturulmasıdır (**Scholz,** Sitzblockade und Verfassung, s.417).

[82] **KREY, Volker – JÄGER, Stefan,** Nötigung durch Straßenblockade, NStZ 1995, s.542, 543; Aynı yönde **Arnold,** Die "neue" Auslegung des Gewaltbegriffs, s.292.

[83] **Knodel,** Der Begriff der Gewalt, s. 55.

kötülük, onun seyahat etme yönündeki iradesini etkilediğinden, cebir olarak nitelendirilmelidir. Buna karşılık köpeğin sahibine, seyahate çıkması halinde köpeğinin zarar göreceğinin bildirilmesi ise, gelecekte gerçekleştirilecek bir kötülük ihtiva ettiğinden tehdit olarak kabul edilmelidir.

1.2. Cebrin Mahiyetine İlişkin Temel Görüşler

1.2.1. Genel Olarak

Günümüzde, cebir kavramı bakımından belirleyici özelliğin, fail tarafından bedensel bir kuvvet uygulanmasından ziyade, mağdur üzerinde meydana getirilen zorlama etkisi olduğu kabul edilmektedir. Diğer bir deyişle, zaman içerisinde cebri bedensel kuvvet olarak kabul eden anlayış, bedensel olsun ya da olmasın, uygulanan baskının ortaya çıkardığı zorlama etkisine evrilmiştir.

Bu durum esasa ilişkin üç temel soruyu gündeme getirmektedir;

1) Tarihsel geleneğe göre cebrin varlığı bakımından, bedensellikten, yani bedensel bir kuvvetin uygulanması gerekliliğinden tamamen vazgeçilmeli midir?

2) Bedensel zorlamaya verilecek anlam nedir?[84]

3) Cebir kavramı, zorlamanın bedensel oluşundan sıyrılarak manevi zorlamaları içine alacak şekilde genişletilmeli midir?

Son soruya olumlu yanıt verilmesi halinde dikkat edilmesi gereken husus, manevi zorlamanın cebir kavramı altında mütalaa edilebilmesi için, derhal uygulanması gerektiğidir. Diğer bir ifadeyle, derhal tatbik edilmeyip de gelecekte

[84] Bu soru, özellikle belli bir yönde hareket etmeyi engelleyen, bir yere kapatma veya bir yere girilmesini engelleme yahut oturma eylemleri şeklindeki davranışlar bakımından önem arz etmektedir.

gerçekleştirileceği beyan edilen bir kötülük, cebir değil, tehdit kavramı altında değerlendirilmelidir[85].

Bu izahtan hareketle ve özetle denilebilir ki, yukarıdaki sorulara cevap oluşturacak şekilde cebir kavramına bir anlam yüklenmesi ve bu doğrultuda cebrin içeriğinin belirlenmesi, temelde bu kavramın geniş mi, yoksa dar olarak mı algılanması gerektiği sorusuna verilen cevapla doğru orantılıdır. Bununla birlikte, cebri tanımlama çabalarıyla ortaya koyulan yaklaşımlar, doğası gereği bir yandan bu kavrama yer veren suç tiplerinin (örn. cebir, yağma, konut dokunulmazlığını ihlal) ve suç genel teorisindeki bazı kurumların uygulama alanını doğrudan etkilemiş, diğer yandan da, cebir kavramının mahiyeti bakımından birtakım başkaca ayırımlara tabi tutulmasına imkan sağlamıştır. Bu nedenle biz, cebrin kapsamına dair görüşleri bütüncül bir şekilde geniş ve dar anlamda cebir başlıkları altında değerlendirmeyi uygun görmekteyiz. Bunun dışında kalan diğer bazı görüşler ise, ayrı bir başlık altında incelenecektir.

Cebrin ceza hukukundaki gelişimine genel bakış çerçevesinde izaha çalıştığımız gibi, cebir kavramının gelişimi, onu dar anlamda ve fail tarafından kullanılan fiziksel güç şeklinde ele alan anlayıştan, mağduru belli bir yönde hareket etmeye mecbur kılan, mağdurda zorlama etkisi doğuran her türlü davranış olarak algılayan anlayışa doğru genişler bir mahiyet arz etmektedir. Diğer bir deyişle kronolojik gelişim, dar anlayıştan geniş anlayışa doğru bir seyir takip etmiştir. Ancak bu başlık altında cebir kavramı bakımından yer verdiğimiz ayrımlar, kronolojik gelişimden ziyade, içeriğe ilişkin fikirler nazarı itibara alınarak sınıflandırılmıştır.

[85] **Küper,** Besonderer Teil, s.170.

1.2.2. Geniş Anlamda Cebir

1.2.2.1. Cebri Geniş Yorumlayan Görüşlerin Esası

Tarihsel gelişim içerisinde cebrin varlığı için fiziksel gücün zorunlu bir unsur olarak kabulünden *(faili esas alan anlayış)*, cebri, vücut üzerinde etki eden zorlama şeklinde değerlendiren anlayışa *(mağduru esas alan anlayış)* geçiş, esasen bu kavramın içeriğinin ve tatbik alanının genişlemesi anlamına gelse de, kavramsal olarak en geniş yaklaşım Alman yazar *Knodel* tarafından ortaya koyulmuştur[86]. *Knodel*'e göre cebir, gerek maddi kuvveti, gerekse bunun, mağdurun vücudu üzerindeki maddi etkisini dışarıda bırakacak şekilde, yalnızca zorlama etkisi esas alınarak tanımlanmalıdır. Ayrıca, bu tanım, mutlak ve nispi cebri de kapsamına almakla birlikte, cebir kavramının başta tehdit olmak üzere diğer zorlama vasıtalarından ayrımına işaret etmelidir[87].

Bu çerçevede yazara göre cebir, *"zorlananın rızası olmaksızın, onun mevcut veya gelecekteki muhtemel mukavemetini kırmaya, iradesinin oluşumunu yahut iradi faaliyette bulunma imkanını ortadan kaldırmaya veyahut da güncel bir kötülüğün uygulanması suretiyle iradi karar verebilme olanağını imkansız hale getirmeye elverişli her türlü davranış"* şeklinde tanımlanmalıdır[88].

Knodel'in ortaya koyduğu bu tanım, cebrin kapsamını iki unsuru esas alarak belirlemektedir;

1- Failin, mağdur üzerinde doğrudan fiziki güç kullanıp kullanmamasının, saldırının cezalandırılabilirliği bakımından herhangi bir rolü yoktur. Burada cezalandırılabilir olan, karşı koymayı kıracak şekilde bir baskının tatbik edilmesidir[89].

---

[86] **Harrendorf,** Rückfälligkeit und kriminelle Karrieren von Gewalttätern, s. 13; **Krey,** Was ist Gewalt, kn. 50; **Sinn,** Die Nötigung (2000), s.156.
[87] **Knodel,** Der Begriff der Gewalt, s. 59.
[88] **Knodel,** Der Begriff der Gewalt, s. 59.
[89] **Knodel,** Der Begriff der Gewalt, s. 63.

2- Hâkim görüşe göre halihazırda uygulanan ve fakat beden üzerinde etki doğurmayan zorlamalar, cebir kavramı altında değerlendirilemezler. Bununla birlikte bunlar, geleceğe yönelik olmadıklarından tehdit olarak da nitelenemeyeceklerinden cezasız kalmaları kaçınılmazdır. Bu nedenle, gelecekte gerçekleştirileceği beyan edilen bir kötülük nasıl ki tehdit kapsamında cezalandırılıyorsa, halihazırda uygulanan bir kötülüğün de mağdurun bedeni üzerinde bir etki oluşturması aranmaksızın aynı amaç çerçevesinde ve cebir kavramı altında cezalandırılması gerekir[90].

Görüldüğü gibi *Knodel,* fiziki güç kullanmanın cebrin bir unsuru olduğunu reddederek, fail tarafından gerçekleştirilen davranışın, mağdur üzerinde doğurduğu zorlama etkisini esas almıştır. Ayrıca yazara göre, klasik ve dar yaklaşım nedeniyle cebir ve tehdit arasında ortaya çıkan cezalandırma boşlukları da, zorlayıcı cebri *"halihazırda uygulanan kötülük"* şeklinde tasvir ederek giderilebilir[91].

Bununla birlikte *Knodel,* ortaya koyduğu cebir tanımının, cebrin türleri bakımından da fonksiyonel olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, söz konusu tanım, sistematik bir bakış açısı çerçevesinde cebir kavramını iki kısma ayırmakta olup, bu ayrım, gelişigüzel değil, mutlak ve nispi cebir arasındaki mevcut temel farklılıkların bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır[92]:

1- İradi karar verme ve hareket etme yeteneğini tamamen ortadan kaldıran "mutlak kuvvet/vis absoluta" (failin buna ne şekilde sebebiyet verdiğinin önemi yoktur),

2- Güncel bir kötülüğün uygulanması suretiyle iradi karar verme hürriyetini etkileyen "nispi kuvvet/vis compulsiva".

---

[90] **Knodel,** Der Begriff der Gewalt, s. 54; Knodel, bu kapsamda ev sahibinin, evden çıkmayan kiracısını tahliyeye zorlamak amacıyla evin camlarını ve kapılarını çivilemesini bu duruma örnek olarak göstermekte ve söz konusu davranışı, cebir kapsamında mütalaa etmektedir. Yazara göre, aksi durumda bu davranış cezasız kalacaktır (**Knodel,** Der Begriff der Gewalt, s. 55). Aynı yönde **Küper,** Besonderer Teil, s. 170.

[91] **Knodel,** Der Begriff der Gewalt, s. 58.

[92] **Knodel,** Der Begriff der Gewalt, s. 59, 60.

Knodel'in bu yaklaşımı birçok yazar tarafından benimsenmiştir. *Knodel*'e paralel olarak *Hoffmeister* de, dar anlayışın aksine, -zorlama etkisi doğurması şartıyla- mağdur üzerinde uygulanan her türlü kuvveti cebir kapsamında değerlendirmektedir. *Hoffmeister*, uyuşturucu madde vermek gibi durumlarda da cebrin varlığını kabul etmiş, ihmal suretiyle gerçekleştirilen zorlamaları da, cebir kapsamında ele almıştır[93].

Modern zamanın akılcı yöntemleri karşısında, doğrudan kaba güç uygulamak, bir kimseyi belli bir davranışa zorlamak için artık vazgeçilmez bir unsur olmaktan çıkmıştır. Burada önemli olan, mağdurun irade hürriyeti üzerinde etkili olan[94] zorlama ile elde edilmek istenilen amaçtır. Bu amaç, mutlak kuvvet icrası ile cebirde iradenin kurulmasının, nispi kuvvet icrası ile cebirde ise, mevcut iradeye göre hareket edilmesinin engellenmesi olarak ortaya çıkar. Dolayısıyla, cebrin varlığından söz edilebilmesi için, yalnızca zorlamanın varlığı veya failin zorlayıcı davranışının olası neticelerini öngörmesi yeterli olmayıp, bu zorlamanın failce belli bir amaç doğrultusunda gerçekleştirilmesi ve bu sonucun ortaya çıkması için failin çaba göstermesi gerekir[95].

Cebri, zorlama etkisini yadsımaksızın tanımlayan *Haft* da, güncel bir kötülüğün, zorlama sonucunu almaya yönelik olarak uygulanmasını yeterli görerek[96], cebri geniş anlamda tanımlayan yazarlar arasında yer almaktadır.

Herzberg'e göre de cebir, zorlama etkisi olarak anlaşılmalıdır[97]. Ancak yazara göre, zorlama etkisi doğuran davranış bakımından bir sınırlama getirilmesi gereksizdir. Bu noktada esas alınması gereken kriter, zorlama etkisi doğuracak davranışın reel olması, diğer bir deyişle yalnızca beyandan (tehditten farkı) ve kandırmadan (hileden farkı) ibaret olmamasıdır. Dolayısıyla *Herzberg*, bir kimseyi, sopa ile vurarak veya dayanılmaz derecede gürültü yaparak bir odadan kovmayı;

---

[93] **Hoffmeister,** Der Begriff der Gewalt, s. 33.
[94] **Hoffmeister,** Der Begriff der Gewalt, s. 33.
[95] **Knodel,** Der Begriff der Gewalt, s.62, 63.
[96] **HAFT, Fritjof,** Strafrecht Besonderer Teil II, 8. Aufl., C.H.Beck München, 2005, s.177; Aynı yönde **HORN, Eckhard – WOLTERS, Gereon,** §240, in Systematischer Kommentar, Band IV, 8. neu bearbeitete Aufl., Carl Heymanns Verlag, 2014, Abschnitt 18, kn. 9-10.
[97] **HERZBERG, Rolf Dietrich,** Die nötigende Gewalt (§240 StGB) Probleme der begrifflichen Ein- und Abgrenzung, GA 1997, s.251 vd.

iradesi dışında bir kimseyi havuza itmeyi; bir yol çıkışını kapatmayı; sigara içmeyen bir kimseyi sigara dumanı ile rahatsız ederek bulunduğu yerden uzaklaşmasını sağlamayı; gözlüksüz göremeyen bir sürücünün seyahatini engellemek için gözlüklerini saklamayı, cebir olarak değerlendirmiştir. Çünkü tüm bu örneklerde fail, mağdur üzerinde reel bir zorlama etkisi oluşturmuş, tehdit, kandırma, aldatma gibi bir davranışta bulunmamıştır[98].

1.2.2.2. Cebri Geniş Yorumlayan Görüşlerin Eleştirisi

Bu yaklaşım, çeşitli açılardan tenkide uğramıştır. Bu kapsamda *Knodel*'in, cebri tanımlarken temel aldığı ikinci unsura karşıt olarak bir yandan ceza kanununda, "halihazırda uygulanan", "gelecekte gerçekleştirileceği beyan edilen kötülük" şeklinde bir ayrım yapılmadığı belirtilmiş[99], diğer yandan da, böyle bir ayrımın ceza kanunu sistematiğine aykırı olacağı söylenmiştir. Zira kanunun çeşitli maddelerinde "cebir" ile "cebir uygulanacağından bahisle tehdit" veya "bir kötülük gerçekleştirileceğinden bahisle tehdit" kavramları bir arada kullanılmıştır (StGB § 105/1, 106/1). Dolayısıyla, bunların birbirinden farklı manalara geldiğini kabul etmek gerekir. Sonuç olarak, cebrin tehditten farkının belirlenmesinde, yalnızca, uygulanan kötülüğün aktüel olup olmamasının esas alınması halinde, ceza kanununda yer verilen bu kavramlar arasında bir fark kalmayacağı ileri sürülmüştür[100]. Ayrıca, Knodel'in cebir tanımında esas aldığı ilk unsura muhalif

---

[98] **Herzberg,** Die nötigende Gewalt (§240 StGB), s.251.

[99] Güncel kötülük kriteri, cebri tanımlamak bakımından ikna edici değildir. Kanun koyucu, cebir (§240) ve şantaj (§253) suçlarında ağır bir kötülüğün uygulanmasını, tehdidin bir özelliği olarak kabul etmiş ve cebir ile tehdidi birbirinden ayırmak için bu kavramdan istifade etmiştir. Ancak kanunda tehdidin kötülüğün gelecekte tatbiki, cebrin ise halihazırda bir kötülük gerçekleştirilmesi olarak kabul edileceğine ilişkin kanunda herhangi bir izaha yer verilmemiştir. Dolayısıyla cebir ve tehdit farklı anlamlara sahip olup, kötülüğün gerçekleştirilme biçimleri olarak kabul edilmemiştir (**KINDHÄUSER, Urs,** Strafrecht Besonderer Teil I –Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft-, 6. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2014, §12, kn.16).

[100] **Geilen,** Gewaltbegriff (FS Mayer), s. 445 vd., 459; **HAFFKE, Bernhard,** Gewaltbegriff und Verwerflichkeitsklausel, ZStW Band 84 (1972), s. 66; **WOLTER, Jürgen,** Verfassungskonforme Restriktion und Reform des Nötigungstatbestandes, NStZ 1986, s.245; **RÜPING, Hinrich - KAMP, Hartmut,** Der praktische Fall - Strafrecht: Jugendliche im Bus, JuS 1976, s. 663

olarak, fiziksel gücün, modern bir yaklaşımla bir kenara bırakılamayacağı[101] da belirtilmiştir.

Cebri geniş algılayan fikir, ceza hukukunun, sosyal düzeni olumsuz etkileyen her davranışa mutlaka müdahale etmesi, diğer bir deyişle, bu türden davranışları istisnasız cezalandırmasının kabul edilebilir olmadığı gerekçesiyle de eleştirilmiştir[102]. *Geilen*'e göre aksi kabul, ceza hukukunun enflasyona uğraması manasına gelecektir[103]. *Krey*'e göre ise, bu anlayış, yani iradi karar verme ve iradi hareket edebilme özgürlüğünün istisnasız korunması, zahmete değer bir amaç olmaktan çok, içinden çıkılmaz bir sorun olarak nitelenebilir[104].

Bu türden bir cezalandırma boşluğunun ortadan kaldırılması amaçlanıyorsa, bu, ideal şekilde tasnif edilen dar bir yaklaşımla da gerçekleştirilebilir. Ancak dikkat edilmesi gereken, her halükarda boşluk doldurma görevinin yasa koyucuya ait olduğu ve yargı kararlarıyla bu boşluğun doldurulamayacağıdır[105]. Sonuç olarak, ceza hukukunun son çare olduğu ve her davranışın kanunilik ilkesine aykırılık teşkil eder biçimde kıyasen cezalandırılmaya çalışılmasının, bu esasların ihlali anlamına geleceği dikkate alınmalıdır.

Doktrinde, cebrin geniş olarak yorumlanmasının, cebir ile tehdit arasındaki farkı ortadan kaldırması dolayısıyla, kanunilik ilkesi çerçevesinde kıyas yasağı ve belirlilik ilkesine aykırılık oluşturması yanında, kuvvetler ayrılığı ilkesiyle de bağdaşmadığı belirtilmiştir. Buna göre, cebrin, güncel kötülük olarak kabul edilmesi ve bu kavramın tehditten farkının, kötülüğün güncelliği çerçevesinde izah edilmesi, kanun koyucuya, cebir ile tehdit arasındaki cezalandırma boşluğunu kapatma ve bu yönde ceza kanununda bir düzenleme yapma zorunluluğu yüklemek anlamına gelebilir[106].

---

[101] **Huhn,** Nötigende Gewalt, s.54.
[102] **Krey**, Was ist Gewalt?, kn.192.
[103] **Geilen,** Gewaltbegriff (FS Mayer), s. 445 vd., 453.
[104] **Krey**, Was ist Gewalt?, kn.192
[105] **Rüpping-Kamp,** JuS 1976, s.663.
[106] **Wolter,** Verfassungskonforme Restriktion und Reform des Nötigungstatbestandes, s.245.

Buna karşılık *Eser-Eisele*, herhangi bir kimse üzerinde zorlama oluşturan davranışların cezalandırılması gerektiğini, diğer bir ifade ile cebir ve tehdit arasında cezasız bir alan bırakılamayacağını belirtmiştir. Yazarlar, esasen cebri geniş yorumlayan görüşe taraftar olmakla birlikte, cebir ile tehdit arasındaki cezasızlık alanının, gelişigüzel değil, yasal düzenleme ile kapatılabileceğine işaret etmişler, bunun ise, yalnızca StGB § 240/2 hükmünde yer alan kriter *(verwerflichkeit: toplum tarafından ahlaki ve sosyal olarak kabul görmeme)* çerçevesinde söz konusu olabileceğinin altını çizmişlerdir[107].

Alman doktrininde bir başka görüş ise[108], fiziksel güç tatbikini cebrin unsurlarından biri olarak kabul etmekle birlikte, "güncel kötülük" kavramının, fiziksel gücü karşılamasa da, tamamlayıcı mahiyette kullanılabileceğini öne sürmüş, bu kapsamda cebrin tehditten ayrılmasında ise, *Knodel*'in ortaya koyduğu kriterin kullanılması gerektiğini ifade etmiştir. Dolayısıyla, bir kötülüğün halihazırda tatbiki cebir, gelecekte tatbik edileceğinin bildirilmesi ise tehdit olarak değerlendirilecektir. Bu görüşe göre, güncel kötülüğün tatbiki, yalnızca tamamlayıcı mahiyette ve fiziki güç kriteri ile bağdaştığı ölçüde uygulama alanı bulabileceğinden, fiziksel güç barındırmayan mobbing gibi davranışların, cebir kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir[109].

1.2.2.3. Görüşümüz

Kanımızca *Knodel*'in, fiziksel güç olmaksızın güncel bir kötülüğün tatbikini cebir kavramı altında sınıflandırması yönünden sorun, esasen cezalandırma sahasını genişletme iradesinden ziyade, cebri, fiziksel gücü ve bunun vücut üzerindeki etkisini dışarıda bırakacak şekilde tanımlama gayretiyle, ortaya koyduğu bu tanımın

---

[107] **Eser-Eisele (SS),** Vorb. §§ 234 ff., kn. 11; Alman Ceza Kanunu'nun 140/2 hükmünde bu kriterle ilgili olarak; „Failin ulaşmak istediği amaç için cebir yahut kötülük uygulanacağından bahisle tehdit kullanılması, kabul edilemez ise fiil hukuka aykırıdır" denilmektedir.

[108] **TOEPEL, Friedrich,** §240, in Nomos Kommentar Strafgesetzbuch –Kindhäuser-Neumann-Paeffgen-, 4. Aufl., Nomos Verlag, Baden-Baden 2013, kn.40.

[109] **Toepel-NK- (Kindhäuser-Neumann-Paeffgen),** §240, kn.40.

tehditten ayrılmasındaki güçlükten kaynaklanmaktadır. Cezalandırma alanının genişlemesi, bu gayretin kaçınılmaz bir sonucu olarak kabul edilmelidir. Gerçekten cebir, fiziksel güç ve zorlama etkisinden soyutlanarak, adeta *"iradeyi etkileyen ve mukavemeti kıran bir güç"* şeklinde tasnif edildiğinde, tehdit kavramından ayrılması da güçleşmektedir. Bu durumda, cebri tehditten ayırmaya yarayacak en önemli araç, iradeyi etkileyen gücün aktüelliğidir.

Bu eleştirilere ilave olarak belirtelim ki, *Knodel*'in cebri tanımlarken kullandığı *"gelecekte ortaya çıkması muhtemel mukavemetin kırılması"* şartının[110], cebre örnek olarak zikrettiği bazı durumlar bakımından ne şekilde vücut bulduğunun izahı da güçtür. Örneğin bir şahsa ait aracın deposundaki benzini boşaltarak yahut seyahat biletini ortadan kaldırarak, onun bir yere seyahat etmesinin engellenmesi veya gözleri çok zor gören bir kimsenin gözlüğünün, yaşamının son anlarında vasiyetini yazmasını engellemek amacıyla ortadan kaldırılması da cebir kapsamında değerlendirilmekle birlikte[111], bunların ne tür bir mukavemeti kırmaya elverişli olduğu izaha muhtaçtır. Bu durum, *Knodel*'in ortaya koyduğu tanımda yer alan, *"gelecekte gerçekleşmesi muhtemel mukavemetin kırılması"* şeklindeki tasvir kapsamında değerlendirilebilirse de, kanımızca cebrin uygulama alanının hürriyetler aleyhine, üstelik maddi kuvveti dışlar nitelikteki müphem kavramlarla genişletilmesi, modern ceza hukukunda suç politikasına dair kabul gören, "hürriyetlere itibar edilip, sınırlamaların istisna tutulması" şeklindeki yaklaşımla bağdaşmamaktadır.

Kanaatimize göre, bu türden davranışların -kısmen- hile suretiyle veya cebir dışında başka bir araçla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bağlamında değerlendirilmesi mümkünken, kavramların ve suç tiplerinin birbiri içine sokulması da gereksizdir. Cebrin, mağdurun gelecekte gerçekleştireceği muğlak olan bir davranışı dikkate alınarak tanımlanması, cezalandırma alanının fütursuz biçimde genişletilmesi sonucunu doğurur. Zira vasiyetnamenin yazılmasının engellenmesi

---

[110] *Eser-Eisele* de, yaygın kanaatin aksine, mutlaka halihazırda mevcut olan bir mukavemetin varlığına gerek olmadığını, aksine beklenen, muhtemel mukavemetin kırılmasının yeterli olduğunu belirtmiştir. Yazarlar bu duruma örnek olarak, "bilinci yerinde olmayan mağdurun savunma imkanının ortadan kaldırılmasına yönelik tedbirler alınmasını, keza bir yere kapatmak yahut tokat atarak bayıltmak suretiyle uyuyan bir kimsenin mukavemet imkanının ortadan kaldırılmasını" göstermektedir. **Eser-Eisele (SS),** Vorb. §§ 234 ff., kn.22.

[111] **Knodel,** Der Begriff der Gewalt, s. 48.

amacıyla gözlüğün alınması örneğinde, mağdurun vasiyetnameyi yazmaktan vazgeçmesi olasıdır. Bu durumda gözlüğün alınmasının, olası mukavemetin kırılması kriterinin gerçekleştiğinden bahisle cezalandırılması, hazırlık hareketlerinin cezalandırılması tehlikesini de beraberinde getirir. Bu bakımdan söz konusu fiili, yalnızca hırsızlık suçu bağlamında değerlendirmek daha doğrudur.

Failin, mağdurun mukavemetini kırma iradesiyle hareket etmesinin gerekli olup olmadığı sorusuna, cebri geniş algılayan görüş tarafından olumlu yanıt verilmiştir[112]. Ancak yine, seyahatin engellenmesi amacıyla seyahat kartının; vasiyetnamenin yazılmasını engellemek amacıyla gözlüğün yok edilmesi örneklerinden hareket edildiğinde, ortada mağdur tarafından dış dünyaya yansıtılan bir irade olmadığından, bunun kırılmasına yönelik kastın varlığından da söz etmek mümkün değildir. Bu nedenle söz konusu şartın, cebir bakımından gereksiz ve anlaşılmaz olduğu ifade edilmiştir[113].

Haffke'ye göre, bir kimsenin yola çıkmasını engellemek amacıyla aracının lastiğinin patlatılması durumunda, ortada ne gibi bir mukavemet bulunduğu sorusuna cevap bulmak mümkün değildir[114]. Dolayısıyla, cebrin zorlayıcılık vasfını, mağdurun mukavemetini kırmaya yönelik irade kapsamında açıklamaya çalışmak, bizatihi zorlama fonksiyonunu görmezden gelmektir[115]. Bununla birlikte *Haffke*, verdiği birçok örnek üzerinden Knodel'in formülünü eleştirmiştir. Örneğin kütüphaneye, ev ödevinde kullanmak için bir kitap ödünç almak üzere gelen iki öğrenciden bir tanesi, önce davranarak kitabı alsa, diğerinin iradi hareket kabiliyetini ortadan kaldırmış olacaktır. Bu durumda önce davranan öğrenci, bu davranışı bilinçli olarak gerçekleştirdiğinden, irade unsuru da yerine gelmiş olacak ve bu durumda mutlak kuvvet ile uygulanan cebirden söz etmek gerekecektir. Ancak bu, kabul edilebilir bir sonuç değildir[116]. Diğer bir örneğe göre ise, şehir merkezine büyük bir alışveriş merkezi açmak isteyen X firması, o bölgede bulunan ve aynı işle iştigal eden Y

[112] **Knodel,** Der Begriff der Gewalt, s. 83 vd.
[113] **Haffke,** Gewaltbegriff und Verwerflichkeitsklausel, s. 48; **Huhn,** Nötigende Gewalt, s. 55.
[114] **Haffke,** Gewaltbegriff und Verwerflichkeitsklausel, s. 48.
[115] **Haffke,** Gewaltbegriff und Verwerflichkeitsklausel, s. 48, 49.
[116] **Haffke,** Gewaltbegriff und Verwerflichkeitsklausel, s. 51.

firmasının genişleme imkânını ortadan kaldırıp satışlarını etkileyeceğinden, *Knodel*'in anlayışına göre, Y firmasına karşı cebir kullanmış olacaktır[117].

Cebir teşkil eden davranışlar bakımından mukavemetin kırılması amaç değil, araç konumundadır. Buna karşılık, taksirle gerçekleştirilen zorlamalar cebir olarak kabul edilemeyeceğinden, cebrin mağdurun iradesini kırmaya yönelik olmasının, diğer bir ifade ile belli bir amaca yönelmesinin şart olduğu vurgulanmıştır[118].

1.2.3. Dar Anlamda Cebir

1.2.3.1. Genel Olarak

Dar anlamda cebir, bir kimseye karşı uygulanan ve onu, iradesi hilafına hareket etmeye zorlayan fiziksel güç olarak kabul edilir. Bu anlamda, cebrin, fiziksel ve dinamik bir kavram olarak algılanması gerektiği ifade edilmiştir[119].

Yukarıda belirttiğimiz gibi cebri dar algılayan anlayış, Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin kararlarına dayanmaktadır. Mahkemenin kabulüne göre cebir, hâlihazırda mevcut yahut gerçekleşmesi kesin kabul edilen, beklenen mukavemeti kıracak fiziksel gücün tatbiki olarak tanımlanmıştır[120]. Buradan hareketle cebrin temelde 3 unsurdan oluştuğu ifade edilmiştir[121]: *1) Fiziksel kuvvet, 2) Uygulanan fiziksel kuvvetin mağdurun vücudu üzerinde oluşturduğu etki, 3) Failin, mevcut yahut gerçekleşeceği kesin olarak beklenen mukavemetin kırılmasına yönelik iradesi.*

Belirtmeliyiz ki mahkeme, bazı özel durumlarda, fiziksel gücün uygulanması bakımından farklı yaklaşımlar da geliştirmiştir. Buna göre, bir asilin intiharının

---

[117] **Haffke,** Gewaltbegriff und Verwerflichkeitsklausel, s. 52, 53.
[118] **Röthlein,** Der Gewaltbegriff, s.14, 37 vd.
[119] **Wessels-Hettinger,** Besonderer Teil 1, §8, kn. 384; **Röthlein,** Der Gewaltbegriff, s.12.
[120] RGSt 56, 87, 88 (**EISELE, Jörg,** Strafrecht Besonderer Teil I, 2. überarbeitete Aufl., Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2012, § 240, kn.453; **SWOBODA, Sabine,** Grundwissen-Strafrecht: Der Gewaltbegriff, JuS 2008, s.862; **Zöller,** Der Gewaltbegriff, s.147-148; **Magnus,** Der Gewaltbegriff der Nötigung (§ 240 StGB), s.539); **DREHER, Eduard – TRÖNDLE, Herbert,** Beck'sche Kurz Kommentare Band 10 –Strafgesetzbuch- , 46. neubearbeitete Aufl., C.H Beck, München 1993, §240, kn.6.
[121] **Huhn,** Nötigende Gewalt, s.36.

ardından düzenlenen cenaze kortejinin geçiş yolunun kesilmesi *(Leichenzug-Fall 1911)* veya araç çıkış yolunun kapatılması *(Fuhrwerk-Fall)* halinde, mağdurun bedensel olarak doğrudan doğruya hissettiği fiziksel bir etkinin varlığı yeterli kabul edilmiştir[122]. Diğer bir ifadeyle, mağdurun vücudunda doğrudan etki gösteren fiziksel bir güçten ziyade, dolaylı olarak bu türden bir etkinin meydana gelmesi de, bazı hallerde cebir olarak nitelenebilir. Doktrinde, mahkemenin bu yaklaşımının 1885 tarihinden itibaren belirginleşmeye başladığı, anılan tarihte verilen bir kararda, bir odanın kapısının, içinde bulunan kimseyi bir davranışta bulunmaya, bulunmamaya veya bir davranışa katlanmaya zorlamak amacıyla kapatılmasının da, mahkemece cebir olarak (mutlak kuvvet) kabul edildiği ifade edilmiştir[123].

Avusturya hukukunda da, Avusturya Yüksek Mahkemesi (OGH), cebrin bir unsuru olarak kabul edilen fiziksel güç kullanımından anlaşılması gerekenin, yaralama boyutuna varan davranışlar olmadığını, bununla birlikte failin davranışının, mağdurun fiziksel manada acı çekmesine yol açmasının da zorunlu olmadığını belirtmiştir[124]. Alman hukukunda da durum böyledir. Nitekim *Schroeder*, mağduru, belli bir davranışın gerçekleştirilmesine katlanmaya zorlayan cebirle ilgili olarak, uygulanan cebre tepki vermeksizin sabretmenin yeterli olmadığını, failin başkaca bir davranışına katlanması için mağdura cebir uygulanması gerektiğini ifade etmiştir. Aksi takdirde, cebrin kasten yaralamadan herhangi bir farkı kalmayacaktır. Örneğin failin, mağdurun pantolonunu ve gömleğini indirip onu bir koltuğa yaslanmaya zorlaması halinde, mağdurun katlandığı şey, cebrin kendisidir. Bu durumda, cebir değil, kasten yaralama çerçevesinde bir değerlendirmede bulunmak gerekir. Ancak BGH, bu olayla ilgili olarak mağdurun kasten yaralama çerçevesinde şikâyeti bulunmadığından, hukuki korumayı cebir suçu üzerinden sağlamayı tercih ederek, fiilin cebir suçuna vücut verdiğini kabul etmiştir[125].

---

[122] RGSt 45, 153; DJZ 1923, 372 (**Huhn,** Nötigende Gewalt, s.36, 37; **Krey-Hellmann-Heinrich,** Strafrecht Besonderer Teil 1, kn.379.)

[123] **Scholz,** Sitzblockade und Verfassung, s.419.

[124] **Sautner,** Die Gewalt bei der Nötigung, s.76.

[125] **SCHROEDER, Friedrich Christian,** Die Drei Arten der Nötigung, in Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag, C.F Müller, Heidelberg 2002, s.420, 421.

Alman doktrininde, özellikle geniş anlamda cebir kavramının ortaya atılmasından sonra ve buna tepki olarak gelişen akım, söz konusu kavrama, İmparatorluk Mahkemesi'nin yaklaşımı kadar olmasa da, dar bir mana vermek gerektiğini savunmuştur. Bu yöndeki görüşler, cebri, bir yandan İmparatorluk Mahkemesi'nin ortaya koyduğu anlayış kadar sınırlı algılamaması, öte yandan ise *Knodel*'in cebir tanımı kadar geniş bir bakış açısı ortaya koymaması nedeniyle, "uzlaştırıcı cebir kavramı *(Der vermittelnde Gewaltbegriff)"* çerçevesinde değerlendirilmiştir[126]. Ancak biz, cebri geniş algılayan fikrin karşısında yer alan tüm görüşleri tek bir başlık altında ve dar anlamda cebir çerçevesinde değerlendirmeyi uygun görmekteyiz.

1.2.3.2. Cebri Dar Yorumlayan Görüşlerin Esası

Cebrin sınırlarının dar bir çerçevede çizilmesi ve esasının da buna göre belirlenmesini benimseyen klasik görüşe göre cebir, fail bakımından mutlaka bedeni olmasa da fiziki güç kullanımını, mağdur bakımından ise, söz konusu gücün ortaya çıkardığı etkiyi barındırmalıdır[127].

Bu çerçevede *Träger-Altvater*, geleneksel anlayışa uygun olarak cebri; *"Failin, fiziki güç kullanarak mağdurun mevcut yahut beklenen mukavemetini kırmak suretiyle onu, kendi istediği doğrultuda hareket etmeye zorlaması"* şeklinde tanımlamıştır[128]. Bununla birlikte bu güç kullanımı (vis compulsiva bağlamında), doğrudan doğruya mağdurun vücudu üzerinde etki edecek şekilde söz konusu olabileceği gibi, dolaylı da olabilir. Mağdurun yumruklanarak darp edildiği durumlarda, bu etki doğrudandır. Buna karşılık örneğin failin, arabasını mağdurun üzerine sürerek, onu, başka bir yöne gitmeye zorlaması durumunda, zorlama etkisinin dolaylı olduğu söylenebilir[129]. Keza, araba kullanmayı bilmeyen ve önemli

[126] Bkz. **Sinn,** Die Nötigung (2000), s.159; **Huhn,** Nötigende Gewalt, s.65 vd.
[127] **Rengier,** Besonderer Teil II, §23, kn.23; **Huhn,** Nötigende Gewalt, s.59.
[128] **Träger-Altvater (LK),** §240, kn. 7.
[129] **Träger-Altvater (LK),** §240, kn. 7.

bir seyahate çıkacak olan bir kimsenin şoförünün, bu seyahatin engellenmesi amacıyla dövülmesi de, doğrudan mağdur üzerinde kullanılmasa da, fiziksel bir kuvvet kullanımının, mağdurun hareket kabiliyetini etkilemesi nedeniyle, cebir sayılmıştır[130]. Aynı şekilde bir kimsenin çocuğuna, arabasını park alanından çıkarmasını sağlamak amacıyla tokat atılması da, bu anlamda dolaylı olarak onu, belli bir yönde hareket etmeye zorladığından, cebir olarak kabul edilmelidir[131].

Fiziksel güç kullanımı, fail açısından cebrin varlığı için ayırt edici kriter olarak kabul edilmekle birlikte, mutlaka ağır bir niteliği haiz olması aranmaz. Bu bakımdan failin, küçük bir bebeğin üzerine "oturması" dahi, bu bağlamda cebir olarak nitelendirilebilir. Dolayısıyla, burada önemli olan, failce tatbik edilen gücün yoğunluğundan ziyade, bunun mağdur üzerinde ortaya çıkardığı etkidir[132].

Krey'e göre, mutlak kuvvet bağlamında fiziksel güç kullanımı, dar anlamda cebir anlayışına taraftar olan diğer yazarlara nazaran daha geniş algılanmalıdır. Bu kapsamda, mağdurun aşamayacağı fiziksel bir engel oluşturarak onun hareket kabiliyetini imkânsız hale getirmek yahut onu bağlamak ya da uyuşturmak da, mutlak kuvvet uygulanmak suretiyle cebirdir. Buna karşılık, mağdurun iradesini ağır olmayacak derecede etkileyen güç kullanımlarını, nispi cebir olarak kabul etmek gerekir. Örneğin failin, mağduru sopa ile hırpalayarak, onun direncini kırması, (*mürbe machen*) nispi cebir olarak kabul edilebilir[133].

Arzt-Weber-Heinrich-Hilgendorf da, cebrin çekirdek alanını, beden üzerinde etki gösteren fiziksel kuvvet olarak belirlemiştir. Eşyalara karşı uygulanan fiziksel kuvvet ise, beden üzerinde etki gösterdiği ölçüde söz konusu çekirdek alana dâhil edilebilir. Örneğin soğuk bir havada, bir kimsenin oturduğu evin pencerelerinin sökülmesi, soğuğun içeriye girerek oturanlar üzerinde bedensel bir etki meydana getirmesine sebep olacağından, cebir kapsamında mütalaa edilebilir[134].

---

[130] **BERGERHOFF, Marcus,** Nötigung durch Boykott, Peter Lang, Frankfurt 1998, s.265.
[131] **Haft,** Besonderer Teil II, s.177.
[132] **Träger-Altvater (LK),** §240, kn. 31.
[133] **Krey-Hellmann-Heinrich,** Strafrecht Besonderer Teil Band I, kn. 369.
[134] **ARZT, Gunther – WEBER, Ulrich – HEINRICH, Bernd – HILGENDORF, Eric,** Strafrecht Besonderer Teil (Lehrbuch), 2. Aufl., Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2009, § 240, kn.55; İsviçre hukukunda da bu türden davranışların mağdur üzerinde dolaylı da olsa fiziksel etki doğurması

Bununla birlikte aynı yazarlarca, fiziksel güçten oluşan çekirdek alanın, bazı davranışların cezalandırılması bakımından yetersiz kaldığı, bunun, kavramın kapsamını genişletmek suretiyle giderilmeye çalışıldığı ayrıntılı olarak şu şekilde izah edilmiştir[135]:

1- Vücut üzerinde etki doğurmayan ve daha önceden mağdura bildirilmeyen (tehdit kapsamında değerlendirilemeyecek olan) kötülüklerin icrası, cebir kavramının fiziksel etkinin esas alındığı çekirdek alanına sokulamayacağından, cebir kapsamında mütalaa edilememektedir. Örneğin bir dağıtıcı/toptancı, malların satıcı tarafından yüksek bedellerle satıldığından bahisle, satıcıyla ticari ilişkilerini durdurarak, onu, mallarını daha düşük fiyata satmaya zorlarsa, fiziksel bir zorlama söz konusu olmadığından, bu davranışın cebir olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte bu durum, geleceğe ilişkin bir kötülüğün bildirilmesi kapsamında da (tehdit) değerlendirilemeyeceğinden, cezasız kalacaktır. Bu durum ayrıca, rekabet hukuku bakımından istenmeyen sonuçlar da doğuracaktır. Zira dağıtıcı, aynı gerekçelerle diğer satıcılara da aynı şekilde davranabilecektir.

2- Cebrin fiziksel kuvvet olarak değerlendirildiği çekirdek alan, her ne kadar mağdurun vücudu üzerinde fiziksel bir etki meydana getirse de, zayıf nitelikteki güç kullanımlarını kapsamına almamaktadır. Dolayısıyla, bu türden güç kullanımları cebir kapsamında değerlendirilmediğinden, cezasız kalabilecektir. Bir kimseyi belli bir yerde mahsur kalacak şekilde kilitlemek yahut gürültü çıkararak bir konuşmacının konuşma yapmasına mani olmak gibi durumlar, buna örnek olarak gösterilmiştir[136].

3- Tehdit ile bağlantılı bulunmayan hileli davranışlar da, dar anlamda cebir kapsamında değerlendirilemez. Nitekim kız arkadaşını cinsel ilişkiye ikna etme

---

nedenyile cebir olarak kabul edilebileceği yönünde bkz. **Rehberg-Schmid-Donatsch,** Strafrecht III, s.364.

[135] **Arzt-Weber-Heinrich-Hilgendorf,** Strafrecht Besonderer Teil, § 240, kn.57 vd.

[136] Gerçekten doktrinde, çığlık atarak yahut yüksek sesle şarkı söyleyerek bir toplantıyı bölmek, mağdur üzerinde herhangi bir fiziksel etki ortaya çıkarmadığından, bunların cebir olarak nitelendirilmemesi gerektiği ifade edilmiştir **(Toepel-NK (Kindhäuser-Neumann-Paeffgen),** §240, kn.43). Belirtmek gerekir ki hukukumuzda bu türden davranışların, cebir kapsamında değerlendirilmese de, huzur bozma olarak kabul edilerek TCK m.123 kapsamında cezalandırılmaları mümkündür.

çabaları boşa çıkan bir kimsenin, evleneceği yönünde telkinlerde bulunarak istediği sonuca ulaşması durumunda, fiil, cebir kapsamında nitelendirilemez.

Cebri dar algılayan yazarlardan *Bergmann*, vücut yahut eşya üzerinde uygulanan kuvvetin, cebrin mevcudiyeti bakımından yeterli olduğu hususundaki genel kanaate katılmakla birlikte, söz konusu kuvvetin doğrudan etki göstermesi gerektiğine işaret etmiştir. Buna göre cebir; *"mağdurun vücudu yahut eşya üzerinde doğrudan etki eden ve bunlara temelden zarar veren veya belli bir fonksiyonunu olumsuz etkileyen yahut en azından mağdurun bedensel huzurunu azaltan doğrudan etki"* olarak tanımlanabilir[137].

Bu tanımda dikkat çeken nokta, fiziksel güçten değil, bir etkiden söz ediliyor olmasıdır. Nitekim yazara göre, cebrin varlığı için maddi bir gücün varlığı zaruri olmadığından, cebrin ihmal suretiyle de gerçekleştirilmesi mümkündür. Ancak ceza kanununun 240 ıncı maddesinde düzenlenen cebir suçu yönünden aynı şeyi söylemek mümkün değildir[138]. Bununla birlikte, söz konusu tanımı diğer cebir tanımlarından ayıran diğer bir özellik de, fail tarafından gerçekleştirilen davranışın, belirli bir mukavemeti kırmaya yönelik olmasına açıkça yer vermemiş olmasıdır. *Bergmann'a* göre, cebir ve tehdit zorlama aracı olduğundan, böyle bir ifadeye yer verilmesi gereksizdir[139].

Bergmann, bir yolun protesto amaçlı olarak kapatılması şeklindeki eylemlerde, cebrin varlığını kabul etmemiştir. Zira burada, doğrudan vücut üzerinde yahut vücut fonksiyonları üzerinde bir etki söz konusu değildir. Bu tür durumlarda ancak tehdit söz konusu olabilir. Böylece yazar, geniş anlamda cebir kavramını kabul

---

[137] **Bergmann,** Das Unrecht der Nötigung (§240 StGB), s.123. (Yazara göre cebir kapsamında söz konusu olan etkinin bedenselliği, hürriyete karşı suçların yapısı gereğidir. Zira kişisel gelişim, hem manevi hem de bedensel yönden söz konusu olur. Manevi gelişimin korunması tehdidin, fiziksel-bedensel gelişimin korunması ise cebrin yasaklanması ile sağlanmaktadır (**Bergmann,** Das Unrecht der Nötigung (§240 StGB), s.123, dn.219). Böylece yazar, tehdit ile cebir arasındaki farkı, korunan hukuki değerin nicelik yönünden ayrımına işaret ederek ortaya koymuştur.

[138] **Bergmann,** Das Unrecht der Nötigung (§240 StGB), s.124; Fail bakımından mevcut bir garantörsel yükümlülüğün ihlalinin de cebir kapsamında değerlendirilebileceği hususunda bkz. **Bergerhoff,** Nötigung durch Boykott, s.280.

[139] **Bergmann,** Das Unrecht der Nötigung (§240 StGB), s.127.

eden görüşe karşı olarak, mevcut bir kötülüğün uygulanmasını, cebrin varlığını kabul etmek bakımından yeterli görmemiştir[140].

Benzer görüş, Avusturya hukukunda da savunulmuştur. Buna göre, örneğin bir cadde üzerine, ulaşımın engellenmesi amacıyla oturulması durumunda, fiziki bir güç tatbiki söz konusu değildir. Burada aksine, failin fiziki güç uygulamaktan imtina etmesi mevzu bahistir. Bu nedenle pasif davranışları, kural olarak cebir kapsamında değerlendirmek mümkün değildir[141]. Bu görüş, fiziki güç uygulamanın cebrin karakteristik özelliği olduğu şeklindeki kabulün bir sonucu olarak değerlendirilebilir[142].

Buna karşılık OGH, 28.03.1996 tarih ve 15 Os 5/96 sayılı kararında[143], özellikle ağır ve büyük tonajlı araçların, otoyolu engellemek amacıyla aniden durmaları yahut yavaşlamaları, yolda seyreden diğer araç sürücülerinin can ve malvarlığına ilişkin haklarını ihlal ederek, onları, fiziksel olarak durmaya zorlayacağından, bu durumun cebir olarak kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Mahkemeye göre, bu tür durumlarda pasif bir davranış değil, bilakis aktif bir cebir söz konusudur.

Schmidhäuser'e göre de, cebri dar yorumlamak gerekir. Yazara göre cebir, mağdurun bedeni üzerinde gerçekleşen fiziksel etki olarak anlaşılmalıdır[144]. Bu nedenle cebir, iradeyi ortadan kaldıran ve vücudun doğrudan dış etki ile hareket etmesini sağlayan kuvvet (vis absoluta) olarak veya mağdurun vücudu üzerinde etkide ederek iradesini zorlayan güç (vis compulsiva) olarak iki şekilde ortaya çıkabilir[145]. Bu görüş, mağdurun vücudu üzerinde fiziksel etki oluşmasını aradığından; alıkoyma *(Einsperren)*, protesto amaçlı yol kapatma eylemleri *(Sitzblockaden)*, otoyolda sollama-şerit değiştirmeye zorlama (*Erzwingung zum*

---

[140] **Bergmann,** Das Unrecht der Nötigung (§240 StGB), s.126.

[141] Bir yolun kapatılması bakımından harekete devam edebilme özgürlüğü, mağdur üzerindeki zorlama etkisi bakımından dar yorumlanmalıdır. Bu nedenle kişi sayısı, ancak engelin varlığını sağlayacak ağırlığa ulaşmışsa cebrin varlığı kabul edilebilir (**Bergerhoff,** Nötigung durch Boykott, s.275 vd.)

[142] **Fuchs-Reindl Krauskopf,** Besonderer Teil I, s.69.

[143] Bundeskanzleramt Rechtsinformationssystem (www.ris.bka.gv.at)

[144] **SCHMIDHÄUSER, Eberhard**, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl., Tübingen 1984, 4/4.

[145] **Schmidhäuser**, Besonderer Teil, 4/15.

Überholen) şeklindeki davranışları, cebir kapsamında kabul etmemektedir[146]. Aynı sonuca, bu tür davranışların esasen maddi değil, mağdur üzerinde açıkça manevi bir etki doğurduğu, cebrin ise, yalnızca fiziksel zorlamaları (mağdur yönünden) kapsamına aldığı gerekçesiyle ulaşan yazarlar da vardır[147].

Diğer bir deyişle, psikosomatik etki doğuran[148] zorlamalar, bedensel zorlama kavramı kapsamında değerlendirilemeyeceğinden, cebir değildir[149]. *"Mağdurun vücudu üzerinde fiziksel etki doğurma"* şartı, bir davranışın cebir olarak kabul edilmesi bakımından yeterli olmamalıdır. Kanımızca, bunun için ayrıca failin, mağduru, belirli bir davranışa zorlama kastıyla hareket etmesi şart ve gereklidir. Zira söz konusu irade unsuru, cebrin, özellikle doğrudan vücuda yönelen fiziksel kuvvet kapsamında kasten yaralamadan ayrılması bakımından belirleyicidir[150].

Avusturya hukukunda da, cebrin, *"mağdur üzerinde, onun iradesini ortadan kaldıracak yahut belli bir yöne sevk edecek etki doğması"* olarak kabul edilebileceği belirtilmiştir[151]. Tanımdan anlaşılacağı üzere, cebrin, fiziksel kuvvet uygulama unsuru belirsizleşmiş, bunun yerine, mağdur üzerinde oluşan fiziksel etkilerin belirleyici olduğuna işaret edilmiştir. Bununla birlikte, bu görüşe göre, mağdur üzerinde oluşan etkinin mutlaka doğrudan hissedilebilir olması gerekir. Ancak failin hangi aracı kullandığının ise, önemi yoktur[152].

---

[146] **Schmidhäuser**, Besonderer Teil, 4/15.

[147] **BERTEL, Christian – SCHWAIGHOFER, Klaus,** Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil I, Sechste neubearbeitete Aufl., Springer, Wien 2000, §105, kn.3; **Blei,** Zum strafrechtlichen Gewaltbegriff, s. 586.

[148] Ruhsal-manevi bir takım sebeplerin, fiziksel hastalıklara yol açması şeklinde tanımlanan bu duruma, anne sevgisinden mahrum kalan bir çocuğun egzama hastalığına yakalanması örnek olarak gösterilmiştir (**WOLMAN, Benjamin B.,** Psychosomatic Disorders, 1st Edit., Springer U.S. 1988, s.5)

[149] **Bergerhoff,** Nötigung durch Boykott, s.276.

[150] **Haft,** Besonderer Teil II, s.177.

[151] **Sautner,** Die Gewalt bei der Nötigung, s.163.

[152] **Sautner,** Die Gewalt bei der Nötigung, s.144.

1.3. Cebri Değişik Açılardan Tasnife Tabi Tutan Diğer Görüşler

Daha önce belirttiğimiz gibi, cebir kavramının kapsamı, temel olarak bu kavrama yüklenen anlamın, onun tatbik alanını genişletmesi yahut daraltmasına matuf olarak, geniş ve dar anlamda cebir başlıkları altında toplanarak belirlenebilir. Bununla birlikte, cebrin, farklı yaklaşımlar geliştiren başkaca görüşlerin varlığı dikkate alınarak değişik ayrımlara tabi tutulması da söz konusu olabilir. Konuya bütüncül bir yaklaşım kazandırmak adına, aşağıda, bu görüşlerden bazılarına yer vereceğiz.

1.3.1. Normatif Anlamda Cebir

Cebrin normatif olarak ne anlama geldiği, yöneldiği hak ve özgürlüklerin dikkate alınmasıyla belirlenir. Buna göre, cebir, kişi hakkını ihlale yönelen davranışlardan biri olarak kabul edilmiş, söz konusu hakkın tespitinde ise, cebir suçunun sahip olduğu fonksiyonun dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir[153]. Böylece bu tanım içerisine, tehdit ve hile teşkil eden davranışlar da dahil edilmiş olmaktadır. Bunların cebirden ayrımı ise, güç kullanımı ve esasen mağdur üzerinde ortaya çıkan zorlama etkisi dikkate alınarak yapılmalıdır[154]. Bununla birlikte, zorlama etkisi, cebrin tanımlanması bakımından tüm sorunları çözen tılsımlı bir kavram olarak algılanmamalıdır. Zira bu kavrama sübjektif açıdan yaklaşıldığında, mağduru, belli bir davranışa zorlayan korku gibi dürtüler de zorlama etkisine dahil edilmek durumundadır. Ancak bu, cebrin haksızlık içeriğini temellendirmek noktasında yetersizdir[155].

---

[153] **JAKOBS, Günther,** Nötigung durch Gewalt, in Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, Walter de Gruyter, Berlin 1986, s.795.

[154] **JAKOBS, Günther,** Materielle Vollendung bei Verletzungsdelikten gegen die Person - Zugleich ein Beitrag zur Verallgemeinerung des Besonderen Teils, in Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, Walter de Gruyter, Berlin 2001, s.793 vd.

[155] **Jakobs,** Nötigung durch Gewalt (Kaufmann FS), s.797.

Dolayısıyla, bu görüşe göre, cebri tanımlamaya yarayan zorlama etkisini normatif manada algılamak gerekmektedir. Kural olarak bir hukuk normunda, hukuk düzenince korunan hakkın tanımı yapılmaksızın, buna yönelik saldırıların yaptırım altına alınması söz konusudur. Bu çerçevede, cebir kapsamında cezalandırılan, mağdurun vücut bütünlüğüne yönelik bir saldırı gerçekleştirilmesi yahut hareket kabiliyetinin ortadan kaldırılması değil, mağdurun, davranışlarını yönlendirip organize etme yönündeki hakkının ihlal edilmesidir[156]. Dolayısıyla maddi davranışlar, sonuç değil, hak ihlali bakımından araçtır.

v. Heintschel Heinegg de, *Jakobs*'tan esinlenerek[157] ortaya koymuş olduğu yaklaşımla cebri; *"irade oluşturma veya iradeyi yönlendirme yeteneğini ortadan kaldırmaya elverişli olan zorlamalar veya iradeyi kullanılamaz hale getiren yahut da vücut dokunulmazlığını doğrudan ihlal ederek, hukuken garanti altına alınmış başka türlü hareket imkanını engelleyen saldırılar"* şeklinde tanımlamıştır[158]. Bu kapsamda yazar, tarihi, mantıksal-sistematik yahut klasik cebir yaklaşımlarının tatmin edici bir tanım ortaya koymak noktasında yeterli olmadığını, cebrin tanımlanmasında amaçsal yorumdan yararlanılması gerektiğini ifade etmiştir[159].

Cebri, bireysel hareket etme yeteneğini ortadan kaldıran ve bu özelliği sayesinde suçun haksızlık içeriğini sınırlayan bir kavram olarak kabul eden[160] Jakobs'un öğrencisi *Timpe* de, aynı anlayıştan yola çıkarak bu kavramın; "hukuken korunan bir hürriyetin ihlali" olarak tanımlanması gerektiğini söylemiştir[161]. Yazara göre, birey, toplumun bütününü yansıtan bir parçadır. Bu nedenle de cebir, mağdurun bedensel olarak hissettiği bir saldırı olarak, ceza kanununda çeşitli biçimlerde yaptırım altına alınmıştır[162]. Dolayısıyla, cebir, yalnızca mağdurun bireysel hürriyetlerine yönelik değildir. Daha açık bir deyişle fail, toplumun bir parçası olan mağdurun bedensel bütünlüğünü ihlal ederek veya fiziksel hareket kabiliyetini

[156] **Jakobs,** Nötigung durch Gewalt (Kaufmann FS), s.801.
[157] **Bergmann,** Das Unrecht der Nötigung, s.115.
[158] **v. Heintschel Heinegg,** Die Gewalt als Nötigungsmittel, s.236.
[159] **v. Heintschel Heinegg,** Die Gewalt als Nötigungsmittel, s.235.
[160] **TIMPE, Gerhard,** Die Nötigung, Duncker&Humblot, Berlin 1989, s.49.
[161] **Timpe,** Die Nötigung, s.86.
[162] **Timpe,** Die Nötigung, s.184.

doğrudan yahut malvarlığı değerlerini ihlal etmek suretiyle[163] ortadan kaldırarak, topluma yönelik olarak da bir suç işlemiş olur[164].

Ancak burada can alıcı olan husus, yazarın, cebrin tanımında kullandığı hürriyet kavramının yorumlanması bakımından ortaya koyduğu yaklaşımdır. Buna göre, hürriyetin belirlenmesinde, yalnızca mağdurun sahip olduğu ve ceza hukuku tarafından güvence altına alınan hürriyetler değil, mağdura hukuk düzenince tanınmış tüm hürriyetler esas alınmalıdır. Bununla anlaşılması gereken, hukuka uygunluk alanında kaybolan birtakım özgürlüklerdir. Örneğin failin, mağduru belli bir davranışta bulunmaya zorlaması, fakat hukuk düzenince mağdura, o davranışı gerçekleştirme yükümü yüklenmesi durumunda, söz konusu davranışın yerine getirilmesi, cebrin bir sonucu olarak yorumlanamayacaktır. Mağdurun belirli bir olay karşısında hareketsiz kalmaya zorlanması halinde de, aynı durum geçerlidir.

Bu bağlamda akla gelen soru, mağdurun bir davranışta bulunma hususunda hukuksal bir yükümlülük altında olmasına rağmen, iradesini, yükümlülük nedeniyle değil, cebir nedeniyle o davranışta bulunmaya yönlendirmesi halinde nasıl hareket edileceğidir. Örneğin denizde boğulmakta olan çocuğuna, hukuki yükümlülüğe rağmen bilerek yardım etmeyen bir baba, bir başkası tarafından fiziksel güç kullanılarak yardıma zorlansa, bu fiziksel zor kullanmanın cebir olarak kabul edilmesi mümkün değil midir? Cebirden söz edilebilmesi için mağdurun irade hürriyetinin hukukça sınırlanmamış saf bir irade olması zorunlu mudur?

Bu görüşe göre, hürriyet kavramının, *hukuken garanti altına alınmış olan hürriyetler* olarak anlaşılması gerekir[165]. Diğer bir deyişle, hukukun sınırlamaya tabi

---

[163] Bu ifadenin, mağdurun hareketine olanak sağlayan tekerlekli sandalye, araba gibi malvarlığı değerlerinin ihlali aracılığıyla, iradi hareket etme yeteneğine zarar verilmesi örneğine benzer şekilde anlaşılması gerekir.

[164] **Timpe,** Die Nötigung, s.184; Bu kapsamda, barış esasına dayalı değerler toplumunun varlığını devam ettirmesinin, toplumu oluşturan insanların davranış normlarının icaplarına uygun hareket etmesine bağlı olduğu, insanlar arasındaki ilişkileri düzenleyen ceza hukuku kurallarının da bu düzenin sağlanması ve korunmasına hizmet ettiği ifade edilmiştir (**Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.2 vd.; **ÖZGENÇ, İzzet,** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara 2014, s.33). Böylece bu düzene aykırılık oluşturacak davranışta bulunarak suç işleyen kişi, toplumu oluşturan bireylerin tamamının menfaatine aykırı hareket etmiş olmaktadır.

[165] Aynı yönde bkz. **Horn-Wolters (SK),** §240, kn.10.

tuttuğu bir özgürlük, cebir yoluyla kısıtlanamaz[166]. Örneğin bir kimsenin kendisini öldürmeye zorlanması durumunda, cebrin varlığı kabul edilmelidir. Zira yaşam hakkı, hukukça istisnasız olarak garanti altına alınmış olan bir haktır[167]. Dolayısıyla, bu görüşe göre yukarıdaki örnekte baba, çocuğuna yardım etme hususunda hukuki bir yükümlülük altında olduğundan, hareketsiz kalma özgürlüğüne sahip olduğu söylenemez. Diğer bir deyişle, babanın boğulan çocuğuna yardım etmemesi, iradesini yardım etmeme yönünde kullanması, hukuken garanti altına alınmış bir hürriyet olarak tanımlanamaz. Bu nedenle, babayı, oğluna yardıma zorlayan kişinin davranışı da, cebir olarak kabul edilemez.

Mağdurun belli bir davranışta bulunmak konusunda hukuki yükümlülük altında olup olmadığı, genel geçer bir kurala tabi tutularak belirlenemez. Burada, somut olayın özelliklerine göre bir değerlendirmede bulunmak gerekir. Söz gelimi, oturma eylemi ile yol kesme olaylarında, kapatılan yol nedeniyle ilerleyemeyen sürücülerin cebre maruz kalıp kalmadıkları, gösteri ve protestoların sınırlarını belirleyen hukuk kurallarına göre belirlenmelidir. Dolayısıyla, yola devam edemeyen sürücüler, gösteri hakkını düzenleyen kurallara göre gösterilere katlanmak yükümü altındaysa, eylemcilerin yol kesmelerini cebir olarak değerlendirmek mümkün olmayacaktır[168].

İfade edelim ki, korunan hukuki değer, bir suç tipinde tanımlanan haksızlığın belirlenmesi ve suçu oluşturan davranışların sınırlarının çizilmesi bakımından dikkate alınabilir. Ceza kanunlarının, belirli hukuki değerleri koruma amacını güttükleri kabulünden hareketle ve özellikle 20'nci yüzyılın başlarından itibaren, söz konusu değerlerin, ceza kanunlarının özel kısımlarında düzenlenen suç tiplerinin tasnifinde kullanılması gerektiği ileri sürülmüştür[169]. Modern ceza hukuku sistemlerinde de kabul edilen anlayış budur. Bu bakımdan, söz konusu değerlerin, suçların yorumlanmasında kullanılması da doğaldır. Söz gelimi, güveni kötüye

---

[166] Bununla birlikte bu görüş bakımından *Kindhäuser*, izin verilen cebir şeklinde bir kavramın varlığından söz etmenin mümkün olmadığını haklı olarak ifade etmiştir (**KINDHÄUSER, Urs,** Strafgesetzbuch Lehr- und Praxiskommentar, Nomos, Baden-Baden 2010, Vorb. §232-142 a, kn.13).

[167] **Timpe,** Die Nötigung, s.184, 185.

[168] ***v.* Heintschel Heinegg,** Die Gewalt als Nötigungsmittel, s.245.

[169] Bu konudaki ayrıntılı görüşler için bkz. **TOROSLU, Nevzat,** Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Sevinç Matbaası, Ankara 1970, s.72 vd.

kullanma suçunda, belli bir hukuki ilişki çerçevesinde faile teslim edilen malın, fail tarafından bir başkasına satılması durumunda, suçun, satım sözleşmesinin kurulmasıyla mı, yoksa malın alıcıya teslim edildiği anda mı işlenmiş olacağı belirlenirken, suçla korunan hukuki değer dikkate alınabilir. Nitekim bu örnekte, söz konusu suç tipiyle korunan hukuki değerlerden birisinin de güven ilişkisi olduğu kabulüyle, suçun oluşma anının satım sözleşmesinin kurulduğu an olarak belirlenmesi gerektiği ileri sürülmüştür[170]. Keza Alman hukukunda da, hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk hali (StGB §34) kapsamında hukuki değerlerin tartımı yapılırken, normun içeriğine ilişkin bir yorumdan hareket edilmektedir[171].

Korunan hukuki değer, bir davranışın tipikliği ile ilgili belirlemede yorum aracı olarak kullanılabilirse de[172], yalnızca hukuki değerden hareketle bir sonuca varmak mümkün değildir. Zira ceza hukuku, yalnızca belirli hukuki değerleri koruma altına aldığı gibi, hukuki değerlerin, her durumda ve her tür saldırıya karşı korunmasından da söz edilemez. Buna, ceza hukukunda hukuki değer korumasının ikame ediciliği/ikincilliği (*Subsidiarität des Rechtsgüterschutzes*) adı verilmektedir[173]. Örneğin irtikâp suçunda kanun koyucu, korunan hukuki değerin icbar, ikna yahut hatadan yararlanmak suretiyle ihlalini tipik kabul ederek, bunların dışındaki davranışları –görevi kötüye kullanma suçu saklı olmakla- değerlendirme dışı bırakmıştır. Cebir bakımından da, irade hürriyetinin korunduğu dikkate alındığında, cebrin kapsamını temel olarak korunan hukuki değerden hareketle belirlemek, bu kavramın özellikle aynı hukuki değerlere saldırı oluşturan tehdit ve hile kavramlarından ayrılmasında güçlüklere neden olacaktır.

Bununla birlikte, cebrin varlığı noktasındaki belirlemede, mağdurun, cebre konu davranışı gerçekleştirmek şeklinde hukuksal bir yükümlülük altında olup olmadığının dikkate alınması, meselenin hukuka aykırılık sahasıyla iç içe girmesine de sebep olur. Zira bu konu, failin somut olayda bir hukuka uygunluk sebebinin var

---

[170] **CANPOLAT, Can,** Güveni Kötüye Kullanma Suçu, Marmara Üniversitesi SBE, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009, s.47 vd.

[171] **Huhn,** Nötigende Gewalt, s.19.

[172] **DÖNMEZER, Sulhi – ERMAN, Sahir,** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.I, Yeniden Gözden Geçirilmiş 9. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1985, kn.471.

[173] **ROXIN, Claus,** Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I -Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre-, 4., vollständig neu bearbeitete Aufl., C.H Beck München 2006, §2-K, kn.97 vd.

olduğunu bilip bilmemesine göre, hata hükümleri çerçevesinde çözülebilir. Sonuç olarak böyle bir yaklaşım, tipiklik ile hukuka aykırılığın birbirine karışması[174] ve bunlar arasındaki ayrımın adeta ortadan kalkmasına sebebiyet verebilir.

Bu görüş, cebrin sınırlarının belirlenmesinden ziyade, sınırlarını genişlettiği gerekçesiyle de eleştiriye uğramıştır. Örneğin bir borç ilişkisinde alacaklının, borçlusunu, ödeme yapmaya sopayla döverek zorlaması durumunda, ödeme yapmak borçlu açısından hukuki bir yükümlülük olduğu için, bu görüşe göre alacaklının davranışını cebir olarak kabul etmek mümkün olmayacaktır[175].

1.3.2. Fonksiyonel Anlamda Cebir

Normatif cebir kavramının karşısında yer alan bir düşünce olarak cebrin, fonksiyonel olarak algılanması gerektiği, yargı kararlarında ve doktrinde yapılan cebir tanımları incelendiğinde, bu kavrama normatif bir anlam yüklemenin mümkün olmadığı belirtilmiştir.

Bu görüşü ileri süren *Kindhäuser'e* göre, irade özgürlüğüne saldırı teşkil eden davranışlarla işlenen suçların her biri yönünden ayrı bir değerlendirme yapılması gerekir. Bu nedenle, bu tür suçların tamamını kapsayacak genel geçer bir izah yapılamaz[176]. Ayrıca yazara göre, cebri, irade özgürlüğüne karşı işlenen diğer suçlardan ayırmaya yarayan kavramın zorlama etkisi (*Zwangswirkung*) olduğu, ne yargı kararlarında ciddi bir biçimde kabul edilmiştir, ne de bu kavram, bu amaca uygun bir nitelik arz etmektedir. Diğer bir deyişle cebri tanımlamada, zorlama etkisinin belirleyici olduğu söylenemez[177]. Sonuç olarak dikkate alınması gereken husus, cebrin ceza kanununda düzenlenişi itibarıyla sahip olduğu fonksiyondur. Cebir, tehdit ve hile yanında, ayrı bir uygulama alanına sahip olmalıdır. Bu da, gerçekleştirilen davranışın, mağdur üzerinde bedensel bir etki doğurup doğurmadığı

[174] Benzer görüş için bkz. **Bergmann,** Das Unrecht der Nötigung, s.115.
[175] **Herzberg,** Die nötigende Gewalt (§240 StGB), s.254.
[176] **Kindhäuser**, Besonderer Teil I, §12, kn.19.
[177] **Kindhäuser**, Besonderer Teil I, §12, kn.19.

ile belirlenebilir. Başka bir ifade ile cebrin, tehdit ve hileden ayrılmasında kullanılması gereken ve ona ayırt edici özelliğini kazandıran kriter, mağdurun vücudu üzerinde oluşan etkidir (*körperliche Einwirkung*). Cebir teşkil eden davranış, mağdur üzerinde bedensel bir etki doğurarak, onun bedensel hareket özgürlüğünü sınırlar yahut tamamen ortadan kaldırır. Hile ve tehditte ise, gerçekleştirilen davranışın mağdur üzerinde doğurduğu etki, tamamen psikolojiktir[178].

Kindhäuser, zorlama etkisini, cebri belirleyen özelliklerin dışında bırakarak, herhangi bir zorlama etkisi barındırmayan kasten öldürme (§212), kasten yaralama (§223), mala zarar verme (§303) suçlarının, cebir tatbikini barındıran tipik suçlardan olduğuna işaret etmiştir[179].

Belirtmek gerekir ki, kasten yaralama teşkil eden fiiller, bir davranışta bulunmaya, bulunmamaya ya da bir davranışa katlanmaya zorlama içerdiği ölçüde cebir suçunu oluşturur. Hatta cebri, fiziksel güç kullanma şeklinde yorumlayan klasik görüşler çerçevesinde, vücuda acı verecek nitelikteki kasten yaralama fiillerinin, cebrin çekirdeğini oluşturduğu söylenebilir.

1.3.3. Agresif Anlamda Cebir

Bu tasnif, cebrin agresif bir davranış olarak tanımlanmasına dayanmakta olup, esasen, yol kapatma eylemlerinin cebir olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği açısından bir kıstas tayin etme çabalarının bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır.

Bu görüşü savunan yazarlardan *Ott*, toplanma özgürlüğünü tanıyan hukuk kurallarının, ceza hukukunda yasaklanan bir davranışın gerçekleştirilmesine imkân tanımadığını ifade etmiştir. Dolayısıyla, eylem sırasında, ceza normunun yasakladığı şekilde bir davranışın gerçekleştirilmesi durumunda, artık toplanma özgürlüğünden

[178] **Kindhäuser**, Besonderer Teil I, §12, kn.20; Aynı yönde **Winkler,** Der Begriff der Gewalt, s.14.
[179] **Kindhäuser**, Besonderer Teil I, §12, kn.21.

söz edilmesi mümkün değildir[180]. Ancak bu tür eylemlerin cebir kapsamında cezalandırılabilmesi için, agresif bir mahiyet arz etmesi, yola devam etmek isteyenlerin bir direnişle karşılaşmaları gerekir. Bu nedenle, yalnızca pasif bir bulunma halinin, cebir olarak değerlendirilmesi mümkün değildir[181].

BGH de Laepple kararında[182], sürücünün, yola devam etmesi durumunda protestocunun ölümüne sebebiyet vereceği şekilde, diğer bir ifade ile şoför üzerinde mukavemet edilemez bir zorlama oluşturarak oturma eylemi yapılmasını, cebir olarak kabul etmiştir. Mahkeme, söz konusu kararda ayrıca, eylemin, yol kesme amacı doğrultusunda ve bunu açıkça ortaya koyar biçimde gerçekleştirildiğini belirterek, bu tür durumlarda eylemci sayısının artmasının, şoför üzerinde ortaya çıkan zorlama etkisini artıracağına da işaret etmiştir.

Yukarıdaki izahtan açıkça anlaşıldığı üzere bu görüş, mağdur üzerinde bedensel etki oluşturmayan psikolojik zorlamaları cebir olarak kabul etmemektedir.

Cebri, agresif, dinamik bir kavram olarak kabul eden yazarlardan *Paeffgen* ise, zorlama etkisinin, cebir suçu bağlamında (§240) ve madde başlığından (*Nötigung*) doğal olarak anlaşıldığını, bu nedenle cebir kavramı açısından belirleyici olanın zorlama etkisinden ziyade[183], fiziki bir güç kullanımı olduğunu ifade etmiştir[184]. Cebirde, ölçütü zorlama etkisi olarak belirleyen anlayış, üçüncü kişiler yahut eşyalara yönelik davranışların da, mağdur üzerinde zorlama etkisi

---

[180] **OTT, Sieghart,** Rechtsprobleme bei der Auflösung einer Versammlung in Form eines Sitzstreiks, NJW 1985, s.2386.

[181] **Ott,** Sitzstreiks, s.2386; Pasif olarak bir yerde bulunma halinin cezalandırma bakımından yeterli olmadığı görüşünün dayanağı, ceza hukukunun hukuki değerleri koruma amacına son çare olarak hizmet etmesinden, diğer bir deyişle ultima ratio ilkesinden kaynaklanmaktadır (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Heger,** Die Nötigung im Straßenverkehr (Klaus Geppert Festschrift), s.162.); Bununla birlikte pasif olarak bir yerde bulunma halinin cebir olarak kabul edilmesi, bu kavramın belirlilik ilkesine aykırı olarak geniş yorumlanması tehlikesini de beraberinde getirir (**MARXEN, Klaus,** Kompaktkurs Strafrecht Besonderer Teil, C.H. Beck München, 2004, s.126.)

[182] 4. Strafsenat des BGH, 23/46 -Passive Resistenz gegenüber dem Straßenbahnverkehr, 08.08.1969- (NJW 1969, s.1770 vd).

[183] Cebir suçunun düzenlendiği §240 hükmüne göre bu suçun oluşmasını sağlayan araçlar cebir ve tehdit olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla zorlama, madde başlığı altında sayılan araçlardan hem cebir hem de tehdit bakımından ortak özellik olup, bunların birbirinden ayrılmasına hizmet eder nitelikte değildir (**PAEFFGEN, Hans Ullrich,** Die Unzeitgemäße? Überlegungen zum Gewalt- Nötigungs – Begriff, in Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag, Nomos, Baden-Baden 1999, s.438 vd).

[184] **Paeffgen,** Überlegungen zum Gewaltbegriff (Grünwald FS), s.440.

oluşturabileceğini ve cebir olarak değerlendirilebileceğini kabul eder. Bu, psiko-kriminalistik ve amaçsal yaklaşımların sonucu olarak değerlendirilebilir[185]. Cebrin, yalnızca zorlama etkisi olarak kabul edilmesi, hukuken bu kavram altında nitelenemeyecek davranışların da kapsama sokulması tehlikesini beraberinde getirir. Nitekim bir kimsenin sürekli ve rahatsız edici biçimde konuşarak yanında bulunan kişinin ortamı terk etmesini sağlaması durumunda, mağdur üzerinde bedensel bir zorlama etkisinin ortaya çıktığı hususunda şüphe bulunmasa da, bu durumu cebir olarak kabul etmek mümkün değildir[186]. Yazarın, dar anlamda cebir kavramı içerisinde değerlendirilebilecek olan bu görüşünü, agresif cebir başlığı altında değerlendirmemizin nedeni ise, fiziki gücü, dinamik, agresif, mekanik bir güç olarak kabul ediyor olmasından kaynaklanmaktadır[187].

Cebri, aynı bakış açısıyla agresif bir davranış olarak tanımlayan *Zöller*, fail tarafından, hasmane-düşmanca ve agresif bir davranışın, mağdur üzerinde psikolojik de olsa bir zorlama etkisi doğurmasını, cebrin varlığı açısından yeterli kabul etmiştir[188]. Buradan hareketle yazar, cebri, fail ve mağdur açısından olmak üzere iki kısma ayırarak değerlendirmiştir[189]. Fail yönünden davranışın agresif ve hasmane olması, onun mutlaka icrai nitelik taşımasını gerektirmez. Örneğin oturma eylemlerinde gerçekleştirilen davranış, doğurduğu etki ile birlikte ele alındığında, cebir, eylem kapsamında kapatılan yola *"adım atmak"* şeklinde aktif değil, *"orada oturmak"* şeklinde pasiftir. Bulunma kavramından anlaşılması gereken, yolun, mutlaka insan bedenlerinden oluşan bir engel oluşturmak suretiyle kapatılması değildir. Bu nedenle, yolun, araçla veya metal plakalar gibi birtakım eşyalarla kapatılması durumunda da, bulunma söz konusudur[190].

Zöller de, cebrin mağdur üzerinde meydana getirdiği etki olarak zorlamanın, yalnızca mağdur üzerinde gerçekleştirilen bedensel zorlamalar olarak algılanması durumunda, aşırı gürültü yaparak kiracının evden çıkmasını sağlamak, otoyolda, bir

[185] **Paeffgen,** Überlegungen zum Gewaltbegriff (Grünwald FS), s.439.
[186] **Paeffgen,** Überlegungen zum Gewaltbegriff (Grünwald FS), s.446.
[187] **Paeffgen,** Überlegungen zum Gewaltbegriff (Grünwald FS), s.440 vd.
[188] **Zöller,** Der Gewaltbegriff, s.159, 160.
[189] **Zöller,** Der Gewaltbegriff, s.159 vd.
[190] **Zöller,** Der Gewaltbegriff, s.160, 161.

başka sürücüyü şerit değiştirmeye zorlamak için ona çok yakın ve süratli bir biçimde araç kullanmak gibi, nispi kuvvet kapsamında değerlendirilmesi gereken durumların kapsam dışı kalacağını ifade etmiştir. Yazara göre, bu durum da, birtakım cezalandırma boşluklarının ortaya çıkması anlamına gelir. Bununla birlikte, yazar, korku, sinir gibi birtakım manevi etkilerin, cebrin kapsamına girmediğini kabul etmektedir[191].

Görüldüğü üzere *Zöller* de, tıpkı *Knodel* gibi cebri, gerek fail, gerekse mağdur yönünden geniş algılayarak, bedenselliği her iki yönden de dışlayan, böylece cebrin tatbik alanını genişletmeye matuf yaklaşımlar benimsemiştir. *Zöller*'in görüşlerine, geniş anlamda cebir başlığı altında detaylı yer vermememizin sebebi ise, onun, cebri agresif telakki ederek, diğer zorlama vasıtalarından ayırmaya yönelik çabasıdır.

İfade edelim ki, agresif manada cebir tarif edilirken kullanılan kriterler, esasen failin, mağdurun mukavemet imkanını ortadan kaldırmaya elverişli bir davranış icra edip etmediği ile alakalıdır. Ayrıca, "agresif" kelimesinin ne anlama geldiği de, bu görüşü savunan yazarlar tarafından tam olarak ortaya koyulamamıştır. Bununla birlikte, davranışın pasif yahut aktif oluşundan hareketle bir sonuca ulaşılması da, mümkün gözükmemektedir. Zira agresif cebir kavramını savunan bu görüşe göre, yol kapatma eylemlerinde pasif bir direnişte bulunulması durumunda, bunun direniş şeklinde anlaşılacak bir agresifliğe ulaşması, yani, aktif bir direnme teşkil etmesi gerekmektedir. Ancak bu anlayış, aktif ve pasif davranış kavramlarının iç içe geçmesi ve belirsizleşmesi tehlikesiyle her zaman karşı karşıya kalacaktır. Diğer bir deyişle, somut olayın özelliklerine göre, davranışın aktif mi pasif mi olduğu değişkenlik gösterebilir. Sonuç olarak cebri "görece agresif" bir davranış olarak kabul eden bu görüş de, bu kavramın sınırlarını belirlemek bakımından net kriterler ortaya koyamamıştır[192].

[191] **Zöller,** Der Gewaltbegriff, s.161.
[192] Eleştiriler için bkz. **Huhn,** Nötigende Gewalt, s.85, 86.

2. Cebrin Genel Görünüş Biçimleri

2.1. Zorlama Etkisine Göre Ayrım: "Yalın-Zorlayıcı Cebir"

Bu başlık altında öncelikle belirlenmesi gereken husus, cebir ile zorlama kavramlarının aynı anlama gelip gelmediğidir. Cebir, yalnızca zorlama araçlarından bir tanesi olup, zorlama ile aynı anlama gelmemektedir. Dolayısıyla, zorlama olmaksızın cebirden, cebir olmaksızın zorlamadan söz edilebilir[193]. Bu nedenle biz, mağduru, herhangi bir davranışta bulunmaya ya da bulunmamaya veya bir davranışın gerçekleştirilmesine katlanmaya zorlamaksızın uygulanan gücü ifade etmek üzere, "yalın cebir" kavramını tercih etmekteyiz[194]. Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, cebri tanımlama ve kapsamını belirleme çabası ile ortaya atılan görüşler, genellikle cebrin bir zorlama aracı olduğundan hareket etmiştir. Bu nedenle de, cebirden söz edilebilmesi için, fail tarafından mutlaka fiziki bir kuvvet kullanılmasının zorunlu olup olmadığı, bu kuvvetin doğrudan mağdura yönelik olarak mı tatbik edileceği meseleleri yanında, mağdur üzerinde bir zorlama etkisinin ortaya çıkmasının ve failin bu amaçla hareket etmesinin gerekli olup olmadığı da, bu kapsamda tartışma konusu edilmiştir.

Kanunumuzda, doğrudan bir tanıma yer verilmemekle birlikte, TCK'nın 108'inci maddesinin gerekçesinde cebrin, kasten yaralama suçunu oluşturduğu açıkça ifade edilmiştir. Burada akla gelen soru, kanun koyucunun bu ifadeyle, cebir suçunun maddi unsurunu oluşturan hareketler ile kasten yaralama suçunu oluşturan hareketler arasında ayniyet bulunduğuna işaret ettiğinin kabul edilip edilemeyeceğidir. Hemen ifade edelim ki, kasten yaralama, vücuda acı veren, mağdurun sağlığını ya da algılama yeteneğini bozan davranışlarla işlenebileceğinden, cebrin, dar anlamda ve bunlardan sadece vücuda acı veren davranışları mı kapsadığı,

---

[193] **Knodel,** Der Gewaltbegriff, s.21, 22;

[194] Kindhäuser de, cebrin zorlama etkisinden bağımsız olarak ve korunan hukuki değer baz alınarak değerlendirildiğinde kasten yaralama suçunun da cebir olarak telakki edilmesi gerektiğine işaret etmiştir (**Kindhäuser-StGB Kommentar**, Vorb. §232-142a, kn.12).

yoksa sağlığı ya da algılama yeteneğini bozan davranışların da, cebir kapsamında mı değerlendirilmesi gerektiği tartışmalıdır[195].

Bir şeyi yapması veya yapmaması ya da bir şeyin yapılmasına müsaade etmesi için bir kimseye karşı *cebir tatbik edilmesi*, cebir suçunu kasten yaralamadan ayırmaktadır[196]. Diğer bir ifade ile zorlama unsuru, cebir kavramının hukuki nitelendirmesi bakımından farklılık oluşturmaktadır. Bu nedenle cebir suçunun ihdası, kavramsal değil, hukuksal bir ayrımın sonucudur. Kasten yaralama suçunu oluşturan davranışların belli bir amaca yönelik olarak gerçekleştirilmesi, suç politikası gereğince farklı bir suç olarak tanımlanmıştır. Buradan çıkarılacak diğer bir sonuç, cebir kavramının zorlama ile anlam kazandığıdır[197].

Cebrin, zorlama iradesi olmaksızın tatbik edilmesi, bu kavramın çekirdeğini oluşturan kasten yaralama suçunu oluşturması nedeniyle, "yalın cebir" olarak nitelendirilebilir. Bununla birlikte, genel olarak (zorlayıcı cebirden bağımsız olarak) cebrin, yalnızca kasten yaralama suçu ile sınırlandırıldığı gibi bir yanılgıya da düşmemek gerekir. Kanun koyucunun TCK m.108'de öngördüğü durum, açıkça, cebrin bir kişiye karşı uygulanmasını düzenlemektedir. Keza yağma suçu (TCK m.148) bakımından da suçun unsuru olan cebrin, mağdura yöneltilmiş olması gerekir[198]. Ancak kanun koyucu, cebrin her zaman kişiye karşı yöneltilmesini açıkça aramamıştır. Örneğin TCK m.118'de, birinci fıkra itibarıyla sendikal hakların kullanılmasının engellenmesinde kişiye karşı cebir kullanılması aranmışken, bir sendikanın faaliyetlerinin engellenmesinde cebir kullanılması halinde, bu cebrin mutlaka kişiye yöneltilmesi aranmamıştır. Aynı durum, siyasal hakların

---

[195] Bu tartışmalara, çalışmanın üçüncü bölümünde yer verileceğinden, tekrara düşmemek adına burada ayrıntıya girmekten imtina ediyoruz.

[196] **KARGL, Walter,** Zur objektiven Bestimmung der Nötigung, in Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, Walter de Gruyter, Berlin 2001, s.905; **Knodel,** Der Gewaltbegriff, s.22; **Schürmann,** Gewalt im schweizerischen Strafgesetzbuch, s.28; **KOCA, Mahmut,** Yağma Cürümleri, Seçkin, Ankara 2003, s.142. Yargıtay da, vermiş olduğu bir kararda bu hususa şöyle işaret etmektedir; *„Belirtilen maddede(TCK m.108) cebrin tanımı yapılmamış, ancak zorlama amacıyla cebir kullanılması halinde faile kasten yaralama suçundan hareketle ceza verileceği düzenlenmek suretiyle, cebrin aynı zamanda kasten yaralama suçunu oluşturan hareketlerden ibaret olduğuna işaret edilmiştir"* (Yarg. CGK., 11.07.2014, 1-133/352).

[197] **Knodel,** Der Gewaltbegriff, s.22.

[198] **Koca,** Yağma Cürümleri, s.146. Bu nedenledir ki mağdurun üstünde veya elinde bulunan eşyayı çekip almak şeklinde, doğrudan eşyaya yönelik olan cebir, yağma değil, hırsızlık suçu kapsamında TCK m. 142/2-b hükmünde düzenlenmiştir.

kullanılmasının engellenmesi ve siyasi partinin faaliyetlerinin engellenmesinde de söz konusudur. Kanun koyucu, bu suçta da, hakların engellenmesi yönünden cebrin kişiye yöneltilmesini açıkça aramış, parti faaliyetlerinin engellenmesi bakımından ise, sadece cebrin kullanılmasına işaret etmekle yetinmiş, ancak cebrin kişiye mi yoksa eşyaya mı yönelik olacağına dair bir açıklığa yer vermemiştir. Bu nedenle, örneğin bir siyasi partinin genel kongre yapacağı binanın, içinde hiç kimse yokken bomba koyularak patlatılması halinde cebir, doğrudan eşyaya yöneliktir. Örnekleri çoğaltmak mümkündür. Sonuç olarak bu tür durumlarda, kural olarak hem kişi, hem de eşyaya yönelik kuvvet kullanımlarının cebir olarak kabul edilmesi gerekir[199].

2.2 Korunan Hukuki Değere Göre Ayrım: "İrade Özgürlüğünün İhlali Olarak Mutlak Kuvvet (Vis Absoluta)-Nispi Kuvvet (Vis Compulsiva)"

2.2.1 Genel Olarak Cebrin Yöneldiği Hukuki Değer Olarak İradi Karar Verme ve İradi Hareket Edebilme Hürriyeti

İrade özgürlüğü kavramının ceza hukuku alanında yorumlanması, bu kavrama, hem fail, hem de mağdur açısından yaklaşılmasını gerekli kılar. Bu anlamda, fail açısından irade özgürlüğü, haksızlığı yahut hukuka uygun davranışı seçebilme; mağdur açısından ise, hukukça kendisine tanınan özgürlük alanını kullanabilme imkânı olarak anlaşılmalıdır[200]. Buna koşut olarak ceza kanunları, failin, haksızlığı seçerek gerçekleştirdiği davranışla ihlal edilen, mağdura ait birtakım hukuki değerlerin korunmasını amaçlar[201]. Diğer bir ifade ile ceza kanunlarında suç

---

[199] **ERSOY, Yüksel,** Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar, Ankara 1973, s.117.

[200] **AMELUNG, Knut,** Über Freiheit und Freiwilligkeit auf der Opferseite der Strafnorm, GA 1999, s.182 vd.

[201] **KOCA, Mahmut – ÜZÜLMEZ, İlhan,** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Seçkin, Ankara 2014, s.32 vd.; **Yener Ünver,** Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003, s. 442-446; **Heinrich,** Allgemeiner Teil, kn.3; **Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.7 vd. Kanun koyucunun, bir fiilin suç teşkil edip etmeyeceği noktasında suç politikasına göre takdir yetkisini haiz olduğu hususunda ayrıca bkz. **ARTUK, Mehmet Emin – YENIDÜNYA, Ahmet Caner – GÖKCEN, Ahmet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Adalet, Ankara 2013, s.6.

olarak düzenlenen her davranışın, esasen bir hukuki değeri ihlal ettiği kabul edilir[202]. Nitekim TCK'nın 1'inci maddesinde, ceza kanununun amaçları sayılırken, ilk sırada, "kişi hak ve özgürlüklerinin korunması" zikredilmiştir.

Belirtmek gerekir ki, ceza kanunlarının amaçladığı bu koruma, toplum olarak birlikte yaşamanın gerektirdiği tüm kuralların ihlaline yönelik değil, sosyal hayatın devamı için önem arz eden temel değerlerin korunmasına yönelik olarak gerçekleştirilir[203]. Bu anlamda ceza hukuku, bu türden haklar açısından pozitif bir değer yargısında bulunmaktadır[204]. Bir başka deyişle, kanun koyucu, hukuki bir değere hukuka aykırılık vasfı katıp bu değerin ihlalini suç olarak düzenlemekle, onu somutlaştırmış olmaktadır[205]. Dolayısıyla, hukuksal değerler, suçun maddi konusu gibi fiziki varlıkları değil, bireye veya topluma ait soyut, ideal ve manevi değerleri ifade ederler[206].

Ceza Kanunumuz da, İkinci Kitapta yer verdiği suçları, korunan hukuki değerlere göre tasnif etmiştir. Bu kapsamda, hürriyet aleyhine işlenen suçlar, kişilere karşı suçlar başlıklı ikinci kısmın yedinci bölümünde, "hürriyete karşı suçlar" başlığı altında toplanmıştır. Görüldüğü gibi, ceza hukukunda kişi hürriyeti, hukuki bir değer olarak muhafaza altına alınmış olup, böylece kanun koyucu, somut olarak, kişilerin huzur, sükûn ve güvenlik duygusu içerisinde varlıklarını devam ettirme, hür olarak karar verebilme ve bu karar doğrultusunda hareket etme haklarını güvence altına almayı hedeflemiştir. Hürriyet, yaşam hakkı ve vücut dokunulmazlığı gibi, sosyal

---

[202] **EREM, Faruk,** Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin, AÜHFD, C.25, S.1-2, 1968, s. 12; **Dönmezer-Erman,** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku I, kn.470.

[203] **Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.7; **Welzel,** Das Deutsche Strafrecht, s.4. Bu nedenle İtalyan yazar Rocco, suçun hukuki konusunun esas itibarı ile genel ve özel bir mahiyetinin bulunduğundan bahsetmiştir. Suçun esas genel konusu, daima, hukuken organize edilmiş bir toplumun tamamına ait bir varlık veya menfaatken, özel konusu ise, suçtan doğrudan doğruya mutazarrır olan süjeye ait olan bir varlık veya menfaati ifade eder (**Toroslu,** Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, s. 144, 145). Aynı yönde bkz. **Dönmezer-Erman,** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku I, kn.471; Suçun toplumun zararına olduğu ve her suçun toplum düzenini ihlal ettiği hususunda bkz. **BECCARIA, Cesare,** Suçlar ve Cezalar Hakkında, Çev.: Sami Selçuk, İmge 2004, s.55.

[204] **Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.7

[205] **Koca,** Yağma Cürümleri, s.78.

[206] **Ünver,** Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, s.130.

ilişkileri aşan temel insan haklarının aksine, mutlak olarak değil, yalnızca hukuka aykırı nitelikteki belli davranışlara karşı korunmuş olan haklardandır[207].

Üzülmez'e göre ceza kanununun öngörmüş olduğu hürriyete karşı suçlar kataloğunu dörde ayırarak incelemek mümkündür[208];

1- *İrade oluşturma, yani iç irade hürriyetini ihlal eden suçlar (tehdit –m.106-, cebir-m.108-, şantaj –m.107-).*
2- *İradi hareket, yani dış irade hürriyetini ihlal eden suçlar (cebir –m.108-, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma –m.109-)*
3- *Kişilerin huzur, sükun ve güvenlik duygusunu ihlal eden suçlar (tehdit –m.106-, şantaj –m.107-, konut dokunulmazlığını ihlal –m.116-, kişilerin huzur ve sükununu bozma -m.123-)*
4- *Anayasal hakları koruyan suçlar (iş ve çalışma hürriyetini ihlal –m.117-, sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi –m.118-, siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi –m.114-, inanç, düşünce ve kanaat hürriyetlerinin kullanılmasının engellenmesi –m.115-, dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi –m.121-, ayrımcılık –m.122-, haberleşmenin engellenmesi –m.124-)*

Gerçekten irade oluşturma, kişinin birden fazla olasılık içerisinde iradesini ne doğrultuda kullanacağına ilişkin içsel bir faaliyet olduğundan, bu hürriyetin, "içsel hürriyet" olarak adlandırılması mümkündür. Bunun doğal sonucu olarak da, söz konusu hürriyeti kullanılamaz hale getirecek davranışlara karşı korunması adına ihdas edilen suçlar, "içsel hürriyeti ihlal eden suçlar" olarak nitelendirilebilir. Buna karşılık kişinin, özgür bir biçimde oluşturduğu iradesini yönlendirmesi, dış dünyaya bir davranış olarak yansıyacağından, iradi hareket hürriyetini ihlale yönelen suçların da, "dış hürriyete karşı suçlar" olarak nitelendirilmesi mümkündür. Sonuç olarak biz de, hürriyete karşı suçlara ilişkin olarak yapılan bu tasnife katılmaktayız.

Anayasa'da açıkça düzenlenmese de, kişilerin iç huzurunun korunması, hukuk devleti ilkesinin gereği olarak kabul edilmelidir[209]. Cebir de, kişinin iç

[207] **Eser-Eisele (SS),** Vorb. §§ 234 ff., kn.2.
[208] **ÜZÜLMEZ, İlhan,** Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, Turhan, Ankara 2007, s.24.

huzuruna yönelik bir saldırı oluşturmaktadır. Zira bir kimsenin cebre maruz bırakılmasıyla, irade özgürlüğüne yönelik bir ihlal gerçekleştirilmiş olmaktadır[210]. Nitekim Avusturya Hukukunda da, OGH tarafından, cebrin, mağdurun kişiliğine yönelik bir saldırı olduğunun altı çizilmiştir. Ancak cebrin, mağdurun kişiliğine yönelen bir saldırı olarak kabulü, bedensellikle eş değer tutulamaz. Yani bir davranışın cebir kabul edilmesi, onun, mutlaka bedensel bütünlüğe yönelik olması anlamına gelmez. Bu nedenle OGH, mağdurun etrafının, yüksek sesle bağırıp tehditkâr bir biçimde sarılmasını, cebir olarak kabul etmiştir. Burada, hukuksal değer bakımından tehditle cebir arasındaki fark, cebirde, kişisel özgürlüğün tehdit altına alınması değil, doğrudan ihlal edilmesidir[211].

Bu anlayıştan hareketle, kişilerin iç huzurunun sağlanması ve bireysel gelişimini özgürce gerçekleştirmesi amacıyla[212] cebir kullanımı, ceza kanununda değişik şekillerde yaptırım altına alınmıştır. Örneğin cebir suçunda (TCK m.108) fail, mağduru, belli bir davranışta bulunmaya ya da bulunmamaya veyahut da bir davranışın gerçekleştirilmesine katlanmaya zorlayarak, davranışlarını özgürce yönlendirme özgürlüğünden mahrum bırakmış olmaktadır. Bu durum, bireyin iç huzuru ve kişisel gelişimini serbestçe gerçekleştirmesi üst başlığı altında değerlendirilmelidir.

Bununla birlikte, kanun koyucu, bu türden bir cebirle kişinin belli bir suçu işlemeye zorlanması durumunda, işlenen bu suç nedeniyle cezai mesuliyetin nasıl belirleneceğini açıkça ortaya koymak bakımından da bir hüküm ihdas etmiştir (TCK m.28). Buna göre, kendisine cebir uygulanarak bir suç işlemeye zorlanan kişi, birtakım şartların varlığı halinde, işlediği fiilden ötürü kınanamayacaktır. Diğer bir ifade ile bu durumda, cebir mağdurunun cezaya layık bir kusurundan söz

---

[209] **Huhn,** Nötigende Gewalt, s.19.

[210] Cebrin eskiden beri doğrudan doğruya kişilik haklarına yönelik bir ihlal oluşturduğu kabul edilmektedir (**Von FEUERBACH, Anselm Ritter,** Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts -Mit vielen Anmerkungen und Zusatzparagraphen und mit einer vergleichenden Darstellung der Fortbildung des Strafrechts durch die neuen Gesetzgebungen ***herausgegeben von C.J.A. Mittermaier***-, Dreizehnte Originalausgabe, Druck und Verlag von Georg Friedrich Heyer, Giessen 1840, s.498.)

[211] Ayrıntılı bilgi için bkz. **Sautner,** Die Gewalt bei der Nötigung, s.59.

[212] **MÜLLER DIETZ, Heinz,** Zur Entwicklung des strafrechtlichen Gewaltbegriffs- Ein Beispiel für den Wandel von Rechtsauslegung und Rechtsanwendung-, GA 1974, s.39.

edilemeyecektir. İşlenen suçtan dolayı ortaya çıkan ceza sorumluluğu ise –dolaylı faillik esasları çerçevesinde- cebri uygulayana ait olacaktır.

Ceza kanununda düzenlenen ve cebrin araç olarak kullanıldığı suçlar bakımından da aynı şey söylenebilir. Örneğin yağma suçunda fail, cebir yahut tehdit kullanmak suretiyle, mağduru, bir malı vermeye veya alınmasına katlanmaya zorlayıp, onun iradi hareket edebilme özgürlüğünü ortadan kaldırmaktadır. Ancak yağma suçu ile kanun koyucu, korunan birden fazla hukuki değer arasından[213] malvarlığı haklarına itibar ettiğinden[214], bu suçu, malvarlığına karşı suçlar içerisinde tasnife tabi tutmayı uygun görmüştür. Bu nedenle, hürriyete yönelik saldırının, başka bir amaca ulaşmak için araç olarak kullanıldığı durumlarda, geniş anlamda hürriyete karşı suçlardan; buna karşılık saldırının doğrudan hürriyeti ihlal etme amacına yöneldiği durumlarda ise, dar anlamda hürriyete karşı suçlardan söz edilmektedir[215]. Bu kapsamda, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar da örnek olarak gösterilebilir. Kanaatimizce bu tür suçlar, doğrudan doğruya kişinin cinsel yönden serbestçe tasarrufta bulunabilme hakkına yönelik saldırı oluşturduklarından, hürriyete karşı suçlar içerisinde mütalaa edilmelidir[216]. Ancak kanun koyucu bu suçları, kişilere karşı suçlar içerisinde ve cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar şeklinde ayrı bir başlık altında toplamıştır.

Cebrin yöneldiği hukuki değer, geniş anlamda irade özgürlüğü olarak belirlenebilir. Bu özgürlüğü somut olarak, "irade oluşturma özgürlüğü", "belli bir davranışta bulunma ya da hareketsiz kalmaya ilişkin motivler arasında seçim yaparak iradi karar verme özgürlüğü" ve "iradi hareket edebilme özgürlüğü" olarak kabul etmek mümkündür[217]. Görüldüğü gibi, bu tanım çerçevesinde, "irade oluşturma

---

[213] Bu suçla hem kişisel hürriyet hem de mülkiyet hakkı korunmaktadır (**Koca,** Yağma Cürümleri, s.78; **TEZCAN, Durmuş – ERDEM, Mustafa Ruhan – ÖNOK, R.Murat,** Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 11. Baskı, Seçkin, Ankara 2014, s.613; **WESSELS, Johannes – HILLENKAMP, Thomas,** Strafrecht Besonderer Teil 2 –Straftaten gegen Vermögenswerte-, 36., neu bearbeitete Aufl., C.F Müller 2013, kn.345).

[214] **MITSCH, Wolfgang,** Strafrecht Besonderer Teil 2, Vermögensdelikte (Kernbereich)/Teilband 1, Zweite überarbeitete und aktualisierte Aufl., Springer 2003, §3, kn.1.

[215] **Üzülmez,** Tehdit, Şantaj ve Cebir Suçları, s.25.

[216] Bu görüşün savunusu için bkz. **CENTEL, Nur,** 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi in TBB Dergisi, S.99, Mart-Nisan 2012, s.270, 271; **Üzülmez,** Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, s.25.

[217] **Swoboda,** Der Gewaltbegriff, s.863; **Knodel,** Der Begriff der Gewalt, s.10

özgürlüğü" ile "iradi karar verme özgürlüğü" farklı anlamlarda kullanılmıştır. Bu bakımdan, bu iki kavram arasında ne gibi bir fark bulunduğuna da kısaca değinmek gerekir.

İrade oluşturma özgürlüğü, doktrinde üzerinde ittifak edilmiş bir kavram değildir. Bu özgürlük esasen, bir kimsenin, dış etkilerin baskısından bağımsız olarak iradesini yönlendirebileceği seçenekleri tanımlama ve algılama yeteneği ile alakalıdır. Bu doğrultuda Alman doktrininde bu hürriyet, olası hareket imkânlarından bir tanesini seçebilme iktidarı/yeteneği olarak nitelendirilmiştir[218]. Buna göre, örneğin, bir kişinin bayıltılması, onun mevcut seçenekleri değerlendirme imkânını ortadan kaldıracağından, irade oluşturma özgürlüğünü ihlal eder.

İradi karar verebilme özgürlüğü ise, kişinin algılamış olduğu çeşitli alternatifler arasından bir tanesini seçerek, iradesini bu yönde kullanmaya kanaat getirmesi anlamına gelir[219]. Örneğin kişinin, bir davranışta bulunma ya da o davranışı gerçekleştirmeksizin pasif kalma veyahut da bunun yerine başka bir davranışta bulunma seçenekleri arasından bir tanesine yönelik yaptığı tercih, iradi karar verme özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilebilir.

İfade edelim ki, gerek irade oluşturma, gerekse iradi karar verme özgürlüğü, zihinsel/içsel bir faaliyeti ortaya koymaktadır. Bu ayrım, mağdurun seçeneklerini algılama imkânının ortadan kaldırıldığı bayıltma, ani bir biçimde gözüne görme yeteneğini ortadan kaldıracak sprey sıkma[220] gibi haller ile bu seçeneklerin farkına varmakla birlikte iradesini failin istediği yönde kullanmaya zorlandığı haller arasındaki farkı ortaya koymak bakımından yararlıdır. Ancak irade özgürlüğünü fazlaca alt başlıklara ayırarak değerlendirmeyi, özellikle cebrin türlerini incelerken kavram karmaşasına neden olmaması amacıyla tercih etmiyoruz. Dolayısıyla, biz,

---

[218] **Toepel-NK (Kindhäuser-Neumann-Paeffgen),** §240, kn.13.

[219] **Toepel-NK (Kindhäuser-Neumann-Paeffgen),** §240, kn.13.

[220] **Eser-Eisele (SS),** Vorb. §§234 ff., kn.13; BGH, yağma suçu ile vermiş olduğu bir kararında, failin, mağdurun gözüne sprey sıkarak gözünü kapatmasını sağlayıp, bundan yararlanarak parayı alması halinde cebrin varlığını kabul etmiştir (1. Senat des BGH, 47/02, 13.03.2002 –NStZ 2003, s.89-). Gerçekten burada mağdurun, fail tarafından gerçekleştirilen fiile ilişkin olarak kavrama yeteneği ortadan kaldırıldığı için mutlak cebir olarak nitelendirilmelidir.

irade oluşturma özgürlüğünü, iradi karar verme özgürlüğü kapsamında değerlendirmeyi uygun görmekteyiz.

Sonuç olarak, iradi karar verme, irade oluşturmayı da içine alacak şekilde zihinsel bir aktiviteyi, iradeyi yönlendirme ise, söz konusu zihinsel aktivite neticesinde varılan kararı, dış dünyaya yansıtma imkânını ifade edecek şekilde anlaşılmalıdır.

Özgürlük kavramı, cebir yönünden, "zorlamadan arındırılmış hareket hürriyeti" olarak değerlendirilebilir[221]. Bu anlayış, özgürlüğün negatif anlamda ele alınıp, sınırlarının, özgürlüğü ihlal eden davranışlar dikkate alınarak belirlenmesi esasına dayanmaktadır[222]. Zira bir özgürlüğün varlığının doğal anlamda tespit edilmesi, daha da öte pozitif olarak özgürlüğün yalnızca tanınmış olması, yeterli değildir. Bunun yanında, özgürlüğün anlam kazandığı nokta, kendisine yönelecek olan olası saldırılardan korunmasına ilişkin kuralların oluşturulmasıdır. Dolayısıyla, negatif anlamda özgürlük kavramı, özgürlüğün esasını oluşturur[223].

Alman İmparatorluk Mahkemesi ise, cebrin ihlale yöneldiği hukuki değeri, "kişinin kendi kaderini belirleme özgürlüğü" olarak tespit etmiştir. Buna göre, içsel bir faaliyetin sonucu olarak olasılıklar arasında iradi seçim yapabilme kabiliyeti "iradi karar verme", bu manevi değerlendirmenin dış dünyada etki gösteren hali ise, "irade" olarak tezahür etmekte ve iradeyi yönlendirme özgürlüğünü karşılamaktadır[224]. Kanaatimizce, iradi karar verme özgürlüğü ve iradi hareket edebilme özgürlüğü, kişinin kaderini serbestçe ve dış etkilerden korunmuş bir vaziyette belirleme özgürlüğünün bir alt başlığı olarak değerlendirilebilir. Ancak cebrin iradeyi zorlayan bir araç olduğu dikkate alındığında, kendi kaderini belirleme özgürlüğünün, söz konusu iki başlık altında somutlaştığı kabulüyle ve yalnızca bu kapsamda değerlendirmelerde bulunmak yeterli kabul edilmelidir.

---

[221] **Bergmann,** Das Unrecht der Nötigung (§240), s.22, 26;
[222] ***v.* Heintschel Heinegg,** Die Gewalt als Nötigungsmittel, s.12.
[223] **Amelung,** Über Freiheit (GA 1999), s.186 vd.
[224] **Bergmann,** Das Unrecht der Nötigung (§240), s.22.

Bazı yazarlara göre[225] de, cebrin cezalandırılması, mağdurun, belli bir amaca yönelik olarak somutlaşmış iradi hareket edebilme özgürlüğünden ziyade, objektif nitelikte olan kendi kaderini belirleme hürriyetinin korunmasına yöneliktir. Dolayısıyla, cebrin yöneldiği hukuki değeri, somut değil, objektif ve soyut anlamda irade oluşturma yeteneği olarak kabul etmek gerekir. Aksi takdirde, örneğin bir kimsenin üzerine çullanmak suretiyle onun yeniden ayağa kalkmasının engellenmesi, iradi karar verme ve irade oluşturma hürriyetini ortadan kaldırdığı için cebir olarak kabul edilemeyecektir[226].

Diğer bazı yazarlara göre[227] ise, korunan hukuki değeri, iradeyi yönlendirme hürriyeti olarak belirlemek gerekir. İradeyi yönlendirme hürriyeti, bir kimsenin, mevcut olasılıklardan bir tanesini seçerek, davranışlarını buna göre yönlendirme özgürlüğü olarak tanımlanabilir[228]. Bu anlamda cebir, iradeyi bozan, baskı altına alarak yönlendiren bir saldırıdır. Dolayısıyla, irade oluşturma yeteneğinin ihlali olarak kabul edilebilecek nitelikte soyut davranışlar, cebir değildir[229].

Doktrinde bir diğer görüşe göre[230] cebir, bir davranışa zorlama, hareketi engelleme ve bir davranışa katlanma şeklinde üç şekilde ortaya çıkabilir. Dolayısıyla, cebir ile ihlal edilen hukuki değerleri de buna göre belirlemek gerekir. Bu çerçevede zorlayıcı cebir (*Erzwingungsnötigung*) iradi karar verme özgürlüğünü ihlal ederken, mağdurun hareket etmesini engelleyen (*Verhinderungsnötigung*) ve bir davranışa katlanmaya zorlayan cebir (*Duldungsnötigung*) ise, irade oluşturma yeteneği, iradi karar verme özgürlüğü ve iradi hareket etme özgürlüklerinin tamamı yönünden ihlal oluşturur.

Doktrinde ağırlıklı görüşe göre, cebrin yöneldiği hukuki değeri, temelde, "iradi karar verme" ve "davranışlarını iradi olarak yönlendirme özgürlüğü" şeklinde

---

[225] **Kargl,** Zur objektiven Bestimmung der Nötigung (Roxin FS), s.911 vd.
[226] **Kargl,** Zur objektiven Bestimmung der Nötigung (Roxin FS), s.910.
[227] ***v.* Heintschel Heinegg,** Die Gewalt als Nötigungsmittel, s.14 vd.
[228] **Toepel-NK (Kindhäuser-Neumann-Paeffgen),** §240, kn.13.
[229] **KÖHLER, Michael,** Nötigung als Freiheitsdelikt, in Festschrift für Heinz Leferenz zum 70. Geburtstag, C.F Müller, Heidelberg 1983, s.516 vd.
[230] **Schroeder,** Die Drei Arten der Nötigung (Gössel FS), s.424, 425.

iki başlık altında toplamak mümkündür[231]. Gerek hukuk alanında, gerekse diğer bilim dallarında, özgürlük ve irade kavramlarına verilen anlamlar her ne kadar tartışmalı ise de, korunan hukuki değeri bu iki başlık altında toplamak, cebrin yöneldiği hukuki değerin somutlaştırılması bakımından en uygun yöntem olarak kabul edilebilir[232].

Korunan hukuki değer, ceza hukukunda birden fazla işleve sahip olan önemli bir kavramdır. Hukuk kurallarının yorumunda, korunan hukuki değerden hareket edilebileceği gibi, suçun unsurlarına ilişkin değerlendirmelerde de, kanun koyucunun hangi hukuki değeri korumak istediği dikkate alınabilir. Keza zarar suçları ile tehlike suçlarının içtimaında da (asli-tali norm ilişkisi bağlamında), korunan hukuki değerden hareketle bir sonuca ulaşılmaktadır[233]. Örneğin trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokma suçunda korunan hukuki değer genel olarak trafik güvenliğinin sağlanarak kişilerin malvarlığı hakları yanında yaşama hakları ve vücut dokunulmazlıkları da dolaylı olarak korunmaktadır. Ancak tedbirsiz ve dikkatsiz araç kullanarak kazaya sebebiyet veren sürücü, trafikte seyretmekte olan diğer bir sürücünün yaralanmasına neden olursa, artık kanun koyucunun tehlike suçu ile korumak istediği hukuki yarar, yaralama suçunda somutlaşmış olduğundan, yalnızca yaralama suçundan dolayı ceza verilmesi söz konusu olacaktır.

Cebrin görünüş biçimlerinin belirlenmesinde de, korunan hukuki değerden hareket edilebilir. Bu noktada belirleyici olan, fail tarafından gerçekleştirilen davranışın yöneldiği amaçla birlikte, mağdurun hareket kabiliyetinin ortadan kaldırılıp kaldırılmadığıdır. Nitekim yukarıda yer verdiğimiz izah çerçevesinde, irade oluşturma ve karar verme imkânını (örneğin bayıltmak suretiyle) ve iradi hareket etme yeteneğini (örneğin bağlamak suretiyle) tamamen ortadan kaldıran, kişiyi adeta

[231] **Toepel-NK (Kindhäuser-Neumann-Paeffgen),** §240, kn.13; **Wessels-Hettinger,** Besonderer Teil 1, §8, kn.380; **Eser-Eisele (SS),** Vorb. §§234 ff., kn.3, 4; **ARZT, Gunther,** Zum Zweck und Mittel der Nötigung, in Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, Walter de Gruyter 1974, s.831, 834.

[232] Buna karşılık Bergmann, özgürlük ve irade kavramlarının korunan hukuki değeri ifade etmekte yeterli olmadığı gibi bu kavramların belirsizlik taşıdığını, bu nedenle de korunan hukuki değerin, bireyin kişiliğini serbestçe geliştirme özgürlüğü olarak geniş algılanması gerektiğini savunmuştur (**Bergmann,** Das Unrecht der Nötigung, s.45, 46.); **BINDING, Karl,** Die Normen und Ihre Übertretung, Zweiter Band (Schuld und Vorsatz), Zweite Hälfte (Der Rehtswidrige Vorsatz), Zweite Aufl., Verlag von Felix Meiner, Leipzig 1916, s.1016, 1017.

[233] **HAKERİ, Hakan,** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Adalet, Ankara 2015, s.644; **Sinn,** Die Nötigung (2000), s.53.

bir araç konumuna sokan cebir, mutlak kuvvet olarak nitelendirilmektedir. Buna karşılık, mağdurun iradesini icrai yahut ihmali belli bir davranışı gerçekleştirmeye zorlayan cebir ise nispi kuvvettir[234]. Aşağıdaki açıklamalarımız çerçevesinde, bu kavramların izahına çalışacağız.

2.2.2. Mutlak Kuvvet (Vis Absoluta)

2.2.2.1. Genel Olarak

Mutlak kuvvet, iradi karar verme ve iradeyi yönlendirme imkânını ortadan kaldıran davranışlar olarak kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, mağdurun iradesinin tamamen ortadan kaldırıldığı[235], kendi iradesine göre hareket etme imkânının mutlak suretle elinden alındığı durumlarda, mutlak kuvvetten söz edilir[236]. Bu nedenle, mutlak kuvvetin tatbiki halinde failin iradesi, mağdurun iradesinin yerine geçmektedir[237].

Mutlak kuvvet, mağdurun reaksiyon yeteneği esas alınarak, *"mağdurun iradi karar verme imkânının tamamen ortadan kaldırılarak (örneğin uyuşturucu madde ile bayıltarak ya da gözüne aniden sprey sıkarak) reaksiyon verme yeteneğinin zedelenmesi yahut başka türlü hareket imkânını mutlak suretle ortadan kaldırmak suretiyle belli bir davranışta bulunmaya doğrudan zorlanması"* şeklinde

---

[234] **Träger-Altvater (LK),** §240, kn. 7.

[235] Aynı yönde **Dreher-Tröndle (BK)**, §240, kn.13; Mutlak cebrin, mağdurun iradesini ortadan kaldırmakla birlikte, fiziki bir güç barındırması gerektiği yönünde bkz. **SCHLUCKEBIER, Wilhelm,** §240 StGB, in Satzger-Schluckebier-Widmaier, Strafgesetzbuch Kommentar, 2. Aufl., Carl Heymanns, 2014, kn.7.

[236] **Rengier,** Besonderer Teil, §23, kn.3; **Wessels-Hettinger,** Besonderer Teil 1, §8, kn.396; Tartışmalı olmakla birlikte, mutlak cebrin en ağır şekli olarak kabul edilen halin, bir kimseyi belli bir davranışa zorlamak için bir başkasının öldürülmesi olduğu da ifade edilmiştir (**v. Heintschel Heinegg,** Die Gewalt als Nötigungsmittel, s.237)

[237] **Röthlein,** Der Gewaltbegriff, s.20; Bu nedenle mutlak cebir durumunda mağdurun, iradeden yoksun bir araç halini aldığı ifade edilmiştir (**HASS, Walter,** Der objektive Tatbestand der Nötigung - Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades der Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakültät der Christian Albrechts Universität in Kiel-, 1952, s.30)

tanımlanmıştır[238]. Bu çerçevede bir yere kapatma, bağlama gibi, iradi hareket yeteneğini ortadan kaldıran davranışlar[239] yanında, görme engelli bir kimsenin rehber köpeğinin öldürülmesi, onun hareket kabiliyetini ortadan kaldıracağından, mutlak kuvvet olarak kabul edilmiştir[240].

Belirtmek gerekir ki, mağdurun bir yere kapatılması durumunda, mahsur bırakıldığı yerin büyüklüğü değil, hareketlerini iradesine uygun olarak yönlendirme imkânının tamamen ortadan kaldırılıp kaldırılmadığı önemlidir. Söz gelimi, kamu görevlisi olan mağdurun görevini ifa etmesini engellemek amacıyla bir sandalyeye bağlanması yahut küçük bir hücreye kapatılması ile büyükçe bir odaya kapatılması arasında fark yoktur. Çünkü cebir ile korunmak istenen, mağdurun, sadece fiziksel olarak bedenini hareket ettirme yeteneği değil, belli bir irade doğrultusunda davranışlarını yönlendirme yeteneğidir. Bunun dışında, aynı etkiyi doğurduğundan hipnoz da, mutlak kuvvet icrası olarak değerlendirilmelidir[241]. Mağdurun bilincinin ortadan kalkmasına sebebiyet veren davranışların, mutlak kuvvet olduğu kabul edilmelidir[242].

Uygulanan kuvvetin mutlak olup olmadığı noktasında belirleyici olan, mağdurun seçme şansının ortadan kaldırılıp kaldırılmadığıdır. Şayet mağdurun, somut olaydaki şartları değerlendirerek iradesini ne şekilde kullanacağına karar vermesi veya oluşturduğu iradeyi, istediği doğrultuda kullanması mümkün değilse, bir zorlamadan söz edilemez. Örneğin evde arama yapabilmek amacıyla mağdura uyuşturucu verilmesi, onun iradi karar verme imkânını ortadan kaldırdığından, mutlak kuvvettir.[243] Keza aracıyla tek araçlık bir park yerine girmek isteyen A'nın, bir arkadaşının gelip park edebilmesi için söz konusu park yerinin girişinde duran B tarafından engellenmesi karşısında, aracının tamponuyla B'ye hafifçe vurup onu yere düşürerek yaralanmasına sebep olması durumunda[244] da, iradenin belli bir yönde

---

[238] **Eser-Eisele (SS),** Vorb. §§234 ff., kn.13.
[239] **Eser-Eisele (SS),** Vorb. §§234 ff., kn.13; **Röthlein,** Der Gewaltbegriff, s.21.
[240] **Joecks,** Strafgesetzbuch Kommentar, §240, kn.18.
[241] Zira Hipnoz, mağdurun iradi karar verme yeteneğini tamamen ortadan kaldıran bir özelliğe sahiptir (**Welzel,** Das Deutsche Strafrecht, s.232).
[242] **Sinn (MüKo),** §240, kn.29.
[243] **Rengier,** Besonderer Teil II, §23, kn.3.
[244] BayObLG, Urteil vom 07-02-1995, 239/94 (NJW 1995, s.2646)

kullanılmasının imkânsız hale getirilmesi nedeniyle mutlak cebrin varlığı kabul edilmiştir[245].

Uzunca bir süre fiziksel cebre maruz kaldıysa, mağdurun çektiği acı, cebrin devam ettirileceği korkusundan bağımsız olarak onun, failin istediği yönde hareket etmesine, talimatlarına istisnasız uymasına sebep olabilir. Burada artık cebir, mağdurun zihin faaliyetleri üzerinde adeta bir uyuşukluğa sebebiyet vermiştir. Dolayısıyla, mağdurun iradesinin uzunca süre maruz kalınan cebir dolayısıyla tamamıyla kırılması, zorlayıcı cebri, sınırı belli olmaksızın mutlak kuvvet suretiyle cebir haline dönüştürür[246]. Anlaşılacağı üzere, cebrin mutlak mı yoksa nispi kuvvet kullanılarak mı uygulandığının tespiti bakımından ayırt edici olan, mağdurun hareket yeteneğinin herhangi bir şekilde ortadan kaldırılıp kaldırılmadığıdır[247].

2.2.2.2. Mutlak Kuvvetin Uygulanmasına İlişkin Bazı Özel Durumlar

2.2.2.2.1. Hipnoz

Hipnoz, Yunanca kökenli bir kelime olup[248], bir kimsenin olağan yaşamda hatırlayamadığı anılarını ortaya çıkarmak veya gerçeklikle ilgili algısını değiştirmek için kullanılan[249] ve kişiyi uyku benzeri bir hale sokan[250] uygulamadır. Diğer bir ifade ile hipnozda, bir kimsenin bilinçaltına hitap ederek buradaki belli bir alanın harekete geçirilmesi ve aynı zamanda bilincin değerlendirme imkânının ortadan

---

[245] **Heger,** Die Nötigung im Straßenverkehr (Klaus Geppert Festschrift), s.162.
[246] **Träger-Altvater (LK),** §240, kn.7.
[247] **Knodel,** Der Begriff der Gewalt, s. 33.
[248] Hipnoz kelimesi, Mitolojik rüya tanrısı Morpheus'un babası olarak kabul edilen ve uyku tanrısı olarak bilinen Hypnos'dan gelmektedir. Bu kelime, esasen Yunanca uyku anlamına gelmektedir. Ancak zaman içerisinde bazen histerik bir semptom, kimi zaman zihin kontrol yöntemi, son dönemlerde sıkça rastlandığı biçimde ise bir tedavi yöntemi olarak kabul edilmiştir (**JAMES, Ursula,** Clinical Hypnosis Textbook (A Guide for Practical Intervention), Radcliffe Publishing, 2005, s.1).
[249] **WOBST, Albrecht H. K.,** Hypnosis and Surgery in International Anesthesia Research Society, Vol. 104, No. 5, May 2007, s.1199.
[250] **James,** Clinical Hypnosis Textbook, s.2 vd; Hipnozun, uyku ile uyanık olmak arasında bir hal olması nedeniyle, hipnoz durumuna, ayaküstü görülen rüya da denilebilir (**ESCHELBACH, Ralf,** §20, in Beck'scher Online Kommentar StGB, C.H Beck, München 2015, kn.44.).

kaldırılması söz konusu olup, bilinçaltının özel bir uyanıklık halinden bahsedilebilir[251]. Hipnoz, bazı ülkelerde bir takım şartlara bağlı olarak psikiyatrik veya fiziksel bir takım rahatsızlıkların tedavisinde uygulanabilen alternatif tedavi yöntemi olarak kabul edildiği gibi[252], ceza hukuku bakımından da -özellikle tanık ifadesinin alınmasında- uygulama alanı bulmuştur[253].

Knodel, hipnozun cebir olarak kabul edilip edilemeyeceği sorusuna, hipnozun tatbik edildiği tüm durumları kapsar mahiyette bir cevap verilemeyeceğini ifade etmiştir. Zira hipnoz etkisi, mağdurun, hali hazırda iradesini yönlendirme imkânına sahip bulunduğu aşamadan, bu imkâna sahip olmadığı, hatta iradi karar verme özgürlüğünün ortadan kalktığı aşamaya kadar değişik basamaklara ayrılabilir. Bu etki, telkinlerin gücü, hipnozun derinliği ve hipnoza tabi tutulan kişinin karakter özelliklerinden, yaşam koşullarına kadar bir dizi değişkene bağlı olarak farklılık arz edebilir[254].

İradi karar verme yahut hareket etme özgürlüğünün ortadan kalkmasına sebebiyet vermeyen basit hipnozlar, cebrin konusunu oluşturamaz[255]. Bu tespitten yola çıkarak, hipnozun cebir olarak kabulü için her zaman mağdurun bilincinin tamamen ortadan kaldırılmış olmasının gerekli olmadığı sonucuna ulaşılabilir. Bilinci kısmen açık olmakla birlikte, mağdurun büyük ölçüde hipnoz etkisi altında olduğu ve bir takım telkinlere göre hareket ettiği durumlarda da, cebrin varlığı kabul

---

[251] **Eschelbach (BeckOK),** §20, kn.44.

[252] Amerika Birleşik Devletleri Florida eyalet hukukunda bir takım meslek gruplarının işleyişine ilişkin düzenlemeler arasında hipnoz ile tedaviye de yer verilmiştir. Buna göre hipnozun yasal olarak kabulü için, teşhis ve tedavi amacıyla ve teşhis ve tedavide bulunabilmek için gerekli kriterleri taşıyan bir uzman tarafından uygulanması gerekir. Hipnoz, hipnoanestezi olarak veya anksiyeteyi gidermek amacıyla diş tedavisi alanında da kullanılabilir. Ancak bu uygulama, nevrotik bozuklukların tedavisi amacına yönelik olamaz. Belirlenen şartlara aykırılık kabahat olarak kabul edilerek yaptırım altına alınmış, tazminata veya ceza hukuku alanına ilişkin bir sonucun ortaya çıkması halinde ayrıca bu alandaki hukuk kurallarının uygulanacağına da işaret edilmiştir (Florida Statutes -2014-, Title XXXII, Chapter 485, http://www.leg.state.fl.us/).

[253] Hipnoz, Kanada'da 2007 yılına kadar 30 yıl süreyle uygulanan bir ifade alma yöntemi iken, 01.02.2007 tarihinde Kanada Yüksek Mahkemesi, hipnoz tekniğinin, kişi hafızası üzerindeki etkilerinin yeteri kadar bilinmediğinin ve tek başına güvenilir bir araç olmadığının altını çizerek, bu yolla ifadesine başvurulan tanığın beyanını kabul etmemiştir (https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2341/index.do).

[254] **Knodel,** Ber Begriff der Gewalt, s.137.

[255] **Knodel,** Ber Begriff der Gewalt, s.137.

edilmelidir. Diğer bir deyişle, iradi karar verme özgürlüğünü değilse de, iradi hareket özgürlüğünü ortadan kaldıran hipnozun, cebir olarak telakkisine engel yoktur.

Hipnozun bilince etkili olarak kişiyi uyku benzeri bir duruma sokmasını, diğer bir deyişle vücut üzerinde doğurduğu etkiyi dikkate alan *Welzel* gibi *Maier* de, hipnozun mekanik yahut kimyasal maddelerden bir farkı olmadığına işaret etmiştir[256]. Hipnozun vücutta oluşturduğu etkinin bedensel mi yoksa psikolojik mi olduğu ile alakalı tartışma, bu kavramın gerek kasten yaralama, gerekse cebir olarak kabul edilip edilemeyeceği noktasında belirleyici olmuştur.

Kasten yaralama, mağdurun bedenine acı veren birtakım davranışlarla işlenebileceği gibi, sağlığın (ve/veya algılama yeteneğinin) bozulmasına sebebiyet veren diğer davranışlarla da işlenebilir. Ancak mağdurda yalnızca manevi etki doğuran şaşırma, korkma, heyecan, moral bozukluğu gibi durumların, sağlığın bozulması suretiyle kasten yaralama olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Bunun için, bu tür durumların tıbbi olarak mağdur üzerinde fiziksel bir takım etkiler (*somatologischer Krankheitsbegriff*) ortaya çıkarması gerekir[257]. Mağdur üzerinde bu çeşit bir etki oluşturduğundan, hipnozun da, kasten yaralama kapsamında değerlendirilmesi mümkündür[258].

Alman İmparatorluk Mahkemesi kararlarında, hipnozun mağdur üzerinde manevi etki gösterdiği kabul edilerek cebir olarak nitelenemeyeceği ifade edilmiştir[259]. Buna karşılık doktrinde ağırlıklı görüşe göre, hipnozun cebir olarak değerlendirilmesi mümkündür[260].

---

[256] **MAIER, Hans Jakob,** Die Gewalt im Strafrecht, Betaeubung und Hypnose, Inauguraldissertation zur Erlangung der Doktorwuerde, Heidelberg 1950, s.82; Aynı yönde bkz. **v. Heintschel Heinegg,** Die Gewalt als Nötigungsmittel, s.237, 238.

[257] **LILIE, Hans,** §223, in Leipziger Kommentar, Sechster Band, 11. Aufl., De Gruyter Recht, Berlin 2005, kn.15; Aynı yönde 4. Strafsenat des BGH, 05.11.1996, 490/96 (NStZ 1997, s.123, 124.).

[258] **Lilie (LK),** §223, kn.15; **GERKE, Michael,** Hypnose als Straftat, HRRS, 2009, Heft 8, s.374.

[259] RGSt 64/113 (**Maier,** Die Gewalt im Strafrecht, s.84.); Aynı yönde **Hass,** Der objektive Tatbestand der Nötigung, s.36, 37.

[260] **Knodel,** Der Begriff der Gewalt, s.37 vd; **v. Heintschel Heinegg,** Die Gewalt als Nötigungsmittel, s.240; **Eser-Eisele (SS),** Vorb. §§ 234 ff., kn. 13; İsviçre hukuku bakımından aynı yönde bkz. **Schürmann,** Gewalt im schweizerischen Strafgesetzbuch, s.12; **Binding,** Die Normen II, s.1017. Türk hukuku yönünden yağma suçu bağlamında ve cebir karinesi ile ilgili olarak bkz. **Tezcan-Erdem-Önok,** Özel Hükümler, s.618.

Blei, cebrin, mağdurun vücudunda fiziksel etki meydana getiren davranışlardan ibaret olduğu görüşü[261] ile hipnoz arasındaki bağı şu şekilde ifade etmiştir: *"Bedensel etki kavramı, mağdurun yalnızca hücresel, biyolojik olarak bir etki altında kalması şeklinde değil, vücudun tamamı bakımından psiko-fiziksel olarak değerlendirilmelidir. Hipnoz da, mağdurun bedeni üzerinde patalojik bir etki oluşturmasa da, fonksiyonel anlamda vücut üzerinde ağır bir etki meydana getirdiğinden, cebir olarak kabul edilebilir[262]."*

Maier ise, cebir yönünden *Blei* ile paralel bir tanım benimsemekle birlikte, hipnozda asıl etkinin psikolojik olduğunu, bunun dolaylı olarak fiziksel açıdan ortaya çıkardığı etkilerin cebir olarak nitelenebileceğini belirtmiştir[263]. *Maier*, hipnozun cebir olarak kabul edilebilmesi için mağdura zorla tatbik edilmesi gerektiği görüşündedir. Aksi durumda, yani mağdurun iradesi ile hipnotize edilmesi durumunda cebirden söz etmek mümkün değildir. Çünkü hipnozun cebir olarak telakkisi, hipnoz esnasında mağdura telkin edilen davranışlardan yahut fail tarafından mağdur üzerinde cinsel amaçlı olarak gerçekleştirilen birtakım fiillerden veyahut da mağdurun parasının alınmasından değil, bizatihi hipnozun tatbikinden kaynaklanmaktadır[264]. İradeye dayalı tatbik edilen hipnoz, bu nedenle cebir değildir[265].

Burada, irade dışı hipnozun cebir olarak nitelendirilmesi yönünden iki olasılık karşımıza çıkar. Birincisi, mağdurun belli bir davranışın gerçekleştirilmesine izin

---

[261] Yazara göre cebir; *"Bir kimsenin vücudu üzerinde etki doğuran, onun, iradi karar verme veya hareket etme özgürlüğünü tamamen ortadan kaldıran veya ihlal eden davranışlar"* olarak tanımlanmalıdır (**Blei,** Zum strafrechtlichen Gewaltbegriff, s.586).

[262] **Blei,** Zum strafrechtlichen Gewaltbegriff, s.586.

[263] **Maier,** Die Gewalt im Strafrecht, s.84.

[264] *Gerke*'ye göre son dönem (özellikle BVerfG'nin 1995 tarihli kararından sonra) Alman yargı kararlarına göre nasıl ki failin yalnızca fiziksel varlığı cebir için yeterli değilse, mağdur üzerinde yalnızca manevi etki doğuran davranışlar da cebir olarak kabul edilemez. Bu kararlar dikkate alındığında hipnozun tatbikinin de, hipnoz altındaki mağdura sözle telkin edilen davranışların da cebir olarak telakkisi mümkün değildir. Hipnozun uygulanması mağdur üzerinde fiziksel etki doğurmaz. Aksine mağduru rahatlatıcı birtakım hareketlerle, kendinden geçiren manevi bir sürece sokar. Hipnoz altındaki mağdura telkin edilen davranışlar da yalnızca sözlerden ibaret olduğu için fiziksel bir yanı bulunmamaktadır. Dolayısıyla her iki durumda da cebirden söz edilemez (**Gerke,** Hypnose als Straftat, s.376).

[265] **Maier,** Die Gewalt im Strafrecht, s.87.

vermesi için hipnotize edilmesi, ikincisi ise, mağdura hipnoz altındayken bir takım telkinlerde bulunularak, onun, belli bir davranışa zorlanmasıdır.

Birinci olasılığa örnek olarak, mağdurun sahip olduğu eşyaları yahut parayı almak için hipnotize edilmesi, ikinci olasılığa örnek olarak ise, hipnoz altındaki mağdura, bir başkasına ait taşınır eşyayı alması için telkinlerde bulunularak ona suç işletilmesi gösterilebilir. Her iki durum da cebir olarak kabul edilebilirse bile, ilk olasılıkta failin, malını alma kastıyla mağduru hipnotize etmesi yağma olarak, ikinci olasılıkta ise, hırsızlık olarak değerlendirilmelidir[266].

Hipnozun uygulanmasında failin amacı, yalnızca malvarlığı değerlerinin ele geçirilmesine yönelik değildir. Fail, başkaca amaçlarla da mağduru hipnotize etmiş olabilir. Nitekim fail, cinsel amaçlarla hareket etmiş olabilir. Örneğin Czynski davasında, Ceslav Lubic Czynski, Kontes Hedwig von Ledvitz'i karısı olmaya ve bazı eşyalarını kendisine devretmeye hipnoz yoluyla zorladığından bahisle mahkûm edilmiştir[267]. İlgi çekici bir biçimde bu yargılamada mahkeme, sanığın telkinlerinin son derece kuvvetli olduğunu kabul ederek, mağdurun dinlenmesi sırasında, onu tekrar hipnoz altına alarak yargılamanın seyrini değiştirmesini engellemek amacıyla, sanığın duruşma salonunda çıkarılmasına karar vermiştir[268].

Kanaatimizce de, mağdurun bizatihi hipnoza rıza göstermiş olması, hipnoz altında verilen telkinlerden bağımsız olarak, başlı başına hipnoz uygulamasının cebir olarak değerlendirilmesine engeldir. Çünkü bu durumda, hareketin zorlayıcılık özelliği ortadan kalkmaktadır. Oysa diğer şartların varlığı yanında, bir davranışın cebir olarak kabulü için rıza dışı uygulanma özelliğine de sahip olması gerekir[269]. Bununla birlikte, hipnozun zorla uygulanabilir olduğu tamamen reddedilemezse de, rıza dışında bir kimsenin hipnoz altına alınmasının, gösterilen mukavemet nedeniyle oldukça zor olduğunu da kabul etmek gerekir[270].

---

[266] **Maier,** Die Gewalt im Strafrecht, s.87, 88.

[267] **ANDRIOPOULOS, Stefan,** Possesed (Hypnotic Crimes, Corporate Fiction and Invention of Cinema),The University of Chicago Press, 2008, s.33; **Maier,** Die Gewalt im Strafrecht, s.87

[268] **Andriopoulos,** Possesed, s.33, 34.

[269] Benzer şekilde bkz. **Eser-Eisele (SS),** Vorb. §§ 234 ff., kn. 21.

[270] **v. Heintschel Heinegg,** Die Gewalt als Nötigungsmittel, s.241.

Mağdurun rızasının kandırılarak alındığı uyuşturucu ve hipnoz durumlarında ise, cebirden ziyade, hilenin söz konusu olabileceği düşünülebilir[271]. Hipnozun, iradenin tehdit yahut hile ile sakatlanmadığı diğer durumlarda cebir olarak kabulü, geniş cebir anlayışına göre mümkündür. Örneğin failin, konuşma sırasında mağdur farkında olmaksızın bir takım araçlar ve beden hareketleri kullanarak mağduru hipnoz altına alması halinde, vücut üzerindeki bedensel etkisi dikkate alınarak cebrin kabulü mümkündür. Ancak kanaatimizce, hipnoz altındaki kişinin iradi karar verme ve hareket etme hürriyeti bütünüyle ortadan kalktığından, hipnoz altındayken işlenen suçlardan sorumluluk, doğrudan faillik esaslarına göre hipnozu uygulayan kişiye ait olacaktır.

Rızanın mevcudiyeti, hipnoz altına almanın cebir olarak değerlendirilmesi noktasında belirleyici olmakla birlikte, rızanın kapsamı, hipnoz altında kendisine yöneltilen telkinlere göre hareket eden kişinin ceza sorumluluğu bakımından önem arz eder. Hipnoz, failin kusur yeteneği üzerinde akıl hastalığının aksine, geçici bir süre etkili olduğundan, TCK'nın 34 üncü maddesi hükümlerine bağlı kalarak bir değerlendirmede bulunmak gerekir. Maddede, alkol ve uyuşturucu etkisi altında olmanın yanında, kusura etki eden (kaldıran veya önemli derecede azaltan) diğer geçici nedenler bir arada düzenlenerek, bu türden etki altında olan kişilerin ceza sorumluluğunun bulunmadığı hüküm altına alınmıştır.

Bu tür durumlarda failin, işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulmaması için gerekli olan ilk şart, geçici nedene bilerek sebebiyet vermemiş olmasıdır. Alkol ve uyuşturucu kullanımında olduğu gibi, fail, geçici nedenlere tasarlayarak, bilerek veya taksiriyle sebebiyet vermemiş olmalıdır[272].

Bir kimsenin, bir suçu işlemek için hipnoz altına girmek istemesi durumunda sorumluluğun, sebebinde serbest hareket (*actio libera in causa -alic-*) kuramına göre belirlenmesi gerekir. Çünkü aksi halde, suçun işlendiği anın belirlenmesinde fiil esas

[271] **Eser-Eisele (SS),** Vorb. §§ 234 ff., kn. 21.
[272] **DÖNMEZER, Sulhi – ERMAN, Sahir,** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II, 8. Bası, Filiz, İstanbul 1983, kn.857.

alındığından[273], fiili işlediği sırada kusur yeteneği olmayan (hipnoz altında bulunması nedeniyle) kişinin ceza sorumluluğundan da söz edilemeyecektir[274]. Diğer bir ifade ile fiili işlediği anda kusur yeteneğine sahip olmayan kişinin ceza sorumluluğunun varlığı, *alic* kuramı yardımıyla tespit edilebilir[275]. Dolayısıyla, *alic* kuramına göre, bu tür durumlarda failin fiili işlediği an değil, kusur yeteneğini ortadan kaldırdığı an dikkate alınır. *Alic* kuramının tatbiki bakımından failin, kusur yeteneğini kendi davranışıyla mı yoksa bir başkası aracılığıyla mı kaldırdığının önemi yoktur. Bu nedenle, hipnoz gibi, kusur yeteneğinin ortadan kalkmasında bir başkasının aracı edildiği durumlarda da sorumluluk, *alic* kuramına göre tayin edilecektir. Bir görüşe göre, böyle durumlarda fiil ve kusurun aynı zaman diliminde bir arada bulunması ilkesinin (*Koinzidenzprinzip*) bir istisnası olarak failin, kusurluluğunu kaldırdığı iradi davranışı (hipnoz) nedeniyle kusurlu sayılarak cezalandırılması söz konusudur (*Ausnahmemodell*).

Diğer bir görüşe göre ise, failin *alic* kuramına göre cezalandırılması kusur ilkesine bir istisna oluşturmamakta, aksine failin kusurluluğunu kaldırdığı önceki davranışı, suçun bir unsurunu oluşturmaktadır (*Tatbestandsmodell*)[276]. Failin kusur yeteneğini (hipnoz suretiyle) kasten kaldırdığı ve aynı zamanda bu kastın kusur yeteneğinden yoksun iken bir suç işlemeye yöneldiği[277] bu haller, doktrindeki

---

[273] TCK'nın, zaman bakımından uygulama başlıklı 7 nci maddesinde bu husus; *"işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılamaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz..."* denilerek dolaylı bir biçimde ifade edilmiştir. Suçun işlendiği zaman başlıklı Alman CK. m.8'de, icrai suçlar yönünden fiilin, fail veya şerikler tarafından gerçekleştirildiği an, ihmali suçlar yönünden ise bir davranışta bulunma yükümlülüğünün ortaya çıktığı anın suçun işlendiği zaman olarak kabul edileceği belirtilmiştir. Neticenin ise bu değerlendirmede dikkate alınamayacağına, maddenin son cümlesinde açıkça yer verilmiştir. Metin ve faillikle bağlantılı açıklamalar için bkz. **KÜHL, Kristian,** §8, in Lackner-Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 28., neu bearbeitete Aufl., C.H. Beck, 2014, kn. 1-3. Geriye yürüme yasağı ile bağlantılı olarak Alman hukuku yönünden bkz. **GROPP, Walter,** Strafrecht Allgemeiner Teil, Dritte, überarbeitete und erweiterte Aufl., Springer 2005, §2, kn.31 vd; Türk hukuku yönünden aynı doğrultuda bkz. **Koca-Üzülmez,** Genel Hükümler, s.66 vd; **Artuk-Gökcen-Yenidünya,** Genel Hükümler, s.145; **Özgenç,** Genel Hükümler, s.120 vd.; **ZAFER, Hamide,** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Beta, İstanbul 2013, s.92, 95 vd.; Neticeli suçlarda fiilin işlendiği zamanın belirlenmesinde neticenin gerçekleştiği anın dikkate alınması gerektiği hususunda bkz. **Dönmezer-Erman,** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku I, kn.354 vd.

[274] **Gropp,** Allgemeiner Teil, §7, kn.50.

[275] **Kühl (Lackner-Kühl),** §20, kn.25 vd.; **Wessels-Beulke-Satzger,** Allgemeiner Teil, kn.414, 415.

[276] **Wessels-Beulke-Satzger,** Allgemeiner Teil, kn.415.

[277] **Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.447.

ağırlıklı görüşe göre *kasti alic* olarak adlandırılmakta ve böyle hallerde, çifte kastın (*Doppelvorsatz*) mevcudiyeti kabul edilmektedir[278].

Bununla birlikte, hipnoz etkisinde olan kişi, kural olarak, alkol veya uyuşturucu etkisi altında işlenen suçlarda olduğu gibi, davranışlarını iradi olarak yönlendirmemekte, hipnoz etkisinden yararlanarak kendisi üzerinde hâkimiyet kuran diğer bir kişi tarafından birtakım telkinlerle yönlendirilmektedir. Diğer bir ifade ile burada hipnoz altındaki kişi, kendisini yönlendirenin adeta aracı haline gelmiştir[279]. Bu durum, yolda birlikte yürüdüğü arkadaşı tarafından aniden itilerek, bir dükkân camının kırılmasına sebep olan kişinin suçta araç olarak kullanılmasıyla aynıdır. Bu nedenle, bir kimse, hipnozun etkisi altında suç işlemek amacıyla hipnoza rıza göstermesi durumunda, *alic* kuramı yardımıyla hipnoz altındayken işlediği fiilden sorumlu tutulabilirse de, taksirli hipnoz yahut suç işleme iradesi olmaksızın hipnoza rıza gösterme durumlarında[280] aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Bu tür durumlarda, hipnoz etkisi nedeniyle iradi karar verme ve hareket etme kabiliyetinden söz edilemeyeceğinden, suç teşkil eden davranışın, hipnoz etkisindeki kişiye yüklenmesi mümkün değildir. Dolayısıyla burada hareket, hipnoz uygulayan kişiye ait olup, hipnoza tabi tutulan kimse mekanik bir araç konumundadır. Bu nedenle de, hipnoza taksirle yahut suç işleme iradesi dışında bilerek sebebiyet veren kişi, bu işlem uygulanırken, hipnozu tatbik edenin kendisine bir suç işleteceği hususunda ancak taksiri varsa sorumlu tutulabilir. Diğer bir deyişle, hipnoza rıza gösterme, ancak başlı başına taksirli bir davranış olarak nitelendirilebiliyorsa sorumluluğun esasını oluşturabilir[281].

---

[278] **Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.447; **Wessels-Beulke-Satzger,** Allgemeiner Teil, kn.417.

[279] **Knodel,** Der Begriff der Gewalt, s.137.

[280] Bir kimsenin, hipnoz altına girme irade ve inancı olmaksızın, bu tür eylemlerle alay etmek amacıyla hipnozda kullanılan bir takım araçların kullanılmasına müsaade etmesi taksirli hipnoza; daha önce ölmüş olan yakınlarıyla iletişim kurabilmek amacıyla veyahut da psikolojik tedavi amacıyla hipnoza rıza göstermesi ise kasıtlı hipnoza örnek olarak gösterilebilir.

[281] Failin, kusur yeteneğinin ortadan kalkmasına taksiriyle sebebiyet verdiği, taksirli *alic* olarak nitelendirilen hallerde, şayet kusur yeteneğinin ortadan kalkmasına sebebiyet veren taksirli davranış, somut olayda gerçekleştirilen taksirli suçun tipik hareketini oluşturuyorsa, *alic* kuramına başvurmaya gerek olmadan sorumluluğun genel esaslara göre belirlenebileceği hususunda bkz. **Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.448.

2.2.2.2.2. Alkol ve Uyuşturucu Niteliğindeki Doğal veya Kimyasal Maddeler

Mağdura kimyasal ilaç veya doğal yahut kimyasal nitelikteki uyuşturucu maddelerin verilmesinin cebir olarak kabul edilip edilemeyeceği, Alman hukukunda eskiden beri süregelen bir tartışma konusudur. Konuyla ilgili olarak hukukumuzda, yağma suçundaki özel hal dışında, cebir ile ilgili buna benzer bir tartışma yapılmamıştır.

Bu hususta gerek doktrindeki görüşlere, gerekse mahkeme kararlarına yukarıdaki açıklamalarımız kapsamında geniş olarak yer verdiğimiz için burada, mağdura verilen uyuşturucu maddelerin cebrin hangi türünü oluşturacağı hususuna değinmekle yetineceğiz.

İradi hareket edebilme özgürlüğünü tamamen ortadan kaldıran davranışların mutlak kuvvet olarak kabul edilebileceği görüşünden hareketle, alkol ve doğal veya kimyasal nitelikteki uyuşturucu maddelerin kullanılmasının da, bu kapsamda değerlendirilmesi mümkündür[282]. Mağdura, iradesi dışında alkol verilmesi ile uyuşturucu verilmesi arasında herhangi bir farklılık yoktur. Zira bunlar, gösterdikleri etki açısından birbirine son derece yakındır. Bu maddelerin iradi olarak alınması halinde, ceza sorumluluğunun *alic* kuramına göre belirlenmesi zaruridir. Hipnoz başlığı altında, bu konuyla ilgili açıklamalara yer verdiğimizden, bunları burada tekrar edecek değiliz. Konuyla ilgili açıklamalarımıza, tatbikindeki çeşitlilik nedeniyle arz ettiği önemi dikkate alarak, uyuşturucu maddeler üzerinden devam edeceğiz.

Uyuşturucu maddeler, mağdurun bilincini etkileme, onu sersemletme, bayıltma gibi özellikleri barındırdıklarından, Alman doktrininde bu husus, genel olarak mağdurun bilincini ortadan kaldıran veya hareket imkânını etkileyen davranışlar kapsamında ele alınmıştır. Nitekim *Maier*, mağduru hareketsiz bırakan veya bilincini ortadan kaldıran bu tür davranışları, genel olarak dört başlık altında

[282] **v. Heintschel Heinegg,** Die Gewalt als Nötigungsmittel, s.237.

sınıflandırmış, bunlardan bazılarının lokal etki gösterebileceğine de işaret etmiştir. Buna göre; 1) mekanik araçlar (mağdurun kafasına vurma gibi), 2) kimyasal araçlar (afyon, kloroform[283] gibi), 3) sıcaklığa bağlı etki gösteren durumlar (yüksek sıcaklık yahut dondurucu soğuğa maruz bırakma), 4) Psikolojik etkiler (bayılmaya sebebiyet veren ağır korkutma) bu kapsamda kabul edilebilir[284].

Söz konusu sınıflandırma incelendiğinde, gerçekten bazı durumlarda uyuşturucu maddenin tüm vücuda etkili olmaksızın, mağdurun bilincini tamamen ortadan kaldırmaksızın lokal olarak göstereceği etki ile hareket etme yeteneğini tamamen ortadan kaldırması da mümkündür. Örneğin bacak ve kol bölgelerine uygulanan uyuşturucu madde ile mağdurun bu uzuvlarını kullanma olanağı ortadan kaldırılabilir. Bu suretle mağdur, hareket etme yeteneğinden tamamen yoksun bırakılmıştır. Bu tür durumlarda, söz gelimi, icrai bir davranışta bulunması engellenerek mağdurun ihmali bir suça sebebiyet vermesi sağlanmış olabilir.

Kanaatimizce, uyuşturucu maddenin mağdurun bilincini tamamen ortadan kaldırmasına gerek yoktur. Zira mutlak cebir bakımından önemli olan, mağdurun iradi karar verme imkânının yahut iradi hareket etme özgürlüğünün ortadan kaldırılmasıdır.

Maier, mağdura uyuşturucu madde verilmesi bakımından ikili bir ayrımın varlığına işaret etmektedir. Buna göre, verilen uyuşturucu maddenin mutlak cebir olarak nitelendirilebilmesi için zorla verilmiş olması gerekir. Aksi durum, yani mağdura gizlice verilen uyuşturucu madde, hile olarak kabul edilmelidir[285]. Bir diğer görüşe göre ise, uyuşturucu maddenin gizli yahut zorla verilmiş olması arasında fark yoktur. Her iki durumda da, mutlak cebrin varlığını kabul etmek gerekir[286].

Uyuşturucu madde ile mağdurun bilincinin ortadan kaldırılmasının cebir kapsamında değerlendirilmesi, *Maier*'e göre cebir kavramının tatbik sahasını

---

[283] Kloroform, anestetik etkisi bulunan ve tıbbi müdahalelerde sıkça kullanılan kimyasal bir maddededir (http://www.history.com/topics/ether-and-chloroform).
[284] **Maier,** Die Gewalt im Strafrecht, s.39.
[285] **Maier,** Die Gewalt im Strafrecht, s.40; **Küpper (2001),** Besonderer Teil I, §3, kn.37; **Eser-Eisele (SS),** Vorb. §§ 234 ff., kn. 21.
[286] **Maier,** Die Gewalt im Strafrecht, s.40, 41.

genişletmek ya da kanunun öngörmediği boşlukları yorum yoluyla doldurma çabasından değil, aksine, kanunun amaçladığı korumayı daraltmama çabasından kaynaklanmaktadır[287]. Dolayısıyla, örneğin mağdurun aldığı uyuşturucu nedeniyle kendinden geçmesini fırsat bilerek onun eşyasını alan failin eyleminin cebir kullanma olarak nitelenerek yağma kapsamında ele alınması mümkün olmamalıdır[288]. Çünkü cebir kullanmanın zorlayıcı fonksiyonu, bu tür durumlarda mevcut değildir.

BGH, aldığı yaralar nedeniyle yüzüstü yere düşmüş ve bilinci neredeyse ortadan kalkmış olan mağdurun çantasının alınmasını cebir kapsamında değerlendirerek, bu fiilin yağma suçuna vücut verdiğini kabul etmiştir. Mahkemeye göre, cebir açısından önemli olan, uygulanan fiziksel kuvvetin yahut mağdurun mukavemet imkânının az ya da çok olması değildir. Dolayısıyla, az bir kuvvet uygulayarak bilinci neredeyse ortadan kalkmış olan mağdurun elindeki çantanın alınması, yağma bakımından elverişli bir davranış olarak kabul edilebilir[289].

İfade edelim ki, mağdur üzerinde zorlama etkisi oluşturarak onun iradesini etkilemeye somut olarak elverişli olmayan davranışların cebir olarak nitelendirilmesi, hırsızlık suçu ile yağma arasındaki en önemli ayrımı belirsizleştireceğinden, mağdurun bilincinin kapalı olduğu durumlarda, başkaca fiziksel bir zorlama olmaksızın elinden çantasını almak, fiziksel bir davranış olmakla birlikte, suç tipinin haksızlık içeriğini karşılayacak nitelikte bir ağırlığa sahip değildir. Zira yağma suçunda kabul edilen cebir, iradeyi zorlamaya elverişli olmalıdır. Bu suçla korunan, mağdurun potansiyel mukavemet imkânından çok, iradesinin aktüel olarak ihlale uğramasıdır.

---

[287] **Maier,** Die Gewalt im Strafrecht, s.42.
[288] **Wessels-Hillenkamp,** Besonderer Teil 2, kn.348; Benzer değerlendirmeler için bkz. **Koca,** Yağma Cürümleri, s.148 vd.
[289] 5. Strafsenat des BGH, 5. 12. 1961, 516/61 (NJW 1962, s.356)

2.2.2.2.3. Yüksek Ses ve Gürültü

Alman hukukunda, yüksek sesle çığlık atarak bir konuşmacının sözünün kesilmesi ve konuşmaya devam etmesinin engellenmesi (*Verbalterror*) de, mutlak cebir olarak kabul edilmiştir[290]. BGH, konuyla ilgili verdiği bir kararda[291], ıslık çalmak, bağırarak şarkı söylemek, müzik enstrümanlarıyla gürültü yapmak gibi davranışlarla üniversitede görülmekte olan bir dersin engellenmesini, cebir olarak kabul etmiştir. Mahkemeye göre cebir, ağır fiziksel güç uygulamak dışındaki davranışlarla da işlenebilir[292]. Bu kabul, fiziksel kuvveti tamamen cebrin dışına itmek olarak anlaşılmamalıdır. Diğer taraftan ağır fiziksel güç kriterinden vazgeçilebilirse de, ağır olmasa dahi fiziksel bir davranış, cebrin varlığı açısından gereklidir. Yoksa sadece mağdurun motivasyonunu etkileyen düşünce açıklamalarını, cebir çerçevesinde değerlendirmek mümkün değildir[293].

Yargılamaya konu olaydaki gibi gürültü çıkararak dersi engellemek ise, az da olsa fiziksel bir kuvvet içerdiği gibi, mağdur (ilgili öğretim üyesi) üzerinde de, ders anlatmayı engeller nitelikte fiziksel bir zorlama etkisi ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle, bu türden davranışların cebir olarak kabul edilmesi mümkün görülmüştür. Dolayısıyla, bu kabul, cebrin mağdur üzerinde fiziksel zorlama etkisi şeklinde algılanmasının bir sonucudur[294]. Ancak bu noktada dikkat edilmesi gereken, çıkarılan gürültünün yahut yüksek sesin süresi ve yoğunluğunun, mağdur üzerinde fiziksel bir zorlama etkisi oluşturmaya uygun olup olmadığıdır. Yüksek ses veya gürültünün neden olduğu korkudan ileri gelen gerginlik ve şaşkınlık hali, tek başına cebir olarak nitelendirilemez[295].

---

[290] **KÖHLER, Michael,** Vorlesungsstörung als Gewaltnötigung?, NJW 1983, s.11, 12; Aksi görüş için bkz. **Marxen,** Kompaktkurs Strafrecht Besonderer Teil, s.134.

[291] 3. Strafsenat des BGH, 449/450/81, 08.10.1981 (NJW 1982, s.189)

[292] Aynı yönde bkz. 4. Strafsenat des BGH, 27.08.1969, 468/69 (NJW 1970, s.61, 62)

[293] Aynı yönde bkz. 2. Strafsenat des BGH, 04.03.1981, 742/80 (NJW 1981, s.218)

[294] Cebrin fiziksel zorlama etkisi olarak kabulü nedeniyle, birtakım psikosomatik etkiler de cebir kapsamında değerlendirilmiş ve böylece cebir ile tehdit arasındaki farkı ortaya koymak zorlaşmıştır (**Dingeldey,** Störung von Vorlesungen, s.161)

[295] **Geilen,** Lebensgefährliche Drohung als Gewalt (JZ 1970), s.524 vd.

İsviçre hukukunda da, benzer değerlendirmelere rastlamak mümkündür. İsviçre Yüksek Mahkemesi, Bern Üniversitesi'nde gerçekleştirilen bir protesto eylemine ilişkin verdiği kararda[296], biri rektör, diğeri dekan olan iki öğretim üyesinin konuşmalarının, megafonla gürültü çıkarmak suretiyle engellenmesini cebir (§181 StGB) olarak kabul etmiştir. Mahkeme, korunan hukuki değerden hareketle bu türden davranışların, 181'inci maddede[297] yer alan, *"hareket özgürlüğünü kısıtlayan diğer durumlar"* çerçevesinde değerlendirilebileceğinin altını çizmiştir[298].

İfade edelim ki, cebrin zorlama etkisi dikkate alınarak yorumlanması nedeniyle, gürültü yapmak, ıslık çalmak yahut başkaca araçlarla yüksek ses çıkarmak suretiyle bir konuşmanın, toplantının engellenmesinin de cebir kapsamında mütalaa edilmesinin, cebrin sınırlarının belirlenmesi açısından olumsuz bir etkiye sahip olduğu, hatta bu türden yaklaşımların kıyas yasağı ve belirlilik ilkesine aykırılık teşkil edeceği de söylenmiştir[299]. Ayrıca bu türden bir değerlendirmenin, cebir ile tehdit (özellikle cebir uygulanacağından bahisle tehdit) arasındaki farkı da ortadan kaldıracağına işaret edilmiştir[300]. Biz de bu görüşlere katılmaktayız.

---

[296] Karar için bkz. **PIETH, Mark,** Strafrecht Besonderer Teil, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2014, s.56.

[297] İsviçre Ceza Kanunu'nun 181 inci maddesinde cebir suçu; *"Bir kimseyi, cebir kullanarak yahut ciddi bir zarara uğratacağından bahisle tehdit ederek ya da hareket özgürlüğünü başkaca şekilde kısıtlayarak bir davranışta bulunmaya yahut yapması gereken bir davranışı ihmal etmeye veya bir davranışa katlanmaya zorlayan kişi... cezalandırılır"* şeklinde düzenlenmiştir (http://www.gesetze.ch)

[298] Bu tür davranışlar yanında narkoz, hipnoz, diğer başkaca uyuşturucu maddelerin mağdura verilmesinin de hareket özgürlüğünü kısıtlayan diğer durumlar çerçevesinde cebir olarak kabul edildiği hususunda bkz. **MOPPERT, Andreas,** Grenzen des strafbaren Zwangs bei Nötigung, ZStrR, Band 88 (1972), s.173. Bununla birlikte Moppert, İsviçre hukukunda bu türden davranışların hareket özgürlüğünü kısıtlayan diğer durumlar başlığı altında değerlendirilmesinin problem oluşturmadığını, cebir suçu bakımından asıl sorunun, ağır bir zarara uğratacağından bahisle tehdidin içeriğini belirlemekteki güçlükten kaynaklandığını ifade etmiştir (**Moppert,** Grenzen des strafbaren Zwangs bei Nötigung, s.173, 174.)

[299] **WOLTER, Jürgen,** Gewaltanwendung und Gewalttätigkeit (2.Teil), NStZ 1985, s.246.

[300] **Wolter,** Gewaltanwendung und Gewalttätigkeit (2.Teil), s.246; **Dingeldey,** Störung von Vorlesungen, s.161; *Bergmann* da, cebri, mağdur üzerinde tatbik edilen bedensel zorlama olarak kabul etmekle beraber, cebrin, gürültü ve ses çıkararak toplantı yahut konuşmanın engellenmesini de içine alacak biçimde geniş yorumlanmasını eleştirmektedir (**Bergmann,** Das Unrecht der Nötigung, s.126).

2.2.3. Nispi Kuvvet (Vis Compulsiva)

Cebrin görünüş biçimleri çerçevesinde ortaya çıkan bu tür kuvvet kullanımlarında fail, mutlak kuvvetten farklı olarak, mağdurun iradi karar verme ve hareket etme özgürlüğünü tamamen ortadan kaldırmamakta, onu, belli bir davranışta bulunmaya zorlamaktadır. Dolayısıyla, mağdurun iradi hareket edebileceği birtakım seçenekler mevcut olmakla birlikte, failin uyguladığı cebir nedeniyle, bu alternatiflerden failin istediği doğrultuda olanı seçmek zorunda bırakılması söz konusudur[301].

Cebrin kapsam ve mahiyetine ilişkin görüşleri açıklarken ayrıntılı olarak ifade etmeye çalıştığımız gibi cebir, bu kavramı farklı bakış açılarıyla yorumlayan görüşlere göre değişik biçimlerde tanımlanmıştır. Öğretide baskın olan görüşe göre[302], mağdurun irade özgürlüğünü sınırlandırarak, onun bedeni üzerinde etkili olan davranışlar[303] cebir olarak kabul edilirken, diğer bir görüşe göre[304], burada esas alınması gereken, mağdur üzerinde güncel bir kötülüğün uygulanmasıdır. Ancak bunun fiziksel olması, yani mağdurun bedeni üzerinde doğrudan fiziksel etki göstermesi zorunlu değildir.

Bu çerçevede, trafikte hız limitlerine uygun olarak seyreden araçların arkasına hızla yanaşıp yakın mesafeden takip ederek, onları şerit değiştirmeye zorlamak, cebir olarak kabul edilmelidir[305]. Örneğin şehir içinde ve azami hız limitinin 40-50 kilometre olduğu bir caddede ilerleyen A'yı, yakın mesafeden 300

---

[301] **Kindhäuser**, Besonderer Teil I, §12, kn.25. **Schluckebier,** §240 StGB, in Satzger-Schluckebier-Widmaier, Strafgesetzbuch Kommentar, 2. Aufl., Carl Heymanns, 2014, kn.7.

[302] **Hass,** Der objektive Tatbestand der Nötigung, s.30; **Wessels-Hettinger,** Besonderer Teil 1, §8, kn.396; **Sautner,** Der Gewaltbegriff, s.163; **Schürmann,** Gewalt im schweizerischen Strafgesetzbuch, s.58 vd; **Dreher-Tröndle (BK)**, §240, kn.5; **Träger-Altvater (LK),** StGB §240, kn.7; **Sinn (MüKo)**, §240, kn.62; **SCHMIDT, Rolf – PRIEBE, Klaus,** Strafrecht Besonderer Teil 1, 12. Aufl., Berlin 2013, kn.759; **Röthlein,** Der Gewaltbegriff, s.27.

[303] Bazı yazarlara göre bu davranışların da fiziksel olması gerekir (**Sinn (MüKo)**, §240, kn.62; **Schmidt-Priebe,** Besonderer Teil 1, kn.759; **Schluckebier (Satzger-Schluckebier-Widmaier),** §240 StGB, kn.7).

[304] **Knodel,** Der Begriff der Gewalt, s.77 vd.; **Eser-Eisele (SS),** Vorb. §§ 234 ff., kn. 15; **Horn-Wolters (SK),** §240, kn.8; **Özgenç,** Genel Hükümler, s.396; **Koca-Üzülmez,** Genel Hükümler, s.333.

[305] Bu tür davranışların nispi cebir olarak nitelendirilmesine ilişkin bkz. **Köhler,** Vorlesungsstörung als Gewaltnötigung, s.11; **Marxen,** Kompaktkurs Strafrecht Besonderer Teil, s.134.

metre kadar selektör yaparak takip eden B'nin davranışı, zorlayıcı cebir olarak değerlendirilebilir[306]. Keza tersinden düşünüldüğünde, yolda seyir halinde olan araçların aniden fren yaparak arkadan gelen aracı durmaya zorlaması da, zorlayıcı cebirdir[307]. Söz konusu örnekler, mağdur üzerinde doğrudan yahut en azından dolaylı olarak bedensel bir zorlama etkisinin oluşmasını arayan görüşler bakımından da, uygulanan kuvvetin güncel olması şartıyla manevi zorlamaları da cebir kapsamında değerlendiren görüşler bakımından da, kabul edilmiştir[308].

Daha önceki açıklamalarımız çerçevesinde, konuyla ilgili Alman mahkeme kararlarını da zikrederek ayrıntılarıyla ortaya koymaya çalıştığımız gibi, bu türden davranışların cebir olarak nitelendirilebilmesi açısından, ani olup olmadıkları, yoğunlukları, trafiğin genel durumu ve trafik gerekleri gibi birtakım değişkenlerin dikkate alınması zorunludur[309]. Örneğin sol şeritte kısa süreli beklemeler, önünde hiç araç olmamasına rağmen hız sınırının mevcut olduğu bölgede bu sınıra riayet etmek, öndeki aracın arkasına kısa süreli yanaşmalar cebir olarak kabul edilemez[310]. Diğer bir deyişle, bu tür durumlarda, gerçekleştirilen davranışın süresi, yoğunluğu ve takip mesafesinin dikkatlice değerlendirilmesi zaruridir[311]. Bununla birlikte, bu şartların varlığı durumunda uygulanan cebrin türünün de nispi kuvvet olarak değerlendirilmesi gerekir. Mutlak kuvvet, trafikte kullanılan cebir durumlarında uygun bir zorlama aracı olarak kabul edilemez[312].

Bir davranışın cebir olarak kabul edilebilmesi için yalnızca objektif olarak birtakım şartlara sahip olması yeterli olmayıp, failin, bunları zorlama iradesiyle gerçekleştirmesi, diğer bir deyişle, zorlama kastıyla hareket etmesi gerekir[313]. Bu nedenle, örneğin aniden yol kenarından otoyola sürüklenen poşeti, yola çıkan bir hayvan zannederek aniden fren yapan sürücünün davranışı, onu takip eden araçların

---

[306] BVerfG (1. Kammer des 2. Senats), 29. 3. 2007 - 932/06 (NStZ 2007, s.397 vd.)
[307] **Wessels-Hettinger,** Besonderer Teil 1, §8, kn.396; **Eisele,** Gewalt im Straßenverkehr, s.700.
[308] **Eser-Eisele (SS),** Vorb. §§ 234 ff., kn. 15.
[309] Aynı yönde bkz. **Eser-Eisele (SS),** Vorb. §§ 234 ff., kn. 15.
[310] **HEGER, Martin,** §240, in Lackner-Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 28., neu bearbeitete Aufl., C.H. Beck, 2014, kn. 9.
[311] **KRUMM, Carsten,** Der Gewaltbegriff im Nötigungstatbestand, SVR 2009, Heft 5, s.180.
[312] **Krumm,** Der Gewaltbegriff, s.179.
[313] **Knodel,** Der Begriff der Gewalt, s.83 vd; **Haft,** Besonderer Teil II, s.177.

durmasına yönelik zorlama kastıyla gerçekleştirilmediğinden, cebir olarak kabul edilemez.

Alman doktrin ve uygulamasında, kamunun genel kullanımına tahsis edilmiş bir park yerine araçla giriş yapmak için kullanılan kuvvetin cebir olarak kabul edilip edilemeyeceği de tartışılan bir konudur. Daha önce ifade ettiğimiz üzere, bu tür davranışları mutlak kuvvet olarak kabul eden yazarlar mevcutsa da, kanaatimizce bunlar, zorlayıcı kuvvet olarak kabul edilmelidir. Nitekim bir otoparkta, kız arkadaşının park edebilmesi için bir park cebinin girişini kapatan B, buraya girmek isteyen diğer bir sürücü olan A tarafından, araç üzerine sürülerek çekilmeye zorlandığında, nispi kuvvetin varlığını kabul etmek gerekir[314].

Belirtelim ki, bu tür durumlarda meşru savunmanın varlığı da tartışma konusu edilmiştir. Örnekten hareket edildiğinde, A'nın davranışı, meşru savunma çerçevesinde hukuka uygun kabul edilebilir mi? Bu sorunun cevabı kabilinden, trafik mevzuatında, herhangi bir kimseye, park yerlerini koşulsuz ve genel kullanma hakkı tanınmadığı, bu nedenle A'nın, B'ye rağmen park yerine girmeye çalışmasının meşru savunma olarak nitelendirilemeyeceğinin altı çizilmiştir. Ayrıca meşru savunmanın uygulanamayacağına dair diğer bir gerekçe de, genel kullanıma ayrılmış bir park yerinden yararlanma hakkının kullanılması adına, bir kimsenin yaşam hakkı yahut vücut bütünlüğünün ihlal edilemeyeceğidir[315]. Yani korunmak istenen hukuki değer ile feda edilen hukuki değer arasında açık bir nispetsizlik bulunduğundan, fiil hukuka uygun kabul edilemez. Diğer açıdan bakıldığında, yani B'nin davranışı çerçevesinde olaya yaklaşıldığında ise, başkaca bir direnme hali olmaksızın yalnızca bir yerde durma ve bulunma gibi pasif davranışlar, cebrin oluşması bakımından yeterli değildir[316]. Dolayısıyla, olayda cebir olarak nitelenebilecek tek hukuka aykırı davranış, A'ya aittir.

Cebri geniş algılayan görüşün fikir babası olan *Knodel*, bu kavram bakımından tartışmalı olanın, cebri tanımlarken kendisi tarafından ortaya atılan *ağır ve güncel kötülük* kavramı ile bu boyuta ulaşmayan ancak mağduru yalnızca *rahatsız*

[314] Aynı yönde **Marxen,** Kompaktkurs Strafrecht Besonderer Teil, s.134.
[315] **EISELE, Jörg,** Nötigung durch Gewalt im Straßenverkehr, JA 2009, s.700.
[316] **Eisele,** Gewalt im Straßenverkehr, s.699.

eden davranışların birbirinden ayrılması olduğunu ifade etmiştir. Yalnızca rahatsız edici nitelikte olan davranışlar, cebir olarak kabul edilemez[317]. *Knodel*, konuyu şu örnek üzerinden ve tehdit bağlamında tartışmaktadır; Yaşlı bir kadının yahut bir çocuğun, bir kimseye kötülük yapacağını bildirmesi rahatsız edici midir? Yoksa ağır bir kötülük gerçekleştirileceğinin bildirilmesi kapsamında tehdit midir? Yazara göre bu soruya verilecek cevap, güncel kötülük ile rahatsız edicilik kavramları arasındaki ayrımın ortaya koyulmasında kullanılacak kriterin, *objektif* mi yoksa *sübjektif* mi olduğu ile yakından ilgilidir[318].

Şayet *objektif kriter* benimsenirse, sadece yaşlı bir kadın olması yahut çocuk tarafından gerçekleştirilmesi nedeniyle söz konusu davranış, ortalama bir kişi tarafından ciddiye alınmayacağından, yalnızca rahatsız edicidir. Ancak bu durum, tek taraflı bir yorumla suç failine, açık bir cezasızlık çeki verilmesi demektir. Dolayısıyla tek başına objektif kriter kabul edilemez. *Sübjektif kriter* ise, yalnızca somut olayı dikkate alarak fiilin, mağdurun direnişini kırıp kırmadığını göz önünde bulunduracağından, onun da tek başına kabulü mümkün değildir. Bu nedenle, her iki kriteri de kullanarak bir sonuca ulaşmak gerekir[319]. Yani örnekten hareketle, kötülüğü gerçekleştirecek olanın yaşlı bir kadın olması dolayısıyla, bunun cebir olarak nitelendirilmesine şüpheyle yaklaşmak gerekirse de, kadının sağlık durumu (fiziki durumunun iyi olması), bireysel özellikleri (silah kullanmada mahir olması) gibi sübjektif belirleyiciler de dikkate alınmalıdır.

Zorlayıcı cebrin mağdur üzerinde ortaya çıkardığı fiziksel etki, doğrudan olabileceği gibi, dolaylı da olabilir. *Doğrudan cebir*, mağdura tokat atmak (yahut sopayla vurmak veya bir bıçakla yaralamak) gibi, esasen bedensel birtakım güç kullanımlarını içerirken, *dolaylı cebir*, fiziksel olmakla birlikte başkaca birtakım araçlar kullanılıp, mağduru, bedenini hareket ettirmeye zorlayan davranışlar olarak kabul edilebilir. Nitekim bir kimsenin üzerine araç sürerek, onu bir başka yöne gitmeye zorlamak, bu çerçevede dolaylı cebir olarak değerlendirilmiştir[320]. Burada

---

[317] **Knodel,** Der Begriff der Gewalt, s.77, 78.
[318] **Knodel,** Der Begriff der Gewalt, s.78.
[319] **Knodel,** Der Begriff der Gewalt, s.80.
[320] **Träger-Altvater (LK),** StGB §240, kn.7; Bu tür davranışların nispi cebir olduğu hususunda ayrıca bkz. **Kindhäuser**, Besonderer Teil I, §12, kn.27.

failin davranışı, mağdura yönelik gelecekte bir kötülük gerçekleştirileceği biçiminde bir tehdit oluşturması, diğer bir deyişle fiziksel bir gücün etkisi ve sonucu olarak manevi bir zorlama görünümü arz etmesinden ziyade, gerçekleştirildiği anda mağdura yönelik maddi, fiziksel bir zorlama da barındırdığından, cebir olarak kabul edilmiştir[321].

Uygulanan kuvvetin mutlak mı yoksa nispi mi olduğunu belirlemek, yani mutlak kuvvet ve nispi kuvvet arasındaki sınırları belirlemek, oldukça güçtür[322]. Ayrımın ortaya koyulması bakımından, cebir oluşturan davranışın türü ve kapsamı değil, somut olay bakımından hangi amaca yönelik olarak uygulandığı dikkate alınmalıdır[323]. Bir örnekle açıklamak gerekirse, bir kimsenin bir odaya kapatılması (aç, susuz bırakarak), şayet onun bir yere gitmesinin önüne geçmeyi amaçlıyorsa, mağdurun seçim yaparak iradesini serbestçe yönlendirme yeteneği tamamen ortadan kaldırıldığından, mutlak kuvvet icrasıyla cebrin varlığını kabul etmek gerekir. Buna karşılık, odaya kapatarak aç susuz bırakma eylemi, bir çekin imzalanması için mağduru zorlamak amacıyla gerçekleştiriliyorsa, imza atıp atmamak noktasındaki seçme iradesi hâlihazırda mevcut olmakla birlikte, bu iradenin, failin istediği yönde kullanılmaya zorlanması söz konusudur. Bu nedenle de mutlak değil, nispi kuvvet tatbikinden söz etmek gerekir[324].

Örnekten de anlaşılacağı üzere zorlayıcı cebirde mağdur, belli bir yönde davranmaya zorlansa da, failin arzu ettiği yola girmeme noktasında seçim hakkı tamamen ortadan kaldırılmamıştır[325]. Kanaatimizce burada tartışılması gereken önemli bir konu, mağdurun seçme imkânının varlığını belirleme noktasında objektif kriterin mi; yoksa sübjektif kriterin mi esas alınacağıdır. Meseleyi bir örnekle açıklamak gerekirse, belli bir davranışta bulunması için oğluna cebir uygulanarak zorlanan babanın, oğluna artarak cebir uygulanmasını göze alarak istenilen davranışı yapmama imkânı objektif olarak bulunsa da, bu seçme olasılığı makul kabul

---

[321] **Träger-Altvater-LK,** StGB §240, kn.7.
[322] **Dreher-Tröndle (BK)**, §240, kn.13; **Träger-Altvater (LK),** StGB §240, kn.7.
[323] **Kindhäuser**, Besonderer Teil I, §12, kn.27.
[324] **Wolter,** Verfassungskonforme Restriktion und Reform des Nötigungstatbestandes, s.248; **Kindhäuser**, Besonderer Teil I, §12, kn.27.
[325] **Eser-Eisele (SS),** Vorb. §§ 234 ff., kn. 15.

edilebilir mi? Yoksa bir babanın, oğluna zarar gelmemesi için söylenen her şeyi yapabileceğinden mi hareket edilmelidir? Ya da her somut olayın özelliği dikkate alınarak, babayla oğul arasındaki ilişki mi belirleyici olmalıdır?

Öncelikle ifade edelim ki, bu konu, uygulanan kuvvetin mutlak mı yoksa nispi mi olduğundan ziyade, *zorlayıcılık etkisinin ağırlığı* ile alakalıdır. Bu nedenle kanaatimizce somut olayda objektif olarak mağdurun seçme imkânı mevcutsa, *uygulanan kuvvetin türü nispidir*. Bununla birlikte, zorlanan kişinin seçme olasılıklarından bir tanesi, onun vazgeçemeyeceği bir değerden ibaretse, kural olarak onun lehine olacak şekilde hareket edeceği ve bu nedenle de *zorlamanın mutlak etkisinden*[326] söz edilmesi gerektiği söylenebilir. Burada mağdurun objektif olarak seçme imkânı mevcut olsa da, zorlamanın ağırlığı, onun başka türlü hareket etme imkânını çok ciddi bir oranda düşürür. Dikkat edilirse irade büyük ölçüde baskı altına alınmışsa da, seçim hakkı tamamen ortadan kaldırılmadığından, babanın işlenen suçta yalnızca araç olarak kullanıldığından söz etmek mümkün değildir.

Bu aşamada da somut olayın özellikleri dikkate alınmakla birlikte, objektif olarak belirlenebilir kriterler tercih edilmeli, örnekten hareketle baba ile oğul arasındaki ilişki gibi, belirlenebilir olmayan, sübjektif nitelikteki durumlar değerlendirme dışı tutulmalıdır. Gerçekten bir baba ile oğlu arasındaki ilişki kötü olsa da, bu durum, çocuğun baba için önemli olmadığı anlamına gelmeyeceğinden, zorlamanın etkisi bakımından dikkate alınamaz. Buna karşılık, örneğin bir çocuk tarafından atılan tokatın, bir suçun işlenmesine yetecek ağırlıkta zorlama içermediği de kabul edilmelidir. Sonuç olarak zorlamanın mutlak olup olmaması, zorlamanın ağırlığı ile alakalı bir meseledir. Dolayısıyla uygulanan kuvvetin mutlak olup olmaması ile zorlamanın mutlak olup olmaması farklı kavramlardır.

Mağdur üzerinde uygulanan nispi kuvvet, mağdurun kararı üzerinde değişik etkiler doğurabilir. Bazı durumlarda bizatihi uygulanan cebrin varlığı, mağdurun iradesini etkilemek bakımından ağır basarken, bazı durumlarda ise, uygulanan cebrin sürdürüleceği korkusu, mağdurun direnişini kıran sebep olarak karşımıza çıkabilir[327].

---

[326] **Schürmann,** Gewalt im schweizerischen Strafgesetzbuch, s.27.
[327] **Swoboda,** Der Gewaltbegriff, s.863.

Bu durumda cebir ile tehdidin sınırlarının, tatbik alanı itibarıyla birbirine oldukça yaklaştığı söylenebilir.

2.3. İcra Ediliş Biçimine Göre Ayrım: "İcrai-İhmal Suretiyle Cebir"

2.3.1. Genel Olarak

Cebrin, birtakım araçlarla yahut doğrudan fiziksel güç kullanımıyla icrai şekilde işlenebileceğine ilişkin tereddüt bulunmamaktaysa da, ihmali bir davranışın cebir kullanımı olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği önemli bir tartışma konusudur. Bu kapsamda doktrindeki tartışmalar, cebir suçu dikkate alınarak yapılmıştır. Bu kapsamda ihmali cebri kabul eden görüşler olduğu gibi, bunun aksi yönde kanaate sahip olanlar da mevcuttur.

2.3.2. İhmal Suretiyle Cebri Reddeden Görüşler

Doktrinde azınlıkta olan görüşe göre[328], cebir, genel anlamıyla aktüel bir kavram olduğu için ihmali bir davranış gerçekleştirmek şeklinde pasif bir durumun cebir suçunun gerçekleştirilmesi bakımından elverişli olduğu söylenemez. *Sinn,* ihmal suretiyle cebri kabul etmemesinin sebebini, zorlama ile cebir arasında bir ayniyetin bulunmamasına dayandırır. Yazara göre, zorlama bir üst kavram olup, ihmali bir davranışla gerçekleştirilmesi mümkün kabul edilebilirse de, cebrin aktif bir davranışı gerekli kılması, ihmal suretiyle cebrin kabulüne engeldir[329]. Ayrıca konuya zorlayıcı cebir çerçevesinde yaklaşarak özellikle cebir suçu baz alındığında, bu suçun neticeli bir suç olmaması da, yazara göre ihmali cebrin reddedilmesi zorunluluğunu

[328] **Sinn (MüKo),** §240, kn.67; **Sinn,** Die Nötigung (2000), s.214, 215; **Bergmann,** Das Unrecht der Nötigung, s.61 vd.; **Keller,** Strafrechtlicher Gewaltbegriff, s.157 vd.
[329] **Sinn,** Die Nötigung (2000), s.215.

doğurur. Çünkü ihmali suçlarda sorumluluk, meydana gelen neticeye engel olmamaktan kaynaklanmaktadır[330].

Bergmann'a göre, cebrin ihmal suretiyle işlenip işlenemeyeceği bakımından öncelikle cebrin iki sonucu dikkate alınmalıdır. İlk olarak cebir, mağdur üzerinde zorlama etkisi oluşturmaktadır. İkinci olarak ise, mağdurun davranışı, failin cebir suretiyle gerçekleştirdiği zorlamadan kaynaklanmaktadır. Fail tarafından gerçekleştirilen zorlamanın, bu davranışı amaçlaması gerekir. Dolayısıyla, burada doğrudan kast yeterli olmayıp, failin zorlamayla mağduru belli bir davranışa yöneltmeyi amaçlaması şarttır.

İhmali suçlar yönünden bu iki husus birarada değerlendirildiğinde, failin belli bir davranışı gerçekleştirmek hususundaki ihmalinin, mağdur üzerinde zorlayıcı bir etki ortaya çıkarması ve bu suretle belli bir davranışın gerçekleştirilmesine neden olması gerekir[331]. Yazara göre, kasten işlenen suçlar genel olarak ihmal suretiyle de gerçekleştirilebilirse de, cebir gibi, failin belli bir amaç ile hareket etmesinin arandığı sırf hareket suçları için aynı şey söylenemez. Bu nedenle, cebrin ihmal suretiyle işlenebileceğini kabul etmek mümkün değildir. Çünkü bu tür suçlarda amaç, belli bir neticeye yönelmelidir. Ancak cebir suçu, mutlaka bir neticenin meydana gelmesini gerektirmeyen sırf hareket suçudur[332]. Benzer şekilde *Keller* de, cebrin neticeli bir suç olmamasını, ihmali cebri reddetmesindeki temel neden olarak ortaya koymuştur[333].

[330] **Sinn,** Die Nötigung (2000), s.215.
[331] **Bergmann,** Das Unrecht der Nötigung, s.61.
[332] **Bergmann,** Das Unrecht der Nötigung, s.63, 64.
[333] **Keller,** Strafrechtlicher Gewaltbegriff, s.157.

2.3.3. İhmal Suretiyle Cebri Kabul Eden Görüşler

Doktrinde ağırlıklı görüşe göre[334], cebrin ihmal suretiyle de işlenmesi mümkün kabul edilmelidir. *Träger-Altvater*'e göre cebir, her ne kadar failin, mağduru belli bir davranışa zorlama amacıyla hareket etmesini zorunlu kılsa da, bu durum, cebrin ihmalen gerçekleştirilmesine engel teşkil etmez. Diğer bir ifade ile ihmal ve failin suç işlemeye yönelik amacı, birbiri ile bağdaşmayan kavramlar değildir[335]. Cebrin, yalnızca maddi bir güç kullanılarak işlenebileceğinin kabulü de, bu görüş ile ters düşmemektedir[336]. Ancak failin amacının ihmal bakımından dar algılanmaması gerekir. Dolayısıyla failin, ihmali davranışının mağduru belli bir davranışa zorlayacağı hususundaki bilgisi, cebrin varlığı için yeterli kabul edilmelidir[337].

Knodel'e göre cebir, mağdurun mevcut yahut muhtemel karşı koymasını ortadan kaldırmaya yönelik olarak fail tarafından uygulanan mevcut kötülük olarak kabul edildiğinden, fail bakımından fiziksel güç kullanımı gerekli olmadığı gibi, mağdur üzerinde gerçekleştirilen zorlamanın da fiziksel olması gerekmez. Bu bakımdan, mağduru manevi olarak bir davranışa zorlayan davranışın ihmal suretiyle işlenmesi durumunda da, cebirden söz etmek mümkündür[338]. Bununla birlikte yazar, mutlak kuvveti de, zorlayıcı cebrin görünüş biçimlerinden biri olarak kabul etmesi nedeniyle, mağdurun irade özgürlüğünü tamamen ortadan kaldıran yahut bu özgürlük ihlalinin devamını sağlayan ihmali davranışları da, cebir olarak değerlendirmektedir.

---

[334] **Eser-Eisele (SS),** Vorb. §§ 234 ff., kn.20; **Knodel,** Der Begriff der Gewalt, s.114 vd.; **v. Heintschel Heinegg,** Die Gewalt als Nötigungsmittel, s.295 vd.; **Krey,** Was ist Gewalt?, kn154 vd.; **Schluckebier (Satzger-Schluckebier-Widmaier),** §240 StGB, kn.11; **Träger-Altvater (LK),** StGB §240, kn.52; **Timpe,** Die Nötigung, s.89 vd.; **WOLTER, Jürgen,** Gewaltanwendung und Gewalttätigkeit (1.Teil), NStZ 1985, s.197; Avusturya hukuku bakımından **Sautner,** Die Gewalt bei der Nötigung, s.153, 154; **Dreher-Tröndle (BK),** §240, kn.14; **Heger (Lackner-Kühl),** §240, kn.9a; **Schmidt-Priebe,** Besonderer Teil 1, kn.766; **Blei,** Zum strafrechtlichen Gewaltbegriff, s. 584.

[335] **Träger-Altvater (LK),** StGB §240, kn.52; Aynı yönde **Huhn,** Nötigende Gewalt, s.133, 134.

[336] **Träger-Altvater (LK),** StGB §240, kn.52.

[337] **Huhn,** Nötigende Gewalt, s.133.

[338] **Knodel,** Der Begriff der Gewalt, s.115.

Örneğin bir kimsenin kapatıldığı yerden ihmal suretiyle çıkarılmaması durumunda da, ihmali gerçekleştiren bakımından cebir söz konusudur[339].

Kanaatimizce, cebrin manevi etki doğurduğu durumlarda, ihmali cebrin varlığını kabul etmek mümkün değildir. Diğer bir ifade ile mağdur üzerinde manevi baskı doğuracak şekilde zor kullanımlarının ihmal suretiyle gerçekleştirilmesi kabul edilemez. Zira failin davranışının, mutlaka fiziksel olması gerekmese de, mağduru fiziki olarak zorda bırakması gerekir. Örneğin bir rehberle dağ tırmanışı yapan dağcının, fiziksel olarak zor bir durumda kalması halinde, ona bilerek yardımda bulunmayan rehberin ihmali, mağduru fiziksel zordan kurtarmaması, ona katlanmaya zorlaması nedeniyle ihmali cebir olarak kabul edilebilir[340].

Yukarıdaki izahtan da anlaşılacağı üzere, cebrin icrai bir suç olması dolayısıyla burada saf ihmali suçtan söz etmek mümkün olmadığından, ancak ihmal suretiyle cebir tartışma konusu edilebilir[341]. Nitekim bu durumda failin, mağdurun zorlanmasının önüne geçmek noktasında hukuksal bir yükümlülüğünün bulunması ve ihmali davranışının icrai davranışa eş değer olması gerekir. Bu yükümlülüğü ihlal ettiği için fail, mağdurun belli bir davranışa zorlanmasına sebebiyet veriyorsa, ihmal suretiyle cebrin varlığından söz edilebilir[342]. Örneğin belli bir araç geçiş kapısının açılması hususunda hukuksal yükümlülüğü bulunan bir kimse, herhangi bir hukuki nedene dayanmaksızın kapıyı açmayarak bir aracın çıkışını engellerse, ihmali cebirden sorumlu tutulur[343]. Benzer şekilde, eve giren bir hırsız tarafından bir odaya kilitlenmiş olan karısını, odadan çıkarmayan kocanın durumu da, bu kapsamda değerlendirilebilir[344].

Hukuksal yükümlülüğün ihlali suretiyle cebirden söz edebilmek için öncelikle failin, bu yükümlülüğe uygun davranmak bakımından objektif olarak imkâna sahip olması gerekir. Bundan başka, ihmali sorumluluk için gereken ikinci şart, yükümlü olduğu davranışı gerçekleştirmesinin, failden sübjektif olarak beklenebilir

---

[339] **Knodel,** Der Begriff der Gewalt, s.116.
[340] **Huhn,** Nötigende Gewalt, s.134.
[341] **Kindhäuser**, Besonderer Teil I, §12, kn.28; **Knodel,** Der Begriff der Gewalt, s.115.
[342] **Heger (Lackner-Kühl),** §240, kn.9a.
[343] **Krey,** Was ist Gewalt?, kn.154.
[344] **Kindhäuser**, Besonderer Teil I, §12, kn.28 (Fall 6).

olmasıdır[345]. Yukarıdaki örnekten hareketle, hırsızın bir odaya kilitlediği karısını, evde çıkan yangın nedeniyle serbest bırakamayan kocanın fiili, karısını odadan çıkarmak şeklindeki hukuksal yükümlülüğü yerine getirmesinin kendisinden beklenememesi nedeniyle cezalandırılabilir değildir.

2.3.4. Görünüşte İhmali Suçlara İlişkin Esaslar Işığında Konuya İlişkin Görüşümüz

İhmali suçlarda esasen, kanun koyucu tarafından emredilen bir davranışa aykırılık söz konusudur. Diğer bir deyişle, failin davranışı, emir normuna (*Gebotsnorm*) aykırılık teşkil etmesi sebebiyle cezalandırılmaktadır[346]. Bunlara doktrinde, saf ihmali suçlar adı verilmektedir[347]. Buna karşılık, garantörsel ihmali suç[348] yahut ihmal suretiyle icra suçu[349] veya gerçek olmayan[350](görünüşte) ihmali suç[351] olarak da adlandırılan suçlarda ceza sorumluluğu, yasak normuna (*Verbotsnorm*) aykırılıktan ileri gelmekle birlikte, failin davranışının cezalandırılması, kanun koyucunun yasakladığı davranışın gerçekleşmesine engel olmamak dolayısıyladır. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, bu durumda failin, neticeyi engellemek noktasında hukuksal bir yükümlülüğünün bulunması gerekir.

Cebir suçu, mağdur üzerinde zorlama etkisi doğuracak aktif bir davranışla işlenebilir. Kanun koyucu, gerek cebrin suç olarak düzenlendiği TCK m.108'de, gerekse failin zorlama yoluyla elde etmek istediği maksadın bir suç oluşturması durumunda sorumluluğun belirlenmesi amacıyla ihdas edilen TCK m.28'de, cebrin icrai olarak işlenebileceğini ortaya koymuştur. Ancak failin, mağdurun belli bir

---

[345] **Huhn,** Nötigende Gewalt, s.134.
[346] **Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.601.
[347] **Wessels-Beulke-Satzger,** Allgemeiner Teil, kn.696.
[348] **Hakeri,** Genel Hükümler, s.170 vd.
[349] **Artuk-Gökcen-Yenidünya,** Genel Hükümler, s.235.
[350] **Koca-Üzülmez,** Genel Hükümler, s.369; **BOCKELMANN, Paul – VOLK, Klaus,** Strafrecht Allgemeiner Teil, (Begründet von Bockelmann, Neubearbeitet von Volk), 4., neubearbeitete Aufl., C.H. Beck, München 1987, s.132.
[351] **Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.605.

davranışa zorlanmasına engel olmak noktasında bir yükümlülüğünün mevcut olduğu durumlarda, ihmal suretiyle icraen cebrin işlenip işlenemeyeceği tartışılmalıdır.

Kanaatimizce yukarıdaki görüşlerden, cebir suçunda failin belli bir amaçla hareket etmesi gerektiğinden yola çıkarak, ihmal suretiyle cebrin mümkün olmadığını ileri sürenlere itibar edilmemelidir. Bu görüşler, ihmali bir davranışın gerçekleştirilmesi halinde, failin hangi amaca yönelik olarak hareket ettiğinin belirlenmesindeki zorluk nedeniyle, cebir suçunun ihmalen gerçekleştirilemeyeceği esasına dayanır. Ancak failin belli bir amaca yönelik olarak hareket etmesi, kastla ilgili olup[352], ihmal suretiyle icraen gerçekleştirilen suçlar yönünden de failin, doğrudan kast yanında belli bir amaca yönelik olarak hareket etmesi mümkündür. Bu bakımdan, örneğin A'ya, senet imzalatmak amacıyla cebir uygulayan B'ye engel olmayan A'nın oğlu C de, senedin imzalanmasından menfaati olması dolayısıyla bu davranışa müdahale etmemesi durumunda, ihmal suretiyle ve belli bir amaca yönelik olarak hareket etmiş olacaktır.

Burada, ihmal suretiyle cebrin kabul edilmemesine gerekçe olarak gösterilen bir diğer husus üzerinde de durmak gerekir. Buna göre, ihmal suretiyle icra suçlarında fail, belli bir neticenin gerçekleşmesini engelleme yükümlülüğü altındadır. Dikkat edilirse burada, neticeden hareket edilmektedir. Dolayısıyla, buradan çıkarılacak sonuç, kanuni tanımında herhangi bir neticenin aranmadığı suçların ihmal suretiyle icraen gerçekleştirilmesinin mümkün olmadığıdır. Zira bu tür suçlarda failin engel olma yükümlülüğünün kaynağını oluşturan herhangi bir netice bulunmamaktadır. Cebir suçunun gerçekleşmesi için kanunda ayrıca bir neticenin gerçekleşmesi aranmamakta, failin, mağduru zorlama amacıyla cebir kullanması, tipikliğin gerçekleşmesi bakımından yeterli sayılmaktadır. Bu nedenle cebir suçunun ihmal suretiyle işlenmesi mümkün değildir.

Türk hukukunda da ihmal suretiyle icra suçlarına ilişkin yapılan izahlarda, failin garantörlük durumunun, belli bir neticenin gerçekleştirilmesine inhisar edildiği

[352] **Wessels-Beulke-Satzger,** Allgemeiner Teil, kn.211, 212; **OZANSÜ, Mehmet Cemil,** Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk, Seçkin, Ankara 2007, s.135; **Özgenç,** Genel Hükümler, s.279; **Koca-Üzülmez,** Genel Hükümler, s.237; **Artuk-Gökcen-Yenidünya,** Genel Hükümler, s.359; **DEMİRBAŞ, Timur,** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Seçkin, Ankara 2009, s.348; **Dönmezer-Erman,** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II, kn.933.

görülmektedir[353]. Kanaatimizce bu yorumun nedeni, kanun koyucunun, ihmali suçlara ilişkin bağımsız bir hükme yer vermemekle birlikte[354], TCK m.83'te, neticeli bir suç olan kasten öldürmenin ihmal suretiyle cezalandırılmasına ilişkin düzenlemeyle konuyu ele almasıdır. Anılan hükümde; *"kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, bu neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir. İhmali ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için, kişinin;*

a) belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanuni düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması,

b) Önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması, gerekir" denilerek, ihmal suretiyle icra suçlarına ait özellikler ortaya koyulmuştur.

Alman hukukunda ise, TCK'nın aksine, ceza kanununda ihmali suçlara ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre; *"bir suça ilişkin neticeyi engellemekle yükümlü bulunan kişinin cezalandırılabilmesi için, neticenin engellenmesi hususunda bir yükümlülük altında bulunması ve ihmali davranışın icrai davranışa denk kabul edilmesi gerekir (StGB §13)."*

Görüldüğü gibi gerek hukukumuzda, gerekse Alman hukukunda görünüşte ihmali suçlarda genel olarak sorumluluk bakımından esas alınan unsur, neticedir. Ancak belirtelim ki, Alman doktrininde bu husus tartışma konusu edilmiştir[355]. Nitekim bazı yazarlar[356], kanunda yer verilen hükümde açıkça neticenin zikredildiğine, bu nedenle sırf hareket suçlarının genel olarak ihmal suretiyle

---

[353] **Dönmezer-Erman,** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku I, kn.511; **Hakeri,** Genel Hükümler, s.171; **Artuk-Gökcen-Yenidünya,** Genel Hükümler, s.236; **Koca-Üzülmez,** Genel Hükümler, s.369; **Demirbaş,** Genel Hükümler, s.222.

[354] İhmali suçlara ilişkin TCK'nın genel hükümler kısmında özel bir düzenlemeye yer verilmesi gerektiği hususunda bkz. **Artuk-Gökcen-Yenidünya,** Genel Hükümler, s.237; **Özgenç,** Genel Hükümler, s.222.

[355] **WEIGEND, Thomas,** §13, in Leipziger Kommentar, Erster Band, 12., neu bearbeitete Aufl., De Gruyter Recht, Berlin 2007, kn.14, 15.

[356] **Bockelmann-Volk,** Allgemeiner Teil, s.133; **Gropp,** Allgemeiner Teil, §11, kn.3.

işlenmesinin mümkün olmadığına işaret etmişlerdir. Buna karşılık bazı yazarlar[357] ise, kanuni tanımında belli bir neticenin gerçekleşmesinin aranmadığı suçların da, ihmal suretiyle işlenmesinin mümkün olduğu kanaatindedirler. Buna göre, neticeli suçlar yanında, sırf ihmal dışında belli bir etki doğuran sırf hareket suçlarının da ihmali davranışla işlenebilmesi mümkündür[358]. Bu kapsamda, örneğin yalan yere yemin suçunda "yemin" yahut konut dokunulmazlığını ihlal suçunda "bulunma" sadece pasif bir davranış olduğundan ihmal suretiyle işlenmesi mümkün değilse de[359], hakaret suçunda[360] yahut trafik güvenliğini tehlikeye sokacak biçimde tehlikeli araç kullanma suçunda[361], bu suçları oluşturan davranışların ortaya çıkardığı aktif/somut bir etkiden söz edilebilir. Bu nedenle, bunların da ihmal suretiyle işlenebileceğini kabul etmek gerekir.

Hemen ifade edelim ki, mevzuatımızda, somut tehlike suçlarının ihmal suretiyle işlenmesi halinde de, garantörlük hallerinin varlığına bağlı olarak ceza sorumluluğunun mümkün olduğuna ilişkin açık düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Örneğin 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 105/2 maddesinde, *"bu maddede yazılı memurlarla orman teşkilatında vazifeli olanlardan yangın yerine yardım göndermeyenlerle alaka göstermeyenler, Türk Ceza Kanununun 170 inci maddesinde tanımlanan suçu ihmali davranışla işlemiş olmak dolayısıyla cezalandırılır"* denilerek, kanunen yangın yerine yardım göndermekle mükellef olanların (*kanundan kaynaklanan garantörlük*), bu yükümlülüğe aykırı davranmaları halinde ceza sorumluluklarının belirlenmesi hususunda genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçuna atıfta bulunulmuştur[362]. Bu hüküm dikkate alındığında, hukukumuz bakımından da artık, sadece neticeli suçların ihmal suretiyle işlenebileceği görüşüne katılmanın mümkün olmadığını düşünmekteyiz.

---

[357] **JAKOBS, Günther,** Strafrecht Allgemeiner Teil, 2., neubearbeitete und erweiterte Aufl., Walter de Gruyter, 1991, 29. Abschnitt, kn.3.
[358] **Jakobs,** Allgemeiner Teil, 29/3.
[359] **Weigend (LK),** §13, kn.15.
[360] **Weigend (LK),** §13, kn.15.
[361] **Jakobs,** Allgemeiner Teil, 29/3.
[362] Hakeri, bu hükümle kanun koyucunun, ihmal suretiyle icra suçlarını özel hükümlerle düzenleme iradesini ortaya koyduğunu, dolayısıyla TCK m.83'te yer verilen garantörlük kriterlerinden yola çıkılarak, bunların varlığı halinde tüm suçların ihmal suretiyle işlenebileceğini söylemenin mümkün olmadığını ifade etmiştir. Bkz. **Hakeri,** Genel Hükümler, s.171.

Yukarıdaki izah çerçevesinde, neticeli bir suç olmasa dahi cebrin, mağdurun belli bir davranışa zorlanması şeklinde somut bir etki ortaya koyması nedeniyle ihmal suretiyle işlenmesi mümkündür. Bu etkinin ortaya çıkmasını engelleme yükümlülüğü altında bulunanların, söz konusu yükümlülüğe aykırı davrandıkları durumlarda, ihmalleri nedeniyle ceza sorumlulukları cihetine gidilebileceği kabul edilmelidir.

Bu kabulden hareketle, bir suçta araç olarak kullanıldığı hallerde de, cebrin ihmal suretiyle işlenmesi, suçun oluşumu bakımından uygun bir davranış olarak kabul edilmelidir. Nitekim yağma suçunda şayet fail, cebri yahut cebir etkisini engelleme veya bertaraf etme şeklinde garantörsel bir yükümlülük altında olmasına rağmen, uygulanan cebre engel olmamışsa, yağma suçundan sorumlu tutulabilir. Ancak burada, bir başkasının işlediği cebrin sadece sonucundan yararlanmaya ilişkin durumları ayırmak gerekir[363]. Zira bu durumda fail, cebrin icrası sırasında orada bulunmadığından, yağma değil, hırsızlık mevcuttur[364]. Buradan hareketle ve sonuç olarak cebrin, kavramsal olarak da ihmal suretiyle işlenebileceğini düşünmekteyiz.

Zorlayıcı cebrin mazeret nedeni olarak kabul edildiği durumlarda, cebir mağdurunun zor altında bir suç işlemesi söz konusu olduğundan, kusura etki eden bu tür cebir kullanımlarının ihmal suretiyle gerçekleştirilmesi, her halükarda mümkün kabul edilmelidir. Çünkü burada, neticesiz bir cebir kullanımı söz konusu değildir. Bir örnek üzerinden izah etmek gerekirse; F, A'ya yönelik cebir uygulayarak, onu, B'ye karşı hırsızlık suçunu işlemeye zorlamaktadır. Bu zorlamanın etkisiyle A, B'ye ait değerli birtakım eşyaları gizlice alır. A'nın eşi C, bir sebepten ötürü B'ye karşı duyduğu öfke nedeniyle cebir uygulayan F ile aynı sonucu irade ettiğinden, olaya müdahale etmemektedir. Bu durumda, A'ya yönelik olarak gerçekleştirilen kasten yaralama suçu bakımından C'nin ceza sorumluluğu gündeme gelecektir. Zira aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğü dolayısıyla C, A'ya karşı işlenen suçta, ihmal suretiyle icra suçlarına ilişkin kurallar çerçevesinde fail konumundadır. Dolayısıyla, C'nin fiili, her ne kadar cebir uygulayan F'nin fiiline iştirak olarak

[363] **EREM, Faruk,** Ceza Hukukunda Cebir Kavramı, YD., C.16, Ocak-Nisan 1990, S.1-2, s.94.
[364] **Koca,** Yağma Cürümleri, s.164, 165.

değerlendirilebilirse de, failliğin şerikliğe asliliği kuralı gereğince (asli-tali norm) sorumluluğu iştirakten değil, bizatihi faillikten kaynaklanmaktadır[365].

Burada son olarak, neticenin önlenmesi bakımından hukuksal yükümlülük altında olan bir kimsenin, neticeye icrai bir davranışla sebebiyet verdiği durumlarda, ihmalden değil, icrai davranışından sorumlu tutulması gerektiğini de ifade edelim. Nitekim bir tren makinistinin, raylarda bulunan bir kimseye çarpmayı önlemek adına frene basmaması ve onu, raylardan uzaklaşmaya zorlaması halinde (özellikle oturma eylemleri bakımından), makinistin, her ne kadar frene basma ve zararlı neticeyi engelleme şeklinde hukuksal bir yükümlülüğü mevcutsa da, fiilin ihmal suretiyle gerçekleştiğini kabul etmek mümkün değildir. Çünkü söz konusu örnekte cebir, aracın kişi üzerine sürülmeye devam edilmesi şeklinde aktif bir davranışla gerçekleştirilmiştir. Diğer bir deyişle, haksızlık oluşturan davranış, makinistin frene basmamasından değil, trenin, raylarda bulunan kişinin üzerine sürülmeye devam edilmesinden kaynaklanmaktadır.

2.4. Cebrin Yöneldiği Konuya Göre Ayrım: "Eşyaya ve Kişiye Karşı Cebir"

Cebir, gerek kişiye gerekse belli bir eşyaya karşı kuvvet kullanımları kapsamında ortaya çıkabilir. Nitekim bir kimsenin yumruklanması durumunda, kişiye karşı yalın cebir kullanma söz konusu iken, başkasının taşınır veya taşınmaz malınının kısmen veya tamamen yıkılması, tahrip edilmesi, yok edilmesi, bozulması durumunda da, cebrin eşyaya yöneltilmiş olduğu kabul edilmelidir. Birinci ihtimalde kasten yaralama (TCK m.86), ikinci ihtimalde ise, mala zarar verme suçu (TCK m.151) oluşacaktır.

Eşyanın cebrin tatbikine konu edilmesi bakımından esasen bizi ilgilendiren konu, eşyaya karşı uygulanan yalın cebir değil, bir kimseyi belli bir davranışa

[365] İçtima kuralları çerçevesinde asli-tali norm ilişkisinin örneği olarak failliğin şerikliğe asliliği kuralı için bkz. **Hakeri,** Genel Hükümler, s.643.

zorlamak amacıyla eşyayı vasıta ederek kuvvet kullanmak suretiyle gerçekleştirilen cebirdir. Çünkü daha önce ayrıntılı olarak izaha çalıştığımız üzere cebirle korunan hukuki değer, kişilerin irade özgürlüğüdür. Bu nedenle de, cebir suçu (TCK m.108), malvarlığına karşı suçlar başlığı altında değil, hürriyete karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiştir. Nitekim kapının kırılarak eve girilmesi ve içerideki eşyaların alınması örneğinde, cebrin kişiye karşı kullanılmış olmaması nedeniyle yağma değil, mala zarar verme ve hırsızlık suçları oluşacaktır[366].

Cebir, hiçbir vasıta kullanmaksızın zorlama amaçlı olarak doğrudan kişi üzerinde fiziksel güç kullanarak uygulanabileceği gibi, kural olarak eşyaların araç olarak kullanılması ile de tatbik edilebilir. Eşyanın zorlama aracı olarak kullanıldığı bu durumlar, *dolaylı cebir kullanımı* olarak kabul edilmiştir[367].

Önemle altını çizmek gerekir ki, eşyaya karşı cebir ile eşya aracılığıyla cebir kullanımı farklı anlamlara gelir. Bu kapsamda örneğin bir kimsenin bir davranışı gerçekleştirmesi için sopa ile dövülmesi yahut bir hayvanın saldırı gücü kullanılarak aynı sonuca ulaşılması, eşyanın araç olarak kullanılması olarak zorlayıcı cebirdir. Buna karşılık, doğrudan eşya üzerinde kullanılan kuvvetin cebir olarak nitelendirilmesi hususunda, doktrinde görüş birliğine varıldığı söylenemez.

Özellikle Alman hukukunda, cebrin eşya üzerinde tatbik edilmesi suretiyle bir kimsenin belli bir davranışa zorlanması cebir olarak kabul edilse de, bu anlayışa, hem cebrin sınırlarını manevi zorlamaları da içerecek şekilde genişleten görüşler, hem de cebri, mağdur üzerinde bedensel etki doğuran zorlamalar olarak algılayan görüşler yönünden temkinli yaklaşmak gerekir. Daha önceki açıklamalarımız çerçevesinde cebrin yorumlanmasına ilişkin temel görüşleri izah ederken, bunlar hakkında detaylı bilgiye çeşitli örnekler üzerinden yer vermiştik. Ancak burada şu kadarını ifade edelim ki, birinci görüşü savunan yazarlarca cebir, mağdur üzerinde zorlama etkisi oluşturacak biçimde icra edilen güncel bir kötülük olarak algılandığından, örneğin kiracının evden çıkmasını sağlamak amacıyla ev sahibi

[366] **Koca,** Yağma Cürümleri, s.146.
[367] **Träger-Altvater (LK),** §240, kn.7; **Huhn,** Nötigende Gewalt, s.169.

tarafından evin suyunun ya da elektriğinin kesilmesi[368], mirasını yazmak isteyen bir kimsenin gözlüklerinin kırılması[369], bir kimsenin gerçekleştirmek istediği seyahati önlemek amacıyla köpeğinin zehirlenmesi[370] cebirdir.

İkinci görüşe taraftar olan yazarlar ise, manevi etki doğuran zorlamaları cebir kapsamında mütalaa etmeyerek, eşyalara karşı uygulanan fiziksel kuvvetin, ancak beden üzerinde etki gösterdiği ölçüde cebrin çekirdek alanına dâhil edilebileceği görüşündedirler. Örneğin soğuk bir havada, bir kimsenin oturduğu evin pencerelerinin sökülmesi, soğuğun içeriye girerek oturanlar üzerinde bedensel bir etki meydana getirmesine neden olacağından, cebir kapsamında mütalaa edilebilir[371].

Görüldüğü gibi, cebir kavramının içeriğini belirlerken, gerek manevi zorlamaların bu kavrama dahil edilmesine taraftar olanların, gerekse zorlamanın bedensel etkiyle sınırlandırılmasını savunanların, fail yönünden cebrin fiziksel zorlama ile tatbik edilmesi ve cebrin doğrudan mağdur üzerinde uygulanması esasından vazgeçtiklerinden, nicelik olarak birbirinden farklılıkları bulunsa da, bu anlamda cebir kavramını geniş olarak ele aldıkları söylenebilir.

Bununla birlikte, eşyaya karşı cebir kullanmak suretiyle zorlamanın mümkün olmadığı, bunun ancak tehdit yoluyla iradenin zorlanması kapsamında mütalaa edilebileceği Alman hukukunda da savunulmuştur. Nitekim *Callies*, cebir ile kişiye münhasır irade hürriyetinin korunduğunu, bu nedenle doğrudan eşya üzerinde kullanılan kuvvetin cebir suçuna vücut vermeyeceğini, bu tür durumlarda tehdidin gündeme gelebileceğini savunmuştur[372]. *Keller* ise, eşyaya karşı cebri, zorlayıcı cebir olarak kabul etmemesinin nedenini, eşya üzerinde meydana getirilen zararların, tüm suçlara yayılabilecek ve tatbik edilecek şekilde geniş algılanamayacağı, bunlarla ilgili hukuki değerlerin belli suç tiplerinde korunmuş olduğu esasına dayandırmaktadır[373]. *Sinn* de, eşyaya karşı cebrin bu çerçevede kabulü durumunda,

---

[368] **Horn-Wolters (SK),** §240, kn.11b; **Träger-Altvater (LK),** §240, kn.8.
[369] **Herzberg,** Die nötigende Gewalt (§240 StGB), s.251.
[370] **Knodel,** Der Begriff der Gewalt, s. 55.
[371] **Arzt- Weber- Heinrich- Hilgendorf,** Besonderer Teil, § 240, kn.55;. **Rehberg-Schmid-Donatsch,** Strafrecht III, s.364; **Träger-Altvater (LK),** §240, kn.51.
[372] **Callies,** Der Begriff der Gewalt, s.36. Aynı yönde **Bergerhoff,** Nötigung durch Boykott, s.278.
[373] **Keller,** Strafrechtlicher Gewaltbegriff, s.243 vd.

fiziksel ve manevi zorlamalar arasındaki ayrımın ortadan kalkacağını, diğer bir ifade ile bunun, manevi zorlamaların da zorlayıcı cebir olarak nitelendirilmesi sonucunu doğuracağını ileri sürerek[374], eşyaya karşı cebri, cebir suçu kapsamında değerlendirmeyen yazarlar arasında yer almıştır.

Hukukumuzda ise zorlayıcı cebir, kasten yaralamaya atfen düzenlendiğinden, kasten yaralama derecesine ulaşmayan, hatta 108'inci maddenin gerekçesinden hareketle vücuda acı vermeyen davranışların cebir olarak telakkisi mümkün değildir. Dolayısıyla, eşya üzerinde uygulanan cebrin mala zarar verme, tehdit, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma şeklinde başkaca suçlara vücut vermesi söz konusu olabilirse de, zorlayıcı cebir olarak kabul edilmesi mümkün değildir[375].

3. Türk Ceza Hukukunda Cebrin Gelişimi

3.1. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu Uygulamasında

Öncelikle belirtelim ki, hukukumuzda cebir kavramı, Alman hukukundaki gibi geniş çaplı tartışmalara konu edilmemiştir. 765 sayılı TCK'da, cebrin tanımı yapılmamakla birlikte, kavramın nasıl anlaşılması gerektiğine ilişkin belirleyici ölçütlere de yer verilmemiştir. Bu nedenle, kavramsal izah açısından başvurulması gereken düzenleme, cebir suçunun düzenlendiği 188'inci maddedir. Maddede; *"Bir kimse bir şeyi işlemek veya işlemesine müsaade etmek yahut o şeyi işlememeye mecbur etmek için diğer bir kimseye zor kullanır veya onu onu tehdit eder..."* denilmiştir. "Zor kullanma" şeklinde hükümde yer verilen hareket, cebir kavramına karşılık gelmektedir. Bu ifade, 07.06.1979 tarih ve 2245 sayılı Kanun ile maddeye ilave edilmiş olup, değiştirilmeden önceki halinde "zor kullanma" yerine "cebrü şiddet göstermek" ifadesi kullanılmıştır.

Görüldüğü gibi, kanunda esasen cebir ve şiddet (zor kullanma) ile tehdit olmak üzere iki farklı harekete yer verilmiştir. Diğer bir deyişle cebir suçunu

[374] **Sinn (MüKo),** §240, kn.64, 65.
[375] Aynı yönde bkz. **Üzülmez,** Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, s.177.

oluşturan seçimlik hareketler, cebir ve şiddet ile tehditten ibarettir. Bu çerçevede, cebir kavramı üst başlık olarak ele alınarak, maddi ve manevi cebir şeklinde ayrılmıştır[376]. Bunlardan maddi cebir "şiddet", manevi cebir ise "tehdit" kavramlarına karşılık gelmektedir[377]. Bunun nedeni, 765 sayılı Kanun'da cebir, şiddet ve tehdit kelimelerinin kullanıldığı yerlerde mehaz İtalyan Zanerdelli Kanunu'nda (m.190)*"violenza e minaccia"* teriminin kullanılmış olmasıdır[378]. Bu husus dikkate alındığında, cebrin maddi ve manevi cebri karşılayan genel bir terim olarak kullanıldığı, *violenza* teriminin cebir, *minaccia* teriminin ise tehdide karşılık geldiği anlaşılmaktadır[379].

Maddi-manevi cebir ayrımı, Yargıtay'ın verdiği kararlara da yansımıştır. Nitekim Yargıtay'ın, cebir ve tehdidin araç olarak kullanıldığı yağma suçu bakımından verdiği bir kararında; *"TCY.nın 495 ve devam eden maddelerinde düzenlenen ve yağma olarak adlandırılan suç; cebir ve şiddet (maddi cebir) veya tehdit (manevi cebir) kullanmak suretiyle yapılan bir hırsızlıktır"* denilmiştir[380]. Yargıtay, maddi ve manevi cebrin içeriğini şu şekilde izah etmektedir; *"Cebir ve şiddet maddi kuvvet olup zor kullanılarak mağdurun iradesini kullanmaktan yoksun bırakılmasıdır. Manevi cebir ise tehdit etmek suretiyle mağdurun kendisi veya yakınları bakımından ... daha büyük bir zarara uğratılacağı korkusunu husule getirmektedir[381]"*. Bazı kararlarında ise Yargıtay, cebir, şiddet ve tehdidi birbirinden ayırmak bakımından maddi cebir ve tehdit kavramlarını tercih etmiştir. Nitekim Yarg. CGK.'nın cebren ırza geçme suçu ile ilgili bir kararında; *"sıralanan maddi veya manevi cebirle ırza geçme hallerinden ayrı olarak* ***mefruz cebirle*** *ırza geçmenin varlığından söz edebilmek için, mağdurdaki akıl veya beden hastalığının veya failin*

---

[376] **CİHAN, Erol,** Cebir Kullanma Cürmü, İstanbul 1978, s.58; **Erem,** Cebir Kavramı, s.94.

[377] Sözüer, İtalyan doktrininin tesiriyle ortaya çıkan bu ayrımın, tehdidin, mağdurun irade hürriyeti üzerindeki etkisi açısından kabul edilebilir olduğunu ifade etmiştir. Zira tehdit ile kişi, sahip olduğu hukuki değerlere yönelik olarak gelecekte yapılacak bir saldırının korkusuyla hareket etmektedir (**Sözüer,** Tehdit Suçu, s.131.). Dolayısıyla yazar burada, tehdidin zorlama etkisine atıfta bulunmuştur. Koca da, cebrin sözlük anlamının, "zor, zorlayış, bir işi yaptırmak için zor kullanma" olmasından hareketle maddi-manevi cebir ayrımının yerinde olduğunu ifade etmiştir (**Koca,** Yağma Cürümleri, s.131).

[378] **ARSLAN, Çetin,** Memura Aktif Mukavemet Suçu, YD., C.28, Ekim 2002, S.4, s.585.

[379] **Ersoy,** Çalışma hürriyetine Karşı Suçlar, s.114.

[380] Yarg. CGK., 05.12.1994, 1-283/320.

[381] Yarg. CGK., 23.05.2000, 5-110/115 (YKD C.26, Eylül 2000, S.10, s.1598).

kendi fiilinden başka bir sebebin veya kullandığı hileli vasıtalardan dolayı, mağdurun, "fiile mukavemet edemeyecek" bir halde bulunması gerekecektir. Sıralanan bu olgularda bu sonuncu koşul gerçekleşmiş, yani mağdurun, failin fiiline karşı koyamayacak durumda olduğu saptanmış ise, mefruz cebir söz konusu olup, bu durumlarda ***gerçek anlamda maddi cebir veya tehdit*** *bulunmadığı halde, ırza geçmenin zorla işlendiği kabul edilmiştir"* denilmiştir.

Görüldüğü gibi 765 sayılı Kanun uygulamasında bir de "mefruz cebir" kavramından söz etmek mümkündür. Karardan da açıkça anlaşılacağı üzere, bu kavram, kanunun 416'ncı maddesinde düzenlenen cebren ırza geçme suçu bakımından mağdurun, fiile mukavemet edemeyecek durumda bulunması halinde, iradesine aykırı olarak gerçekleştirilen fiili tanımlamak için kullanılmıştır. Mefruz cebir, ilaç, alkol, uyuşturucu madde verilmesi, bayıltıcı ilaç kullanılması, hipnoz gibi yöntemlerle mağdurun bilincinin ortadan kaldırılması olabileceği gibi, bir hastanın yoğun bakımda olması, baygınlığı gibi bir durum da olabilir[382]. Diğer bir ifade ile esasen cebir veya tehdit olmamakla birlikte[383], kanun koyucu tarafından cebir olarak kabul edilen veya cebrin varlığına aksi ispat edilemeyecek bir karine oluşturan hallerde, mefruz cebirden söz edilebilir[384]. Bu bakımdan mefruz cebir, farazi cebir olarak da adlandırılmıştır[385]. Bu hususta ayrıca kanunun 501'inci maddesinde düzenlenen cebir karinesi de örnek olarak gösterilebilir. Zira maddeyle kanun koyucu, esasen cebri olmamakla birlikte hırsızlık suçu bakımından cebir sayılabilecek hallere yer vermiştir. Buna göre; *"bir şahsın herhangi bir vasıta ile*

---

[382] **AYDIN, Devrim,** Türk Ceza Kanunu'nda Kadın Bedeni ve Cinsellik, ("Toplumsal Cinsiyet, Kadın ve Sağlık"), Hacettepe Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2003, s. 77. 15 yaşından küçüklerin rızalarına itibar edilmediğinden, bunlara karşı gerçek anlamda cebir kullanmaksızın gerçekleştirilen cinsel saldırı fiillerinin de mefruz cebir olarak kabul edilmesi gerektiği hususunda bkz. **ÖNDER, Ayhan,** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Bası, Beta, İstanbul 1987, s.396. *Yurtcan*, aynı kabulden hareket ederek 5237 sayılı TCK'nın 102 nci maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçunun, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak halde bulunan kimselere karşı işlenmesi şeklindeki nitelikli hali açısından 15 yaşından küçüklerin de bu kapsamda kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir (**YURTCAN, Erdener,** Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2009, s.14). Ancak TCK'da 15 yaşından küçüklere yönelik olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar cinsel istismar suçu kapsamında ayrıca düzenlendiğinden, bu yoruma katılmak mümkün gözükmemektedir.

[383] **Erem,** Cebir Kavramı, s.94.

[384] **Önder,** Özel Hükümler, s.396.

[385] **Aydın,** Kadın Bedeni ve Cinsellik, s.78.

kendini bilmeyecek veya savunamayacak hale getirilmesi dahi hırsızlık cürmünde cebir ve şiddet sayılır."

Maddi cebir, cebir ve şiddet kavramlarını kapsayacak şekilde fiziki güç kullanılması şeklinde anlaşılmalıdır[386]. Nitekim Yarg. CGK'nın 14.12.1981 tarihli kararında[387], sanığın, eşi olan mağdurun evi terk etmesini engellemesi için boğazını sıkması maddi cebir olarak nitelendirilmiştir. Buna karşılık manevi cebir ise, tehditten oluşmaktadır. Cebir kavramına, fiziki güç ve tehdidi kapsayan şekilde geniş bir anlam yüklenmesi nedeniyle, kanunun cebir kavramına yer verilen diğer maddelerindeki suç tiplerinin, hem fiziksel güç, hem de tehdit ile işlenebileceği ifade edilmiştir[388].

Cebrin, şiddet ve tehdidi kapsayan bir üst başlık olarak değerlendirilmesi nedeniyle, kanunda yalnızca şiddet kavramına yer verilen suçların, -ayrıca zikredilmediği takdirde- tehdidi kapsamayacağı, maddenin tehdidi kapsar şekilde değerlendirilmesi için suç tipinde cebir kavramına da mutlaka yer verilmesi gerektiği ifade edilmiştir[389].

Cebir ve şiddet kavramları, kanunda genellikle bir arada kullanılmıştır. Diğer bir deyişle, yalnızca şiddet kavramına yer verilen maddelerin sayısı oldukça az olmakla birlikte, bu maddelerde çoğunlukla seçimlik hareket olarak tehdide de yer verilmiştir (örn. m.174, 254, 255, 256, 308, 366). Dolayısıyla, şiddetin doğrudan tehdit anlamında kullanıldığını söylemek mümkün gözükmemektedir. Aksine şiddet, fiziki güç kullanmayı ifade etmek amacıyla kullanılmıştır.

Bununla birlikte kanunda cebir, zorlama anlamına gelecek şekilde de kullanılmıştır. Nitekim m. 254'te; *"Resmi meclislerin azasından veya Hükümet memurlarından birini vazifesini yapmamağa **cebir için** hakkında şiddet veya tehdit gösteren kimse..."* denilerek cebrin, belli bir davranışa zorlamak anlamında kullanıldığına vurgu yapılmıştır.

---

[386] Örneğin memura aktif mukavemet suçunda (ETCK m.258) kullanılan cebir ve şiddet, maddi cebir anlamındadır (**Arslan,** Memura Aktif Mukavemet Suçu, s.586.)
[387] Yarg. CGK. 14.12.1981, 1-339/466.
[388] **Ersoy,** Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar, s.114.
[389] **Ersoy,** Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar, s.114.

765 sayılı TCK uygulamasında cebrin nasıl ele alındığını açıkladıktan sonra, bu kavramın doktrinde nasıl anlaşıldığının da ortaya koyulması, konuya bütüncül bir yaklaşım getirmek bakımından gereklidir.

Cebrin, normatif anlamda bir suçta ya unsur yahut ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlendiğine vurgu yapan *Erem*, bu kavramın ayrıca, ceza sorumluluğu açısından bir mazeret sebebi olarak düzenlendiğinin altını çizmiştir. Yazara göre eşya üzerinde uygulanan cebir, şiddet anlamında değil, manevi cebir kapsamında tehdit olarak kabul edilmelidir[390]. *Önder*'e göre ise, eşya üzerinde uygulanan cebir ve eşyanın tahribi, doğrudan doğruya cebir olarak kabul edilemese de, bu türden davranışların mağdur üzerinde etkili olması halinde, cebrin varlığı kabul edilebilir[391]. *Arslan* da, memura aktif mukavemet suçunun unsurunu oluşturan cebir ve şiddetin mutlaka kişi üzerinde uygulanması gerektiğini, bu bakımdan eşya yahut başka kimseler üzerinde uygulanan cebrin –memura etki etmediği müddetçe- bu suçu oluşturmasının mümkün olmadığını ifade etmiştir[392].

Cihan'a göre cebir, *"harici olan herhangi bir harekette meknuz bulunan, bir başka şahsın kendi iradesine uygun şekilde hareketini, hareket etme yeteneğini kaldıran veya paralize etmeye yönelen, o kişiyi hareket etmeye ya da hareketten alıkoymaya zorlama konusunda elverişli bulunan fiziksel harici araçlar[393]"* olarak tanımlanabilir. Görüldüğü gibi yazar, cebir konusunda yukarıda ifade ettiğimiz mefruz cebir, yani cebir sayılan halleri de bu kapsamda değerlendirmiştir. Ayrıca tanımda kullanılan "hareketi kaldırma ve paralize etme" özellikleri dolayısıyla, mutlak kuvvetin de cebir kapsamında mütalaa edildiği söylenebilir.

Türk doktrininde, mutlak kuvveti cebir kapsamında değerlendiren başkaca yazarlar da vardır. Nitekim *Önder*, cebri, mağdur odaklı bir yaklaşımla ele alan ve mağdurun mukavemeti bırakmış olmasını cebrin varlığına karine kabul eden görüşlerin, vis absoluta (mutlak kuvvet) kavramını karşılayan cebir ve vis

---

[390] **Erem,** Cebir Kavramı, s.94.
[391] **Önder,** Özel Hükümler, s.389; Aynı yönde bkz. **GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat,** Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, C.II, 5. Bası, s.837.
[392] **Arslan,** Memura Aktif Mukavemet Suçu, s.588.
[393] **Cihan,** Cebir Kullanma Cürmü, s.66.

compulsiva (nispi kuvvet) kavramına denk düşen tehdit kavramlarını birlikte mütalaa ettiklerini söyleyerek, mutlak kuvveti cebir kapsamında değerlendirmiştir[394].

Dönmezer-Erman da, cebir halinde kişinin, başka türlü hareket etme yeteneğinden tamamıyla yoksun bırakıldığını, bu nedenle hareket etmediğini, hareket ettirildiğini savunmuştur[395]. Bununla birlikte yazarlar, cebri uygulayanın sorumluluğundan söz edebilmek için ayrıca bir hükme ihtiyaç olmadığını, ceza sorumluluğunun tespiti için dolaylı faillik esaslarına müracaat etmenin de zorunlu olmadığını ifade etmişlerdir. Zira bu durumda cebre uğrayanın işlediği suç, tipe uygun ve hukuka aykırı olduğu için onun cezalandırılamaması, iştirak kurallarının uygulanmasına engel olmaz ve cebri uygulayan şerik sıfatıyla cezalandırılır[396]. Daha önce ifade ettiğimiz gibi, bizce de, mutlak kuvvet durumunda cebre uğrayanın fiilinden söz etmek mümkün değildir. Bu cihetle, yazarlarca mutlak kuvvetin ortaya koyduğu etki yönünden aynı fikirde olduğumuzu belirtelim. Ancak burada, meselenin iştirak kurallarıyla çözümlenmesi mümkün değildir. Zira tipe uygun ve hukuka aykırı olan fiil, cebri uygulayana ait olduğundan, onun doğrudan ve tek fail olarak sorumluluğu cihetine gidilmelidir.

Artuk-Gökcen-Yenidünya da, 765 sayılı Kanun uygulaması kapsamında cebrin mutlak kuvvet (vis absoluta) olarak, tehdidin ise nispi kuvvet (vis compulsiva) olarak tanımlanması gerektiği görüşündedirler[397]. Yazarlara göre bu kapsamda cebir, *"başkasının maddi güç kullanması dolayısıyla kişinin arzu ve rızası hilafına bir hareketi yapmaya yahut yapmamaya zorlanması"* olarak kabul edilmelidir[398]. Cebir halinde suç işlemeye zorlanan kişi, başka türlü hareket edebilme yeteneğini tamamen kaybettiğinden bu kimse artık hareket etmemekte, ettirilmektedir[399].

Buna karşılık *Gözübüyük*'e göre cebir, maddi kuvvet tatbiki olarak kabul edilebilirse de, mutlak olması, diğer bir deyişle karşı konulamaz bir mahiyette

---

[394] **Önder,** Özel Hükümler, s.388.
[395] **Dönmezer-Erman,** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II, kn.1036.
[396] **Dönmezer-Erman,** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II, kn.1036.
[397] **ARTUK, Mehmet Emin – GÖKCEN, Ahmet – YENİDÜNYA, A.Caner,** Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Üçüncü Baskı, Seçkin, Ankara 2002, s.694, 696.
[398] **Artuk-Gökcen-Yenidünya,** Genel Hükümler I (2002), s.694.
[399] **Artuk-Gökcen-Yenidünya,** Genel Hükümler I (2002), s.695.

bulunması gerekli değildir. Önemli olan, mağdurun iradesini yönlendirecek bir zor kullanılmasıdır[400]. Görüldüğü gibi bu tanım, cebrin zorlayıcılık özelliğine vurgu yapmaktadır. *Sözüer*'e göre de cebir, bir kişiye karşı halen hissedebileceği bir kötülük, tecavüz icrası suretiyle, bu veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zorlayıcı bir etki meydana getirilmesidir[401]. Zorlayıcı kuvvete, cebre maruz kalan kişi, halen icra edilmekte olan bir tecavüzün, kötülüğün, kendisinde meydana getirdiği zecri etkiyle belli bir davranışta bulunmaya motive edilmektedir[402]. Görüldüğü gibi yazar, yukarıda ayrıntılı olarak ele aldığımız, "geniş anlamda cebir" görüşüne taraftardır. *Koca* da, Alman hukukundaki hâkim görüşe paralel olarak cebri; *"fiilen var olan veya beklenen bir mukavemeti kırmak veya engellemek amacıyla bedensel olarak etki eden her türlü zorlamalar cebir ve şiddettir"* şeklinde formüle ederek, zorlama etkisinden hareketle bir tanım benimsemiştir[403].

Doktrinde diğer bir görüşe göre de[404], mutlak kuvvet kullanımı durumunda soyut bir araç konumuna getirilmesi nedeniyle, kişinin, işlenen suçta hiçbir iradesi yoktur. Dolayısıyla, suç ile cebre maruz kalan arasında bir bağ kurmak mümkün olmadığından, işlenen suçun doğrudan faili, mutlak kuvvet uygulayan kişidir.

3.2. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Uygulamasında

TCK'da cebrin tanımına yer verilmemekle birlikte, cebir suçunu düzenleyen TCK m.108'in gerekçesinde cebrin; *"kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zecri (zorlayıcı) bir etki meydana getirilmesi"* olduğu belirtilmiştir. Buradan hareketle kanun koyucunun, fiziki güç kullanmayı cebrin bir unsuru olarak kabul ederek, bunun dışında kalan halleri maddenin uygulama alanı dışında bıraktığı söylenebilir. Gerekçede ayrıca

---

[400] **Gözübüyük,** Türk Ceza Kanunu Şerhi II, s.837.
[401] **Sözüer,** Tehdit Suçu, s.128.
[402] **Sözüer,** Tehdit Suçu, s.128.
[403] **Koca,** Yağma Cürümleri, s.143.
[404] **İÇEL, Kayıhan – ÖZGENÇ, İzzet – SÖZÜER, Adem – MAHMUTOĞLU, Fatih S. – ÜNVER, Yener,** Suç Teorisi (İçel), 2. Kitap, Sebat Yayıncılık, İstanbul 1999, s.285.

"cebir kullanma suçu, aynı zamanda kasten yaralama suçunu oluşturmaktadır. Ancak, kasten yaralama suçundan farklı olarak, bir şeyi yapması veya yapmaması ya da bir şeyin yapılmasına müsaade etmesi için kişiye karşı cebir tatbik edilmektedir" denilerek bu suçla kasten yaralama arasında *"hareketin amacı"* dışında bir fark olmadığı vurgulanmıştır. Buna paralel olarak madde metninde de, faile verilecek cezanın, kasten yaralama suçundan hareketle tayin edileceği hükmüne yer verilmiştir.

Tüm bu hususlar bir arada değerlendirildiğinde, cebrin kasten yaralama suçunu vücuda getiren hareketlerden oluşacağı söylenebilir. Ancak buradaki sorun, 108'inci maddenin gerekçesindeki, cebri, fiziki güç kullanmaya bağlayan ifade dikkate alınarak kasten yaralamanın seçimlik hareketlerinden yalnızca vücuda acı veren davranışların mı, yoksa kasten yaralamayı oluşturan davranışların tamamının mı dikkate alınacağıdır. Bu konuya, çalışmamızın üçüncü bölümünde, zorlayıcı cebrin unsurlarını ele alırken ayrıntılı olarak değineceğiz.

765 sayılı Kanun'da olduğu gibi, TCK'da da cebir kavramına, bazı suçlarda suçun temel şeklinin gerçekleştirilmesi bakımından tek başına aranan bir unsur olarak (TCK m.108, 309, 310, 311) bazı suçlarda ise tehditle birlikte seçimlik hareket olarak (TCK m.80/1, 112, 113, 114/1-2, 115/1-2, 117/1 ve 4, 118/1-2, 148/1-2, 223/1 ve 3; 224/1, 235, 265) yer verilmiştir. Bazı suçlarda ise, cebir, suçun nitelikli unsurunun oluşması bakımından gerekli olan bir kavram olarak düzenlenmiştir (TCK m.84/4, 103/4, 109/2, 116/4, 227/4, 234/2, 239/4, 292/2, 294/3).

Bununla birlikte, yine 765 sayılı TCK'da olduğu gibi cebir ve şiddet kavramlarına birtakım suçlarda birlikte yer verildiği görülmektedir (TCK m.28, 102/4, 103/5, 309/1, 311/1, 312/1). Buna karşılık, şiddetin tek başına kullanıldığı da vakidir. Nitekim müstehcenlik suçunda (TCK m.226), hayvanlar üzerinde gerçekleştirilen fiziki kuvvet kullanımları şiddet olarak nitelendirilmiştir. Bu hüküm yönünden şiddetin, hayvanlara karşı şiddet bağlamında genel bir değer yargısı olarak kabul edildiği söylenebilirse de[405], cebir ve şiddet arasında herhangi bir farklılık bulunmadığını, diğer bir ifade ile bunların fiziksel gücü ifade eden eş anlamlı

[405] **Üzülmez,** Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, s.45.

kavramlar olduğunu kabul etmek yerinde olacaktır[406]. Dolayısıyla, bu kavramların ceza hukukunda birlikte kullanıldığı durumların, anlamın güçlendirilmesi dışında bir karşılığı yoktur[407]. *Üzülmez*'e göre, burada muhtemelen TBMM'deki görüşmeler sırasında milletvekilleri tarafından yeni kanunun konseptinde cebrin mahiyetinin kavranamamış olmasından kaynaklanan gereksiz bir tekrar söz konusudur. Dolayısıyla, cebir ve şiddet kavramlarının birlikte kullanımının, eski kanundan kaynaklanan alışkanlığın devamı şeklinde yorumlanması mümkündür[408].

Yargıtay uygulamasında, cebrin, genel olarak eski kanun döneminde yerleşen anlayışa uygun olarak değerlendirildiği görülmektedir. Bu çerçevede mahkeme, kimi zaman cebir kavramını, zorlamaya karşılık gelecek şekilde bir üst kavram olarak tehdidi kapsayacak şekilde kullanmaktadır. Nitekim Yarg. CGK'nın vermiş olduğu bir kararda[409], *"...C.T. ile kendisini takip eden diğer mağdurlara bıçak doğrultup onları, "yaklaşmayın sizi vururum" diyerek tehdit ettiği ve çantayı orada bırakarak kaçtığı olayda, sanığın eylemlerinin, mağdurenin çantasını almak için ona yönelik* ***cebir kullanıp bıçak göstermesi****..."* denilerek, cebir ifadesi ile diğer bir zorlama aracı olan tehdit kastedilmiştir.

Yargıtay, ETCK uygulamasındaki maddi-manevi cebir ayrımını da sürdürmektedir. Yarg. CGK'nın, *"...olayda maddi cebir ve tehdidin nelerden ibaret olduğu ve ne şekilde gerçekleştiği karar yerinde tartışılıp gösterilmeden T.C.K.nun 103/4. Maddesinin uygulanması hukuka aykırıdır..."* şeklindeki kararı[410], bu hususu doğrulamaktadır[411].

---

[406] Benzer görüş için bkz. **Özgenç,** Genel Hükümler, s.395.

[407] **ÖZBEK, Veli Özer – KANBUR, Mehmet Nihat – DOĞAN, Koray – BACAKSIZ, Pınar – TEPE, İlker,** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Seçkin, Ankara 2014, s.434.

[408] **Üzülmez,** Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, s.45.

[409] Yarg. CGK., 29.04.2014, 6-1485/221.

[410] Yarg. 5. CD., 21.03.2011, 1300/2126.

[411] Doktrinde de, aynı anlayışın benimsendiğini gözlemlemek mümkündür. Nitekim *Yokuş Sevük*'e göre cebir, *"bir kimsenin iradesini etkileyerek yapmak istediğinden başka bir hareketi yapmasına sebep olacak biçimde maddi veya manevi zor kullanmaktır. Bu bakımdan cebir kavramı, mağdur üzerinde onun direncini kıran her türlü maddi kuvvet kullanımı şeklinde tarif edilebilecek şiddet ve serbest hareket edebilme olanağını ortadan kaldırmak maksadıyla kişinin huzurunu bozma, endişelendirme veya onda bir güvensizlik duygusu meydana getirme olan tehdit kavramlarını da kapsamaktadır"* (**Handan Yokuş Sevük,** 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, TBB Dergisi, S.57, 2005, s.250).

Bununla birlikte Yargıtay'ın yeni içtihatlarında da, cebir (maddi) kavramına yüklenecek anlamın, mağdur üzerinde uygulanan fiziksel kuvvet olduğu açıkça ifade edilmektedir. Örneğin Yarg. CGK'nın yeni tarihli bir kararında[412] bu hususa şu ifadelerle işaret edilmiştir; *"...sanıkların devam eden darp eylemleri nedeniyle de yüzünden ve başından basit nitelikte yaralandığı sabit olup,* ***katılanın şahsına zarar verilmesi sonucunu doğuran cebir suretiyle*** *kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun gerçekleştirilmiş olması karşısında..."*. Bu karardaki anlayışa paralel olarak doktrinde de, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından cebir, "kişi üzerinde maddi zor kullanmak" şeklinde kabul edilmektedir[413].

TCK uygulaması bakımından, cebrin içeriğinin belirlenmesi hususunda, doktrinde de çeşitli görüşler ortaya koyulmuştur. *Artuk-Gökcen-Yenidünya,* TCK bakımından cebir kavramına, eski kanun uygulamasındakinden farklı bir mana yüklememiştir. Dolayısıyla yazarlara göre, "*bir kimsenin karşı konulamaz fiziki gücün etkisiyle iradesinin teşekkülü veya mevcut iradesini arzusu doğrultusunda kullanmasının engellenerek (bir yere kapatılması, yakalanması, doğrudan doğruya vücudu üzerinde etkide bulunularak bir hareketi yapmaya zorlanması) suç işlemek zorunda bırakılması*" durumunda, cebirden söz etmek gerekir[414]. Bu ihtimalde sorumluluk, cebre maruz kalanın değil, onu suç işlemeye zorlayanındır. Zorlayan hakkında dolayısıyla failliğe ilişkin hükümler uygulanacaktır[415].

Demirbaş, mutlak kuvvet icrasıyla uygulanan cebir ile nispi kuvvet icrasıyla uygulanan cebir arasındaki farka işaret etmekle birlikte, her iki durumda da, TCK m.28'in uygulama alanı bulabileceğini ifade etmiştir. Nitekim yazara göre mutlak kuvvette, cebre maruz kalan kişi üzerinde bir başka kişi mutlak suretle egemen olmakta, cebre maruz kalanın herhangi bir iradesi bulunmamaktadır. Bu kapsamda, bir kimsenin zorla tutulan parmağıyla tetik çekilmesi örnek olarak gösterilebilir. Buna karşılık nispi kuvvet durumunda (dövme, işkence, aç bırakma gibi), cebre maruz kalanın fiili işlemekte iradesi bulunmakla birlikte, zorlanması nedeniyle

[412] Yarg. CGK., 11.07.2014, 1-133/352.
[413] **Artuk-Gökcen-Yenidünya,** Özel Hükümler, s.377.
[414] **Artuk-Gökcen-Yenidünya,** Genel Hükümler, s.469.
[415] **Artuk-Gökcen-Yenidünya,** Genel Hükümler, s.469.

kınanabilir bir hareketinin yokluğu dolayısıyla kusurunun yokluğundan söz etmek gerekir[416].

Tezcan-Erdem-Önok, korunan hukuki değeri dikkate alarak cebri, *"bir başkasının özgürce irade oluşturması ve/veya bu doğrultuda hareket etmesini engellemeye elverişli biçimde güç kullanmak veya başkaca fiziki etkide bulunmak suretiyle bedene yönelik zorlama"* şeklinde tanımlamaktadırlar[417]. Tanımın kapsamlı olmasının sebebi, yazarlarca hipnoz, uyuşturucu madde gibi durumların da, cebir kapsamında mütalaa edilmesinden[418] kaynaklanmaktadır.

Hakeri ise, haklı olarak TCK m.28'de düzenlenen cebrin, mutlak kuvvet anlamında kişinin karşı koyamayacağı bir kuvvetin tatbik edilmesi olmadığını, kişinin iradesini ortadan kaldırmayacak biçimde zor kullanılması olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir[419]. Aynı sonuca, TCK m.108'in gerekçesinde yer alan ve cebri, "nispi kuvvet" olarak nitelendiren ifadeyi de dikkate alarak ulaşan yazarlar da mevcuttur[420]. *Koca-Üzülmez*'e göre de cebir, mutlak ve nispi kuvvet icrası suretiyle söz konusu olabilir. Ancak ceza hukuku bakımından önem arz eden cebir, mutlak kuvvet değil, nispi kuvvet icrasıyla gerçekleştirilen cebirdir. Çünkü mutlak kuvvet icrası durumunda, kişi ile fiil arasındaki manevi bağ ortadan kalkacağından, cebre maruz kalan kişinin davranışı fiil vasfına sahip değildir[421].

Hafızoğulları, maddi cebir ile manevi cebir arasındaki farkın, TCK'nın 28'inci maddesinde doğru bir şekilde ele alınmadığı kanaatindedir. Zira yazara göre, maddi cebir durumunda cebre maruz kalanın işlediği fiil iradi değildir[422]. Buna karşılık manevi cebir durumunda irade zorlanmış olsa da, zor altında işlenen davranışın iradi olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla, cebredenin sorumluluğu,

---

[416] **Demirbaş,** Genel Hükümler, s.398.
[417] **Tezcan-Erdem-Önok,** Özel Hükümler, s.426.
[418] **Tezcan-Erdem-Önok,** Özel Hükümler, s.426.
[419] **Hakeri,** Genel Hükümler, s.426.
[420] Bkz. **Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe,** Genel Hükümler, s.434.
[421] **Koca-Üzülmez,** Genel Hükümler, s.332.
[422] **HAFIZOĞULLARI, Zeki,** Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi, AÜHFD, C.57, 2008, S.3, s.363; **HAFIZOĞULLARI, Zeki-ÖZEN, Muharrem,** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, U S-A Yayıncılık, Ankara 2010, s.315.

cebre maruz kalanın değil, kendi fiilinin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır[423]. Görüldüğü gibi yazar, cebrin yalnızca mutlak kuvvet icrası ile işlenebileceğini kabul etmektedir. Bu nedenle, TCK m.28'de, cebir halinde sorumluluğu kusurlulukla bağlantılı olarak çözen ve cebri uygulayanın sorumluluğunu da buna bağlı olarak dolaylı faillik esasına göre belirleyen yaklaşım kabul edilemez.

[423] **Hafızoğulları,** İstenemezlik İlkesi, s.363; **Hafızoğulları-Özen,** Genel Hükümer, s.316.

İKİNCİ BÖLÜM

CEZA HUKUKUNDA KUSUR KAVRAMI, KUSURU KALDIRAN NEDENLER-MAZERET NEDENLERİ AYRIMI

VE

ZORLAYICI CEBRİN MAZERET NEDENİ OLARAK KABULÜ

1. Ceza Hukukunda Kusur İlkesi ve Kusurun İşlevi

1.1. Ceza Sorumluluğunun Sınırlandırılması ve Kusursuz Ceza Olmaz İlkesi

1.1.1. Genel Olarak

İnsanların birarada yaşamalarının modern anlamda temelini oluşturan toplumsal sözleşme kuramının savunucusu olan *Rousseau*, bu kuramı temellendirdiği eserine, *"insan özgür bir varlıktır ve her yerde zincire vurulmuştur"* diyerek giriş yapar[424]. Düşünürün, bu kısa cümleyle toplumsal yaşamın genel fotoğrafını çektiği rahatlıkla söylenebilir. Çünkü insan, varoluşsal anlamda tamamen özgür olmakla birlikte, sosyal bir varlık olarak toplum içerisinde yaşamaya başlaması nedeniyle, bir takım haklarla donatılmış ve yükümlülüklerle kuşatılmıştır.

Toplum sözleşmesi, toplumu oluşturan diğer bireylere karşı bir takım hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlarken, kurallara bağlı olmak şartıyla mümkün

[424] **ROUSSEAU, Jean Jacques,** On The Social Contract, Dover Thrift Editions, (General Editor: Paul Negri), 2003, s.2. Bu yaklaşıma paralel olarak Robert Musil'in "Der Mann ohne Eigenschaften" isimli eserinde irade özgürlüğünün, insanın, yalnızca kendisine tanınan özgürlükler içerisinde, özgür iradesine uygun olmasa da bir özgürlüğü seçebilme kabiliyetinden ibaret olduğuna işaret edilmiştir (**BAMBERGER, Heinz Georg,** Schuld und Strafe-Neue Fragen, in Schuld und Strafe-Neu Fragen, (herausgegeben von Gerhard Roth-Stefanie Hubig-Heinz George Bamberger), C.H Beck München, 2012, s.1). Dolayısıyla yazar, aslında insanın gerçek anlamda özgür olmadığının altını çizmektedir.

olduğunca özgür kalabilmenin çözümü olarak kabul edilebilir[425]. Bu anlamda toplum sözleşmesi, doğuştan gelen özgürce yaşama hakkının, diğer bireyler lehine sınırlandığı, bunun karşılığında da, her bir ferdin biraraya gelerek oluşturduğu tüzel kişilikten, kendisine ait hak ve özgürlüklerin korunmasını talep ettiği bir sistemin meşru dayanağıdır.

Bu şekilde kurulan toplumsal düzenin işleyebilmesi, sosyal yapının bağlandığı kuralların[426] tatbik edilebilir olmasına bağlıdır. Bu da, söz konusu kuralların zorlayıcı olmasını gerektirir. Dolayısıyla, toplumsal kurallara riayet edilmemesi, birtakım yaptırımlarla karşılanmalıdır. İşte ceza hukuku, toplumsal yapının meydana getirdiği tüzel kişilik tarafından, bir takım insan davranışlarının suç olarak nitelendirildiği ve bunlara bir takım sonuçlar bağlandığı bir alan olarak[427] bu zorlayıcılığı sağlayabilmektedir. Bu anlamda suç, ceza hukukunun, kendine özgü yaptırımlarla karşılık verdiği[428] (veya vermeye muktedir olduğu[429]), hukukça tasvip edilmeyen[430] insan davranışlarıdır[431]. Bu suretle ceza hukuku, toplumsal yaşamın barış içerisinde idame ettirilmesi açısından bir koruma görevi[432] üstlenmektedir[433].

---

[425] **Rousseau,** On The Social Contract, s.8, 9.

[426] Bu çerçevede hukukun, sosyal düzenin temeli olarak toplumun yapısal unsuru olduğu hususunda bkz. **MÜSSIG, Bernd,** Schuldprinzip als pozitivistische Rekonstruktion des strafrechtlichen Zugriffs? (Bemerkungen zu Perspektiven des strafrechtlichen Schuld- und Unrechtsbegriffs), in Festschrift für Volkmar Mehle zum 65. Geburtstag am 11.11.2009, 1. Aufl.,Nomos, 2009, s.452, 453.

[427] **Baumann- Weber- Mitsch,** Allgemeiner Teil, §3, kn.2.

[428] Bu anlamda Grotius'un meşhur tarifiyle ceza, bir kötülüğe kötülükle karşılık vermektir (**FRISTER, Helmut,** Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., C.H Beck München, 2013, 1. Kapitel, kn.1). *Kantorowicz*, ceza ile ilgili Grotius'un bu tanımını, yasaklanan bir davranışın işlenmesine, devlet tarafından bir kötülük tatbiki suretiyle karşılık verilmesi şeklinde, cezanın devlet tarafından verilebileceğine vurgu yaparak sınırlandırmıştır (**KANTOROWICZ, Hermann,** Tat und Schuld, Orell Füssli Verlag Zürich und Leipzig, 1933, s.10.).

[429] Burada esasen kastedilen, cezanın amacının, kusurlu bir davranış gerçekleştiren kişinin mutlak suretle cezalandırılması anlayışını benimseyen mutlak karşılık teorisine göre (absolut Vergeltungstheorie) değil, cezanın toplumsal yarar dikkate alınarak önleyicilik vasfına sahip olduğu ve bu amaca hizmet ettiğini kabul eden önleme teorisine (Verhütungstheorie) dayandırılmasıdır. Önleme teorisi, işlenen haksızlığın cezalandırılması ile gelecekte işlenebilecek haksızlıkların önlenmesi anlamına gelir (**Kantorowicz,** Tat und Schuld, s.12.).

[430] Suçun, toplumun yapısal unsuru olarak hukukun yasakladığı davranış normlarına aykırılık açısından değerlendirilmesi açısından bkz. **Müssig,** Schuldprinzip als pozitivistische Rekonstruktion des strafrechtlichen Zugriffs? (Mehle FS), s.454, 455.

[431] **SCHMIDHÄUSER, Eberhard,** Strafrecht Allgeminer Teil, Zweite, neubearbeitete Aufl., J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1975, Erstes Buch, 2. Kapitel, kn.6.

[432] Alman Anayasa Mahkemesi'nin, çocuk düşürme ile ilgili olarak vermiş olduğu bir kararda da, kanun koyucunun, gelişen hayatın dinamiklerini dikkate alarak birtakım hukuksal yararları anneye

Ancak ifade etmeliyiz ki, ceza hukuku tarafından sağlanan bu koruma sınırsız olmamalıdır. Zira aksi durumda, toplumsal düzeni sağlamak yerine, ceza hukukunun tek işlevi, kişi özgürlüklerini açıkça tehdit eden totaliter bir yapının oluşturulmasına hizmet etmek olacaktır.

1.1.2. Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi

Ceza hukukunun toplumsal düzenin korunması açısından üstlendiği görev, bu hukuk dalının kişi özgürlükleri yönünden ağır ve derin müdahaleler oluşturması[434] nedeniyle, öncelikle "ultima ratio ilkesi" ile sınırlanmaktadır[435]. Bu ilke, ceza hukukunun toplumsal düzeni koruma görevinin, diğer hukuk alanlarında veya başkaca vasıtalarla sağlanamaması durumunda, son çare olarak devreye girmesi şeklinde açıklanabilir. Örneğin bir haksızlık, ceza hukukundan önce özel hukuk yaptırımlarıyla karşılanabiliyorsa, bu yola müracaat edilmelidir. Bu yönüyle *ilkenin ilk yansıması,* cezanın ikincilliğidir (*Subsidiarität des staatlichen Strafens*)[436].

Bununla bağlantılı olarak ifade etmek gerekir ki, ceza hukuku aracılığıyla yalnızca belirli bazı hukuki değerler korunmaktadır[437]. Hangi değerlerin hangi şartlar altında korunması gerektiği ise, suç siyaseti ile ilgilidir[438]. Söz gelimi kanun koyucu,

---

karşı dahi koruma yükümü altında olduğu, bununla bağlantılı olarak ceza hukukunun, Anayasa'da öngörülen özgürlükleri, başka çare bulunmadığı durumlarda korumakla yükümlü olduğu belirtilmiştir (BVerfG 39, 1, 45, Urteil des ersten Senats, 25.02.1975 -NJW 1975, s.573-).

[433] **Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.3.

[434] Ceza hukukunun toplumsal düzenin sağlanması bakımından en keskin enstrüman olarak kabulü için bkz. **Bamberger,** Schuld und Strafe-Neue Fragen, s.1)

[435] **KUDLICH, Hans,** Objektive und subjektive Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht – eine Einführung, JA 2010, s.681.

[436] **Jakobs,** Allgemeiner Teil, 2/26.

[437] Ceza hukuku korumasını, diğer bir deyişle suçu yalnızca bireylere ait belli başlı hukuki menfaatlerin ihlaline indirgemek de doğru değildir. Zira bireylerin biraraya gelerek toplumu oluşturmaları nedeniyle suçla, toplum düzeninin de korunduğunu kabul etmek gerekir. Aksi kabul, suçu haksız fiille eşit saymak anlamına gelir (**Zafer,** Genel Hükümler, s.1).

[438] Roxin'e göre ceza hukukuna mutlak suretle ve genel nitelikte koruma ödevi yüklenmesi kabul edilemez. Zira kanun koyucu bir hukuki değerin ceza hukuku aracılığıyla korunması gerekip gerekmediğine suç politikası çerçevesinde karar verecektir. Örneğin bir eşyanın mal edinme kastıyla alınmaması durumu Alman hukukuna göre cezalandırılmamaktadır. Bu kapsamda bir keman sanatçısının kemanının daha sonra iade edilmek maksadıyla alınması durumu örnek olarak

salt hukuki ilişkiden kaynaklanan alacağın ödenmemesi durumunda alacaklıya, özel hukuk alanında bir takım tahsil araçlarını kullanma imkânı tanımıştır. Ancak alacağın ödenmemesi, herhangi bir suça vücut vermez. Yine örneğin zina, aile hukuku açısından boşanma sebebi kabul edilen bir haksızlık olmakla birlikte, ceza kanununda suç olarak tanımlanmamıştır. Bu anlamda *ultima ratio ilkesinin ikinci yansıması*, cezanın hukuki değer korumasına bağlı olarak meşru olabileceğidir. Diğer bir deyişle, toplumu oluşturan bireylere ait herhangi bir hukuki değerin korunmasına hizmet etmeyen cezalandırma, meşru sayılamaz (*Legitimation der Strafbarkeit*)[439].

1.1.3. Kusursuz Ceza Olmaz İlkesi (Kusur Düşüncesi) ve Cezanın Dayanağı Olarak Kusur

Ultima ratio ilkesi, ceza hukuku yaptırımlarını, hukuki değer koruması çerçevesinde sınırlamaktaysa da, bu, somut olayda faile verilecek cezanın sübjektif olarak sınırlandırılması bakımından yetersizdir. Zira sadece ultima ratio ilkesinin kabul edilmesi, suç politikası çerçevesinde, kanun koyucunun ceza hukuku yaptırımlarıyla korunmasını amaçladığı hukuki değerlerin ihlalinin, kanunda öngörülen cezanın hiçbir kişiselleştirmeye tabi tutulmaksızın uygulanması sonucunu doğurabilir. Buradan çıkarılacak sonuç, cezanın sübjektif olarak da birtakım sınırlamalara tabi tutulmasının zorunlu ve gerekli olduğudur.

---

gösterilebilir. (**Roxin,** Allgemeiner Teil I, §2-J, kn.95, 96). Anayasa Mahkememiz de, eşitlik ilkesiyle ilgili vermiş olduğu bir kararda, *„Hukuk devleti, tüm işlem ve eylemleri yargı denetimine açık, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı ve sürdürmeyi amaç edinmiş, Anayasa ve hukukun üstün kurallarına bağlı olan devlettir. Kamu düzeninin korunması için yasama organı, anayasal sınırlar içinde değişik cezalar öngörebilir. Ceza alanında düzenleme yaparken, Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla,* ***toplumda hangi eylemlerin suç sayılıp sayılmayacağı, suç sayılanların hangi tür ve ölçüde yaptırıma bağlanacağı, hangi durum ve davranışların ağırlaştırıcı ya da hafifletici öğe olarak kabul edileceği ya da hangi koşullara bağlı olarak davaların ve cezaların erteleneceği yasakoyucunun takdir yetkisi içindedir****"* diyerek, ceza hukukunun koruma fonksiyonunun sınırsız olmadığına ve kanun koyucunun takdir yetkisine bağlı olduğuna işaret etmiştir (AYM, 09.10.1997, 77/64). Bununla birlikte bazı hukuki değerlerin ihlali, yalnızca ortaya çıkan zararın giderilmesi ile karşılanamaz. Bu kapsamda hukuk düzeni, toplumsal huzuru bozan bir takım davranışları, -başkaca yaptırımlar yanında- ayrıca ceza yaptırımına tabi tutabilir (**Wessels-Beulke-Satzger,** Allgemeiner Teil, kn.4).

[439] **EISELE, Jörg,** Vorb. zu den §§ 13 ff., in Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. neubearbeitete Aufl., C.H.Beck 2014, kn. 10.

Bu çerçevede, ceza hukuku korumasının sınırlandırılmasında kullanılan diğer bir araç –sübjektif sınırlandırma aracı- da, kusursuz ceza olmaz ilkesidir[440]. Bu ilke, ceza kanununda açıkça yer almasa dahi, hukuk devleti ilkesinin doğal bir sonucu olarak kabul edilmelidir[441]. Ancak ceza kanununda kusur ilkesinin hiçbir şekilde dikkate alınmadığı da söylenemez. Nitekim ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi (TCK m.20/1), iştirakte sorumluluğun şeriklerin kusuruna göre belirlenmesi kuralı (TCK m.37/1) ve özellikle TCK m.61'de, cezanın belirlenmesinde dikkate alınacak hususlardan bir tanesinin de, failin kasta yahut taksire dayalı kusuru olduğunun altının çizilmesi, bu ilkenin varlığına işaret eden düzenlemeler olarak kabul edilmelidir[442].

Kusur ilkesine göre, işlediği fiil nedeniyle kusurlu bulunmayan bir kimsenin cezalandırılması mümkün değildir[443]. *Kusursuz ceza olmaz* şeklinde anlamlandırılan bu ilke dikkate alınarak fail, işlediği fiil nedeniyle kusurlu bulunması halinde, ceza yaptırımına tabi tutulabilecektir. *Achenbach*, kusursuz ceza olmaz ilkesinin, dogmatik anlamda hukuk öğretisi içerisinde işlev gören bir unsur olarak kusur kavramından farklı biçimde, pozitif hukuk kurallarının üzerinde bir prensip şeklinde ortaya çıktığını ifade etmektedir (Kusur Düşüncesi/*Schuldidee*). Dolayısıyla, bu anlamda kusur düşüncesi, devletin cebri gücünü temellendirmeye ve sınırlandırmaya yarar[444].

Kusursuz ceza olmaz ilkesi, failin işlediği fiilden yahut somut olarak ortaya çıkan neticeden, şahsi bir değerlendirme yapılmaksızın sorumlu tutulmasına engel teşkil eder. Esasen, gerek netice ceza hukuku (*Erfolgsstrafrecht*), gerekse kusura dayalı ceza hukuku (*Schuldstrafrecht*), belli bir kınama yargısını barındırır. Aradaki

---

[440] **HIRSCH, Hans Joachim,** Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht, ZStW 1994, 106. Band, s.748.

[441] **Baumann-Weber-Mitsch,** Allgemeiner Teil, s.429, kn.3.

[442] Alman hukuku bakımından da benzer durumun söz konusu olduğu hususunda bkz. **SCHIEMANN, Anja**, Unbestimmte Schuldfähigkeitsfeststellungen (Verstoß der §§20, 21 StGB gegen den Bestimmtheitsgrundsatz nach Art. 103 II GG), Lit Verlag, Berlin 2012, s.93; **STREE, Walter – KINZIG, Jörg,** Vorb. zu den §§38 ff., in Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. neubearbeitete Aufl., C.H.Beck 2014, kn.19.

[443] **Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.24; **Bamberger,** Schuld und Strafe-Neue Fragen, in Schuld und Strafe-Neu Fragen, s.1.

[444] **ACHENBACH, Hans,** Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, J. Schweitzer Verlag, Berlin 1974, s.3.

fark, netice ceza hukukunda, bu kınanabilirliğin temelini oluşturan netice ile fail arasında kişisel ve müspet bir bağın kurulmasına ihtiyaç bulunmamasıdır. Netice ceza hukuku, öc alma esasına dayalı olup muzdarip olduğu bir netice dolayısıyla öc almak isteyen kişi, bu neticeye sebebiyet veren hareketin amacını ve ürünü olduğu zihniyeti dikkate almaksızın neticeye sebep olanı cezalandırır[445]. Kusura dayalı ceza hukukunda ise, cezalandırma, fail ile fiil arasında kişisel bir bağ bulunmasına bağlıdır[446]. Ancak bu bağın fail ile fiili arasındaki psikolojik bir ilişki olarak haksızlığı mı, yoksa haksızlık teşkil eden fiili tercih etmesinden dolayı failin kınanmasına imkân sağlayarak cezayı mı temellendirdiği, suç teorisi bakımından kusurun yerinin tayin edilmesine ilişkin bir tartışmanın konusudur.

Modern ceza hukukunda, bir suç tipinde tanımlanan hareketin icrasının sonucu olarak ortaya çıkan neticeden sorumluluk için doğal anlamda var olan sebep-sonuç ilişkisi yanında, bu neticenin faile objektif olarak isnat edilip edilemeyeceği değerlendirmesi ile haksızlık alanında ceza sorumluluğu sınırlandırılmıştır[447]. Dolayısıyla, objektif isnadiyetin tespit edilememesi halinde, fiilin haksızlığından söz etmek mümkün olmayacaktır. Kusur ilkesi ise, failin, işlediği fiil nedeniyle şahsen kınanabilir olup olmadığıyla alakalı bir değerlendirmede bulunulmasına imkân sağlayarak, ceza sorumluluğuyla alakalı olarak bu sınırlamayı, sübjektif alana doğru genişletmiştir. Diğer bir deyişle, objektif isnadiyetin yokluğu haksızlığın gerçekleşmesine, sübjektif isnadiyet ise cezalandırmaya engel oluşturur.

Bununla birlikte, kusursuz ceza olmaz ilkesinin temellendirilmesinde hangi esaslardan hareket edildiği hususu da tartışmalıdır. Kusur, cezaya dayanak olmak bakımından bir fonksiyon icra etmektedir (*strafbegründende Aufgabe der Schuld*)[448]. Ancak burada, bu dayanak olma durumunun, cezanın hangi özellikleri dikkate alınarak açıklanacağı sorusu gündeme gelmektedir.

Bazı görüşler, kusursuz ceza olmaz ilkesini cezanın amacına özgüleyerek, faydacı bir tutum ortaya koymuşlardır. Buna göre, kusursuz ceza olmaz ilkesi ya

[445] **Gropp,** Allgemeiner Teil, §3, kn.51.
[446] **Schiemann**, Unbestimmte Schuldfähigkeitsfeststellungen, s.99.
[447] **Kudlich,** Objektive und subjektive Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht, s.684.
[448] **Hirsch,** Das Schuldprinzip im Strafrecht, s.748; **Achenbach,** Schuldlehre, s.4, 5.

hiçbir fayda sağlamaz yahut faydadan çok zarar meydana getirme tehlikesini barındırır. Bu ilke fayda sağlamaz; çünkü kusura dayalı ceza verilmesinin herhangi bir önleyici fonksiyonu yoktur. Zira önleyicilik, bir kimsenin davranışlarını, hukuk düzenine göre yönlendirebilmesine bağlıdır. Dolayısıyla, bu yeteneğe sahip olmayanlar, yani kusursuz hareket edenler bakımından, önleyiciliğin hiçbir anlamı yoktur[449]. Bu görüşe karşılık, kusursuz davranışların zaten önlenebilir olmadığı, bu anlamda, bir fiilin suç kabul edilerek cezai yaptırıma tabi tutulmasının normatif bir önleyicilik sağlayacağı ileri sürülmüştür[450]. Dolayısıyla, kusurun önleyicilik bakımından esasen önemi, kusurlu davranışlara yöneliktir.

Kusursuz ceza olmaz ilkesinin tamamen yararsız olmasa da, faydadan çok zarar meydana getireceğini ileri süren görüşler ise, kusura dayalı cezanın önleyicilik vasfı olmakla birlikte, ilkenin, bireyler bakımından rasyonel bir hayat planlaması yapabilmeyi engelleyeceğini, zira bireylerin yaşamın her anında bir suç işleyip cezalandırılma korkusuyla karşı karşıya kalacağını ileri sürmektedirler. Dolayısıyla, bu durumda, sosyal düzenin korunması amacının elde edilebilmesinden ziyade, düzenin bozulması tehlikesiyle karşı karşıya kalınacaktır[451].

Diğer bazı görüşler ise, kusursuz ceza olmaz ilkesini, cezanın anlamını dikkate alarak temellendirmektedir. Cezanın anlamı, haksız bir davranışın karşılığı olarak hükmedilmesinde somutlaşır. Fiil ile fail arasındaki ilişki, cezalandırılabilirliğin şartlarına bağlı olarak "ceza" ile ortaya çıkar. Kusura dayalı ceza hukuku, sadece neticeyle değil, failin işlediği fiilden dolayı kişisel kınanabilirliğiyle ifade edilebilir[452].

---

[449] **FRISTER, Helmut,** Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, Duncker&Humblot Berlin, 1988, s.20.

[450] **Frister,** Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, s.20, 23.

[451] **Frister,** Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, s.22, 23.

[452] **Frister,** Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, s.22, 23.

1.2. Kusurun Cezayı Belirleme İşlevi

"Kusursuz ceza olmaz ilkesi" şeklindeki ifade, tek başına cezanın bireyselleştirilmesinde araç değildir. Kusurun ceza sorumluluğu bakımından anlamı, cezanın ölçülmesine hizmet etmesidir. Diğer bir ifadeyle, kusurluluk ya da kusursuzluk şeklindeki ayrımın itibari anlamda hiçbir manası yoktur. Sorumluluk yönünden anlamlı olan, kusurun ölçüsüdür[453].

Kusursuz ceza olmaz ilkesi, şekli anlamda cezalandırma bakımından failin kusurunun mevcudiyetini şart koşmaktaysa da, cezanın ağırlığının belirlenmesine ve işlenen suçla orantılı olarak hükmedilmesine doğrudan hizmet eder mahiyette değildir[454]. Diğer bir deyişle, kusur, cezaya dayanak olma özelliği ile birlikte onun ağırlığının belirlenmesinde de rol oynamalıdır[455]. Bu, kusurun esas işlevidir. Çünkü cezanın meşruluğunun şekli olarak bir prensibe bağlanması yanında, maddi olarak da birtakım şartlara tabi tutulması asıldır. Kusurun cezaya dayanak teşkil etme fonksiyonu yönünden kanun koymaya ilişkin bir faaliyet söz konusuyken, burada, doğrudan doğruya hukukun uygulanması bakımından kusurun bir fonksiyon icra ettiği söylenebilir. Diğer bir deyişle, ölçü yönünden kusurun bağlantı noktası kanun koyucu değil, bizatihi hâkimin kendisidir[456].

Kusur yargısı bakımından, cezanın oranı belirlenirken failin mi yoksa fiilin mi esas alınacağı önem arz eder. Bu kapsamda, toplumu oluşturan bireylere ait hukuki değerlerin korunması, cezanın dayanağını oluşturmasına rağmen, ceza hukukunda uzunca bir zaman, failin cezalandırılmasının hangi sebepten kaynaklandığına cevap aranmıştır. Bu çerçevede, ceza sorumluluğunu, haksızlığın objesi olan fiile değil, süjesi olan faile bağlayan anlayış, fiilin cezalandırılmasının, faildeki birtakım kişisel bozukluklara bağlandığı ölçüde anlam kazanacağına işaret

---

[453] **Schiemann**, Unbestimmte Schuldfähigkeitsfeststellungen, s.94.
[454] **FRISCH, Wolfgang,** Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, NStZ 2013, s.250.
[455] **Stree-Kinzig (SS),** Vorb. zu den §§38 ff., kn.19; **Frister,** Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, s.39.
[456] **Achenbach,** Schuldlehre, s.4.

etmiştir (Fail ceza hukuku/*Täterstrafrecht*)[457]. Dolayısıyla, burada dikkate alınması gereken, failin kişisel yapısıdır[458].

Buna karşılık failin cezalandırılmasının sebebini, *Lizst*'in belirttiği gibi failin a-sosyal zihniyetine değil, hukuka aykırı fiiline bağlayan görüşe göre ise, fail, işlediği fiilden dolayı cezalandırılır (Fiil ceza hukuku/*Tatstrafrecht*[459]). Diğer bir deyişle failin sorumluluğu, kim olduğu değil, nasıl hareket ettiği dikkate alınarak belirlenecektir[460]. Onun bireysel özellikleri, ancak somut bir olaya ilişkin olarak kusurlu davranıp davranmadığı noktasında belirleyici olabilir. Nitekim hukukumuz bakımından da, fiil ceza hukuku anlayışının benimsendiği kabul edilmektedir[461].

Modern (etik) ceza hukuku anlayışında, ceza sorumluluğu yönünden esas alınması gereken temel kavram, failin davranışıdır. Kusur ise, fail ile işlediği fiil arasında kişisel bir ilişkinin kurulabilmesine olanak sağlar[462]. Dolayısıyla kusurluluk, fail ceza hukukunun bir sonucu olarak failin sürdürdüğü yaşam tarzı ile ilgili değil, işlemiş olduğu fiille alakalı kişisel bir değerlendirmenin konusudur[463]. Bu nedenle, faile ilişkin genel bir kusur yargısı değil, belli bir suç ile ilgili olarak fiil kusurundan söz etmek gerekir. Ancak modern öğretiye göre, burada kusurluluğun bir özellik mi, bir durum mu, olay mı yoksa bir süreç mi olduğundan ziyade, normatif bir olgu olarak belirlenmesi söz konusudur. Diğer bir deyişle, klasik öğretinin aksine kusurluluk, haksızlık alanında ve kast ve taksirin üst başlığı olarak

---

[457] **JOECKS, Wolfgang,** Einleitung, in Münchener Kommentar Band I, 2. Aufl., C.H Beck München, 2011, kn.39.

[458] **Schmidhäuser,** Allgemeiner Teil, 2/26.

[459] Fiil ceza hukuku anlayışının objektif ve sübjektif öğreti şeklinde ikiye ayrılabileceği hususunda detaylı bilgi için bkz. **Joecks (MüKo),** Einleitung, kn.43 vd.

[460] **Eisele (SS),** Vorb. zu den §§ 13 ff., kn.105-106. *Kaufmann*, fail ceza hukukundan fiil ceza hukukuna geçişi, ahlak ile hukukun birbirinden ayrılmasına bağlamaktadır. İnsanı konu edinmeleri dolayısıyla bu iki kavram birçok ortak özellik taşısa da birbirinden tamamen farklıdır. Yazara göre failin, işlediği fiilinden dolayı cezalandırılması, onun hakkında, ahlaki bakımdan bütüncül bir değerlendirmenin yapılmasına olanak sağlamaz (**KAUFMANN, Arthur,** Das Schuldprinzip, Zweite, durchgesehene und durch einen Anhang ergänzte Aufl., Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg 1976, s.187).

[461] **Koca-Üzülmez,** Genel Hükümler, s.41.

[462] **Kantorowicz,** Tat und Schuld, s.15.

[463] **Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.24.

değerlendirilebilecek bir kavram değil, failin kınanabilirliğine ilişkin bir incelemenin konusudur[464].

Genel kabule göre kusursuz ceza olmaz ilkesi, işlenen fiil nedeniyle hükmedilebilecek olan cezanın ağırlığının, kusurla orantılı olmasını gerekli kılar. *Achenbach*'a göre bu gereklilik "kusura göre ceza" şeklinde ifade edilebilir[465]. Diğer bir ifade ile ceza, failin kusurunu aşamayacaktır (*Überschreitungsverbot*). Bu noktada doktrinde tartışılan diğer bir konu da, kusurun, cezanın tayininde faile verilecek cezanın alt sınırının belirlenmesinde de işlev görüp görmeyeceğidir. *Frisch*, kusursuz ceza olmaz ilkesinin, üst sınır kadar, cezalandırmanın alt sınırı bakımından da dikkate alınacağına vurgu yapmaktadır[466]. Yazara göre bu, kanun koyucunun, hukuki değerleri, bunların ihlalini yalnızca normatif olarak ceza yaptırımına tabi tutmak suretiyle değil, aynı zamanda etkili bir biçimde koruma yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır[467]. Dolayısıyla, işlenen fiil nedeniyle failin kusurunun dikkate alınması, cezanın belli bir sınırı aşamayacağı kadar, belli bir miktarın altında cezaya hükmedilemeyeceği şeklinde anlaşılmalıdır (*Unterschreitungsverbot*)[468]. Buna karşılık *Gropp*, bu değerlendirmenin, ceza kavramına nasıl bir anlam yüklendiği ile yakından irtibatlı olduğunu vurgulamıştır. Yazara göre ceza, işlenen fiilin mutlak karşılığı olarak algılanırsa, kusura uygun cezanın azına hükmedilmesi mümkün değildir. Ancak cezanın amacı, genel yahut özel önleme ile açıklanırsa, bu amacı karşıladığı ölçüde ceza tatbiki söz konusu olacaktır[469].

Belirtmek gerekir ki, kusur, failin hukuka aykırı fiili üzerindeki hâkimiyetinden kaynaklandığı kabul edilerek dengeleyici bir adalet düşüncesinden

---

[464] **Kantorowicz,** Tat und Schuld, s.16.
[465] **Achenbach,** Schuldlehre, s.4.
[466] **Frisch,** Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, s.250.
[467] **Frisch,** Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, s.250.
[468] Alman Yüksek Mahkemesi de, sanığın ertelemeye ikna edilmesine ilişkin mahkeme tarafından ciddi bir çaba gösterilmesinin, bu kurumun ihdas amacını aşarak kusura uygun cezanın altında bir hüküm tesisi boyutuna ulaşmaması gerektiğine işaret etmiştir. Mahkemeye göre yapılması gereken, cezanın, kanunda gösterilen sınırlar arasında kusur oranında tayin edilmesi ve ertelemenin şartlarının tahkik edilmesidir (2. Strafsenat des BGH, 17-09-1980, 355/80, NJW 1981, s.692).
[469] **Gropp,** Allgemeiner Teil, § 2, kn.46.

bağımsız olarak değerlendirilirse, cezanın kusuru aşmasına ilişkin bir yasaktan da söz edilemez[470].

2. Suçun Yapısını Ortaya Koyan Teoriler ve Suç Sistematiğinde Kusurun Yeri

2.1. Klasik Öğretiye Kadar Egemen Olan ve Haksızlık ile Kusuru Birarada Değerlendiren Tekçi Teori: "Objektif ve Sübjektif Kusur"

2.1.1. Genel Olarak

Kusur, hukuk öğretisiyle paralel biçimde felsefi düşüncelerin sonucu olarak ortaya atılmış bir kavramdır. Dolayısıyla, kusurun gelişimi ve kusura ilişkin düşünceler, değişik zamanlarda, o zamana etki eden felsefi düşüncelerin etkisiyle değişime uğramıştır[471].

Jhering'in, esasen medeni hukuk alanında geliştirmiş olduğu[472] ve ceza hukuku alanına etkisi bakımından kusuru ve haksızlığı birbirinden ayıran "objektif hukuka aykırılık öğretisi", önceleri ciddi bir reaksiyonla karşılaşmıştır[473]. Zira bu öğretinin ortaya atılmasına kadar, kusurun ve haksızlığın birbirinden ayrı kavramlar olarak değerlendirilemeyeceği kabul ediliyordu. *Kantorowicz*, orta çağa kadar hâkim olan[474] anlayışı, kusuru, hareketin bir özelliği olarak ve dolayısıyla dış dünyada gerçekleşen objektif nitelikte bir olayla bağlantılı biçimde yorumlaması nedeniyle, "objektif kusur öğretisi" olarak kabul etmektedir. Dolayısıyla, yazara göre bu

---

[470] **Frister,** Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, s.40.

[471] **WOLF, Erik,** Strafrechtliche Schuldlehre, Erster Teil: Die gegenwärtige Lage, die theorotischen Voraussetzungen und die methodologische Struktur der strafrechtlichen Schuldlehre, J.Bensheimer Mannheim/Berlin/Leipzig, 1928, s.5.

[472] **Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.200.

[473] **Jakobs,** Allgemeiner Teil, 6/6.

[474] **Schiemann**, Unbestimmte Schuldfähigkeitsfeststellungen, s.106.

anlayışın aksine, kusuru hareketten ayırıp fail ile alakalı bir özellik olarak kabul eden öğreti de, "sübjektif kusur öğretisi" olarak değerlendirilmelidir[475].

2.1.2. Tekçi Teoriye Taraftar Olan Yazarlar

2.1.2.1.Hegel

Kusurun hareket ve suç kavramıyla hemzemin ve iç içe değerlendirilmesinin sonucu olarak, ceza hukukunda hareket kavramının fikir babası olan *Hegel*, suçu, "iradenin kusuru" olarak kabul etmektedir[476]. *Hegel*'e göre, fail tarafından iradenin ortaya koyulması, ancak hareket ile mümkündür. Bu kapsamda düşünür, yalnızca kasten işlenen davranışların hareket kavramı içerisinde değerlendirilebileceğini ileri sürmüş, taksirli davranışlarla ilgili bir izahta bulunmamıştır[477]. Bu anlamda *Hegel*, irade özgürlüğü ile kusuru birbirinden ayrılmaz şekilde hareketle ilişkilendirmiştir[478]. Zira *Hegel*'e göre, bir kimseye kusur isnadında bulunulamaması, onun irade özgürlüğünü de reddetmek anlamına gelir[479]. *Hegel*'in vardığı bu sonuç, felsefeye ilişkin kabul ettiği öğretiye uygun olarak, dialektik bir değerlendirmenin ürünüdür. Dialektik öğretiye göre, insanın bilinç vasıtasıyla dış dünyaya ilişkin algısı objektif, buna uygun irade oluşturma süreci ise, değerlendirmenin sübjektif yanını oluşturur[480].

Dolayısıyla, objektif-sübjektif kusur ayrımı, *Hegel* tarafından da kabul edilerek, irade özgürlüğüyle ilintili olarak daha geniş bir bakış açısıyla ele alınmıştır. *Hegel*'e göre, irade özgürlüğünden bağımsız bir kusur yargısı düşünülemez. Bu

---

[475] **Kantorowicz,** Tat und Schuld, s.36.

[476] **HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich,** Grundlinien der Philosophie des Rechts, Nikolaische Buchhandlung, Berlin 1821, (Zweiter Teil: Die Moralität, Erster Abschnitt: Der Vorsatz und Die Schuld), §117, s.113.

[477] Tespit için bkz. **Roxin,** Allgemeiner Teil I, §8-B, kn.8.

[478] Karşılaştırınız **Hegel,** Grundlinien der Philosophie des Rechts, §115 vd. (s.112-115).

[479] Tespit için bkz. **CASPERS, Britta,** Schuld im Kontext der Handlungslehre Hegels, Felix Meiner Verlag, Hamburg 2012, s.13.

[480] Hegel'in görüşlerinin dialektik düşünce bağlamında değerlendirilmesi yönünden bkz. **SAFFERLING, Christoph J. M.,** Vorsatz und Schuld –Subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht-, Mohr Siebeck, Tübingen 2008, s.16.

nedenle de, irade özgürlüğü olmayan, seçim yapma yetisine sahip bulunmayan akıl hastaları, küçükler, akıl geriliği olanlar, kusurlu kabul edilemezler[481]. Çünkü özgür bir iradeye dayanmayan hareketin sonucu olarak ortaya çıkan neticeden sorumluluk, ancak netice ceza hukukunda mümkün olup, objektif sorumluluğa ilişkin bu yaklaşım, zaman içerisinde kusur sorumluluğuna doğru evrilmiştir[482].

Hegel'in bu görüşleriyle, "sübjektif kusur" anlayışını benimsediği ortaya çıkmaktadır.

Kusurun hareket kapsamında ele alındığı bu dönem, esasen Roma Hukuku'na dayanan "isnat hukuku"nun (*imputatio iuris*) etkisi altında kalmıştır. 18'inci yüzyılda, özellikle Alman hukukunda bunun etkileri görülmekle birlikte, bağımsız bir kavram olarak kusurdan söz edilmemektedir. Bunun yerine daha çok, "cezalandırılabilirliğin sübjektif nedenleri (*subjektive Gründe der Strafbarkeit*)" kavramı tercih edilmiştir. Ceza hukukunda, *Hegel*'in etkisiyle sorumluluk açısından hareket kavramı esas alınmış, bu nedenle de kusur, bağımsız bir fenomen olarak kendisine net bir yer bulamamıştır[483].

2.1.2.2. Hälschner

Ceza hukukunda, kusur kavramını Hegelci anlayışa paralel olarak ele alan *Hälschner*, özel hukuk alanında kusur kavramını yorumlayan *Jhering*'e benzer şekilde kusurlu haksızlığı, kusursuz haksızlıktan ayırmıştır. *Hälschner*, her iki haksızlık türünü, iradenin hukuka aykırılık yönünde şekillenmesi olarak kabul etmektedir. Aradaki fark şudur; kusursuz haksızlıkta iradenin dışa vurumu sorumluluğun temelini oluştururken, kusurlu haksızlıkta sorumluluk, hukuka rağmen

[481] **Hegel,** Grundlinien der Philosophie des Rechts, (Zweiter Teil: Die Moralität, Zweiter Abschnitt: Die Absciht und das Wohl) §120, s.117, 118.
[482] **Caspers,** Schuld im Kontext der Handlungslehre Hegels, s.29.
[483] **Achenbach,** Schuldlehre, s.20.

ve ahlaki yükümlülüklerle çatışır bir biçimde oluşturulan iradeden kaynaklanır[484]. Bu çerçevede *Hälschner*, suçu, sonuçları itibarıyla ceza hukuku biliminde özel olarak irdelenen bir haksızlık türü olarak değerlendirerek, "hukuku ihlal eden, kusurlu ve ceza ile karşılanan iradi bir davranış" olarak tanımlamıştır[485].

Hälschner, sadece iradenin dışa vurumunun (kusursuz haksızlığın) hukuki kusur olarak kabul edilebileceğini, hukuku ihlale yönelen iradenin ise (kusurlu haksızlık), ahlaki kusur şeklinde değerlendirilebileceğini savunmuştur[486]. Dolayısıyla, buradan çıkarılacak sonuç, düşünce yapısında şekillenen ahlaki kusurun, davranışa yansıyarak hukuki kusur haline geldiğidir.

Bu çerçevede düşünürün, Hegelci anlayış çerçevesinde ceza hukuku ve özel hukuk alanındaki haksızlık ayrımını, hukukun ihlali ile açıklamaya çalıştığı söylenebilir. Bu bakımdan, dolaylı hukuk ihlali ile doğrudan hukuk ihlali şeklinde bir ayrıma gidilebilir. Özel hukukta hukukun ihlali, hak sahibinin iradesi ile doğrudan ilişkilidir. Hukukun ihlali, hak sahibinin hakkının ihlali aracılığıyla mümkün olduğundan, özel hukuk alanında dolaylı ihlal söz konusudur. Buna karşılık ceza hukukunda böyle bir aracılık ilişkisi yoktur. Ceza hukukunda irade, doğrudan hukukun ihlaline yöneldiğinden, doğrudan ihlalin varlığı kabul edilmelidir[487].

2.1.2.3. Merkel'in Görüşleri ve Binding'in Normlar Teorisi

Hegel tarafından ortaya koyulan ve ceza hukukunda, özel hukuktan bağımsız bir haksızlık tanımlamasına müsaade eden hâkim anlayışa rağmen, 18'inci yüzyılda, haksızlığı tek bir başlık altında toplama çabaları devam etmiştir (Tekçi hukuk düzeni

[484] Hälschner'in ahlaki kusur kavramı çerçevesindeki açıklamaları için bkz. **HÄLSCHNER, Hugo,** System des Preußischen Strafrechts, Erster oder allgemeiner Teil des Systems, bei Adolph Marcus, Bonn, 1858, s.280 vd.

[485] **Hälschner,** Preußische Strafrecht, -Die Formen des Unrechtes- s.1.

[486] **Hälschner,** Preußische Strafrecht, Dritter Abschnitt -Die Strafe-, §118, s.438.

[487] **SINN, Arndt,** Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten, Zurechnung und Freistellung durch Macht, Mohr Siebeck, Tübingen 2007, s.251.

anlayışı[488]). Bu kapsamda *Merkel*, haksızlığın, objektif olarak bir hukuk normunun ihlali biçiminde tanımlanması gerektiğini kabul ederek, haksızlık kavramına, hukuk içerisinde objektif olarak somutlaşmış ortak iradenin ihlali şeklinde bir anlam yüklemiştir[489].

Merkel'e benzer bir biçimde *Binding* de, 20'nci yüzyılın başlarında yayınladığı eserlerinde, haksızlık ve kusuru birbirinden ayırmayarak, tekçi anlayışa taraftar olmuştur. Yazara göre, norma ait haksızlığa dair herşey, icrai yahut ihmali bir insan davranışını gerekli kılar. Ancak norma aykırılıktan söz edebilmek için de, normun gerektirdiği şekilde davranabilme imkânı söz konusu olmalıdır[490]. *Binding* bu hususu, şöyle bir benzetmeyle izah etmeye çalışmıştır; *"Bir efendinin, hizmetinde bulunduğu kişiye yönelik verdiği emirler, hizmetlinin uykuda olması, sarhoş olması yahut –hastalık nedeniyle- ateşinin çok yüksek olmasından dolayı yerine getirilemiyorsa"* onun hareket yeteneğinden söz etmek mümkün değildir. Bu nedenle emirlere uyamaması, normlar düzeni açısından bir davranış olarak değil, vakıa olarak kabul edilmelidir[491].

Binding, norm ile kusur ilişkisini ise, bu bağlamda şu cümleyle ortaya koymaktadır; *"Hareket yeteneğine sahip olan kişinin norma aykırı hareket etmesi durumunda, ayrıca kusura ihtiyacı olmayabilir"*[492].

Yazara göre, norma aykırı davranış, mutlaka kastlı yahut taksirli olmalıdır. Bu, haksızlık bakımından gerekli ve yeterlidir. Kusurun varlığı durumunda kusurlu haksızlıktan, yokluğu durumunda ise, kusursuz haksızlıktan söz edilebilir[493]. *Binding*, kusur ile ilgili olarak yayımladığı eserinde, kusurun, haksızlığın sübjektif unsuru olarak kabul edilebilirliği ile ilgili tartışmalar kapsamında, normlar teorisi çerçevesinde ortaya koyduğu anlayışına paralel bir biçimde şu ifadelere yer vermektedir;

---

[488] Bkz. **LESCH, Heiko,** Unrecht und Schuld, JA 2002, s.608.
[489] Merkel'in görüşleri yönünden yapılan bu tespit için bkz. **Achenbach,** Schuldlehre, s.24.
[490] **BINDING, Karl,** Die Normen und Ihre Übertretung, Erster Band (Normen und Strafgesetze), Vierte Aufl., Verlag von Felix Meiner, Leipzig 1922, s.243.
[491] **Binding,** Die Normen I, s.243, 244.
[492] **Binding,** Die Normen I, s.244.
[493] **Binding,** Die Normen I, s.244.

"Ben, hareket yeteneğine sahip bir kimsenin hukuka aykırı davranışının ona yüklenemeyeceği hiçbir durumu kabul etmediğimden, kusuru iradi bir davranış çerçevesinde ele alıyorum. Kısacası kusur, hareket yeteneğine sahip bir kimsenin iradi davranışının hukuka aykırılığa sebebiyet vermesidir[494]*"*

2.2. Klasik Suç Teorisi (Haksızlık-Kusur Ayrımı ve Psikolojik Kusur Anlayışı)

2.2.1. Genel Olarak

Daha önce ifade ettiğimiz gibi, haksızlığın kusurdan bağımsız olarak değerlendirilmesine yönelik görüşlerin kaynağı, *Jhering* tarafından ortaya atılan "objektif hukuka aykırılık teorisi"dir. Buna göre, tekçi bir anlayışla haksızlık ile kusur birarada değerlendirilmemelidir. *Jhering*'e göre kusur, sübjektif bir değerlendirmeden ibaret olup, yazarın kendi tabiriyle "hukuku ihlale ilişkin isnadın" konusu olarak kabul edilmelidir. Ancak belirtmek gerekir ki, *Jhering*, kusurla hukuka aykırılık arasında keskin bir ayrılık değil, bir uzlaşmanın olduğu fikrindedir. Bu anlamda hareket, "cezalandırılabilir bir iradenin gerçekleştirilmesi" olduğundan, sübjektif bir yargıyı da içinde barındırmaktadır[495].

Ancak daha sonraları pozitivizmin etkisiyle, *Jhering* tarafından ortaya koyulan bu anlayış, ceza hukukunda kullanılabilecek şekilde *v.Liszt* ve *Beling* tarafından geliştirilerek[496], hareket, tamamen objektif ve tamamen sübjektif içeriğe sahip iki kısma ayrılmıştır[497]. Objektivistlerin, suçu, salt bir hukuki değerin ihlali şeklinde ele alıp tipiklik ile hukuka aykırılığı söz konusu değer ihlaline bağlamaları, *Beling* tarafından eleştirilmiştir. Zira objektivistler, hukuki değeri ihlal eden her davranışın mutlak olarak cezalandırılmasını benimseyerek, cezalandırmanın

---

[494] **BINDING, Karl,** Die Schuld im deutschen Strafrecht –Kurzes Lehrbuch- (Vorsatz, Irrtum, Fahrlässigkeit), Verlag von Felix Meiner, Leipzig 1919, s.10.
[495] Jhering'in görüşlerine ilişkin tespitler için bkz. **Safferling,** Vorsatz und Schuld, s.27, 28.
[496] **Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.201.
[497] **Safferling,** Vorsatz und Schuld, s.29; **Jakobs,** Allgemeiner Teil, 6/6.

ölçüsünü ise, hukuki değer ihlalinin ağırlığına bağlamışlardı[498]. Bu da, hareketi gerçekleştiren failin, kişisel özelliklerinden bağımsız bir şekilde cezalandırılması anlamına geliyordu.

Kantorowicz, kusuru hareket içerisinde değerlendirmek suretiyle haksızlık ile kusur arasında bir ayrım gözetmeyen anlayışı, klasik öğretinin etkisiyle reddederek, kusur ile hareketin aynı anlama gelmediğini, ceza kanunundan örnekler vererek izah etmeye çalışmıştır. Buna göre örneğin, eski Alman Ceza Kanunu'nun 56'ncı maddesi, *"12 yaşını doldurmuş ve fakat 18 yaşını bitirmemiş küçüklerin cezalandırılabilir bir davranışta bulunmaları halinde, fiilin anlamını kavrayamamaları durumunda cezalandırılamayacaklarından"* söz etmiştir. Dolayısıyla, kanunda kusur yeteneği ile ilgili olarak yer verilen bu düzenleme, kusur yeteneği bulunmayanların veya azalmış olanların da cezalandırılabilir bir davranışta bulunmalarının mümkün olduğuna işaret etmektedir[499]. Yine, ceza kanununun 51'inci maddesine göre, önemli derecede akıl hastası olanların, 52/II'de, cebir ve tehdit altında suç işleyenlerin, 54/III'te ise, zorunluluk halinde bulunan kişinin cezalandırılabilir bir hareketinden söz edilemeyeceğine işaret edilerek, kusur ile hareketin cezalandırılabilirliği arasında doğal bir ayrımın varlığı kabul edilmiştir. Zira bu durumlarda, hareketin yokluğundan değil, kusursuz şekilde hareket edilmesinden söz edilebilir[500].

2.2.2. Klasik Suç Teorisine Taraftar Olan Yazarlar

2.2.2.1. v.Liszt

Klasik öğretinin temelinde, ontolojik bir yaklaşımla ele alınan hareket yer almaktadır. Bu anlamda *v.Liszt*, hareketi; *"dış dünyada bir değişiklik meydana getiren yahut dış dünyadaki değişikliğe engel olmayan iradi davranış"* olarak kabul

[498] **Wolf,** Strafrechtliche Schuldlehre, s.30.
[499] **Kantorowicz,** Tat und Schuld, s.46.
[500] **Kantorowicz,** Tat und Schuld, s.54 vd.

etmiştir[501]. Dolayısıyla, hareketten söz edilebilmesi için öncelikle kişinin hareket yeteneğine sahip olması gerekir. Bu anlamda yazara göre, karşı konulamayacak bir cebir etkisi altında gerçekleştirilen davranışlar, ceza hukuku anlamında hareket değildir[502]. *v.Liszt*, icrai ve ihmali hareket arasında da bir ayrıma giderek, icrai davranışın, yalnızca bedensel bir hareket ile söz konusu olabileceğine işaret etmekle birlikte[503], ihmali davranışı (gerçek anlamda), hukukun beklediği bir davranışı yapmaktan kaçınma olarak kabul etmiştir[504]. Ayrıca icrai suçlar bakımından hareket ile netice arasında (birbirinin etkisi ve sebebi olmak dolayısıyla) doğal bir illiyet bağı bulunması gerekliyse de, ihmali suçlar yönünden bu illiyeti, bir davranışı yapmaktan kaçınma çerçevesinde, kaçınılan tipik davranışla ilişkili olarak ve "icrai suçlardakine benzer biçimde" (gerçek ve somut bir nedensellik şeklinde değil) ele almak gerekir[505].

2.2.2.2. Beling

Klasik öğretinin fikir babalarından bir diğeri olan *Beling*, *v.Liszt* tarafından ortaya koyulan üç aşamalı suç yapısını[506] geliştirerek, sübjektif karaktere sahip kusur kavramını, tipiklik ve hukuka aykırılık ile sistematik olarak bağlantılı bir şekilde temellendirmiştir. Bu bağlamda tipiklik, soyut olarak hukuka aykırılık ve kusurdan bağımsız olarak gerçekleşebilirse de, tipik ve hukuka aykırı bir hareket olmaksızın

[501] **von LISZT, Franz,** Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Zehnte durchgearbeitete Aufl., J.Guttentag Verlagsbuchhandlung, Berlin 1900, s.102.
[502] **v. Liszt,** Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, s.102.
[503] **v. Liszt,** Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, s.105 vd.
[504] **v. Liszt,** Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, s.110 vd.
[505] **v. Liszt,** Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, s.111, 112.
[506] *Liszt,* suçu, "tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu bir hareket" olarak değerlendirmiş, eserinin genel hükümler başlıklı ilk kitabında, teorisine dayanak oluşturan hareket kavramını genel olarak izah ettikten sonra, suçu, tanımına uygun olarak tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk şeklinde 3 aşamalı olarak incelemeye tabi tutmuştur (**v. Liszt,** Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, s.118-180).

kusurdan söz etmek mümkün değildir[507]. Dolayısıyla, klasik öğreti tarafından açıkça suçun yapısının tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurdan oluştuğu kabul edilmiştir[508].

Beling'e göre "kavramsal olarak" suçun unsuru, her bir suç tipine ait şartlara göre belirlenir. Bu manada "somut olarak" suçun unsuru ise, tipe uygun olarak gerçekleştirilen fiil şeklinde anlaşılmalıdır[509]. Diğer bir ifade ile ceza hukukunun tatbik edilebilirliği, hareketin tipe uygun olarak gerçekleştirilmesine bağlıdır[510]. Tipe uygun bu davranışın hukuka aykırı ve kusurlu olması durumunda, cezalandırmanın diğer şartları da gerçekleşmişse, fail hakkında ceza yaptırımı uygulanmalıdır.

Bununla birlikte *Beling*, özellikle hukuka aykırılık ve tipikliğin birbirinden tamamen bağımsız kavramlar olduğuna işaret etmektedir. Tipiklik, "değerden bağımsız" bir kavram olup, tipikliğin mevcut olduğu durumlarda hukuka aykırılık karine olarak düşünülebilecekken, her hal ve şartta tipik olanın hukuka aykırı olduğu sonucuna ulaşmak mümkün değildir[511].Yazar bu durumu net bir şekilde, şu ifadelerle ortaya koymuştur;

"hareket tipik olmakla birlikte, hukuka aykırı olmayabilir; buna karşılık hareketin hukuka aykırı olup tipik olmadığı durumlar da mevcuttur; Hareket hem tipik hem de hukuka aykırı da olabilir[512]"

Kusur, *Beling*'in anlayışına göre, suçun sübjektif kısmına işaret etmektedir. *v.Liszt* de benzer şekilde, nasıl ki netice, objektif olarak failin dış dünyada değişiklik oluşturan davranışına inhisar ettiriliyorsa, ceza sorumluluğu için hareketin de, failin kusuruna bağlanabilmesi gerektiğini ifade etmiştir[513]. Ancak *Beling*, sübjektif/manevi olarak faile ait özelliklerle alakalı olan kusurun, suçun "sübjektif unsuru" olarak değerlendirilebileceğini kabul etmemektedir[514]. Bu görüşü ortaya koyarken *Beling*, tipikliğin, suç tipinin çerçevesini çizen, tüm sübjektif özelliklerden

---

[507] **Wolf,** Strafrechtliche Schuldlehre, s.33, 34.
[508] **Schmidhäuser,** Allgemeiner Teil, 7/2.
[509] **BELING, Ernst,** Die Lehre vom Verbrechen, Verlag von J.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1906, s.144.
[510] **Beling,** Die Lehre vom Verbrechen, s.144.
[511] **Beling,** Die Lehre vom Verbrechen, s.147.
[512] **Beling,** Die Lehre vom Verbrechen, s.146.
[513] **v. Liszt,** Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, s.135, 136.
[514] **Beling,** Die Lehre vom Verbrechen, s.178.

arındırılmış, salt objektif bir kavram olduğunun ve hukuka aykırılıkla keskin biçimde ayrıldığının, burada tekrar altını çizmektedir. Bu açıklama, yazar için son derece önemlidir. Çünkü kusurun sübjektif unsur olarak kabul edilmesi, buradaki "unsur" ifadesi nedeniyle kusurun salt tipiklik olarak algılanması tehlikesini doğurur[515]. Dolayısıyla *Beling*, faile ait kast ve taksir biçimindeki sübjektif özellikleri, tamamen objektif nitelikteki "unsur" kavramından ayırmak istemiş, bunları, "suçun sübjektif unsurları" yerine "suçun sübjektif tarafı" olarak nitelemeyi uygun görmüştür[516].

Sonuç olarak klasik suç öğretisine göre, ***suçun objektif nitelikteki unsurlarının*** tipiklik ve hukuka aykırılıktan, ***sübjektif yanının*** ise, kast ve taksirden ibaret olan kusurdan oluştuğu söylenebilir[517]. Böylece, objektif unsurların haksızlığa, sübjektif tarafın ise kusura ait olduğu kabulü ile haksızlık ile kusur ilk defa birbirinden ayrı değerlendirilmiştir[518].

2.3. Neo-Klasik Suç Teorisi (Kusurun Normatifleşmesi)

2.3.1. Genel Olarak

v.Liszt ve *Beling* tarafından kabul edilen suç yapısı, yeni Kantçılık akımıyla birlikte değişikliğe uğramıştır[519]. Ancak bu değişiklik, klasik suç teorisi esaslarından tamamen vazgeçilmesi değil, köklü bir reforma tabi tutulması şeklinde gerçekleştirilmiştir[520]. Suçun yapısına ilişkin olarak ortaya koyulan yaklaşımların, neo-klasik teori olarak adlandırılmasının temel sebebi de budur. Neo-klasik teori tarafından gerçekleştirilen reform, etkisini, öncelikle hareket kavramı üzerinde gerçekleştirmiştir. Bu çerçevede, klasik suç teorisinin değer yargısından bağımsız

---

[515] **Beling,** Die Lehre vom Verbrechen, s.178.
[516] **Beling,** Die Lehre vom Verbrechen, s.179.
[517] Benzer görüş için bkz. **Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.202.
[518] **Roxin,** Allgemeiner Teil I, §19-B, kn.10.
[519] **ROXIN, Claus,** Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, Walter de Gruyter, Berlin 1970, s.12; **Saferling,** Vorsatz und Schuld, s.41; **FREUND, Georg,** Vorb. zu den §§13 ff., in Münchener Kommentar Band I, 2. Aufl., C.H Beck München, 2011, kn.7.
[520] **Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.202.

olarak ortaya koyduğu yaklaşım yerine, normatif bir yaklaşım tercih edilmelidir[521]. Çünkü klasik teorinin ontolojik yaklaşımı, bazı kavramların izahında yetersiz kalmaktadır. Örneğin hakaret suçunda hareket, dış dünyada değişiklik gerçekleştirmediği gibi, esasen fizik içerikli bir davranış da değildir. Aynı şekilde ihmali suçlar da, ontolojik değil, normatif bir yaklaşımla açıklanabilir[522].

Hareketi, klasik teorinin deskriptif, değerden bağımsız anlayışının aksine, bu kavrama birtakım değerler atfederek ortaya koymaya çalışan neo-klasik teori, tipiklik açısından da aynı yaklaşımı benimsemiştir. Bu bakımdan, örneğin ceza hukuku anlamında hâkimin "belge" kavramına değer atfederek bir yorumda bulunması zorunludur. Yine mezarlara zarar verme ve ölünün hatırasına hakaret bakımından da aynı durum söz konusudur[523].

Bununla birlikte, *Beling* tarafından inşa edilen değerden bağımsız ve tamamen objektif bir yapıya sahip "unsur yaklaşımı" da neo-klasik teoriyle birlikte sona ermiştir. Daha önce ifade ettiğimiz gibi, *Beling*, kast ve taksirden ibaret olan kusur kavramının "suçun sübjektif yanı" olduğunu kabul etmekle birlikte, bunların "unsur" başlığı altında nitelendirilmesine karşı çıkmaktaydı. Bu noktada, *Beling*'in kabul ettiği şekilde objektif bir unsur tanımlamasının, hangi davranışın tipik olduğu hususundaki tespitten başka bir işlevi olmadığı, aslında failin fiiliyle arasındaki psikolojik bağın da, suçun unsurlarından birini oluşturduğu ifade edilmiştir. Bu anlamda suçun unsurları, yalnızca haksızlığı oluşturan fiili karakterize etmemektedir[524]. Fiilin haksızlığına ilişkin değerlendirme, failin kişiliğinden bağımsız objektif bir yapıya sahipken, kusur yargısı, failin, işlediği haksızlıktan kaynaklanan kişisel sorumluluğuna ilişkin sübjektif bir değerlendirmeyi gerektirir[525]. Dolayısıyla, neo-klasik teoriyle birlikte suçun objektif unsurları yanında, kast ve

---

[521] **Achenbach,** Schuldlehre, s.57; **Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.205. Bu durum, pozitivist akımın, 19. yüzyılın sonlarından itibaren normativist yaklaşımların etkisine girmeye başlamasının doğal bir sonucudur (**Saferling,** Vorsatz und Schuld, s.41).

[522] **MAURACH, Reinhart – ZIPF, Heinz,** Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. neubearbeitete und erweiterte Aufl., C.F. Müller, Heidelberg 1992, §16-II, kn.35.

[523] Örnekler için bkz. **Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.206.

[524] **MEZGER, Edmund,** Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre, NJW 1953, s.2.

[525] **Mezger,** Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre, s.3.

taksirden oluşan sübjektif unsurlarının da var olduğu kabul edilmiştir[526]. Örneğin bir öğrenci, ertesi gün teslim etmek üzere kütüphaneden bir kitap aldığında, mal edinme niyetinin eksikliği nedeniyle hırsızlık suçunun sübjektif unsurlarının oluşmadığı söylenebilecektir[527].

Hukuka aykırılık noktasında neo-klasiklerin ortaya koyduğu reform hareketi ise, haksızlığın yalnızca şekli anlamda norma aykırılıktan ileri gelmediği, maddi anlamda sosyal bir zarar ile haksızlık arasında ilişki kurulması gerektiğinin ifade edilmesiyle gerçekleşmiştir. Dolayısıyla, bu durumda tek tip haksızlıktan söz etmek mümkün olmadığından, suç ile ihlal edilen hukuki değer dikkate alınarak haksızlığın ağırlığına göre bir sınıflandırma yapılması imkânı ortaya çıkacaktır[528]. Bu nedenle, neo-klasik sistemde suçla ihlal edilen hukuki değerin dikkate alınmasına önem atfedildiği sonucuna ulaşılabilir[529]. Esasen *v.Liszt* de, hukuka aykırılığın, norma uygunluk olarak şekli ve hukuki değer ihlali biçiminde maddi bir yönünün bulunduğunu ifade etmişse de, bu ayrım, yine de objektif bir değerlendirmenin sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, burada dikkate alınan, yalnızca kanun koyucunun iradesidir. Neo-klasik teorinin bu anlamda ortaya koyduğu farklılık, hukuka aykırılığın sübjektif tarafıyla ilgilidir. Örneğin *Mayer*, -hırsızlık suçu bakımından- başkasına ait bir eşyanın mal edinilmesini, "fail tarafından sebep olunması bakımından" hukuka aykırılıkla ilişkilendirmektedir. Buna karşılık, failin içsel muhakemesi ile ilgili olan "amaç" kısmı ise, kast kapsamında kusur ile alakalıdır[530]. Bu nedenle hukuka aykırılığın sübjektif unsurunun (*sübjektive Element der Rechtswidrigkeit*) kusurla karıştırılmaması gerekir[531].

Esasen, neo-klasik öğretinin suç teorisi açısından en önemli etkisi, kusura ilişkin olarak ortaya koyduğu yaklaşımdır. Klasik teori, kastı, taksir ile birlikte

---

[526] **Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.206.
[527] Örnek için bkz. **Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.206; Aynı yönde bkz. **Freund (MüKo),** Vorb. zu den §§13, kn.9.
[528] **Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.206.
[529] **Freund (MüKo),** Vorb. zu den §§13, kn.9.
[530] **MAYER, Max Ernst,** Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, Zweite unveränderte Aufl., Carl Winters Universitätsbuchhandlung, Heidelberg 1923, s.188.
[531] **Mayer,** Allgemeiner Teil, s.187

kusurluluğun bir türü olarak[532], isnat yeteneğini ise, kusurluluğun bir şartı olarak değerlendirmiştir. Buna karşılık, neo-klasik suç teorisine göre, klasik suç teorisinin kabul ettiği deskriptif ve değer yargısı barındırmayan anlayış yerine, normatif bir yaklaşım tercih edilmelidir[533]. Neo-klasik teorinin ortaya koyduğu normatif yaklaşım, kusur açısından da birtakım farklılıklar ortaya koyarak, kusur yargısı ile kastın, kısmen de olsa birbirinden ayrılmasına olanak sağlamıştır. Buna göre kast, yalnızca kusurluluğun bir türü olarak kabul edilemez[534]. Zira kusur, kast ve taksir kavramlarını içine alan bir üst başlık değil, fail hakkında, gerçekleştirdiği haksız davranış nedeniyle yapılan bir kınanabilirlik değerlendirmesi olarak ele alınmalıdır[535].

2.3.2. Frank'ın Kusur Düşüncesi (Normatif Kusur)

Kusur yargısına ilişkin bu değişim, esasen *Reinhard Frank* tarafından yayımlanan *"Kusur Kavramının Yapısı Üzerine"* isimli eserle başlamıştır[536]. *Frank*, klasik teori tarafından, kusurun, "fail ile fiil arasındaki psikolojik bağ" olarak tanımlandığını, ancak bu tanımın, kavramın esası hakkında bir izah ortaya koymadığını, eserinin başlangıç kısmındaki şu ifadelerle ortaya koymuştur;

"Listz'e göre kusur, hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen davranıştan kaynaklanan sorumluluktur. Peki, fail, işlediği davranıştan dolayı ceza hukuku anlamında ne zaman sorumlu tutulacaktır? Bilim buna şöyle cevap vermektedir: 'işlediği fiil nedeniyle kusurlu sayıldığı zaman'. Bir soru daha: İşlenen fiil ne zaman kusurludur? Bu soruya da v.Liszt'e müracaat ederek yanıt buluyoruz: 'Eğer

---

[532] **Roxin,** Allgemeiner Teil I, §7, kn.15.
[533] **Jescheck-Weigend,** s.206; Aynı yönde bkz. **WÜRFEL, Christine,** Freiheit als Grundlage der Schuld (Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien), Peter Lang, Frankfurt am Main 2012, s.19.
[534] **Roxin,** Allgemeiner Teil I, §7, kn.16.
[535] **Jescheck-Weigend,** s.207.
[536] **KORIATH, Heinz,** Zum Streit um den Schuldbegriff. Eine Skizze, GA 2011, s.618; **WULFF, Agnes,** Die Existenziale Schuld: Der fundamentalontologische Schuldbegriff Martin Heideggers und seine Bedeutung für das Strafrecht, Lit Verlag Dr. W.Hopf, Berlin 2008, s.18.

kişi bu fiilinden dolayı sorumlu tutuluyorsa kusurludur'. Görüldüğü gibi bu, açık bir (kısır) döngüdür[537]*"*

Günümüzde, hukukumuz bakımından da genel kabul gören kusur anlayışının normatif öğretiye dayanması nedeniyle, bu öğretinin kurucusu olan *Frank*'ın görüşlerine önemli başlıklar itibarıyla değinmekte yarar olduğu kanısındayız.

Frank, kusurun kast ve taksirin bir üst başlığı olarak değerlendirilmesine, haklı olarak şu örneği vererek karşı çıkmaktadır: *"Kusuru kaldıran neden olarak zorunluluk hali durumunda fail, ne yaptığını bilerek ve kasten hareket etmektedir. Dolayısıyla kast, kusurun bir türü olarak kabul edildiğinde, zorunluluk halinde failin kasten hareket etmediği sonucuna ulaşmak gerekir ki bu, mantıksız bir sonuç olacaktır*[538]*"*. Gerçekten örneğin bir dağcı, öngörülemez biçimde bastıran fırtınadan korunmak için üçüncü bir kişiye ait dağ evinin camını kırarak içeri girdiğinde, içinde bulunduğu zorunluluk hali dolayısıyla mala zarar verme suçu ve konut dokunulmazlığını ihlal bakımından kusurlu kabul edilemez. Klasik öğretiye göre, kusurluluk kastı karşıladığından, kusurluluğun zorunluluk hali dolayısıyla kalkması, failin kastının kalkmasıyla eş değerdir. Ancak söz konusu örnekte dağcının, camı kırıp içeriye girme davranışını bilerek ve isteyerek gerçekleştirdiği hususunda şüphe yoktur.

Frank'a göre, kusurun yalnızca kast ve taksirden oluştuğunu kabul eden klasik öğretinin hâkim olduğu genel kabul, suç ile birlikte gerçekleşen, diğer bir ifadeyle *"suça eşlik eden diğer durumların"* varlığını ve *"failin isnat kabiliyetini"* gözardı etmektedir[539]. Bununla birlikte yazar, kusurdan söz edildiği her durumda, kast ve taksirin akla gelmesine de karşı çıkarak, kast ve taksir kavramının kusurla aynı anlama gelmediğine, kusurun bunların üst başlığı olarak

[537] **FRANK, Reinhard,** Über den Aufbau des Schuldbegriffs 1907 (Mit einer Einführung von Hans Joachim Hirsch, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin 2009) s.1, 2.

[538] **Frank,** Über den Aufbau des Schuldbegriffs, s.6. Bununla birlikte aynı şekilde yazar, bir işletmede çalışan kasiyerin, bakmakla yükümlü bir ailesi bulunmamasına ve maddi durumunun da iyi olmasına rağmen kendisine emanet edilen kasadan bir miktar para almasıyla, para dağıtımı yapan bir posta görevlisinin, çok çocuklu bir aileye sahip olması nedeniyle ve yaşadığı maddi güçlük dolayısıyla uhdesinde taşıdığı parayı mal edinmesi arasında bir fark bulunması gerektiğine işaret etmektedir. Her iki durumda da fiilin kasten işlendiği hususunda şüphe bulunmamakla birlikte, fiile eşlik eden şartların cezalandırma bakımından dikkate alınması gerekir (**Frank,** Über den Aufbau des Schuldbegriffs, s.4).

[539] **Frank,** Über den Aufbau des Schuldbegriffs, s.12.

değerlendirilemeyeceğine işaret etmiştir. Kendi tabiriyle bunlar arasındaki ilişki ***"kavak-ağaç şeklinde bir tür ilişkisi değil, daha çok ağaç-kök ilişkisi biçiminde bir bağlantıdan"*** ibarettir[540].

Frank, *Birkmeyer* tarafından ortaya koyulan; *"suç teşkil eden tüm özelliklerinin bilinmesine rağmen bir davranışın istenmesi"* şeklindeki kast tanımıyla ilgili yaptığı eleştirilerde, bu tanımın anlaşılabilir olmadığını, zira isnat kabiliyetinin, niçin kusurun bir şartı olduğunu ortaya koymadığını belirttikten sonra, önemli bir tespitte daha bulunmakatadır. Buna göre; ***kastı yalnızca istemeden ibaret kabul edersek akıl hastalarının, bir davranışı kasten gerçekleştiremeyeceği sonucuna ulaşırız. Hâlbuki akıl hastaları da, bir davranışı isteyerek gerçekleştirebilir. Hatta bazı durumlarda bunların, işlediği fiilin suç olduğunu biliyor olması dahi mümkündür***[541].

Son olarak *Frank*'ın, kusur yargısının içeriğine ilişkin tespitine de işaret etmek gerekir. Yazar, her ne kadar eserinde doğrudan ***"normatif kusur"*** kavramını kullanmasa da, kusurun sadece fail ile fiil arasındaki psikolojik bağdan ibaret kabul edilemeyeceğinin altını çizmektedir. Kendi ifadesiyle; ***"Kusur kavramının tüm unsurlarını içerebilecek kısa bir kavram önerisi ortaya koymak gerekirse, buna 'kınanabilirlik' demek mümkündür. Bu güzel bir betimleme değilse de, aklıma daha iyisi gelmiyor***[542]***."*** Görüldüğü gibi *Frank*, kast ve taksiri kusurdan tamamen soyutlamamakla birlikte, kusurun, esasen failin işlediği fiil nedeniyle kınanabilir olması ile alakalı bir değerlendirme olduğunun altını çizmektedir.

[540] **Frank,** Über den Aufbau des Schuldbegriffs, s.13.
[541] **Frank,** Über den Aufbau des Schuldbegriffs, s.10.
[542] **Frank,** Über den Aufbau des Schuldbegriffs, s.15.

2.3.3. Normatif Kusur Düşüncesini Geliştiren Yazarlar

2.3.3.1. Hegler

Failin sorumluluğunun belirlenmesinde kast ve taksir dışında suç teşkil eden fiile eşlik eden diğer şartların da değerlendirilmesi gerektiğine işaret eden *Frank*'ın bu tespiti, *Hegler* tarafından geliştirilmiştir. Zira sadece kınanabilirlik yargısı, içeriği belirlenmeksizin bir fonksiyon icra etmemektedir[543]. Bu kapsamda *Hegler*, kusur yargısını, failin fiiline hâkimiyeti çerçevesinde değerlendirerek, fonksiyonel hale getirmeye çalışmıştır. Failin, maddi anlamda haksızlığın içeriğini bilmesi yahut bilmeye muktedir olması ve mazeret nedenlerinin mevcut bulunmaması, cezalandırılabilirliğin şartı olarak kabul edilmelidir. Çünkü ceza tatbikinin meşruluğu, failin işlediği fiil nedeniyle kınanabilmesine bağlı olup, kınanabilirlik yargısı da, failin fiili üzerinde hâkimiyet kurabilmesine bağlıdır[544].

2.3.3.2. Goldschmidt

Frank'ın kusura ilişkin normatif yaklaşımı, esasen *Goldschmidt* tarafından, mazeret nedenlerinin maddi yapısına ilişkin ortaya koyduğu değerlendirmelerle geliştirilmiştir[545]. Bu kapsamda yazar, kast ve taksirin, failin fiiliyle psikolojik bir bağ olmasının yanında, kusura ilişkin normatif unsurun varlığından da söz etmiştir[546]. *Goldschmidt*, kusura ilişkin normatif değerlendirmenin dayanağı olarak ***"yükümlülüğe aykırılık"*** kavramını işaret etmiştir. Bu bağlamda kusur, faile ilişkin kınanabilir bir değer yargısından ibarettir. Faildeki iradenin içeriğine ilişkin bir ölçü ortaya koymak mümkün değilse de, kınanabilirliğin, iradenin hukuk tarafından tespit

---

[543] **Von Der LINDE, Hans,** Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht?, Peter Lang, Frankfurt am Main 1988, s.53; **Jakobs,** Allgemeiner Teil, 17/8.
[544] **Jakobs,** Allgemeiner Teil, 17/8.
[545] **LUZON, Diego Manuel,** Entschuldigung aus subjektiver strafrechtlicher Unzumutbarkeit, in Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag, Walter de Gruyter, 2014, s.446.
[546] **von der Linde,** Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht?, s.54.

edilen yükümlülüğe aykırılığa dayandığı söylenebilir[547]. Kasten işlenen suçlar bakımından normatif kusur, failin, iradesini hukuk tarafından yasaklanan bir neticeyi gerçekleştirme yönünde kullanması nedeniyle kınanmasına ilişkindir[548]. Taksirli suçlarda ise, neticenin öngörülebilir olması yanında, failin bu neticeyi somut olayda yükümlülüğe aykırı olarak öngörmemiş olması şart olup, normatif kusur yargısının temelini de bu oluşturmaktadır[549].

Sonuç olarak norma aykırı biçimde; 1) kasten işlenen suçlarda iradenin yönlendirilmesi, 2) bilinçli taksir yönünden öngörülen neticenin gerçekleşmesine neden olunması, 3) bilinçsiz taksir yönünden ise, öngörülebilir neticeye sebep olunması, kusur yargısının temelidir[550]. *Goldschmidt'e* göre mazeret nedenlerinin varlığı halinde, failin ceza sorumluluğu cihetine gidilememesinin sebebi ise, kusurla bağlantılı olarak, -Frank'ın ortaya koyduğu, suça eşlik eden sebepler dikkate alınarak- bu durumlarda aksi şekilde davranmanın failden beklenememesidir[551]. Bu bakımdan yazar, failin kınanabilir olmasını, diğer bir ifade ile kusurlu addedilmesini, başka şekilde davranabilme imkânının varlığına bağlayarak açıklamıştır[552].

2.4. Final Suç Teorisi

Welzel tarafından geliştirilen ve 1930'ların başından itibaren etkili olan final (gai) suç teorisi de, kusuru manevi unsurlardan ayırır. İnsan hareketini merkez alan bu teoriye göre hareket, ontolojik bir kabul ile ele alınmakla birlikte, burada özellik arz eden husus hareketin gailiğidir[553]. Teoriye göre, ceza hukuku anlamında bir davranışın hareket olarak kabul edilebilmesi için; insana ait olması ve iradi olması

---

[547] **GOLDSCHMIDT, James,** Der Notstand ein Schuld Problem (Mit Rücksicht auf die Strafgesetzentwürfe Deutschlands, Österreichs und der Schweiz), -Sonderabdruck aus der "Österreichischen Zeitschrift für Strafrecht, Jahrgang 1912, 3. Und 4. Heft", Manzsche Verlags und Universitäts- Buchhandlung, Wien 1913, s.13

[548] **Goldschmidt,** Der Notstand ein Schuld Problem, s.19

[549] **Goldschmidt,** Der Notstand ein Schuld Problem, s.21, 23, 24.

[550] **Goldschmidt,** Der Notstand ein Schuld Problem, s.33.

[551] **Goldschmidt,** Der Notstand ein Schuld Problem, s.34.

[552] **Luzon,** Entschuldigung aus subjektiver strafrechtlicher Unzumutbarkeit (Schünemann FS), s.446.

[553] **Maurach-Zipf,** Allgemeiner Teil, §16-II, kn.38;

yanında, belli bir amaca yönelmesi de gerekir. Bu teori, hareketin "amaçsal" algılanması dolayısıyla, ihmali suçları ve özellikle taksirli suçları izahta güçlük yaşadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir[554].

Finalist teoriye göre, hareketin belli bir amaca yönelen gai yapısı nedeniyle kast, haksızlığın diğer sübjektif unsurlarıyla birlikte tipiklik içerisinde yer almalıdır[555]. Taksirli suçların işlenmesinde, mutlaka kusurun bir rolü olduğu kabul edilmeliyse de[556], *Welzel*'e göre kast, kusurdan kesin bir biçimde ayrı değerlendirilmelidir[557]. Buna karşılık kusurluluk, tipikliğe ait bir kavram değildir. Bu çerçevede kusur, yalın bir değer yargısı olarak anlaşılmalıdır[558]. Kast, kusurun bağımsız bir unsuru değil, ancak konusunu oluşturabilir[559].

---

[554] **Küpper,** Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, s.51 vd. Bu eleştirilere cevap olarak Welzel, örneğin taksirli suçlarda hareketin tipik sonuca yönelik olarak gerçekleştirilmediğini, dolayısıyla bu bakımdan hareketin amaçsal/final özelliğinin mevcut olmadığını, ceza sorumluluğunun öngörememe nedeniyle ortaya çıktığını açıkça ifade etmiştir. Nitekim bir hemşirenin yanlışlıkla zehir içeren bir iğneyi hastaya enjekte etmesi nedeniyle hastanın ölmesi durumunda injeksiyon bakımından hareketin final olduğu kabul edilmelidir. Ancak ölüm bakımından aynı şeyi söylemek mümkün değildir (**WELZEL, Hans,** Um die finale Handlungslehre (Eine Auseinandersetzung mit ihren Kritikern) in: Recht und Staat (146), Tübingen 1949, s.9 vd., 17.). Welzel'e göre teoriye getirilen diğer eleştiriler de, suç teorisine ilişkin diğer alanlarda çözülebilir. Örneğin cinsel suçlarda failin 15 yaşındaki mağduru 16 yaşında zannetmesi durumunda meselenin hata kuralları içerisinde çözülerek ceza sorumluluğunun tayin edilmesi mümkündür (**Welzel,** Um die finale Handlungslehre, s.9 vd.). Kanaatimizce söz konusu tartışmaların esas nedeni, klasik suç teorisinin suçun unsurlarına ilişkin kabul ettiği şema ile Welzel'in kabul ettiği anlayışın uyuşmamasından ileri gelmektedir. Welzel'in suç teorisi, final hareket teorisi etrafında şekillendiği için ceza hukukunun diğer alanlarına ilişkin tartışmalar da bu kavram üzerinden yürütülmeye çalışılmıştır. Gerçekten Welzel final suç teorisi ile suçun objektif ve sübjektif unsurları, hukuka aykırılık ve özellikle kusur, hata gibi birçok konuda farklı bakış açıları ortaya koymuştur.

[555] **Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.211.

[556] Belirtmek gerekir ki taksirli suçları açıklamakta zorlandığı gerekçesiyle eleştirilen yalnızca final suç teorisi değildir. Klasik suç teorisi de, kusuru, fail ile işlediği suç arasındaki psikolojik bağ olarak kabul etmesi nedeniyle en azından bilinçsiz taksirle işlenen suçları açıklamakta zorlandığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Zira bilinçsiz taksir durumunda fail, neticeyi öngörmediğinden, fail ile netice arasında psikolojik bir bağ kurmak mümkün değildir. Normatif kusur anlayışının ortaya atılmasındaki sebeplerden bir tanesi mazeret sebeplerini izahta zorlanması iken diğeri de bilinçsiz taksir yönünden fail ile işlenen suç arasındaki psikolojik bağın kurulmasındaki zorluktur (**Koriath,** Zum Streit um den Schuldbegriff, s.619).

[557] **Hans Welzel,** Um die finale Handlungslehre, s.22.

[558] **Özgenç,** Genel Hükümler, s.150.

[559] **Welzel,** Um die finale Handlungslehre, s.24.

Finalist anlayışın ortaya koyduğu bu yaklaşım, suç teorisine ilişkin diğer temel meseleler açısından da önemli sonuçlar doğurmuştur. Bunları, üç başlık altında toplamak mümkündür[560];

Birinci sonuç, kastın kusurluluktan ayrılması nedeniyle ve haksızlık bilincinin kusurluluğa ilişkin olduğu kabulünden hareketle, haksızlık bilincinin de kasttan ayrı değerlendirilmesidir. Buna göre, failin hukuka aykırı hareket ettiğine dair sahip olduğu bilinç, kusur kavramının merkezinde yer alan faktörlerden biridir.

İkinci olarak, kastın, kusurluluktan ve hukuka aykırılıktan ayrılması, hata bahsi ile ilgili olarak da birtakım sonuçlar doğuracaktır. Buna göre, suçun unsurlarında hata, kastı ve dolayısıyla cezalandırılabilirliği ortadan kaldıracak[561], buna karşılık haksızlık bilinci kusura ilişkin olduğundan, yasak hatası halinde failin kusurluluğundan söz edilmesi mümkün olmayacaktır[562]. Diğer bir ifade ile failin suçun unsurlarına yönelik hatası kasta, bir davranışı yasaklayan hukuk kuralının varlığına ilişkin kaçınılmaz hatası (*unvermeidbarer Verbotsirrtum*) ise kusurluluğa etki eder. *Welzel*'e göre kast, hukuka aykırılık bilincinden ayrı değerlendirildiği için, failin hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı yönünden düştüğü hatanın da kasta değil, kusurluluğa etkili olduğu kabul edilmelidir. Diğer bir deyişle fail, fiilin hukuka uygun olduğu düşüncesiyle hareket ederse, bu hatasının kaçınılabilir olup olmadığına göre bir değerlendirme yapmak gerekir. Şayet hata kaçınılabilir ise, fail, işlediği fiilden dolayı sorumludur. Ancak bu durumda verilecek ceza indirilir[563].

Finalist teorinin ortaya koyduğu anlayışın sonuçlarından *üçüncüsü ise,* şerikliğin, fail tarafından işlenen suçun, kasıtlı bir suç olmasına bağlı tutulmasıdır. Diğer bir deyişle, taksirli suçlara iştirak mümkün değildir.

Belirtmeliyiz ki, 20'nci yüzyılın başlarından itibaren kastın, kusurun bir türü olmaktan çıkarılması, kusurluluğun ise, failin işlediği haksızlıktan ötürü

---

[560] **Jescheck-Weigend,** s.212.
[561] **Welzel,** Das deutsche Strafrecht, s.55.
[562] **Welzel,** Das deutsche Strafrecht, s.72.
[563] **Welzel,** Das deutsche Strafrecht, s.72. Hukuka uygunluk sebeplerinde hatanın kusurluluğu kaldırdığı görüşü, ***"katı kusur teorisinin"*** bir sonucu olarak kabul edilmelidir **(Jescheck-Weigend,** s.212).

kınanabilirliği ile ilgili değerlendirmenin konusu olarak kabul edilmesi, ceza hukuku teorisinde önemli bir gelişme olarak değerlendirilebilirse de, kusurluluk ile kastın keskin çizgilerle birbirinden ayrıldığı hususunda doktrinde bir fikir birliği sağlanamamıştır.

Nitekim Alman doktrininde, kastın, kusur alanından ayrılarak haksızlığın sübjektif unsurlarından biri olarak değerlendirilmesinin, kusur alanındaki tüm fonksiyonunu kaybettiği anlamına gelmeyeceği ifade edilmiştir[564]. Dolayısıyla, bu görüşe göre kastın, haksızlığın işleniş biçimi ve bir kusur türü olarak çifte fonksiyonu bulunduğu (*Doppelfunktion des Vorsatzes*) kabul edilmelidir[565]. Buna göre kast, haksızlığın objektif unsurlarını gerçekleştirmeye yönelen bir irade iken (*Tatbestandsvorsatz*), kasten işlenebilen suçlar bakımından da bir kusur türü olarak (*Vorsatzschuld*) değerlendirilmelidir.

Kanun koyucu, özel hükümlerde tanımlanan suçların işlenmesi dolayısıyla ilgili hükümde öngördüğü ceza tehdidi yönünden prensip olarak kasten işlenen suçlar ile taksirle işlenen suçlar arasında bir farklılık olduğunu kabul etmiştir. Örneğin kasten öldürme suçu (TCK m.81) için öngörülen temel ceza, müebbet hapis cezası iken, taksirle öldürme suçu için (TCK m.85) faile uygulanacak yaptırım, süreli hapis cezası olarak belirlenmiştir. Bu farklılık, yalnızca fiilin haksızlık içeriğine değil, aynı zamanda kusurun ağırlığına da dayanmaktadır. Gerçekten kasten işlenen suçlarda kusurun ağırlığı, taksirle işlenen suçlara nazaran daha fazladır.

Bu görüşe göre nasıl ki taksirli suçlarda neticenin öngörülebilirliği yönünden yapılan objektif değerlendirmenin (*Unrechtstatbestand*) ardından, somut olayda failin, neticeyi öngörmüş olup olmadığı ile ilgili yapılan sübjektif değerlendirmede, failin kişisel özellikleri dikkate alınarak kusur ile ilgili bir yargıda bulunuluyorsa (*Schuldtatbestand*)[566], kast bakımından da aynı durum söz konusudur. Bu çerçevede kast, haksızlık alanında hukuki ve sosyal hareket anlayışı çerçevesinde bir davranış türü olarak, kusur alanında ise, failin zihniyetinin değersizliğine (*Gesinnungsunwert*)

[564] **Wessels-Beulke-Satzger,** Allgemeiner Teil, §5, kn.142.
[565] **BRINGEWAT, Peter,** Methodik der juristischen Fallbearbeitung, W.Kohlhammer, 2007, s.141, kn.483; **FREUND, George,** Strafrecht Allgemeiner Teil (Personale Straftatlehre), Zweite, aktualisierte Auflage, Heidelberg 2008, §7, kn.30; **Heinrich,** Allgemeiner Teil, kn.1133.
[566] **Roxin,** Allgemeiner Teil I, §24, kn.54.

ilişkin bir yargı çerçevesinde, kusur türü olarak kabul edilmelidir[567]. Kastın kusur alanında tezahürü, failin, iradesini hukuk düzenince belirlenen kurallara aykırı olarak yönlendirmiş olmasıdır. Bu bakımdan, kasten gerçekleştirilen bir davranış, failin kasta dayalı kusuru açısından da bir karine oluşturmaktadır[568].

3. Kusurun Maddi Yapısını Açıklayan Görüşler (Maddi Kusur Kavramı)

3.1. Başka Şekilde Davranabilme İmkânı Olarak Kusur (Goldschmidt)

Frank tarafından ortaya atılan normatif kusur düşüncesi, fikir bazında ceza hukuku alanında yeni bir akımın ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Ancak *Frank*'ın düşünceleri, normatif kusur değerlendirmesinin içeriğine ilişkin olarak aydınlatıcı ve tatmin edici bilgilerle donatılmamıştı. Zira kınanabilirlik, yalnızca şekli anlamda kusuru tanımlayan bir kavram olmaktan öteye gidememişti[569]. Bu nedenle 20'nci yüzyılın başlarından itibaren, normatif kusur kavramının ne anlama geldiği tartışılmaya başlanmıştır. Bu çerçevede, hangi şartlar altında failin kusurlu kabul edilebileceği sorusu, maddi kusur kavramının ortaya çıkışına hizmet etmiştir[570].

Bu kapsamda, daha önce de ifade ettiğimiz gibi en önemli adım, *Goldschmidt* tarafından atılmıştır. Yazar, *Frank* tarafından dile getirilen *"suça eşlik eden nedenlerden"* yola çıkarak ve bu nedenlerin varlığı durumunda, failin başka şekilde hareket etmesinin kendisinden beklenemeyeceğine işaret ederek **(Beklenemezlik/*Unzumutbarkeit*)**, kusurun maddi yapısının *"başka şekilde hareket edebilme"* olarak değerlendirilebileceğini ortaya koymuştur[571]. Aslında, bu anlamda *Goldschmidt*'in, kusurun maddi yapısını negatif bir değerlendirmeyle ele aldığı

---

[567] **Wessels-Beulke-Satzger,** Allgemeiner Teil, §5, kn.144; **Freund,** Allgemeiner Teil, §7, kn.31, 32.
[568] **Wessels-Beulke-Satzger,** Allgemeiner Teil, §5, kn.145.
[569] **MIR, Jose Cerezo,** Der materialle Schuldbegriff, ZStW 1996 (Band 108, Heft 1), s.9.
[570] **Wulff,** Die Existenziale Schuld, s.21; **Würfel,** Freiheit als Grundlage der Schuld, s.22; **Mir,** Der materialle Schuldbegriff, s.9.
[571] Bu yaklaşımın, ceza hukukunda normatifleşme hareketinin ortaya çıkışını takiben kusur alanındaki önemli bir aşamayı oluşturduğu ve kusur ilkesini yumuşatarak uygulanabilir hale getirdiği hususunda bkz. **Roxin,** Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, s.13.

söylenebilir. Çünkü yazara göre fail, başka şekilde hareket etmesinin kendisinden beklenememesi nedeniyle mazur görülmelidir.

Benzer şekilde *Freudenthal* da, kusurla bağlantılı olarak ceza sorumluluğunu, failden, başka şekilde davranabilmesinin beklenebilir olup olmamasına özgülemiştir. Ancak yazar, *Frank*'ın kusurun tespitinde kullandığı, *"şartların objektif normalliği"* teorisine katılmamaktadır. *Freudenthal*'a göre, kusurun tespitinde ne şartların normalliği, ne de bunların, faili belli bir şekilde davranmak bakımından motive etmesi önem arz eder. Belirleyici olan, şartların sübjektif açıdan failin fiiliyle bağlantılı bir bütün olarak değerlendirilmesidir[572]. Dolayısıyla yazarın, beklenemezlik ilkesini sübjektif bir değerlendirmeyle ele aldığı söylenebilir[573].

Bu kapsamda *Freudenthal,* kastlı ve taksirli suçlara ilişkin olarak kusur yargısı ile ilgili birtakım tespitlerde bulunmaktadır. Taksirli suçlarda, neticenin öngörülebilirliği objektif bir değerlendirmenin konusu olup, neticenin öngörülebilme imkânı yoksa, başkaca bir incelemeye gerek kalmaksızın failin ceza sorumluluğunun bulunmadığı sonucuna ulaşmak gerekir. Netice objektif olarak öngörülebilir diyebiliyorsak, bu defa sübjektif bir değerlendirme yapılmalı, failin neticeyi öngörüp öngörmediği tartışılmalıdır. Taksirli suçlarda, failin neticeye sebep olmaktan kaçınması gereklidir. Buna aykırı davranış ceza sorumluluğunun esasını oluştursa da, neticeden kaçınabilirlik, faile yöneltilen kınanabilirlik yargısının temelidir. Diğer bir ifade ile failin neticeyi gerçekleştirmekten kaçınabilme imkanı yoksa; başka türlü davranması kendisinden beklenebilir değilse, failin kınanabilmesi de mümkün değildir[574].

Kastlı suçlarda ise, neticenin öngörülüp istenmesi yanında, ceza sorumluluğu bakımından başka türlü davranmasının failden beklenebilir olup olmadığı da değerlendirilmelidir[575]. Dolayısıyla, zorunluk halinde fail, kasten hareket ediyorsa da, fiili gerçekleştirdiği sırada mevcut bulunan şartların fail üzerindeki etkisi, onun

---

[572] **FREUDENTHAL, Berthold,** Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht (Zugleich ein Beitrag zur Kritik des Entwurfes zu einem Deutschen Strafgesetzbuch von 1919), Paul Siebeck, Tübingen 1922, s.10.

[573] **Luzon,** Entschuldigung aus subjektiver strafrechtlicher Unzumutbarkeit (Schünemann FS), s.447.

[574] **Freudenthal,** Schuld und Vorwurf, s.11.

[575] **Freudenthal,** Schuld und Vorwurf, s.16, 17.

başka şekilde davranabilmesini engellediğinden, ceza sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır. Aynı durum, belli bir davranışta bulunması için bir kimseye cebir uygulanması halinde de geçerlidir. Kendisine uygulanan cebrin etkisiyle suç teşkil eden bir fiili işleyen kimse, başka şekilde davranamadığı için kınanamaz[576].

Kusuru, sübjektif bir değer yargısı olarak kabul etmekle birlikte normatif bir değerlendirmeye tabi tutarak *v. Liszt*'in kusur anlayışına yeni bir bakış açısı getiren *Schmidt* de, failin kusurlu kabul edilebilmesi için başka türlü davranabilme imkânına sahip olması gerektiğine vurgu yapmaktadır. Kusuru, fiil ile fail arasındaki psikolojik bağ olarak kabul etmek, kast ve taksir şeklindeki kusur türlerinin belirlenmesinde rol oynasa da[577], failin, işlediği fiil nedeniyle neden kınanabilir olduğunun belirlenmesi bakımından yetersizdir. Bu nedenle kusur, psikolojik-normatif bir bakış açısıyla ele alınmalıdır. Fail, suç teşkil eden fiili işleyerek, sosyal yaşam kurallarını barındıran hukuka aykırı davranmış olur. Kendi davranışının bu kurallara aykırı olduğunu kavrayabilecek durumda olmasına ve kendisinden bunlara uygun hareket etmesi beklenebiliyor olmasına rağmen bu türden bir davranış gerçekleştiren fail, kusurlu kabul edilmelidir[578]. İçeriği böylece belirlenen kusur isnadının, her suç yönünden bağımsız bir değerlendirmeye tabi tutulması gerekir[579]. *Schmidt*'e göre, kusur değerlendirmesi bakımından, failin fiili ile hukuk arasındaki çelişkinin tespiti ile yetinilmesi, yüzeysel bir yaklaşım olacaktır. Bunun yanında, failin, motivasyonunu neden hukuku ihlal etmek yönünde kullandığı da incelenmelidir. Bu sorunun cevaplanması, ***failin karakterine ilişkin değer yargısının***, hukuk düzeni içerisinde

---

[576] Başka türlü davranabilme imkânı ile zorunluluk hali ve cebir-tehdit arasındaki ilişki için bkz. **BRAUNECK, Anne Eva,** Der strafrechtliche Schuldbegriff, GA 1959, s.267.

[577] **von LISZT, Franz – SCHMIDT, Eberhard,** Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Erster Band Einleitung und Allgemeiner Teil, Sechsundzwansigste, völlig neubearbeitete Aufl. (49.-51. Tausend), Walter de Gruyter, Berlin und Leipzig 1932, §36, s.232.

[578] *Schmidt*, kusuru, sosyal düzene aykırı kınanabilir bir davranış olarak ortaya koyduğundan, failin, iradesini bu düzene aykırılığa yönlendirmiş olması dolayısıyla a-sosyal bir zihniyete sahip olduğunu ifade etmiştir (**v. Liszt-Schmidt,** Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, §36, s.230). Kusurun içeriğinin (maddi yapısının) beklenebilirlik ilkesine göre ve sosyal düzene aykırılık çerçevesinde belirlenmesi, maddi hukuka aykırılığın sosyal kurallara riayetsizlik, hukuki değer ihlali olarak ortaya koyulmasına benzetilmektedir (**SCHAFFSTEIN, Friedrich,** Die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner übergesetzlicher Schuldausschließungsgrund, A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung Dr. Werner Scholl, Leipzig 1933, s. 7).

[579] **v. Liszt-Schmidt,** Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, §36, s.230.

bir yer edinmesi sonucunu doğurur[580]. Buradan hareketle, failin karakterinde mevcut bulunan tehlikelilik, failin hukuka aykırılığa yönelişini açıklayan ve bunun temelini oluşturan bir kusur faktörüdür[581].

Schmidt, suç öğretisi ile fail arasındaki köprünün kurulabilmesinde yegâne aracın, "failin sosyal açıdan tehlikeli bir karaktere sahip oluşuna ilişkin değerlendirme" olduğunu savunmaktadır. ***Failin a-sosyal zihniyeti ve tehlikeli karakteri***, aynı zamanda tekerrür halinde suç işleyen failin, neden katı bir cezalandırmayla karşılaştığının da açıklaması mahiyetindedir[582].

Son olarak ifade edelim ki, *Schmidt*'e göre, kusur yargısına ilişkin olarak yukarıda tarif edildiği gibi inşa edilen hukuki zemin; ***zorunluluk hali, cebir veya tehdit vasıtasıyla zorlama, meşru savunmada sınırın aşılması hallerinde failin neden kınanamadığını,*** daha genel bir ifadeyle ***mazeret nedenlerinin mantığını***, bütüncül bir yaklaşımla ortaya koymaktadır[583].

Haksızlığın gerçekleştiğine ilişkin tespitten sonra kusur bakımından yapılması gereken değerlendirme, failin başka şekilde davranabilme imkânı olmasına rağmen, iradesini, haksızlığı gerçekleştirme yönünde kullanıp kullanmadığıdır[584]. Bu yönüyle kusurun, haksızlık ve suçun tipiklik ve hukuka aykırılıktan bağımsız bir değerlendirmenin konusu olduğu, bir kez daha vurgulanmış olmaktadır.

Finalist teorinin fikir babası olan *Welzel*, kınanabilirlik yargısı yönünden en önemli faktörün, ***failin hukuka uygun irade oluşturma imkânı*** olduğunu ifade ederek, kusurun maddi yapısını beklenebilirlik ilkesine dayandırmıştır. Ancak yazar,

---

[580] **v. Liszt-Schmidt,** Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, §36, s.230.
[581] **v. Liszt-Schmidt,** Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, §36, s.231.
[582] **v. Liszt-Schmidt,** Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, §36, s.231.
[583] **v. Liszt-Schmidt,** Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, §36, s.231; Kusur yargısının maddi içeriğinin, mazeret sebepleri bakımından beklenemezlik olarak değerlendirilmesi neticesinde, kusuru kaldıran nedenlerin yalnızca kanunda düzenlenenlerden ibaret olmadığı, failden başka şekilde davranmasının beklenemediği diğer durumların da, *Goldschmidt, Freudenthal, Schmidt* ve *Mezger* tarafından, kanun üstü kusuru kaldıran nedenler (übergesetzliche Schuldausschließungsgründe) olarak kabul edildiği hususunda bkz. **Schaffstein,** Die Nichtzumutbarkeit, s. 6, 7.
[584] **Brauneck,** Der strafrechtliche Schuldbegriff, s.261; Haksızlığın kusur değerlendirmesinin zeminini oluşturduğu, bu anlamda kusurun, failin haksız davranışından ötürü kınanabilirliğine ilişkin olduğu hususunda bkz. **LANG HINRICHSEN, Dietrich,** Zur Krise des Schuldgedankens im Strafrecht (Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag gewidmet), ZStW 1961 (Dreiundsiebsigster Band-Jahrgang 11), s.211.

failin irade oluşturma kabiliyetinin genel olarak değil, somut olaya ilişkin özel bir değerlendirmeye tabi tutulması gerektiğinin altını çizmektedir. Bu bakımdan kınanabilirlikten söz edebilmek için failin, iradesini hukuka aykırı olarak değil, hukuka uygun bir şekilde yönlendirebilmesi gerekir. Bunun için de, failin, davranışının hukuka aykırı olduğunun bilincinde olması gerekir. Ancak buradan, failin, davranışının hukuka aykırı olduğunun bilincinde olduğu her durumda, işlediği fiil nedeniyle kusurlu kabul edilmesi gerektiği sonucu çıkarılmamalıdır[585]. Zira örneğin, bir kimsenin zorlayıcı cebir (vis compulsiva) aracılığıyla suç teşkil eden bir davranışa zorlanması durumunda (örneğin sopayla dövülerek), hukuka aykırılığın bilincinde olsa da, işlediği fiilden dolayı kınanabilmesi mümkün değildir[586].

Alman Yüksek Mahkemesi de, kusurun, failin hukuka uygun davranışı seçmemesinden kaynaklanan kınanabilirlik yargısı olduğunu kabul etmiştir. Nitekim mahkemenin bir kararında[587], bu görüş şu şekilde ifade edilmiştir; *"...Kusur cezanın bir şartı olup, kınanabilirlikten ibarettir. Failin kınanması, imkânı olmasına rağmen hukuka uygun değil, hukuka aykırı davranışa karar vermiş olmasından kaynaklanmaktadır... Fail, haksızlık hatası (Verbotsirrtum) nedeniyle işlediği fiilin haksız olduğunun bilincinde olmadığından kınanabilir değildir... Bir fiilin haksızlık oluşturduğu bilinci, ne cezalandırılabilirliğin ne de yasağı (suçu) barındıran hukuk normunun lafzının bilinmesidir. Bununla birlikte failin, fiilin ahlaki olarak kınanabilir olduğunu bilmesi de, haksızlık bilinci bakımından yeterli değildir. Gerekli olan, hukuk tekniği bakımından değilse de, düşünsel olarak genel bir biçimde fiilin haksızlığına ilişkin bir değer yargısında bulunulabilmesidir..."*

Kühl de, yukarıda zikredilen BGH kararına atıf yaparak, kusurun, başka türlü davranma olasılığı mevcutken, diğer bir ifade ile fail, hukuka uygun davranma imkânına sahipken, hukuka aykırılığı seçmesinden ibaret olduğunu ifade etmiştir. Ceza kanunu, toplumu oluşturan her vatandaşın hukuka uygun davranabileceği varsayımından hareket etmektedir. Bunun için her bir birey bakımından başka türlü

[585] **Welzel,** Das deutsche Strafrecht, s.130.
[586] **Welzel,** Das deutsche Strafrecht, s.133, 134.
[587] Großer Senat für Strafsachen des BGH, Beschluß vom 18. 3. 1952, 2/51, NJW 1952, s.594.

davranabilme bilincinin mevcudiyeti yeterlidir[588]. Bununla birlikte yazar, "başka türlü davranma beklentisinin" kanunda açık düzenlenmediğini, ancak kusuru kaldıran nedenlere ilişkin düzenlemelerden bu sonuca rahatlıkla ulaşılabileceğini savunmaktadır. Bu düzenlemeler, suç oluşturan bir davranışı gerçekleştiren kimsenin, her durumda iradesini hukuka aykırılığa kusurlu bir biçimde yönelttiği sonucuna ulaşılmasına engeldir. Örneğin mazeret nedeni olarak zorunluluk halinde, failin, başka türlü davranma imkânının bulunmadığı kabul edilmiştir[589].

Benzer şekilde *Baumann-Weber-Mitsch* de, failin kusurlu kabul edilebilmesini, hukuk toplumunun kendisinden, başka türlü hareket etmesini bekleyebilir olmasına bağlamıştır. Bu açıdan yazarlar, failin başka türlü hareket edebilme özgürlüğüne sahip olması gerektiğine işaret ederek[590], kusurun, -hukuk toplumuyla ilişkilendirilerek- sosyal bir davranışta bulunabilme özgürlüğüne bağlı olduğunu ifade etmişlerdir[591].

Gropp, kusur yargısı çerçevesinde, failin irade özgürlüğüne sahip olup olmadığına ilişkin tartışmalardan evvel, fiilin tipik ve hukuka aykırı olduğunun belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Yazara göre kusurluluk, tipik ve hukuka aykırı olan ***kusurlu bir davranıştır***. Bu nedenle, kınanabilirlik yargısının nitelik olarak bir kategorizasyona tabi tutulması yanında, niceliksel olarak içeriği belirlenirken, ***hareketin*** esas alınması gerekir. Daha öz bir ifadeyle, kusurun maddi içeriği, ***kusurlu "hareketin"*** değerlendirilmesiyle belirlenebilir. Hukuka aykırılık, tipiklik ve kusur, birbirinden ayrı kavramlar olmakla birlikte, failin fiilinin hukuka aykırılığa yönelmesi nedeniyle, hukuka aykırılıkla kusur arasında bir bağ mevcuttur. Bu anlamda kusurun haksızlığın bir özelliği olduğu değil, haksızlığın kusur yargısının

---

[588] **KÜHL, Kristian,** Strafrecht Allgemeiner Teil, 7., neubearbeitete Aufl., Verlag Franz Vahlen, München 2012, §10, kn.3.

[589] **Kühl,** Allgemeiner Teil, §10, kn.4.

[590] *Hillenkamp*, faile yöneltilen kınanabilirlik yargısının, ancak hukuka uygun veya aykırı hareket etme özgürlüğünün varlığı halinde anlam kazanacağına işaret etmiştir (**HILLENKAMP, Thomas,** Strafrecht ohne Willensfreiheit? Eine Antwort auf die Hirnforschung, JZ 2005 (60. Jahrgang), s. 316). Aynı yönde bkz. **Wulff,** Die Existenziale Schuld, s.34.

[591] **Baumann-Weber-Mitsch,** Allgemeiner Teil, s.445, kn.42.

konusunu oluşturduğu kabul edilmeli ve haksızlık ile kusur arasındaki bağ bu şekilde kurulmalıdır[592].

Gropp, hukukun, failden başka şekilde hareket etmesini bekleyebilmesi için failin irade özgürlüğüne sahip olması gerektiğini kabul etmekle birlikte, irade özgürlüğünün, ***determinist ya da indeterminist*** anlayışlara göre belirlenmesini faydacı bulmamaktadır[593]. *Determinizm*, dış dünyada gelişen olayların neden-sonuç ilişkisi içerisinde açıklanmasından ibaret olup, bu anlayışa göre, dış dünyada fark edilebilen bir sonucun ortaya çıkması, birtakım nedenlere dayalıdır. Dolayısıyla, neyin nasıl gerçekleşeceği önceden bellidir ve bu nedenle irade özgürlüğünden söz etmek mümkün değildir[594]. Netice olarak determinist bakış açısı, irade özgürlüğünü reddederek, failin kınanabilirliğini imkansız hale getirir. Dolayısıyla, deterministlere göre kusur, dogmatik anlamda, failin irade özgürlüğünden bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Zira fail, suça konu olayların gerçekleşmesinde yalnızca bir araç görevi görmektedir[595]. Bu bakımdan örneğin *v. Liszt*'in kusur anlayışı, determinist bir yaklaşıma sahip olduğu için kusuru yalnızca sorumluluk ile eş değer kabul ederek, kusur yargısının içeriğine ilişkin bir değerlendirmede bulunmamıştır[596].

İndeterminizm ise, determinizm algısına karşı olmakla birlikte, kolaycı bir yaklaşımla, kişinin, başka türlü hareket edebilmesi imkanını tanıyan bir anlayış olarak tanımlanamaz[597]. Ancak indeterminizmci anlayışın, dış dünyada gerçekleşen olayları kural olarak insanın iradi davranışlarına bağlayarak, insan olgusundan bağımsız bir gelişim zincirini kabul etmediği söylenebilir[598].

---

[592] **Gropp,** Allgemeiner Teil, §7, kn.25 vd.
[593] **Gropp,** Allgemeiner Teil, §7, kn.34; Kusur yargısı çerçevesinde irade özgürlüğü açısından determinist ve indeterminist görüşlerin değerlendirilmesine yönelik açıklamalar için bkz. **Bockelmann-Volk,** Allgemeiner Teil, s.108-110.
[594] **Hillenkamp,** Strafrecht ohne Willensfreiheit?, s.319.
[595] **Wulff,** Die Existenziale Schuld, s.36.
[596] **Hillenkamp,** Strafrecht ohne Willensfreiheit?, s.317.
[597] **Wulff,** Die Existenziale Schuld, s.37.
[598] **Wulff,** Die Existenziale Schuld, s.37, 38.

Gropp'a göre, her iki anlayış da kanıtlanabilir değildir[599]. Bu nedenle, irade özgürlüğüne geniş bir anlam yüklemek yerine, kıyasen belirlenebilir bir değerlendirme yaparak, ***hareketin normdan etkilenebilirliği*** dikkate alınmalıdır. Açıklayıcı olması bakımından, yazarın, bu tespite ilişkin olarak verdiği örneği mealen aktarmanın yarar sağlayacağını düşünüyoruz: *"Hız sınırının 50 km'den 30 km'ye düşürüldüğünün bir trafik tabelasıyla gösterildiği bir sokakta araç kullanan sürücülerin, belirlenen hız sınırına riayet etmemelerinin, dışarıdan kaynaklanan bir baskıdan (cebir gibi) mı kaynaklandığı, yoksa bu türden bir zorlama olmaksızın mı gerçekleştiği değerlendirilmelidir. Burada belirleyici olan, trafikte seyir hızını sınırlandıran söz konusu hukuk kuralının, failin davranışını etkileyip etkilemediğidir. Eğer buna uyma imkânı olmasına rağmen fail aksi yönde hareket etmişse, iradi davrandığı sonucuna ulaşmak gerekir[600]."*

Türk hukuku bakımından meseleye yaklaşıldığında, doktrinde ağırlıklı görüş, kusurun bir kınanabilirlik yargısı olduğunu kabul etmekle birlikte[601], Yargıtay kararlarında, kusur yargısının içeriğine ilişkin normatif anlayışın ortaya koyduğu biçimde kınanabilirlik değerlendirmesi yapılmadığı görülmektedir. Mazeret nedeni olan zorunluluk halinde mahkemenin, failin kusurunun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı vermesi gerektiği kabul edilmekle birlikte[602], bu durum, CMK m.223'ün açık lafzının ortaya koyduğu zorunlu bir sonuçtur. Diğer bir deyişle, bu yönde verilen kararlar, normatif kusur kavramının fikri esaslarının

---

[599] **Gropp,** Allgemeiner Teil, §7, kn.34; **Eisele (SS),** Vorb. zu den §§13 ff., kn.110; **Hirsch,** Das Schuldprinzip im Strafrecht, s.751.

[600] **Gropp,** Allgemeiner Teil, §7, kn.34 (Beispiel 7/2).

[601] **Özgenç,** Genel Hükümler, s.364 vd.; **Artuk-Gökcen-Yenidünya,** Genel Hükümler, s.449 vd.; **Hakeri,** Genel Hükümler, s.378 vd.; **Zafer,** Genel Hükümler, s.339 vd.; **Koca-Üzülmez,** Genel Hükümler, s.288 vd. *Demirbaş*, kusur bakımından hem psikolojik teorinin hem de normatif teorinin beraber değerlendirilmesinden yanadır. Bu nedenle yazar, kast ve taksiri kusurluluk türleri olarak kabul etmektedir (**Demirbaş,** Genel Hükümler, s.339 vd.).

[602] *"zorunluluk hali 765 sayılı TCK'nunda bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmekte iken, 5237 sayılı TCK'nunda kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak sayılmış olup, dolayısıyla 5237 sayılı TCK uygulamasında, zorunluluk halinde suç işleyen kişi hakkında "beraat" değil, TCK'nun 25/2. maddesi uyarınca "ceza verilmesine yer olmadığı" kararı verilmelidir. Bu husus, 5271 sayılı CMK'nun 223/3-b maddesinden de açıkça anlaşılmaktadır"* (Yarg. CGK., 19.02.2013, 8-1551/64); *"...sanığın eyleminin TCK'nın 147. maddesinde düzenlenen "zorunluluk hali" kapsamında kaldığı, bu nedenle sanık hakkında CMK'nın 223/3-b bendi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına şeklinde karar verilmesi gerekirken, hukuka uygunluk nedeni bulunduğundan bahisle yazılı şekilde beraat kararı verilmiş olması..."* (Yarg. 13. CD., 11.11.2014, 9942/31481).

benimsenmiş olduğu anlamına gelmemektedir. Nitekim bunun dışındaki durumlarda hâlihazırda Yargıtay, kusurun yalnızca kast ve taksirden ibaret olduğu görüşüne paralel kararlar vermektedir[603].

3.2. Kınamaya Layık Düşünce Biçimi Olarak Kusur (Gallas)

Normatif kusur kavramının maddi içeriğine ilişkin olarak ortaya atılan bu düşünce tarzı *Gallas*'a ait olup[604] yazarın, final hareket teorisi kapsamında *Welzel* tarafından ortaya koyulan yaklaşımları değerlendirdiği makalesinde, kınanabilirlik yargısının esası hakkında ortaya koyduğu görüşlere dayanmaktadır. Buna göre hukuka aykırılık, ***fiilin*** hukuk düzeni ile çelişik bir mahiyet arz etmesidir. Aynı şekilde kusur yargısı yönünden failin kınanabilirliği değerlendirmesi de, onun, hukuk düzenine uygun davranma imkânı varken bundan ***kaçınmadan hareket etmesinden*** kaynaklanır. Dolayısıyla, yazara göre hem hukuka aykırılık, hem de kusur bakımından değerlendirmenin konusunu "***hareket***" oluşturmaktadır. Aradaki fark, hukuka aykırılıkta, hareketin hukuk düzeninin objektif bütünlüğüne aykırılık oluşturması iken, kusurda, hareketin hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmesi nedeniyle failin sübjektif olarak kınanabilmesidir[605].

Gallas'a göre, failin seçim imkânı, kınanabilirliğin temelidir. Bu bakımdan, özgür iradesini hukuk düzeniyle çelişen bir davranış gerçekleştirmek yönünde kullanan kimse, kusurlu kabul edilmelidir. Dolayısıyla, kusurluluk, failin hukuken kötülenen zihniyetiyle (*rechtlich mißbilligte Gesinnung*) alakalıdır. Ancak failin

---

[603] *"...Kural olarak suç; ancak kastla, yasada açıkça gösterilen hallerde ise taksirle de işlenebilir. İstisnai bir kusurluluk şekli olan taksirde, failin cezalandırılabilmesi için mutlaka yasada açık bir düzenleme bulunması gerekmektedir..."* (Yarg. CGK., 03.07.2012, 9-499/271); *"...Taksir, istisnai bir kusurluluk şeklidir. Toplumsal yaşamda belli faaliyetlerde bulunan kimselerin başkalarına zarar vermemek için bir takım önlemler alma ve bazı davranış kurallarına uyma zorunlulukları bulunmaktadır. Bu kurallar toplum olarak yaşama zorunluluğundan doğabileceği gibi, Devletin müdahalesiyle de ortaya çıkabilmektedir..."* (Yarg. CGK., 18.02.2014, 1210/80)

[604] **Jakobs,** Allgemeiner Teil, 17/17; **Roxin,** Allgemeiner Teil I, §19-D, kn.23; **Schmidhäuser,** Allgemeiner Teil, 10/3.

[605] **GALLAS, Wilhelm,** Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 1955 (5. Jahrgang, Band 67), s.44.

zihniyeti, onun genel olarak tehlikeliliği şeklinde anlaşılmamalıdır. Burada bahse konu olan, sosyal-etik açıdan yapılan bir değerlendirmeyle, somut olayda failin davranışıyla iradesini bu davranışa yönlendirme sebeplerinin, hukukun beklediği türden davranış tarzıyla uyumlu olup olmadığıdır.

Buradan hareketle ve yazarın kendi ifadesiyle hukuka aykırılıkta ***hareketin değersizliğinden*** (*Handlungsunwert*), kusur bahsinde ise ***zihniyetin değersizliğinden*** (*Gesinnungsunwert*) söz etmek mümkündür[606]. Kast açısından kural olarak değersiz bir zihniyetten söz edilebilir. Ancak kusuru kaldıran nedenler bakımından, fail kasten hareket etse bile, kınanabilirlik yargısı bakımından hareketi yönlendirebilme noktasında problemli bir alan söz konusudur. Burada, failden başka türlü davranmasının beklenememesi (*Unzumutbarkeit*) söz konusu olduğundan, kusurdan söz edilememektedir[607].

Belirtmek gerekir ki, *Gallas* tarafından ortaya koyulan bu düşünce, doktrinde bazı yazarlar tarafından da benimsenmiştir. Nitekim *Wessels-Beulke-Satzger*, kusur isnadının konusunu, "hukuk düzeninin gerektirdiğinin aksine davranma" olarak kabul ederek, benzer bir kanaat ortaya koymuşlardır. Yazarlara göre fail, manevi ve ahlaki olgunluğa ulaştığı sürece, negatif bir betimlemeyle *"ağır bir akıl hastalığına sahip değilse"*, hukuk düzenince tanımlanan yasak davranışı işlemesi dolayısıyla kınanabilecektir. Dolayısıyla, kusur kapsamında fiilin kınanabilirliği, failin hukuken tasvip edilmeyen zihniyetinden kaynaklanmaktadır[608]. Ancak bu zihniyet, her somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirilmeli, failin genel olarak karakterine dayanmamalıdır. Diğer bir deyişle, failin kınanabilir bir zihniyete sahip olup olmadığı, her bir suç bakımından ayrıca değerlendirilmelidir[609].

Jescheck-Weigend de, kusur yargısının konusunun, hukuken kötülenen bir zihniyete dayalı olarak gerçekleştirilmiş hukuka aykırı fiilden ibaret olduğuna işaret etmiştir. Ancak yazarlar, buradaki zihniyet kavramının, sosyal düzenin korunması bakımından her vatandaşta bulunması gereken bir özellik olarak hukuki zihniyet

---

[606] **Gallas,** Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, s.45.
[607] **Gallas,** Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, s.45.
[608] **Wessels-Beulke-Satzger,** Allgemeiner Teil, §10, kn.400.
[609] **Wessels-Beulke-Satzger,** Allgemeiner Teil, §10, kn.401.

olarak anlaşılması gerektiğinin altını çizmişlerdir. Diğer bir ifadeyle, kınanabilir zihniyet, hukuk normuna ilişkin bir değer anlayışı olup ahlaki bir zihniyet değildir. Failde bulunan ve işlediği fiile ilişkin olarak ortaya çıkan hukuki değer eksikliği, çeşitli ağırlıklarda olabilir[610]. Bu anlamda, kusurun her durumda aynı ölçüde ortaya çıkması söz konusu değildir. Zira bir suç dolayısıyla yargılanan kimsenin, işlediği fiil bakımından başka türlü davranabilme imkânına, başka bir deyişle, fiili işlemekten kaçınma noktasında irade özgürlüğüne ne denli sahip olduğu, münhasır bir değerlendirmenin konusudur. Bunun ortaya koyulabilmesi için yapılması gereken, failin yerinde ortalama bir kimsenin bulunması halinde nasıl hareket edeceğinin belirlenmesidir (sosyal kıyaslama ölçüsü) [611]. Kıyasa konu edilecek olan ortalama kimsenin, fail ile meslek, vücut yapısı, cinsiyet, yaş, akli melekeler ve hayat tecrübesi açısından benzer bir durumda bulunması gerekir[612].

Roxin'e göre bu bakış açısı, failin zihniyetinin hukuk tarafından neden kınanması gerektiği hususunda esaslı bir izah ortaya koymaması nedeniyle eleştirilebilir. Zira bu görüşe göre kanun koyucu, bir davranışı kınanabilir olarak tanımladığında, cezalandırma da otomatik olarak ortaya çıkacaktır[613]. *Roxin*'e göre, *Gallas*, hukuka aykırılık ile kusur yargısının hareket üzerinden değerlendirildiğini, kusurluluk bakımından farkın, fail, kasten davransa bile (hukuka aykırılık gerçekleşmiş olacaktır) başka türlü hareket edebilme imkânının varlığı noktasında ortaya çıktığını belirterek, kusurun maddi yapısını ortaya koymaya çalışmışsa da, bu değerlendirmenin, "başka türlü hareket edebilme" teorisinden bir farkı yoktur[614].

Ayrıca *Roxin*'e göre zihniyetin kötülüğü kıstası, bazı durumlarda kusurun varlığı ya da yokluğu hususunda bir değer yargısına ulaşılabilmesi bakımından yetersizdir. Yazar, bu eleştiriyi, iki örnekle temellendirmektedir; Öncelikle bilinçsiz taksirle işlenen suçlarda failin zihniyeti, doğrudan bir hukuka aykırılığa yönelmemektedir. İkinci olarak da, bir cinsel suç faili, kendisini fiili işlemekten men etme kuvveti bulunmaması nedeniyle, akıl hastalığına ilişkin düzenleme dikkate

[610] **Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.426.
[611] **Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.427, 428.
[612] **Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.428.
[613] **Roxin,** Allgemeiner Teil I, §19-D, kn.24.
[614] **Roxin,** Allgemeiner Teil I, §19-D, kn.24.

alınarak cezalandırılmayabilir. Ancak bu durum, onun zihniyetinin kötü olmadığı anlamına gelmez. Dolayısıyla zihniyet kötü olmasına rağmen, kusurun yokluğu söz konusu olabilecektir[615].

Kusurun maddi yapısını, hukuka aykırılığa yönelen ve hukuken kötülenebilir zihniyet esasına göre ortaya koyan *Schmidhäuser*, bu eleştirileri dikkate alarak, faildeki kınanabilir zihniyetin, belli bir hukuki değere yönelmesi gerektiğini ifade etmiştir[616]. Buna göre kusur, failin hukuka aykırılık alanında objektif olarak iradi fiiliyle ihlal ettiği hukuki değeri, içsel, manevi anlamda önemsemeksizin, sübjektif olarak ihlal etmesidir[617]. Kanaatimizce bu anlayış da, *Gallas*'ın, hukuka aykırılık ile kusur arasındaki ayrımın, "hareketin değersizliği" ve "hareketi yönlendiren zihniyetin değersizliği" şeklinde ayırmasından çok da farklı bir yaklaşım ortaya koymamaktadır. Zira *Schmidhäuser*, burada ortak noktayı korunan hukuki değer olarak belirleyerek, haksızlık alanına ilişkin olarak **"objektif değer ihlali"** ve kusur alanına ilişkin olarak **"sübjektif değer ihlali"** ayrımına gitmiştir.

Bununla birlikte *Roxin*, *Schmidhäuser* tarafından ortaya koyulan bu fikrin, özellikle bilinçsiz taksirle işlenen suçlar bakımından nasıl temellendirileceğinin muallak olduğuna işaret etmiştir. Zira neticeyi öngörmeyerek hareket eden failin, bu neticeyi nasıl ciddiye almadığı ve bu anlamda fail ile ortaya çıkan bu netice arasında manevi ilişkinin nasıl kurulacağı belirsizdir[618].

3.3. Karakter Kusuru

Kusurun kaynağını failin karakterinde arayan bu görüş, *Schopenhauer* tarafından ortaya atılmış olup[619] insanın karakterinin gerektirdiğinden başka türlü

[615] **Roxin,** Allgemeiner Teil I, §19-D, kn.24.
[616] **Schmidhäuser,** Allgemeiner Teil, 10/6.
[617] **Schmidhäuser,** Allgemeiner Teil, 10/6.
[618] **Roxin,** Allgemeiner Teil I, §19-D, kn.26.
[619] **Wulff,** Die Existenziale Schuld, s.23; **Roxin,** Allgemeiner Teil I, §19-D, kn.27.

davranamayacağı esasına dayanır[620]. Bu nedenle *Schopenhauer*'e göre failin başka şekilde davranması, ancak onun başka bir kişi olmasına bağlıdır[621].

Kusuru, failin karakter özelliklerine dayandıran *Graf zu Dohna*'ya göre, sosyal varoluşun temel kuralları gereği, bir kimse, kişiliğinin ortaya koyduğu etkiler çerçevesinde yaptıklarının sorumluluğunu üstlenmelidir. Bu görüşe taraftar olan yazarlardan *Engisch* de, cezaya katlanma yükümlülüğünü, karakter kusuruna dayandırmaktadır. Yazara göre karakter kusuru, karakter üzerindeki bazı özel etkilerin zorlayıcılığıyla belirlenir[622].

Determinist bakış açısıyla ortaya koyulan bu görüşler, kişinin karakterinden dolayı başka şekilde hareket etmesi mümkün değilse, işlediği fiilin kendisine isnat edilmesinin de mümkün olmadığı sonucunu doğurması nedeniyle eleştirilmiştir. Diğer bir deyişle karakter kusuru anlayışı, failin özgür iradesinin varlığını, determinist bir yaklaşıma dayanarak kabul etmediğinden, kusuru temellendirmede ciddi zorluklar yaşamaktadır.

Buna karşılık, bu görüşü savunanlarca, failin karakterini düzgün bir biçimde yapılandırma imkânı olmasına rağmen bunu kullanmamasının, diğer bir deyişle kaderini belirleme özgürlüğünü iyi yönde kullanmamasının, işlenen suç bakımından sorumluluğa dayanak oluşturabileceği ifade edilmiştir. Bu bakımdan failin, karakterini oluşturmadaki özgürlüğünü kötüye kullanması, sorumluluk bakımından yeterlidir[623].

Karakter kusuru ile paralel mahiyette ortaya koyulan "kötü yaşam tarzı"ndan kaynaklanan kusur anlayışı[624] da, ceza yargılamasını yürüten hâkime, failin yaşam tarzını sorgulama yükümlülüğü yüklemesi ve suça etki eden yönlerin ayrılması gibi

---

[620] **Kaufmann,** Das Schuldprinzip, s.150.
[621] **Schiemann**, Unbestimmte Schuldfähigkeitsfeststellungen, s.132.
[622] *Graf zu Dohna* ve *Engisch*'in görüşleri için bkz. **Roxin,** Allgemeiner Teil I, §19-D, kn.28.
[623] **Roxin,** Allgemeiner Teil I, §19-D, kn.29.
[624] Ceza hukukunda failin yaşam tarzının kötülüğünden kaynaklanan kusur anlayışının değil, fiile dayalı kusurunun kabul edildiği hususunda ayrıca bkz. **Baumann-Weber-Mitsch,** Allgemeiner Teil, §18, kn.31.

absürd bir duruma neden olacağından bahisle eleştirilmiştir[625]. Ayrıca bu görüş kabul edilerek kusur, yalnızca failin karakterine yahut yaşam tarzına özgülenmiş bir kavram haline getirilirse, son derece düzgün bir yaşam süren veya yaşamını değiştiren failin, işlediği fiilden dolayı kınanması mümkün olmayacaktır[626]. Dolayısıyla bu görüşler, somut bir olgu olarak işlenen suçla bağ kuramaması dolayısıyla kabul edilemez.

Buna karşılık *Burkhardt* ise, karaktere dayalı kusuru benimsediği anlayışını, genel olarak "başka türlü hareket edebilme" teorisinin eleştirisine dayandırmaktadır. Yazara göre, kusur yargısını, failin başka türlü davranma imkânına özgülemek, çözümü olmayan zorlukların ve sonu gelmeyen problemlerin önünü açmak anlamına gelmektedir. İndeterminist anlayışa yaslanan ve hayale dayalı bir kurgudan ibaret olan bu kabulün, deneysel alanda ispat edilebilirliği yoktur[627]. Dolayısıyla, bu türden irrasyonel bir prensibin, kusur alanında cezayı sınırlandırma ve belirleme fonksiyonunu nasıl icra edeceği sorusu gündeme gelmektedir[628].

Roxin, karakter kusuruna ilişkin anlayışın, hukuk politikası bağlamında kusur ilkesini temelden sarstığını ifade etmektedir. Bu anlayış, akıl hastalarının veya ceza sorumluluğu bulunmadığı kabul edilen diğer kimselerin, neden kusurlu sayılmadığı hususunda tatmin edici ve akılcı bir izah ortaya koyamamaktadır. Yazara göre bunlar da, ***kendi doğaları gereğince*** hareket ettiklerinden, karakter kusuru anlayışına göre kınanabilir durumdadırlar. Karakter kusuru görüşünün savunucularından *Engisch* tarafından, bunların cezalandırılmama sebeplerinin, "cezanın etkisini hissedemeyecek olmaları" şeklinde izah edilmeye çalışılması da, *Roxin* tarafından ikna edici bulunmamıştır[629]. Bununla birlikte *Roxin*, özellikle çocuklar yönünden kınanabilir bir karakter oluşumundan söz edilemeyeceğinden, karakter kusuru anlayışının, bunların cezalandırılamaması açısından temelsiz kaldığına işaret

---

[625] **SCHAFFSTEIN, Friedrich,** Spielraum-Theorie, Schuldbegriff und Strafzumessung, in Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22 Juli 1973, Walter de Gruyter, 1973, s.109.
[626] **Wulff,** Die Existenziale Schuld, s.23, 24.
[627] **BURKHARDT, Björn,** Zur Möglichkeit einer utilitaristischen Rechtfertigung des Schuldprinzips, in Schuld und Verantwortung (Philosopische und juristische Beiträge zur Zurechenbarkeit mensclichen Handelns –***herausgegeben von Hans Michael Baumgartner und Albin Eser***-), J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1983, s.53.
[628] **Burkhardt,** Zur Möglichkeit einer utilitaristischen Rechtfertigung des Schuldprinzips, s.54.
[629] **Roxin,** Allgemeiner Teil I, §19-D, kn.31.

etmektedir. Keza yazara göre, belli bir yaş grubundaki gençler[630] açısından da, bunların karakterleri kötü olsa bile, kanun koyucu tarafından kusur yeteneğinin tam oluşmadığı kabul edilerek cezada indirim öngörülmesi, karakter kusuru anlayışıyla değil, cezanın amacı ile açıklanabilir[631].

Karakter kusuru anlayışının son dönem savunucularından biri de *Herzberg*'tir. Yazara göre, kusur isnadının "başka türlü davranabilme"ye bağlanması mümkün değildir. Çünkü bu kabul, tüm şartlardan bağımsız olarak failin, kulağına; *"bu davranışı yapmamalısın"* şeklinde fısıldayan bir ses varmış da fail, buna rağmen haksızlığı gerçekleştirmiş gibi bir anlayış ortaya koymaktadır. Oysa davranışı yönlendiren motivlerin ortaya çıkışı, kişinin karakteri ile bağlantılıdır ve bu nedenle hiç kimsenin irade özgürlüğüne sahip olduğu söylenemez. Bu anlamda, "kusur irade özgürlüğüne mi dayanır?" sorusuna olumsuz yanıt vermek gerekir. Tam aksine kusur, irade özgürlüğünün yokluğuna dayalıdır. Çünkü kusurlu davranış, failin karakterinden kaynaklanmaktadır[632].

Herzberg, *Roxin* tarafından karakter kusuru anlayışına karşı ortaya koyulan eleştirilere de yanıt vermeye çalışmıştır. Öncelikle *Herzberg*, *Roxin*'in aksine, karakter kusuru anlayışının, kusurlu yahut kusur olmaksızın işlenen haksızlıkların birbirinden ayrılması bakımından önemli bir fonksiyona sahip olduğunu savunmaktadır. Ancak karakter kusuru anlayışının bu fonksiyonu görebilmesi için, karakter kavramının, kişiyi tanımlayan her türlü durumu içine alacak şekilde yorumlanmaması gerekir[633]. Dolayısıyla *Roxin*, akıl hastalarının doğaları gereği, diğer bir ifade ile karakterleri gereği işledikleri davranışlardan söz ederek, karakter kusuru kavramını amaca aykırı olarak genişletmektedir. Akıl hastalığı, *Roxin*'in ifade ettiği gibi, insanın öz alanını/karakterini şekillendiren bir olgu değildir. Doğuştan kaynaklanan akli kusurlar, karakter eksikliği ya da kötü karakter olarak nitelendirilemez. Bunlar, karakter kavramıyla eş tutulamayacağından, Roxin'in

---

[630] Alman Genç Mahkemeleri Kanunu'nun (Jugendgerichtsgesetz) 1 inci maddesine göre "gençler" (jugendliche) deyimi, 14 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını bitirmemiş çocukları ifade etmektedir. Alman Ceza Kanunu'nun 19'uncu maddesine göre 14 yaşından küçüklerin kusur ehliyeti yoktur.

[631] **Roxin,** Allgemeiner Teil I, §19-D, kn.31.

[632] **HERZBERG, Rolf Dietrich,** Willensunfreiheit und Schuldvorwurf, Mohr Siebeck, Tübingen 2010, s.124-126.

[633] **Herzberg,** Willensunfreiheit und Schuldvorwurf, s.114.

eleştirisi kabul edilebilir değildir[634]. Küçükler açısından da kanundaki düzenleme, yaş statülerini belirleyici nitelikte olup, karakter biçimlerini ortaya koymak amacıyla ihdas edilmemiştir[635].

Karakter kusuru, elbette ki insan doğasından kaynaklanan sadizm, egoistlik, kıskançlık, kindarlık, hissizlik/soğukkanlılık, vurdumduymazlık gibi bir takım özellikleri kapsamaktadır. Bu tür özellikler, failin, işlediği fiile neden karşı koyamadığı hususunda açıklayıcı olabilirse de, failin kusursuz olduğu ve cezalandırılamayacağı sonucuna ulaşılması sonucunu doğurmaz[636].

Kanaatimizce, fiili dikkate almayan ve kusuru, yalnızca failin karakterine dayandıran bu türden bir kusur anlayışının[637] kabulü mümkün değildir. Bu durum, ceza kanununun mantığına ve kusur yönünden kanunda yer verilen düzenlemelerin lafzına da aykırıdır[638]. Zira ceza kanununun sistematiği, fail üzerine değil, fiil üzerine kuruludur. Suç teorisi bakımından önemli olan, failin kim olduğu değil, fiilin ne şekilde gerçekleştirildiğidir[639]. Ancak bu kabul, failin kişilik özelliklerinin ceza hukuku yönünden hiçbir şekilde önem arz etmediği anlamına gelmemektedir. Kanun koyucu, failin karakter özelliklerini bazı durumlar yönünden dikkate alabilir. Nitekim TCK m.62/2'de[640], takdiri indirim nedenlerinin yönünden; failin geçmişinin, sosyal ilişkilerinin, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışlarının dikkate alınabileceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla, failin, sosyal düzenle uyuşmayan aykırı karakter yapısı nedeniyle fiilden nedamet duymamış olması, agresif bir yapıya sahip olması nedeniyle yargılama sırasında sürekli olarak düzen bozucu davranışlarda bulunması, mağdura veya mahkeme heyetine göstermiş olduğu tutum, cezanın belirlenmesi bakımından belirleyici olacaktır. Ancak açıkça anlaşılacağı üzere bu düzenleme, failin kusurunun belirlenmesine ilişkin bir ölçü olarak ihdas

---

[634] **Herzberg,** Willensunfreiheit und Schuldvorwurf, s.114.
[635] **Herzberg,** Willensunfreiheit und Schuldvorwurf, s.114.
[636] **Herzberg,** Willensunfreiheit und Schuldvorwurf, s.114.
[637] **Baumann-Weber-Mitsch,** Allgemeiner Teil, §18, kn.32.
[638] **Schiemann**, Unbestimmte Schuldfähigkeitsfeststellungen, s.134.
[639] Benzer düşünce için bkz. **Wulff,** Die existenziale Schuld, s.23.
[640] Benzer düzenleme Alman Ceza Kanunu'nun 46/2 nci maddesinde yer almaktadır. Buna göre mahkeme cezanın belirlenmesinde failin lehine veya aleyhine olan durumları birbiriyle kıyaslayarak bir sonuca ulaşır. Bu kapsamda özellikle " ...failin fiili işlerken sahip olduğu zihniyet... geçmiş yaşamı ve kişisel ve ekonomik durumu..." dikkate alınır.

edilmemiştir. Aksine burada amaçlanan, cezanın belirlenmesinde cezanın özel önleme amacına uygun olarak kişiselleştirilebilmesidir[641]. Bu açıdan doktrinde, somut olaya ilişkin olarak faile atfedilen kusura ilişkin değerlendirmeyle, cezanın belirlenmesi bakımından faile ait özelliklerin dikkate alınması arasındaki ayrımın önemine işaret edilerek, bu iki yargının birbirinden ayrılması gerekliliğine vurgu yapılmıştır[642]. *Maurach*'ın bu hususta ortaya koyduğu veciz ifadeyle, kanun koyucunun cezalandırma bakımından burada dikkate aldığı husus, *"failin karakteri değil, karakterinden kaynaklanan bir takım kişisel özelliklerin somut olayda işlediği fiile ne şekilde yansıdığıdır[643]."*

Failin fiilden kaynaklanan kusurunun belirlenmesinde de, ona ait kişisel özelliklerin dikkate alınması söz konusudur. Nitekim haksızlık hatası bakımından failin, fiilin haksızlık teşkil ettiğine ilişkin yanılgısının kaçınabilir olup olmadığı, onun kişisel özelliklerinin dikkate alınmasıyla belirlenir[644]. Ancak burada söz konusu olan, failin karakterinin ya da yaşam tarzının değil, işlediği fiil yönünden içinde bulunduğu şartların değerlendirilmesidir. Kabul etmek gerekir ki, taksirli suçlarda, objektif olarak öngörülebilir mahiyette olan neticenin, somut olayda fail tarafından öngörülüp öngörülmediği noktasında yapılan kusur değerlendirmesinde de durum böyledir.

Karakter kusuru açısından tartışılan bir diğer örnek de tekerrürdür. Detaya girmeksizin, konuyla bağlantılı olarak belirtelim ki, kanunumuz, tekerrürü, cezayı ağırlaştıran bir sebep olarak düzenlememiş, tekerrür halinde suç işleyen failin karakter yapısından kaynaklanan ahlaki redaetini ortaya koyması nedeniyle şartlı salıverme süreleri ile ilgili olarak farklı bir rejime tabi tutulmasını öngörmüştür (TCK m.58/6). Ayrıca tekerrür halinde suç işleyen fail hakkında, tekerrüre konu suç için kanunda seçimlik olarak adli para cezası veya hapis cezasına hükmedilmesi öngörülmüşse, hapis cezasına hükmedilmesi zorunluluğu getirilmiştir (TCK m.58/3).

---

[641] Benzer görüş için bkz. **Schaffstein,** Spielraum-Theorie, Schuldbegriff und Strafzumessung (Gallas FS), s.114.

[642] **Schaffstein,** Spielraum-Theorie, Schuldbegriff und Strafzumessung (Gallas FS), s.114.

[643] **MAURACH, Reinhart,** Grundriß des Strafrechts Allgemeiner Teil, Wolfenbutteler Verlagsanstalt, 1948, §62/II.

[644] **Mir,** Der materialle Schuldbegriff, s.25; **Schaffstein,** Spielraum-Theorie, Schuldbegriff und Strafzumessung (Gallas FS), s.111.

Burada da, failin ısrarlı olarak suç işlemesi nedeniyle ıslah olmadığı dikkate alınarak, özel önleme amacına yönelik bir düzenleme tarzı benimsendiği söylenebilir. Bununla birlikte, tekerrür, kastlı veya taksirli suçlar bakımından bir takım sürelere bağlı olarak tatbik edilen bir kurum olarak kabul edilmiştir (TCK m.58/2). Dolayısıyla, kişinin yaşamı boyunca eskiden işlediği bazı suçların gölgesi altında yaşamasının önüne geçilmek istenmiştir. Bu durum da, fail değil, fiil ceza hukuku anlayışının[645] kabul edildiğini açıkça ortaya koymaktadır. Sonuç olarak tekerrüre ilişkin düzenlemelerin de, karakter kusuru anlayışına karine teşkil etmesi hiçbir hal ve şartta mümkün değildir[646].

3.4. Genel Önleme Gerekliliğine Dayalı İsnadiyet Olarak Kusur (Jakobs'un Fonksiyonel Kusur Anlayışı)

Jakobs, kusur kavramının, failin hukuki motivasyon eksikliği nedeniyle davranışlarını hukuka aykırı olarak yönlendirmesinden dolayı cezalandırılması yönünde işlev gördüğünü belirterek, cezalandırmanın, norma olan güveni sağlayacağının altını çizmiştir. Yazara göre, cezalandırmanın norma güveni sağlama amacı çerçevesinde kusur kavramı, yalnızca gelecekte işlenebilecek suçlar yönünden değil, hâlihazırda işlenen suçların cezalandırılmasıyla düzenin sağlanması ile de bir fonksiyon icra etmektedir[647]. Dolayısıyla, kusur kavramının içeriğini belirleyen, onun amacından başka bir şey değildir.

Jakobs'a göre hareket kavramı bağlamında, failin motivasyonunu norma aykırılıktan yana kullanmasının (hukuka uygun motivasyon eksikliğinin) kaçınılamaz

---

[645] Günümüzde fiil ceza hukuku anlayışının hakim olduğu, bu nedenle kusurun da, failin işlediği belli bir fiille bağlantılı olarak "fiil kusuru" olarak anlaşılması gerektiği hususunda bkz. **Baumann-Weber-Mitsch,** Allgemeiner Teil, §18, kn.26.

[646] Belirtelim ki, tekerrürü cezağı ağırlaştıran bir neden olarak kabul eden ülkelerde dahi, bu durumun karakter kusuru anlayışının benimsendiği anlamına gelmeyeceğinin altı çizilmiştir. İspanyol ceza hukuku bakımından bu hususta bkz. **Mir,** Der materialle Schuldbegriff, s.24, 25; *Maurach* da, tekerrür durumunda cezalandırmada meydana gelen bu farklılığın, kusurdan değil, failin hukuka husumet teşkil eden tekerrür halindeki davranışından kaynaklandığını, dolayısıyla tekerrürün, fiil kusuru anlayışıyla bağdaştığını ifade etmiştir (**Maurach,** Allgemeiner Teil (1948), §62/II).

[647] **Jakobs,** Allgemeiner Teil, 17/18.

olup olmadığı önem taşımaz. Diğer bir ifade ile hareket, failin, onu yönlendirirken sahip olduğu motivasyondan bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Bu anlamda, hareket bir üst kavram olarak kabul edilerek, haksızlık alanına ilişkin olarak tipik olmayan, hukuka uygun olan davranışlar yanında, kusur alanına ilişkin olarak kaçınılmaz yasak hatasına dayalı olarak gerçekleştirilen davranışlardan da söz edilebilir[648].

Haksızlığın, haksızlık teşkil eden fiili işleyen faile yüklenip yüklenemeyeceği, failin hukuka sadakati ile bağlantılı olup kusur yargısının konusudur. Yazara göre, kusurun belirlenebilmesi için kusur isnadıyla karşı karşıya olan faile ne kadar sosyal zorunluluk yüklenebileceği ve faile ait hangi arızalı kişisel özelliklerin devlet, toplum veya mağdur gibi bir üçüncü kişi tarafından kabul görebileceği tartışılmalıdır[649].

Jakobs'a göre kusur, toplumsal anayasanın (mutabakatın) belirlediği bir ölçüye bağlı olup, haksızlığın varlığı da, bu ölçüye göre tespit edilir. Dolayısıyla, yazar, haksızlığı ve bununla birlikte kusuru, toplumsal düzen kurallarının tepkisine bağlı tutmuştur. Bu ilişki içerisinde kusurun içeriği, cezanın amacı ile aynı şekilde belirlenir. *Jakobs*, kusur kavramının fonksiyonel olarak inşa edilmesi, diğer bir ifade ile bu kavramın maddi yapısının icra ettiği fonksiyona göre tayin edilmesi gerektiğine işaret etmiştir. Kusurun fonksiyonu, cezanın genel önleme amacına dayandırıldığından, cezanın amacının gerektirdiği ölçüde kusurun içeriği belirlenmelidir. Yazara göre, cezanın amacı, pozitif anlamda genel önleme olup norma uyulmasını sağlamaya hizmet eder. Bu anlamda ceza, korkutma amacına yönelik değildir[650].

Roxin, *Jakobs* tarafından ortaya koyulan bu düşünce tarzını öncelikle, kusurun cezayı sınırlandırma fonksiyonunu genel önlemeye feda etmesi nedeniyle eleştirmiştir. Ayrıca bu kabul, bireyin cezalandırılabilirliği, onun kişisel özelliklerini dikkate almaktan çok, toplum içerisinde yaşayan bir birey olarak sosyal düzene ve hukuka sadık kalmasını amaçlayan bir anlayışın ortaya çıkmasına sebebiyet

[648] **Jakobs,** Allgemeiner Teil, 17/19.
[649] **Jakobs,** Allgemeiner Teil, 17/21.
[650] **Jakobs,** Allgemeiner Teil, 17/22.

verecektir[651]. Bu durumda, cezalandırılan fail, toplum düzeninin sağlanmasında sadece bir araç olarak kabul edilmiş olacaktır[652].

Belirtelim ki, fonksiyonel kusur anlayışının, kusurun işlevi bakımından uygun bir kabul olmadığını savunan yazarlar da mevcuttur. Bu kapsamda *Baumann-Weber-Mitsch*, kusurun cezanın koşulu olduğunu, fail hakkında tayin edilecek cezayı gerekçelendirdiğini, bu nedenle de, somut olayda failin davranışına ilişkin kusur yargısının, cezalandırmanın yöneldiği amaçtan bağımsız olarak değerlendirilmesi gerektiğinin altını çizmişlerdir. Bu nedenle kusuru, cezanın amacına özgüleyen anlayış reddedilmelidir[653].

Kindhäuser de, fonksiyonel kusur anlayışının hem büyük ölçüde belirsiz olduğunu, hem de norma uyma hususunun fail bakımından neden bağlayıcılık oluşturduğu sorusunu cevapsız bıraktığını ifade ederek, *Jakobs*'un anlayışını eleştirmiştir[654]. Bununla birlikte belirtelim ki, *Kindhäuser* tarafından ortaya koyulan kusur anlayışı hukuki kusurdan (*Rechtsschuld*) ibaret olup, kınanabilirlik yargısının temelini, failin hukuka olan sadakat eksikliği oluşturmaktadır[655]. Bu bakımdan, yazarın benimsediği anlayış, genel önleme amacı ayrık tutulursa *Jakobs* tarafından ortaya koyulan anlayışla benzer bir mahiyette olup, kaynağını norma sadakat yükümlülüğünden aldığı söylenebilir.

3.5. Normatif Hitap Edilebilirliğe Rağmen Haksız Bir Davranışta Bulunma Olarak Kusur (Roxin)

Roxin, kendi kusur anlayışını, failin, normatif hitap edilebilirliğe rağmen haksız bir davranışta bulunmayı seçmesi olarak belirlemiştir. Buna göre fail, fiili işlediği sırada, ceza içeren normun çağrısına açıksa, diğer bir ifadeyle normun

[651] **Roxin,** Allgemeiner Teil I, §19-D, kn.34.
[652] **Roxin,** Allgemeiner Teil I, §19-D, kn.35.
[653] **Baumann-Weber-Mitsch,** Allgemeiner Teil, §18, kn.22.
[654] **KINDHÄUSER, Urs,** Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. völlig neu überarbeitete Aufl., Nomos, 2013, §21, kn.8.
[655] **Kindhäuser,** Allgemeiner Teil, 21/10.

yasakladığı ya da emrettiği davranışı gerçekleştirmek noktasında karar verme olanaklarına manevi olarak sahipse ve buna rağmen normu ihlal ediyorsa, kusurlu kabul edilmelidir[656]. Kusurun böylece normatif olarak ele alınması, failin irade özgürlüğüne sahip olup olmadığı hususunda ispata gerek kalmaksızın, fail, norma uygun davranma imkânına psikolojik olarak sahipse, kusurlu olduğunu kabule imkan sağlamaktadır[657]. Yazara göre tam da bu nedenle söz konusu kusur anlayışı, indeterminist görüşü savunanlar kadar, determinist anlayışı benimseyenler bakımından da kabul edilebilirdir. Çünkü kusurun bu şekilde ele alınması, deterministlerin karşı çıktığı şekilde, failin başka şekilde hareket edebilir olduğuna ilişkin bir değerlendirmeye dayanmamaktadır. Aksine irade özgürlüğü, doğa bilimlerinden bağımsız bir şekilde normatif olarak ele alınmaktadır. Dolayısıyla, fail, normatif hitap edilebilirliğe rağmen hareketini, serbestçe norma aykırılığa yönlendiriyorsa kusurludur[658].

Roxin, bu şekilde ortaya koymuş olduğu normatif kusur değerlendirmesinin, toplum yapısından kopuk hukuki bir değerlendirme tarzı olduğu eleştirilerine karşı çıkmaktadır. Yazara göre, tam aksine irade özgürlüğü her ne kadar ispat edilebilir olmasa da, sosyal bir düzen içerisinde özgürlüğün değişken yapısı kabul edildiğinde anlam kazanabilecek bir kavramdır. Bu manada normatif irade özgürlüğü, normal bir kimsenin baskı altında olmaksızın –sosyal yapı içerisinde- iradesini şekillendirerek hareket edebilmesi olarak anlaşılmalıdır[659]. Yazara göre, norma uygun hareket edebilme özgürlüğüne sahip olmayan kişinin cezalandırılması anlamsızdır.

Roxin, bu görüşünü, aynı zamanda cezanın amacını dikkate alarak temellendirmektedir[660]. İçinde bulunduğu belli şartlar nedeniyle işlediği davranıştan ötürü kınanamayan bir kimsenin, cezanın genel önleme amacı çerçevesinde cezalandırılması ya gereksizdir yahut da akıl hastalarında olduğu gibi cezanın genel

---

[656] **Roxin,** Allgemeiner Teil I, §19-D, kn.36.
[657] **Roxin,** Allgemeiner Teil I, §19-D, kn.36.
[658] **Roxin,** Allgemeiner Teil I, §19-D, kn.37.
[659] **Roxin,** Allgemeiner Teil I, §19-D, kn.41, 42.
[660] *Paeffgen* de, *Roxin*'in, normatif hitap edilebilirliği kusurun cezayı mümkün kılması ile bağlantılı olarak önleme prensibine bağladığını ifade etmektedir (**PAEFFGEN, Hans Ullrich,** Vorb. zu den §§ 32 ff., in Nomos Kommentar Strafgesetzbuch –Kindhäuser-Neumann-Paeffgen-, 4. Aufl., Nomos Verlag, Baden-Baden 2013, kn.224).

önleme etkisi fail tarafından hissedilebilir olmadığından, cezalandırmaya gerek yoktur[661]. Örneğin fiziksel (cebir) yahut manevi bir zorlama (tehdit) altında suç işleyen bir kimsenin cezalandırılması, bir defaya mahsus gerçekleşen istisnai bir durumun mevcut olması nedeniyle, cezanın genel ve özel önlemeyi sağlama amacına hizmet etmeyeceğinden, gereksizdir. Dolayısıyla, bu durumda devletin cezalandırma yetkisi meşru kabul edilmemiştir[662]. Akıl hastaları bakımından ise, bunlar, haksızlığın içeriğini anlama imkânına sahip olmadıklarından, cezalandırılmaları gereksizdir.

4. Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Kusuru Kaldıran Nedenler Ayrımı

4.1. Genel Açıklamalar

20'nci yüzyılın başlarından itibaren suç teorisinde etkili olan normatif değişim, kusurun bir değer yargısı olarak algılanması sonucunu doğurmuştur[663]. Suçun tüm objektif unsurlarını tipiklik ve hukuka aykırılık başlığı altında değerlendiren; failin, fiili işlemesinde etkili olan tüm ruhsal ve psikolojik durumları içine alan sübjektif unsurlarını ise, kusurluluk altında toplayan klasik suç teorisinin[664] ortaya koyduğu yaklaşım, özellikle haksızlık ve kusurun birbirinden ayrılması bakımından güçlüğe neden olmaktaydı. Kusurun normatifleşmesi gerekliliğine yönelik ortaya atılan görüşlerin kaynağı da, esasen bu güçlükten kaynaklanmaktaydı[665].

Haksızlık ile kusurun birbirinden ayrılmasının doğal bir sonucu olarak, haksızlığı (hukuka aykırılığı) ortadan kaldıran nedenlerle, kusurluluğu kaldıran

---

[661] **Roxin,** Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, s.33.
[662] **Roxin,** Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, s.34.
[663] **HIRSCH, Hans Joachim,** Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem aus deutscher Sicht, in Rechtfertigung und Entschuldigung, Band III (Deutsch-italienisch-portugiesisch-spanisches Strafrechtskolloquium 1990-Herausgegeben von Albin Eser und Walter Peron), Eigenverlag Max-Plank-Institut, Freiburg im Breisgau, 1991, s.36.
[664] **Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.202.
[665] **Hirsch,** Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem, s.36.

nedenlerin de birbirinden ayrılması gerekliliği ortaya çıkmıştır. Ceza hukuku, bir hakkı tehlikeye maruz bırakan ya da ihlal eden davranışların, bazı özel durumlarda cezayı hak etmediğini kabul etmek durumundadır. Bu kapsamda, hemen tüm hukuk sistemlerinde; meşru savunma, zorunluluk hali, kusur yeteneğinin yokluğu, ilgilinin rızası gibi hukuki kurumlar, fiili işleyenin cezaya layık olmadığı haller olarak kabul edilebilir[666]. Bunlar, cezayı kaldıran nedenler olarak değerlendirilebilirse de, hangi nedenlerin haksızlığı, hangi nedenlerin kusuru ortadan kaldırdığı, normatif anlayış bakımından[667] önem arz etmektedir[668].

4.2. Hukuka Uygunluk Nedenleri-Mazeret Nedenleri Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi (Etkisel Farklılık-Değer Yargısına İlişkin Farklılık-Fonksiyonel Farklılık)

4.2.1. Genel Olarak Hukuka Uygunluk Nedenleri-Mazeret Nedenleri Ayrımı

Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı, genel olarak tipe uygun ve hukuki bir değeri ihlal eden fiilin hukuka aykırı olmadığı sonucunu doğurur[669]. Bu durum,

---

[666] **SCHROEDER, Friedrich Christian,** Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen Strafrecht im Vergleich zum Sowjetischen, in Rechtfertigung und Entschuldigung, Band I (Herausgegeben von Albin Eser, Editor by George Fletcher), Freiburg i. Br. 1987, s.524.

[667] Kusurluluğun, kast ve taksir şeklindeki manevi unsurların üst başlığı olarak kabul edilmesi durumunda (klasik teori), objektif unsurlara dâhil olan haksızlığı yahut sübjektif unsur olan kusurluluğu kaldıran nedenler arasındaki farkın keskin bir biçimde ortaya koyulması zorunlu değildir. Zira her iki durumda da suçun oluştuğundan söz etmek mümkün değildir.

[668] **HASSEMER, Winfried,** Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht. Thesen und Kommentare, in Rechtfertigung und Entschuldigung, Band I (Herausgegeben von Albin Eser, Editor by George Fletcher), Freiburg i. Br. 1987, s.189-191.

[669] **PERRON, Walter,** Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht, 1. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1988, s.83. Günümüzde hukuka aykırılık, fiilin, yalnızca ceza hukukuyla değil tüm hukuk düzeniyle çelişmesi anlamına gelmektedir. Bununla birlikte ifade edelim ki hukuka aykırılık kavramı, bazı yazarlarca ceza hukukuna aykırılık ve diğer alanlardaki hukuka aykırılık şeklinde ikiye ayrılarak da incelenmiştir. Örneğin 20. Yüzyılın başlarında *Günther*, hukuka aykırılığın hukuk düzeninin tamamı bakımından *kavramsal bir üst başlık* olarak değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmekle birlikte, bu düzen içerisindeki farklı alanların, amaçsal ve fonksiyonel olarak insan fiillerine farklı sonuçlar bağladığı dikkate alındığında, ceza hukuku ve diğer

yalnızca ceza hukuku yönünden değil, tüm hukuk düzeni açısından geçerlidir. Çünkü hak ve haksızlık arasındaki belirleme, hukuk düzeninin birliği bakımından önem arz etmektedir[670]. Nitekim örneğin güveni kötüye kullanma suçunda, özel hukuktan kaynaklanan hapis hakkı, faile, belli bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde zilyetliği devredilen malın iade edilmemesi açısından hukuka uygunluk sebebi teşkil eder. Dolayısıyla, hukuk düzeninde yer verilen herhangi bir hukuka uygunluk nedeni, bu düzenin bütünlüğü ilkesi gereğince, ceza hukuku bakımından da etki göstererek, tipik fiilin suç teşkil etmesinin önüne geçecektir.

Bununla birlikte, genel olarak ceza kanunları, hukuka uygunluk ile ilgili bir tanım yapmak yerine, hukuka uygunluk nedeni oluşturan bazı durumları düzenleme yoluna gitmiştir. Bu nedenle de, doktrinde hukuka uygunluk nedenleri, suçun olumsuz unsurları olarak kabul edilmektedir[671].

Normatif anlayışın ortaya koyduğu; tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk şeklindeki üç aşamalı suç yapısı bakımından, hukuka uygunluk nedenlerinin somut olayda var olup olmadığı son derece önemlidir. Zira failin kusurlu olup olmadığı değerlendirmesine geçilebilmesi için öncelikle, tipik ve hukuka aykırı bir fiilin var olduğunun, diğer bir ifade ile somut olayda hukuka uygunluk nedenlerinden herhangi birinin gerçekleşmediğinin tespit edilmesi gerekir[672]. Bu anlamda biz, hukuka uygunluk nedenleri ile kusuru kaldıran nedenler arasında hem ***etki alanı,*** hem ***değer yargısı*** hem de ***fonksiyonel*** bakımından bir farklılık olduğunu düşünmekteyiz.

---

alanlar açısından hukuka aykırılığı ikiye ayırarak incelemek gerekmektedir. (Günther'in görüşleri için bkz. **von der Linde,** Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht?, s.166-169.)

[670] **Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.327.

[671] **Perron,** Rechtfertigung und Entschuldigung, s.84.

[672] **Hirsch,** Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem, s.31-33; **Schroeder,** Rechtfertigung und Entschuldigung, s.525.

4.2.2. Hukuka Uygunluk Nedenleri-Mazeret Nedenleri Ayrımının Önemi

4.2.2.1. Etkisel Farklılık

Hukuka uygunluk nedenlerinin mevcudiyeti halinde, gerçekleştirilen fiilin tüm hukuk düzeni bakımından hukuka uygun kabul edilmesi nedeniyle, bunların *genel etkisinden* söz etmek mümkündür. Dolayısıyla, ceza yargılaması açısından, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin varlığının tespit edildiği durumlarda, bu fiil nedeniyle ortaya çıkan zararın özel hukuk açısından tazminat sorumluluğu doğurması mümkün değildir. Buna karşılık, ceza hukuku alanında failin kusurundan söz edilemediği durumlarda, aynı etkinin söz konusu olmadığı söylenebilir. Bu anlamda kusur değerlendirmesi, ceza hukukuna özgü bir değer yargısının konusunu oluşturmaktadır. Kusurun tespiti yönünden, ceza hukuku açısından farklı, özel hukuk açısından farklı değerlendirmeler yapılarak farklı sonuçlara ulaşılabilir.

4.2.2.2. Değer Yargısına İlişkin Farklılık

Hukuka uygunluk ve mazeret nedenleri arasındaki *değer yargısına ilişkin farklılığın* ortaya koyulabileceği en uygun alan zorunluluk halidir[673]. Zira hukuka uygunluk nedenleri ile kusuru kaldıran nedenler arasındaki ayrımın temeli de, Alman yasa koyucunun 1975 yılında yaptığı bir değişiklikle, zorunluluk halini hukuka uygunluk nedeni olarak ve mazeret nedeni olarak ikiye ayırmasına bağlı olarak zorunluluk durumuna dayanmaktadır[674]. Bu ayrımın nedeni, *Frank*'ın düşüncelerinden kaynaklanan normatif anlayışla birlikte, kendisinin veya başkasının vücut bütünlüğüne yahut yaşamına yönelik bir tehlike altında, bu hakları korumak amacıyla soyut normda tanımlanan tipik fiili gerçekleştiren failin, hukuka uygun

[673] **Schroeder,** Rechtfertigung und Entschuldigung, s.525.

[674] **ROXIN, Claus,** Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen, JuS 1988, 28. Jahrgang, Heft 6, s.425; **KÜPER, Wilfried,** Grundsatzfragen der "Differenzierung" zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung (Notstand, Pflichtenkollision, Handeln auf dienstliche Weisung), JuS 1987, 27. Jahrgang, Heft 2, s.81.

hareket ettiğinin mi; yoksa bu durumdaki failin hukuka aykırı hareket etmekle birlikte, mazur görülmesi gerektiğinin mi kabul edileceği hususundaki tartışmalardır[675]. Hukuka uygunluk nedeni olan zorunlulukta, fiil hakkındaki değer yargısı, hem sosyal açıdan hem de hukuki açıdan fiilin hukuka uygunluğu şeklinde ifade edilebilecekken, mazeret nedeni olan zorunlulukta, failin işlediği fiilden kınanamaması söz konusudur[676].

Bu anlamda, *Roxin*'e göre, hukuka uygunluk nedenleri ile mazeret nedenleri arasındaki farkı ortaya koymak zor değildir. Zira ilkinde, birbiriyle çelişen iki değer arasından bir tanesine itibar edilerek, bir başkasına ait yahut toplumun genelini ilgilendiren hukuki bir değeri ihlal eden fiilin, hukuka aykırı kabul edilmemesi söz konusudur[677]. Buna karşılık mazeret nedenlerinde[678], öncelikle failin hukuka aykırı hareket ettiğinin tespit edilmesi gerekmekte olup, buna rağmen fiilin, suç politikası nedeniyle cezalandırılmasının gerekli olmadığına kanaat edilir. Hukuka aykırılık alanında, hak ve haksızlık noktasında bir değerlendirme söz konusu olup, mazeret nedenleri bakımından ise, sosyal anlamda tasvip edilmeyen fiilin cezaya layık olup olmadığı tartışılmaktadır[679].

4.2.2.3. Fonksiyonel Farklılık

Fonksiyonel farklılık, hukuka uygunluk nedenleri ile mazeret nedenlerinin suç sistematiği bakımından ortaya koyduğu sonuçlar çerçevesinde değerlendirilebilir. Hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı halinde, fiil hukuka aykırı değilken, mazeret nedenlerin varlığı durumunda, doğal olarak kusura ilişkin bir değerlendirme mevzu bahistir. Elbette bu durum, aşağıda izah edileceği üzere, suç sistematiğinde yer

---

[675] **Schroeder,** Rechtfertigung und Entschuldigung, s.526.
[676] **Schroeder,** Rechtfertigung und Entschuldigung, s.527.
[677] **Roxin,** Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen, s.426.
[678] Roxin, bunlar bakımından "sorumluluğu kaldıran nedenler" kavramını kullanmayı tercih etmiştir.
[679] **Roxin,** Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen, s.426.

verilen diğer hukuki kurumların tatbiki bakımından da bir takım sonuçlar doğuracaktır.

4.2.2.3.1. İştirak Yönünden

Hukuka uygunluk nedenleri ile mazeret nedenleri arasındaki ayrımın fonksiyonel anlamda pratik önemi, kendisini, öncelikle *iştirak* yönünden gösterir. İştirak için hukuka aykırı bir fiilin varlığı gerekli olduğundan, somut olayda fail, işlediği fiilden dolayı kınanamıyorsa da, fiil hukuka aykırılığını koruyacağından, bu durumdaki failin fiiline iştirak edilebilmesi mümkündür. Nitekim TCK'da, "Azmettirme" ve "Yardım Etme" olarak ayrılan şeriklik hallerinde sorumluluğun söz konusu olabilmesi, failin kasten hareket etmesi ve fiilin hukuka aykırı olmasına bağlıdır. Dolayısıyla, fiilin kasten işlenmesi ve hukuka aykırı olması, sorumluluk bakımından hem gerekli hem de kural olarak yeterlidir. Diğer bir deyişle, failin kusurlu hareket etmesine gerek yoktur. Çünkü suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın, kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılacaktır (TCK m. 40/1).

Failin gerçekleştirdiği fiil hukuka uygun kabul edilirse, genel olarak hukuk düzeniyle çelişmeyen bir fiile iştirak eden kişinin de cezalandırılması mümkün olmayacaktır[680]. Çünkü bu halde, TCK m.40'ta belirtilen iştirak kurallarının dayandırılabileceği 'hukuka aykırı' bir fiilden bahsetme olanağı yoktur. Bu nedenle, hukuka uygun kabul edilen bu türden bir davranışa her türlü iştirak, iştirakin esasını oluşturan asıl fiil gibi hukuka uygun kabul edilmelidir. Bu durum, bağlılık kuralının tabi bir sonucudur. Örneğin B, A'ya cebir uygulayarak onu, C'yi yaralamaya zorlamış olsun. A da, cebrin etkisiyle C'yi yaralasın. Şayet burada, A'nın cebir altında gerçekleştirilen davranışı hukuka uygun kabul edilirse, onu, yaralama fiiline zorlayan B'nin davranışı dolaylı faillik esaslarına göre cezalandırılabilirse de, yaralama fiiline katılan bir başkasının, yaralama neticesi yönünden nasıl

[680] **Roxin,** Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen, s.427.

cezalandırılacağı sorusu gündeme gelecektir. Bu nedenle, örnekten hareketle A'nın hukuka uygun değil, yalnızca kusuru olmaksızın hareket ettiğinin kabulü gerekir. Bu da, hukuka uygunluk-mazeret nedenleri ayrımının önemini ortaya koymaktadır.

Ancak burada dikkat edilmesi gereken, zorlama yoluyla iradeye hâkimiyet suretiyle dolaylı faillikle iştirakın birbirinden ayrılmasıdır. Örneğin A, B ve C, bir soygun çetesinin üyeleri olup, bu çetenin lideri olan D, çete üyesi B'yi, A'yı öldürmediği takdirde kendisini öldüreceğinden bahisle tehdit eder yahut cebir uygulayarak bu fiili işlemeye zorlarsa, iradeye hâkimiyet suretiyle dolaylı fail olarak cezalandırılacaktır. Bu talebin en başta B tarafından kabul edilmediği, ancak C'nin, durumun ciddiyetini dikkate alması ve isteneni yapması hususunda B'yi uyarması sonucunda fiili işlemeye karar veren B'nin, işlediği fiil nedeniyle mazur görülmesi, esasen C'nin onu ikna etmesinden değil, D'nin uyguladığı cebir yahut tehdidin etkisinden kaynaklanmaktadır. Uygulanan cebir yahut tehdide rağmen B, fiili işlemek yahut işlememek noktasında baskı altında da olsa, iradi bir davranış gerçekleştirmeye muktedir olduğundan, C'nin davranışının iştirak çerçevesinde ele alınması mümkündür[681].

Buna karşılık doktrinde, iştirakta sorumluluğun esasını, (asıl) failin fiiline değil, ceza kanununun özel hükümler kısmında düzenlenen suçların işlenmesine yönelik gerçekleştirilen "katılma" şeklindeki davranışın genel tehlikeliliğine dayandıran görüşe[682] göre, bu ayrımın iştirak anlamında pratik bir değeri yoktur. Dolayısıyla, örnekten hareket edildiğinde, A'nın davranışı hukuka uygun kabul edilse dahi, B'nin zorlama fiili, C'nin yaralanmasını yasaklayan kasten yaralama suçu bakımından bir tehlikelilik arz ettiği için cezalandırılmalıdır.

---

[681] **ROXIN, Claus,** Täterschaft und Tatherrschaft, Achte Aufl., De Gruyter Recht, Berlin 2006, §21, s.148.

[682] **von der Linde,** Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht?, s.253.

4.2.2.3.2. Meşru Savunma Yönünden

Hukuka uygunluk nedenleri ile mazeret nedenleri ayrımının fonksiyonel anlamda ikinci pratik önemi, *meşru savunma* bakımından ortaya çıkmaktadır. Meşru savunma kapsamında savunma davranışı, bir saldırıyı defetmeye yönelik olması nedeniyle hukuka uygun olup, saldırı teşkil etmeyen bir davranışa karşı meşru savunmada bulunulması mümkün değildir. Bu durum, meşru savunmaya ilişkin düzenlemeyle, yalnızca saldırıya uğrayanın haklarının korunmasının değil, aynı zamanda meşru savunmaya dayanak teşkil eden saldırının hukuk düzeni bakımından tasvip edilmediğine işaret edilmesinin bir sonucudur[683].

Haksızlık alanının kusurdan bağımsız bir değer yargısına konu olduğu düşünüldüğünde, haksız hareket eden ancak kusurlu kabul edilemeyen kimselerin, bir başkasının hakkını ihlale yönelen davranışları, meşru savunma kurumu açısından saldırı olarak kabul edilebilecektir[684]. Ancak bu noktada, özellikle akıl hastaları ve çocukların davranışlarının saldırı olarak değerlendirilmesine tereddütle yaklaşılmaktadır[685]. Bununla birlikte Alman hukukunda, kusurlu kabul edilmeyen kimselerin davranışlarının saldırı olarak kabul edilmesinin, beklenemezlik ilkesi ile çeliştiği de ileri sürülmüştür. Bu çerçevede, mevcut koşullar itibarıyla başka türlü hareket etmesi kendisinden beklenemeyen bir kimsenin davranışının "saldırı" olarak kabul edilmesinin kusur ilkesiyle çeliştiği ifade edilmiştir. Ayrıca bu görüşe göre, özellikle kusur yeteneği bulunmayan akıl hastalarının, gerçekleştirdiği davranışın hukuk düzeniyle çeliştiği noktasındaki bilinç eksikliği nedeniyle, bunların işledikleri fiillerin, hukuka aykırı olsalar da, "saldırı" olarak kabul edilmeleri mümkün değildir[686].

---

[683] **Roxin,** Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen, s.428.

[684] **Artuk-Gökcen-Yenidünya,** Genel Hükümler, s.395; **Hakeri,** Genel Hükümler, s.329; **Koca-Üzülmez,** Genel Hükümler, s.262.

[685] **Artuk-Gökcen-Yenidünya,** Genel Hükümler, s.395; **Hakeri,** Genel Hükümler, s.329.

[686] **von der Linde,** Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht?, s.259 vd.

Görüldüğü üzere bu hususstaki tartışmalar, meşru savunmanın saldırıya ilişkin şartlarıyla alakalı olup, ayrı bir değerlendirme konusudur. Ancak normatif kusur anlayışının kabulünün sonucu olarak kusuru, manevi unsurların bir üst başlığı olarak değil, failin işlediği fiilden dolayı kınanabilirliği çerçevesinde cezalandırmaya etki eden bir değer yargısı olarak nitelemek gerekmektedir. Bu nedenle de, bir kimse, bir takım nedenlerle işlediği fiilden ötürü kınanamasa da, bu durum fiilin haksızlığına etki etmeyeceğinden, kusur yeteneği bulunmayan yahut mazur görülen kişilerin davranışlarının saldırı olarak kabulüne engel bulunmamaktadır. Dolayısıyla, bu anlamda bize göre de, hukuka uygunluk nedenleri ile mazeret nedenleri arasındaki ayrım, meşru savunma bakımından pratik bir öneme sahiptir.

4.2.2.3.3. Hata Yönünden

Hukuka uygunluk nedenleri-mazeret nedenleri ayrımı, hata bahsi bakımından da bir takım pratik sonuçlar ortaya koymaktadır. Genel kabule göre, haksızlık alanına ait olan suçun unsurları bakımından failin hataya düşmesi, kastı, diğer bir ifadeyle kasten işlenen suçtan dolayı sorumluluğu ortadan kaldıracaktır. Buna karşılık, mazeret sebeplerinin şartlarına ilişkin hata ise, aynı etkiyi doğurmaz. Hataya düşülen, kusurluluk kapsamında değerlendirilen hukuki kurumların şartları olduğundan, bu durum doğal olarak kasta değil, kusura etki edecektir[687]. Örneğin hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı hususunda hataya düşen fail, hukuka aykırı bir davranışı gerçekleştirme hususunda bir kasta sahip olmayıp, içinde bulunduğu durumdan ötürü davranışının hukuka uygun olduğunu düşünmektedir. Bu nedenle, böyle durumların kasta etki etmesi ve failin taksirinden dolayı sorumlu tutulması normaldir. Buna karşılık mazeret nedenlerinin varlığı halinde, fail, kasten hareket etmekte ve hukuka aykırı hareket ettiğini de bilmektedir. Bu nedenle failin, kanun koyucu tarafından cezalandırılabilir kabul edilmediğinden söz edilebilir. Diğer bir deyişle, burada kasti davranışa dayanan irade, cezaya layık kabul edilebilecek ağırlığa ulaşmadığı için

[687] **Hassemer,** Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht, s.210.

cezalandırılmaz[688]. Dolayısıyla, mazeret nedenlerinin varlığına ilişkin hata, TCK m.30/3 çerçevesinde ancak kaçınılabilir olması durumunda ceza sorumluluğuna etki edecektir. Hatanın kaçınılabilir olmaması durumunda kasten işlenen davranıştan dolayı sorumluluk gündeme gelecektir.

5. Kusuru Kaldıran Nedenler-Mazeret Nedenleri Ayrımı

Kusurluluk ile haksızlığın birbirinden ayrılması nedeniyle, bu iki kuruma etki eden nedenler arasında bir ayrım gözetmek, sistematik bir zorunluluk olarak değerlendirilebilir. Bununla birlikte, doktrinde, kusurluluğa etki eden bazı nedenlerin mazeret sebebi olarak kabul edilmesi gerektiği, dolayısıyla, kusurluluğu kaldıran diğer nedenler (*Schuldausschließungsgründe*) ile mazeret nedenleri (*Entschuldigungsgründe*) şeklinde bir ayrıma gitmenin de isabetli olacağına dair bir eğilim mevcuttur.

Hemen ifade edelim ki, bu ayrım, kanun koyucunun bu kurumlara bağladığı hukuki sonuç bakımından esasen bir farklılık içermez[689]. Zira her ikisi de, failin ceza almaması sonucunu doğuracaktır. Ancak burada, kusur yargısının içeriği bakımından bir farklılık söz konusudur. Nitekim doktrinde, kusuru kaldıran nedenler olarak kabul edilen[690]; yasak hatası, yaş küçüklüğü (Türk Hukuku bakımından 12 yaş; Alman hukuku bakımından 14 yaş altı) ve tam akıl hastalığı durumunda, kusurun ortadan kalktığı[691], buna karşılık beklenemezlik durumları olarak kabul edilen mazeret

---

[688] **Roxin,** Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen, s.428.

[689] **SCHLEHOFER, Horst,** Vorb. zu den §§32 ff., in Münchener Kommentar Band I, 2. Aufl., C.H Beck München, 2011, kn.248.

[690] **Baumann-Weber-Mitsch,** Allgemeiner Teil, §23, kn.2; **Hirsch,** Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem, s.37.

[691] Bu durumlarda kusurun ortadan kalkması, failin, kusur yeteneğine sahip olmamasının doğal bir sonucu olarak kabul edilmelidir (**Kühl,** Allgemeiner Teil, §11, kn.1-3). Zira kusurluluğun unsurları, kusur yeteneği ve haksızlık bilinci olarak kabul edilmelidir (**Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.476).

nedenlerinde[692] ise, kusurun ortadan kalkmadığı, ancak ciddi ölçüde azaldığı kabul edilmektedir[693]. Örneğin mazeret nedeni olarak kabul edilen zorunluluk halinde fail, işlediği fiilin hukuk düzenince yasaklandığını biliyor olmasına ve esasen başka türlü hareket edebilme imkânına objektif olarak sahip bulunmasına rağmen, karşı karşıya olduğu tehlikeden korunmak için işlediği haksızlıktan ötürü kınanmamaktadır[694]. Kanun koyucunun buradaki cezalandırmama gerekçesi, kusurun ortadan kalkmasından değil, fiilin, cezalandırmayı gerektirecek ölçüde kınanamamasından kaynaklanmaktadır[695].

Zorunluluk halinde kusurun içeriğinin azalmasının kaynağı temelde iki esasa dayandırılmaktadır (*Die doppelte Schuldminderung*)[696]. İlk olarak kusurun azalması, failin içinde bulunduğu durumda başka türlü hareket etmesinin kendisinden beklenememesi şeklinde, ***beklenemezlik ilkesine dayanan***[697] ***somut olaya bağlı psişik bir durumun sonucuyken***; ikinci olarak, zorunluluk halinde kusurun konusunu oluşturan ***haksızlığın içeriğinin de büyük ölçüde azaldığı*** ifade edilmiştir[698]. Haksızlığın içeriğinin azaldığına ilişkin değerlendirme, failin hukuki bir değeri korumak için hareket etmesi ve bu amaçla belli bir sonuca ulaşması açısından, hem hareket hem de netice bakımından önem arz etmektedir. Bununla birlikte, bu yargının doğal sonucu olarak, mazeret nedeni olarak kabul edilen zorunluluk halinde suça katılma, haksızlığın içeriğinin azalması nedeniyle ya mümkün kabul edilmeyecek yahut da cezanın ciddi ölçüde azalmasına neden olacaktır[699].

Belirtelim ki bu görüş, haksızlığı, hem hareket hem netice bakımından değerlendirdiğinden, sonuçsuz kalan mazeret nedenleri bakımından açıklayıcı

---

[692] **OTTO, Harro,** Grundkurs Strafrecht (Allgemeine Strafrechtslehre), 7. Aufl., Walter de Gruyter, 2004, §14, kn.1; **Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.477.
[693] **Hirsch,** Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem, s.37.
[694] **Otto,** Grundkurs Strafrecht, §14, kn.1.
[695] **Schlehofer (MüKo),** Vorb. zu den §§32 ff., kn.248.
[696] **ROGALL, Klaus,** StGB §35, in Systematischer Kommentar, Band I, 8. neu bearbeitete Aufl., Carl Heymanns Verlag, 2014, Abschnitt 2, kn.5.
[697] **Schlehofer (MüKo),** Vorb. zu den §§32 ff., kn.251.
[698] **ENGLÄNDER, Armin,** StGB §35, in Matt-Renzikowski Strafgesetzbuch Kommentar (herausgegeben von Holger Matt-Joachim Renzikowski), Verlag Franz Vahlen, München 2013, kn.2; **FRISTER, Helmut,** Der strafrechtsdogmatische Begriff der Schuld, JuS 2013, Heft 12, s.1063; **Jakobs,** Allgemeiner Teil, 20/3.
[699] **Jakobs,** Allgemeiner Teil, 20/3.

olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir[700]. Diğer yandan, bu görüşe yöneltilen başka bir eleştiri de, haksızlık içeriğinin hangi gerekçelerle ve ne ölçüde azaldığının belirlenmesindeki güçlüktür[701]. Örneğin kendisi yahut bir başkasının hakkına yönelen tehlike durumundan etkilenmeyen ve soğukkanlılıkla hareket eden kişinin durumu, psişik bir anlayışla açıklanamaz[702]. Ayrıca zorunluluk durumunda haksızlığın azaldığı kabulü, tek başına zorunluluk halinin belirlenmesinde rol oynamaz. Örneğin ceza kanununun mantığına göre, zorunluluk hali olmaksızın işlenen mala zarar verme yahut konut dokunulmazlığını ihlal fiillerinin haksızlığı, zorunluluk hali dolayısıyla bu görüşe göre haksızlık içeriği azalmış bir insan öldürme fiilinden daha ağır değildir. Dolayısıyla, korunan hukuki değerler dikkate alındığında, azalmış haksızlık dahi diğer haksızlık türlerine göre daha ağır olabilir[703].

Doktrinde, kusuru kaldıran nedenler ile mazeret nedenleri arasında bir ayrımın varlığına, yalnızca kusurun azalması kıstas alınarak değil, beklenemezlik ilkesi kullanılarak da ulaşılamayacağını belirterek, böyle bir ayrımın kanun koyucunun düzenleme tarzına aykırılık oluşturduğunu savunanlar da mevcuttur. Bu kapsamda *Schlehofer*, beklenemezliğin, yalnızca mazeret nedeni olarak kabul edilen zorunluluk hali ve meşru savunmada sınırın heyecan, korku, telaş nedeniyle aşılması durumlarında söz konusu olmadığını, kusuru kaldıran asıl nedenlerden biri olarak kabul edilen yasak hatasında da, failin, içinde bulunduğu hata hali dolayısıyla başka türlü davranmasının kendisinden beklenemeyeceğini ileri sürmüştür[704]. *Baumann-Weber-Mitsch* de, kanun koyucunun bunların tamamına bağladığı sonuç dikkate alınarak, kanun terminolojisine uygun bir biçimde yalnızca "kusuru kaldıran

[700] **Jakobs,** Allgemeiner Teil, 20/3.
[701] Bu anlayışın ispat güçlüğü ile karşılaştığı hususunda bkz. **BERNSMANN, Klaus,** Entschuldigung durch Notstand (Studien zu §35 StGB), Carl Heymanns Verlag KG, 1989, s.377.
[702] **Frister,** Der strafrechtsdogmatische Begriff der Schuld, s.1063. Zorunluluk halinde failin tehlike dolayısıyla gerçekleştirdiği davranışın panik durumuyla ilişkilendirilmesinin, bilinç bozukluğu çerçevesinde değerlendirilebileceği, dolayısıyla akıl hastalığı yahut ruhi bozukluk (hukukumuz bakımından geçici nedenler) çerçevesinde ele alınabileceği hususunda bkz. **Bernsmann,** Entschuldigung durch Notstand, s.372, 373.
[703] **Frister,** Der strafrechtsdogmatische Begriff der Schuld, s.1063.
[704] **Schlehofer (MüKo),** Vorb. zu den §§32 ff., kn.252.

nedenler" kavramının kullanılmasının daha uygun olacağını belirterek bu görüşe katılmıştır[705].

Son olarak ifade edelim ki, *Roxin* ve *Jakobs* tarafından kusurun maddi yapısının açıklanmasında da başvurulan önleme prensibinin, mazeret nedenleri açısından da kullanılmış olması[706] eleştirilerek, önlemenin, mazeret nedenlerinin sebebi değil, somut olayda hukuken önemsenecek derecede bir kusurun mevcut olmamasının sonucu olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir[707].

6. Türk Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenleri-Mazeret Nedenleri ve Kusuru Kaldıran Nedenler Ayrımı

Öncelikle belirtelim ki, 5237 sayılı TCK, ihdas edildiği tarih (1889) dikkate alındığında doğal olarak o döneme hâkim anlayış olan klasik suç öğretisinin etkili olduğu İtalyan Zanardelli Kanunu'ndan iktibas edilen 765 sayılı TCK'dan[708] büyük ölçüde farklılıklar içermektedir[709]. Yasanın özellikle hata (TCK m. 30), iştirak (TCK

---

[705] **Baumann-Weber-Mitsch,** Allgemeiner Teil, §23, kn.2; *Bernsmann* ise, münhasıran zorunluluk durumunun cezayı kaldıran neden olarak nitelendirilmesi gerektiğini savunmuştur (**Bernsmann,** Entschuldigung durch Notstand, s.379 vd.).

[706] Haksız bir davranışın cezalandırılmamasının kusurun yokluğuna dayandırılması durumunda gerçek kusuru kaldıran hallerden, buna karşılık bu tür bir davranışın failin az kusurlu olması nedeniyle cezanın önleme amacını gerçekleştirmeyeceği düşünülerek cezalandırılmadığı hallerde ise mazeret sebeplerinden söz edileceği hususunda bkz. **Roxin,** Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen, s.433. Jakobs'un mazeret nedenlerinin esasını genel önlemeye dayandıran görüşleri için bkz. **Jakobs,** Allgemeiner Teil, 20/4. Bu görüşlerin ceza hukuku politikası ile bağlantısı hususunda bkz. **Bernsmann,** Entschuldigung durch Notstand, s.377-379.

[707] **Hirsch,** Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem, s.44.

[708] Bu kanun, iktibas edildiği 1926'dan sonra birçok değişikliğe uğramış olsa da, suç teorisine ilişkin kabul ettiği temel felsefenin, klasik suç teorisinden ayrılmadığı söylenebilir.

[709] Suç siyaseti bakımından ortaya koyulan anlayış farklılığı, Türk Ceza Kanunu Tasarısı Adalet Alt Komisyonu'nun 8.3.2004 tarih, 1/593 Esas ve 60 Karar sayılı raporunda şu şekilde ifade edilmiştir; *"Suç siyaseti, barış esasına dayalı toplum düzeninin devamı için hukuka aykırı fiillerin hangilerinin suç olarak tanımlanması gerektiğinin belirlenmesinde izlenen yolu göstermektedir. Hukuka aykırı herhangi bir fiile suç niteliğini kazandıran koşullar, izlenen suç siyaseti ile belirlenmektedir. Suç siyaseti ile güdülen amaca ulaşabilmek için, uyulması gereken ana ilkeler, kusur ilkesi, hukuk devleti ilkesi ve hümanizm ilkesidir.*

Kusur ilkesi, *ceza yaptırımının, ancak işlediği fiilden dolayı kişinin kınanabilmesi durumunda uygulanabilmesini ifade eder. Bu ilke, bir yandan işlediği fiil dolayısıyla kusurlu olmayan bir kimseye*

m. 37-41) ile ilgili maddeleri ve yaptırımlar sistematiği yakından incelendiğinde bu değişiklikleri sadece madde bazlı değişiklikler olarak değerlendirme imkânı yoktur. Kanunun bu maddeleri, takip edilen suç teorisi bakımından ciddi bir felsefe değişikliğine işaret etmektedir. Özellikle "haksızlık" teriminin suç teorisindeki sistematik anlamıyla beraber kanun metninde kullanılıyor olmasını, bu değişimin doğrudan bir yansıması olarak görmek mümkündür[710].

Kanunda, Alman hukukundaki hâkim öğretinin etkisiyle[711] normatif anlayış benimsenerek, haksızlık ve kusuru birbirinden ayıran bir yaklaşım da ortaya koyulmaya çalışılmıştır. Ancak kanunun mantığına büyük ölçüde işlemiş olan bu durumun, lafzi olarak metne yansıtılabildiği söylenemez. Nitekim genel hükümler kısmında, kusuru kaldıran nedenlerle hukuka uygunluk nedenleri arasında bir ayrıma gidilmeksizin, bunların tamamının *"ceza sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan nedenler"* başlığı altında düzenlendiği görülmektedir.

---

ceza verilemeyeceğini ifade ettiği gibi; diğer yandan faile kusurundan daha ağır bir cezanın uygulanmasını yasaklar. Bu bakımdan, salt netice sorumluluğu, kusur ilkesiyle bağdaşmamaktadır.
İyi bir suç siyaseti izlenirken göz önünde bulundurulması gereken ikinci ilke, hukuk devleti ilkesidir.
***Hukuk devleti ilkesi,** hukukun bireylere sağladığı güvenceyi belirtir. Bireylerin özgürlük alanına en derin müdahalelerde bulunan ceza hukukunun kötüye kullanılmasını önleyici önlemlerin yine hukuk düzeni tarafından konulması, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, belirlilik ilkesi, kıyas yasağı, geçmişe uygulama yasağı, hukuk devleti ilkesinin gerekleridir.*
Devletin hukuka bağlılığının ideal bir biçimde gerçekleştirilebilmesi için ceza kanunlarının içerik yönünden nasıl düzenlenmesi gerektiğini, hukuk devleti ilkesi belirler. Bu anlamda, ceza kanununun insana saygı esasına dayanması, işkence ve eziyet niteliğini gösteren uygulamaları etkin bir biçimde yasaklaması, insan onuruyla bağdaşmayan cezalar içermemesi, hâkimlerin keyfi ve duygusal biçimde hüküm vermelerine yol açabilecek kavram ve tanımlara yer vermemesi, ceza ve güvenlik tedbirlerinin uygulanmasında fiilin ağırlığı ve failin tehlikeliliğinin göz önünde bulundurulması, hukuk devleti ilkesinin gereği olarak ortaya çıkmaktadır.
***Hümanizm ilkesi,** suç siyasetinin üçüncü ana ilkesini oluşturmaktadır. Bundan amaç, suç işleyen insanın yeniden sosyalleştirilmesi ve toplumsal sorumluluğa sahip bir birey durumuna getirilmesi hedefinin izlenmesidir.*
Türk Ceza Kanunun Tasarısı üzerinde Komisyonumuz tarafından yürütülen çalışmalarda, suç siyasetinin dayandığı bu temel felsefi ilkeler göz önünde bulundurulmuştur."

[710] **KEÇELİOĞLU, Elvan,** Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK'nın Uygulaması Bakımından Pratik Sonuçları, TBB Dergisi, S.87, 2010, s.300.

[711] Özgenç, kanun metninin ortaya çıkarılmasında Rusya Federasyonu ile İspanya arasındaki yelpazede yer alan devletlerin ceza kanunlarının ilgili hükümleri dikkate alınmışsa da, TCK'nın herhangi bir ceza kanunundan iktibas edilmediğinin altını çizmektedir (**Özgenç,** Genel Hükümler, s.69). Buna karşılık doktrinde, Alman Ceza Kanunu'nun mehaz kanun olduğu görüşüne de yer verilmiştir (**ÖZBEK, Veli Özer – DOĞAN, Koray,** Zorunluluk Halinin (TCK m.25/2) Hukuki Niteliği, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S.2, 2007, s.197).

Bunların aynı başlık altında değerlendirilmesi, tek başına eleştiri konusu edilemese de, sorun, madde lafızları dikkate alındığında hangi nedenlerin kusurluluğu kaldırdığının; hangilerinin hukuka uygunluk nedeni olduğunun açıkça anlaşılamamasından kaynaklanmaktadır. Gerçi, TCK m.27/2'de düzenlenen meşru savunmada sınırın heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş olması durumunda ceza sorumluluğunun, bu durumun ***mazur görülebilecek olması*** halinde söz konusu olmayacağı belirtilerek kusur alanına vurgu yapılmış gibi görünse de, diğer hükümler açısından aynı şey söz konusu değildir.

Nitekim aynı madde başlığı altında düzenlenen zorunluluk hali (TCK m.25/2) ve meşru savunmaya (TCK m.25/1) bağlanan sonuç, bu durumların varlığı halinde *"faile ceza verilmez"* şeklinde belirlenmiştir. Bu düzenlemeyle, doktrin[712] ve yargı kararlarında[713] bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilen zorunluluk halinin hukuki niteliği, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (madde 223 nedeniyle) yürürlüğe girmesiyle tartışmalı hale gelmiştir[714].

Kanunda, cezaya etki eden nedenlere ilişkin yer verilen bu yeknesak düzenleme tarzı eleştirilerek, hukuka uygunluk nedenleri ile kusuru kaldıran nedenlerin ayrı başlıklar altında düzenlenmesinin daha uygun olacağı haklı olarak ifade edilmiştir[715]. Zira hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı, cezaya değil, haksızlığın varlığına etkilidir. Diğer bir ifade ile bu nedenler, cezalandırmaya etkili olmayıp, fiilin haksızlığını ortadan kaldırmaktadır[716]. Dolayısıyla, fiil hukuka uygunsa, cezaya dayanak olan kusurluluğa ilişkin bir değerlendirme yapılmasına gerek yoktur. Gerçekten hukuka uygunluk nedenleri ile mazeret nedenleri arasındaki farkı açıklarken de izah etmeye çalıştığımız gibi, bunlar arasında fonksiyonel açıdan (sonuçları bakımından), etki alanı açısından ve fiil hakkında bulunulan değer yargısı

---

[712] **Dönmezer-Erman,** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II, kn.825; **Artuk-Gökcen-Yenidünya,** Genel Hükümler I (3. Baskı), s.523 vd.

[713] "Sanık içinde bulunduğu tehlikenin yarattığı içgüdüyle ruhsatlı silahını korunmak amacıyla kullanmış, nefsine yönelen bir saldırıyı bu suretle uzaklaştırmıştır. Bu nedenle sanığın eylemi hukuka uygun olup, TCY.nın 49/3. maddesi hükmü gereğince cezalandırılması olanaksızdır..." (Yarg. CGK., 17.02.2004, 2-226/39)

[714] **Özbek-Doğan,** Zorunluluk Halinin Hukuki Niteliği, s.195.

[715] **MAHMUTOĞLU, Fatih S.,** 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hukuka Uygunluk Nedenleri, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Y.2, S.5, Nisan 2005, s.43 vd.

[716] **Mahmutoğlu,** 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hukuka Uygunluk Nedenleri, s.44.

açısından farklılıklar mevcuttur. Bu nedenle, hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu kaldıran nedenlerin birarada düzenlenmek yerine ayrı başlıklar halinde bir tasnife tabi tutulmaları sistematik açıdan daha doğru olacaktır.

Belirtelim ki, *Özgenç*, kusurluluk ile hukuka aykırılık arasında bir fark gözetilmesi gerekliliğinin, ceza kanununun hazırlanmasına ilişkin komisyon çalışmaları sırasında gündeme getirildiği, ancak kanunda bu farklılığı ortaya koyacak düzenlemelere gidilebilmesi açısından bir mutabakata ulaşılamadığı hususunun altını çizmektedir. Bu kapsamda yazar, esasen komisyonda görev alan akademisyenlerin arzusunun, bu bölümde düzenlenen maddeleri; "hukuka uygunluk nedenleri" ve "kusurluluğu etkileyen nedenler" şeklinde ikiye ayırarak tasnife tabi tutmak olduğunu ifade etmiştir. Bu konuda başarılı olunamadığından, doktrinde ileri sürülen görüşler açısından bağlayıcı olmamak adına, bunların sonuçları dikkate alınarak bir isimlendirmeye gidilmiş, aradaki farkın, kusurluluğu etkileyen nedenlerle ilgili olan hükümlerde, normatif bir kavram olan kusurun, algılama ve iradi hareket etme yeteneğine vurgu yapılmak suretiyle ortaya konulmasına çalışılmıştır[717].

Kanunda, kusura etki eden nedenler ve hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin ortaya koyulan bu düzenleme tarzı, TCK'nın kabul ettiği suç sistematiği anlayışıyla bağdaşır olmamasına rağmen, sorunun, CMK'nın 223'üncü maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde, teorik olmasa da, fiile bağlanacak sonuçlar bakımından çözülmeye çalışıldığı görülmektedir. Anılan maddede; *"...Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması"* halinde beraat kararı verileceği, buna karşılık sanık hakkında; *"yüklenen suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması"*, *"yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi"*, *"meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması"*, *"kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi"* hallerinde, kusurunun

[717] **Özgenç,** Genel Hükümler, s.72. İlave olarak *Özgenç*, bu anlayışın kanuna yansıtılabilmesi durumunda, zorunluluk halinin yalnızca kusurluluğu ortadan kaldıran neden olarak değil, kusurluluğu etkileyen genel bir neden olarak düzenleme yoluna gidilmek istendiğini, böylece mevcut durumda olduğu gibi özel hükümler kısmında özel zorunluluk hali düzenlemelerine de ihtiyaç kalmayacağını da belirtmiştir (**Özgenç,** Genel Hükümler, s.400.)

bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceği hükme bağlanarak, hukuka uygunluk nedenleri ile kusuru kaldıran yahut azaltan nedenler arasındaki ayrım ortaya koyulmaya çalışılmıştır. Dolayısıyla, yargı kararlarının bu doğrultuda verilmesine imkân sağlayan bu hüküm ile hukuka uygunluk nedenleri ile kusura etki eden nedenler arasındaki ayrımın fonksiyonel hale getirilmesinin sağlanmış olmasını olumlu bulmaktayız.

Bununla birlikte ifade etmek gerekir ki, CMK m.223 dışında kanundaki karışıklık, ceza sorumluluğuna etki eden nedenlere ilişkin madde gerekçelerinde de, bunlardan hangilerinin kusura etki ettiği, hangilerinin hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiğine işaret edilmekle de çözülmeye çalışılmıştır. Örneğin TCK m.25'in gerekçesinde, ikinci fıkrada yer verilen zorunluluk halinin kusuru kaldıran bir hal olarak kabul edildiği vurgulanmıştır. Buna karşılık doktrinde, gerekçe ve CMK m.223 bir kenara bırakıldığında, zorunluluk halinin hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesinin daha doğru olacağı belirtilmiştir[718].

Bu kapsamda diğer bir görüş ise, gerekçenin bağlayıcı olmadığını, bu nedenle zorunluluk halinin hem hukuka uygunluk nedeni hem de mazeret nedeni olarak kabul edilebileceğini savunmaktadır. *Zafer*, bu yöndeki görüşünün, CMK m.223 ile de çelişir olmadığının altını çizmektedir. Yazara göre, zorunluluk halinin bulunması durumunda mahkeme tarafından, kusurun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceğine dair CMK m.223/3-b'de yer verilen düzenleme, zorunluluk halinin kusurluluğu kaldıran neden olarak kabul edilmesine yönelik anlayışın karşılığını oluşturabilir. Ancak bunun dışında, zorunluluk halinin hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi de mümkündür[719].

Hukuka uygunluk nedenleri ile kusuru kaldıran nedenler arasındaki ayrıma yönelik bu tartışma dışında, Türk doktrininde, kusuru kaldıran nedenlerden bazılarının mazeret nedeni olarak kabul edilebileceği de ifade edilmiştir. Nitekim *Sözüer*, Türk hukukunda hangi durumların mazeret nedeni olarak kabul

[718] **Demirbaş,** Genel Hükümler, s.276.
[719] **Zafer,** Genel Hükümler, s.314, 315.

edilebileceğini, Alman hukukundaki tartışmalara da değinerek ortaya koymuştur[720]. Buna göre, hukuka aykırı ancak bağlayıcı emrin yerine getirilmesi, zorunluluk hali, hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın taksirle aşılması, meşru savunmada sınırın heyecan, korku veya telaş nedeniyle aşılması ve cebir veya tehdit etkisi altında suç işlenmesi mazeret nedeni olarak kabul edilmelidir[721]. Ancak belirtelim ki, kanunda, meşru savunmada sınırın heyecan, korku veya telaş nedeniyle aşılması dışında mazeret nedenlerine ilişkin herhangi bir vurgu olmadığı gibi, doktrinde de mazeret nedenleri kavramı, etraflıca tartışılmış değildir.

Yukarıdaki izah çerçevesinde bize göre de, kanunda, hukuka uygunluk nedenleri ile kusuru kaldıran nedenler arasındaki ayrımın, CMK ile değil, TCK'nın ilgili hükümlerinde yer verilecek açık ifadelerle ortaya koyulması daha doğru olacaktır. Zira kanunda yer verilen yeknesak düzenleme, lafzi olarak özellikle hata bahsinde ciddi tartışmalara neden olmaktadır. Nitekim maddenin birinci fıkrasında unsur hatası, bu durumda kastın ortadan kalkacağına açıkça işaret edilerek düzenlenmiş, dördüncü fıkrada da yasak hatasına yer verilmiştir. Buradaki sorunlu düzenleme, "ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır" ifadesini barındıran üçüncü fıkra hükmüdür.

Görüldüğü gibi maddede, kusuru kaldıran nedenler ile hukuka uygunluk nedenleri ayrımı gözetilmeksizin, "ceza sorumluluğuna etki eden nedenlerde hata" ibaresine yer verilmiştir. Hukuka uygunluk nedenleri ile kusuru kaldıran nedenler arasında, suç sistematiği yönünden ortaya çıkan derin farklılıklar dikkate alındığında, bu düzenleme tarzının yerinde olmadığını kabul etmek gerekir. İfade edelim ki TCK m.30'un gerekçesinde, *"hükümet tasarısının (Dönmezer Tasarısı) 23'üncü*

[720] **SÖZÜER, Adem**, "Yeni Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Sorular - Cevaplar", Hukuki Perspektifler Dergisi, S.6, Mayıs 2006, s.230 vd.; Bu kapsamda beklenebilirlik (Zumutbarkeit) ilkesi çerçevesinde mazeret nedenlerinin varlığı durumunda failden, başka türlü hareket etmesinin beklenemeyeceği, bu nedenle de mazur görülen fail hakkında güvenlik tedbiri uygulanamayacağına ilişkin tartışmalara dikkat çeken yazar, kusurluluğu kaldıran bir neden olan (mazeret sebebi olmayan) yasak hatasında da faile güvenlik tedbiri uygulanmadığını, dolayısıyla bunun bir ölçüt olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Bu konunun ayrıntısına girmeksizin, mazeret nedenleri durumunda güvenlik tedbiri uygulanmaması gerektiği görüşünün, bunların arızi bazı durumlar olarak ortaya çıkması nedeniyle failin tehlikeliliğinden söz edilemeyeceği ve dolayısıyla hükmedilen güvenlik tedbirlerine bu durumlarda ihtiyaç bulunmadığı esasına dayandığını belirtelim.

[721] **Sözüer** , "Yeni Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Sorular - Cevaplar", s.231-233.

maddesinin 3'üncü fıkrasında "hukuka uygunluk nedenlerinde hata" ile ilgili hükmün, bölüm başlığına paralel olarak değiştirildiği, madde metnindeki "hukuka uygunluk nedenleri" yerine "ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler" ibaresinin konulduğunun" belirtilmesi de, sorunun çözümüne bir fayda sağlamamıştır.

Burada tartışılan husus, hukuka uygunluk nedenlerinde hatanın, haksızlık alanında mı yoksa kusur alanında mı etki edeceğidir. Detaya girmeksizin belirtmek gerekirse, Alman hukukunda bu husus genel olarak "kast teorisi (*Vorsatztheorie*)", "suçun olumsuz unsurları teorisi (*Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*)", "katı kusur teorisi (*strenge Schuldtheorie*)" ve "sınırlı kusur teorisi (*eingeschränkte Schuldtheorie*)" çerçevesinde ele alınarak sonuca ulaştırılmaya çalışılmıştır[722]. Bunlardan, yasak hatası ile hukuka uygunluk nedenlerinde hatayı, kusuru kaldırdığı kabulüyle aynı kapsamda değerlendiren[723] katı kusur teorisi[724] dışarıda bırakılacak olursa, diğer görüşlerin, farklı gerekçelerle aynı sonuca ulaştıkları söylenebilir[725]; "hukuka uygunluk nedenlerinde hata, kastı kaldırır[726]."

Türk doktrininde, kanunun m. 30/3 hükmünde yer verilen düzenlemeden dolayı, hukuka uygunluk nedenlerinde hatanın kasta mı kusura mı etki edeceği tartışma konusu edilse de, genel kanaat, bu tür bir hatanın kasta etkili olacağı yönündedir[727]. Ancak son tahlilde, kanaatimizce, hukuka uygunluk nedenleri ile

---

[722] **Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.463 vd.; **HEUCHEMER, Michael,** Die Behandlung des Erlaubnistatbestandsirrtums in der Klausur, JuS 2012, s.797 vd.; **HILLENKAMP, Thomas,** 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, 14., überarbeitete Aufl., Verlag Franz Vahlen, München 2012, s.74 vd.

[723] **Hillenkamp,** 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, s.74.

[724] Katı kusur teorisine göre hukuka uygunluk nedenleri tipikliğe değil, hukuka aykırılığa etki etmektedir. Bu nedenle bu sebeplerin şartlarına ilişkin hata kastı değil, hukuka aykırılık bilincini ortadan kaldırmaktadır (**Hillenkamp,** 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, s.75). Bu görüşün savunucularından biri olan Welzel'in görüşleri için bkz. **Welzel,** Das deutsche Strafrecht, s.72.

[725] Katı kusur teorisi dışında kalan bu görüşler, aynı sonuca ulaştıklarından sınırlı kusur teorisi başlığı altında da değerlendirilmektedir (**STERNBERG LIEBEN, Detlev – SCHUSTER, Frank,** StGB §16, in Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. neubearbeitete Aufl., C.H.Beck 2014, kn.16-18).

[726] **Sternberg Lieben-Schuster (SS),** §16, kn.18; **Heuchemer,** Die Behandlung des Erlaubnistatbestandsirrtums in der Klausur, s.799, 800.

[727] **Özgenç,** Genel Hükümler, s.439; **Artuk-Gökcen-Yenidünya,** Genel Hükümler, s.528; **Hakeri,** Genel Hükümler, s.463. Koca-Üzülmez'e göre hukuka uygunluk sebeplerinde sübjektif teori kabul edilerek

kusuru kaldıran nedenlerin ayrı başlıklar halinde düzenlenmesi gerekliliğine paralel olarak, hata bahsinin de hukuka uygunluk nedenleri ve kusuru kaldıran nedenler yönünden ayrı düzenlemelere bağlanması yararlı olacaktır.

7. Zorlayıcı Cebrin Mazeret Nedeni Olarak Kabulü

7.1. Genel Olarak

Kusuru kaldıran nedenler ile mazeret nedenleri arasında, failin somut olayda kusurlu olup olmadığına ilişkin olarak yapılan ayrım çerçevesinde, kusuru kaldıran hallerde (yaş küçüklüğü-akıl hastalığı) failin, hak ile haksızlığı birbirinden ayıramadığından kusur yeteneğinin mevcut olmadığını; buna karşılık mazeret nedenlerinde ise, belli şartlar altında başka türlü hareket etmesi kendisinden beklenemeyen failin, kusurunun mevcudiyetinin kabul edildiğini, ancak kusurlu davranışın cezalandırmaya layık olmaması nedeniyle mazur görüldüğünü belirtmiştik. Bu kapsamda, cebir altında suç işleyen failin de, esasen haksızlık

---

failin hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarını da bilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmalıdır. Dolayısıyla bu şartlar, kastın kapsamına dâhil edilmektedir. Bu sebeple, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hataya düşülmesi durumunda failin kastından söz edilemez (**Koca-Üzülmez,** Genel Hükümler, s. 283) Dolayısıyla aksi kabul, yani hukuka uygunluk nedenlerinin objektif olduğu ve failin kastına dâhil olmadığı görüşü, bu nedenlerin maddi şartlarında düşülen hatanın, katı kusur teorisine uygun olarak kusurluluk alanında değerlendirilmesi sonucunu doğurur (Bu görüşün eleştirisi için bkz. **Bringewat,** Methodik der juristischen Fallbearbeitung, s.143, kn.493) Zafer ise, bu kabulün m.30/1 hükmünün kıyasen uygulanması sonucunu doğuracağını ifade ederek, eleştirmiştir. Yazara göre madde lafzına uygun olarak hukuka uygunluk nedenlerinde hata kaçınılmazsa, sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Hata kaçınılabilir ise, failin az kusurlu olduğu kabul edilerek ceza tayini cihetine gitmek gerekir (**Zafer,** Genel Hükümler, s.338, 339). Kanaatimizce hukuka uygunluk nedenlerinde hatanın kastı kaldırdığı ve failin varsa taksirinden sorumlu tutulması gerektiği kabulü, TCK m.30/1'in kıyasen uygulanmasını gerektirmez. Çünkü kasten hareket etmediği kabul edilen failin, taksirli sorumluluğuna gidilmesi suç teorisinin sorumluluk esaslarının bir gereğidir. Bununla birlikte taksire ilişkin değerlendirmede failin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığı tartışılırken kusura ilişkin bir değerlendirme elbette ki söz konusu olacaktır. Ancak hataya itibar edilip edilmeyeceği noktasında bir kaçınılabilirlik değerlendirmesinde bulunulursa, hukuka uygunluk nedenlerinin şartlarına ilişkin failin bilgisi, kusurluluk alanına dâhil edilmiş olur. Dolayısıyla hata kaçınılabilirdi denilirse, failin kusurluluğu azalsa da kastından dolayı sorumlu tutulması gerekir ki bu da bizim kabul ettiğimiz suç teorisi anlayışına ters düşmektedir. Bu nedenle yapılması gereken, hatanın varlığı halinde kastın ortadan kalktığının kabul edilmesi (kast teorisi) ve somut olayda failin taksiri yönünden bir kaçınılabilirlik değerlendirmesinin gündeme getirilerek ceza sorumluluğunun kusur prensibine göre tayin edilmesidir.

bilincine sahip olmakla birlikte, iradesini, uygulanan zorlama nedeniyle serbestçe yönlendirememesinden ötürü mazur görülmesi gerektiği kabul edilmelidir. Dolayısıyla, zorlayıcı cebrin mazeret nedeni olarak kabul edilmesi mümkündür[728].

7.2. Zorlayıcı Cebrin Hukuki Niteliğine İlişkin Görüşler: "Mazeret Nedeni-Hukuka Uygunluk Nedeni Tartışmaları"

Türk hukukunda zorlayıcı cebir, ayrı bir madde ihdası suretiyle TCK m.28'de tehdit ile birlikte mazeret nedeni olarak kabul edildiğinden, burada esasen, nitelik olarak üzerinde tartışılacak bir konu bulunmamaktadır. Zira CMK m.223/3-b, cebir yahut tehdit altında suç işleyen kimse hakkında, kusuru bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceğini açıkça öngörmektedir. Ancak Alman hukukunda, 1974 yılına kadar yürürlükte olan ve TCK m.28'e benzer bir hüküm barındıran StGB § 52'nin bir hukuka uygunluk nedeni mi yoksa mazeret nedeni mi oluşturduğu, (zorunluluk haline ilişkin ayırma teorisinin[729], tekçi teoriye[730] üstün geldiği zamandan bu yana[731]) tartışma konusu edilmiştir[732]. Bunun nedeni, maddede, cebir veya tehdit aracılığıyla zorlanan kişinin ceza sorumluluğunun bulunmadığı belirtilerek, bunun bir hukuka uygunluk mu yoksa mazeret nedeni mi olduğuna dair açık bir ifadeye yer verilmediği gibi[733], beklenemezlik ilkesine vurgu

---

[728] **HÖRNLE, Tatjana,** Der entschuldigende Notstand (§35 StGB), JuS 2009, Heft 10, dp.57.

[729] Bu teoriler, zorunluluk halini, bazı durumlarda hukuka uygunluk sebebi, bazı durumlarda ise mazeret sebebi olarak kabul eden görüşlere dayanmakta olup, yürürlükte olan Alman Ceza Kanunu'nun 34 üncü ve 35 inci maddesinin dayanağını oluşturmaktadırlar.

[730] Tekçi teorinin, zorunluluk halini yalnızca hukuka uygunluk nedeni kabul eden yahut yalnızca mazeret nedeni olarak kabul eden görüşleri ifade ettiği hususunda bkz. **KELKER, Brigitte,** Der Nötigungsnotstand (Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge-Band 79), Duncker&Humblot, Berlin 1993, s.18.

[731] **NEUMANN, Ulfrid,** Der strafrechtliche Nötigungsnotstand_ Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund?, JA 1988, Heft 6, s.329.

[732] **BRAND, Christian – LENK, Maximilian,** Probleme der Nötigungsnotstands, JuS 2013, Heft 10, s.883; **BÜNEMANN, Benjamin – HÖMPLER, Lars,** Nötigungsnotstand bei Gefahr für nichthöchpersönliche Rechtsgüter, Jura 2010, Heft 3, s.184; **ZIESCHANG, Frank,** Der rechtfertigende oder der entschuldigende Notstand, JA 2007, Heft 10, s.679.

[733] **FILGUT, Esther,** Der Nötigungsnotstand als Rechtfertigungsgrund, Tenea Verlag für Medien, Berlin 2003, s.2.

yapan herhangi bir tespitin de söz konusu olmamasıdır[734]. Ayrıca StGB §54'te de, meşru savunma dışında, kusurlu bir şekilde sebebiyet verilmemiş olup kendisinin veya bir yakının yaşamına yahut vücut dokunulmazlığına yönelik olarak ortaya çıkan ve başka türlü kurtulunamayacak bir tehlikeden kurtulma zorunluluğuyla işlenen fiillerin cezalandırılmayacağı hükme bağlanmıştır. Bu haliyle madde, genel olarak zorunluluk halini düzenlese de, burada da hukuka uygunluk-mazeret nedeni ayrımına gidilmemiştir.

Kanunun, 52'nci ve 54'üncü maddelerinin yürürlükten kaldırılması ve 1975 yılında zorunluluk halinin, hukuka uygunluk nedeni (StGB §34) ve mazeret nedeni (StGB §35) olarak ikiye ayrılmasıyla birlikte, bu tartışmalar, farklı bir mecrada devam etmiştir[735]. Zira kanun koyucu, bu ayrıma rağmen, cebir ve tehdide dayalı zorlamanın hukuka uygunluk nedeni mi yoksa mazeret nedeni mi olduğuna ilişkin ne 34'üncü ne de 35'inci maddede bir izaha yer vermiştir[736]. Buradan açıkça anlaşılacağı üzere cebir ve tehdit yoluyla zorlama, Alman hukukunda farklı biçimlerde olsa da, daima zorunluluk hali çerçevesinde ele alınan bir durumdur.

Zorunluluk halinin hukuka uygunluk-mazeret nedeni şeklinde ikiye ayrılması, daha önceleri doktrinde savunulmakla beraber, ilk defa Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin 1927 tarihli, kürtajı konu edinen bir yargılama neticesinde verdiği kararla uygulamada kabul gören "ayırma teorisinin" ürünüdür[737]. Dolayısıyla, uygulamada, kanun üstü hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilen zorunluluk halinin (*Der übergesetzliche Notstand*)[738], 1975 ten itibaren yasadan kaynaklanan bir hukuka uygunluk sebebi kimliğine büründüğü söylenebilir[739].

Zorda kalış esasına (*Notrecht*) dayalı olarak hukuka uygunluk nedeni kabul edilen zorunluluk hali (*Der rechtfertigende Notstand*), tehlike dolayısıyla zorda kalan failin, kendisine yahut başkasına ait korumak istediği hukuki menfaatin, tehlikeden

---

[734] **Küper,** Grundsatzfragen der "Differenzierung" zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, s.85.
[735] **Bernsmann,** Entschuldigung durch Notstand, s.18, 19.
[736] **Filgut,** Der Nötigungsnotstand als Rechtfertigungsgrund, s.2; **MEYER, Frank,** Die Problematik des Nötigungsnotstands auf der Grundlage eines Solidaritätsprinzips, GA 2004 (151.Jahrgang), s.356.
[737] **Roxin,** Allgemeiner Teil, §16, kn.1.
[738] **Rogall (SK),** StGB §35, kn.11.
[739] **Kelker,** Der Nötigungsnotstand, s.24.

kurtulmak amacıyla ihlal ettiği menfaate önemli ölçüde ağır basması halinde söz konusu olacaktır[740]. Dolayısıyla, Alman kanun koyucu burada, menfaatler arasında bir ölçü prensibi (*Das Güterabwägungsprinzip*) ortaya koymuştur (StGB §34)[741].

Bu anlamda, hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hali ile zorda kalış esasına dayanan diğer bir hukuka uygunluk nedeni olarak meşru savunma (*Notwehr*) arasındaki esaslı farklardan bir tanesi, meşru savunma durumunda –hal ve şartlara göre orantılılık prensibi saklı kalmak kaydıyla- hukuki değerlerin tartılmasının söz konusu olmamasıdır[742]. Bu ikisi arasındaki önemli bir diğer farklılık ise, meşru savunma durumunda, doğrudan doğruya saldırıda bulunana karşı bir savunma davranışı gerçekleştirilmesine[743] karşın, zorunluluk halinde tehlike dolayısıyla, çoğunlukla tehlike durumu ile bağlantılı olmayan üçüncü kişiye karşı bir suç işlenmesidir[744].

Mazeret nedeni olarak kabul edilen zorunluluk halinde ise, korunan menfaat ile feda edilen arasında ağırlık değerlendirmesi yapılmaksızın[745], tehlikenin hayata, vücut dokunulmazlığına yahut özgürlüğe yönelik olması şartıyla failin mazur kabul edilebileceği hükme bağlanmıştır (StGB §35)[746].

İfade edelim ki, bu ikili ayrım çerçevesinde, cebir ve tehdit aracılığıyla zorlama durumunun hukuka uygunluk sebebi olarak değil, mazeret sebebi olarak

---

[740] **Meyer,** Die Problematik des Nötigungsnotstands auf der Grundlage eines Solidaritätsprinzips, s.357.

[741] **Zieschang,** Der rechtfertigende oder der entschuldigende Notstand, s.681.

[742] *Hakeri*, meşru savunmada, zorunluluk halinden farklı olarak, haksız yere bir saldırıda bulunulduğunu, bu nedenle de meşru savunmada yararlar arasında bir oran bulunmasının aranmadığını ifade etmiştir (**Hakeri,** Genel Hükümler, s.337). Bu hususta Alman hukuku yönünden ayrıca bkz. **Wessels-Beulke-Satzger,** Allgemeiner Teil, kn.340.

[743] **Artuk-Gökcen-Yenidünya,** Genel Hükümler, s.403, 404.

[744] **Kühl,** Allgemeiner Teil, §8, kn.1; Meşru savunma ile zorunluluk hali arasındaki farklar için bkz. **Artuk-Gökcen-Yenidünya,** Genel Hükümler, s.495.

[745] Bu nedenle *Neumann*, haklı olarak, mazeret nedeni olarak kabul edilen zorunluluk halinin, hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk haline göre ikincil bir uygulama alanına sahip olduğunu, diğer bir ifade ile korunan menfaatin önemli derecede üstünlüğü mevcutsa, mazeret nedeni tartışması yapılmaksızın zorunluluk halinde işlenen fiilin, diğer şartların da varlığı halinde hukuka uygun kabul edileceğini ifade etmiştir (**Neumann,** Der strafrechtliche Nötigungsnotstand_ Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund?, s.330).

[746] **Zieschang,** Der rechtfertigende oder der entschuldigende Notstand, s.681; **Brand-Lenk,** Probleme der Nötigungsnotstands, s.885; **Bünemann-Hömpler,** Nötigungsnotstand bei Gefahr für nichthöchpersönliche Rechtsgüter, s.184; **Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.481; **Engländer (Matt-Renzikowski),** StGB §35, kn.4; **Rogall (SK),** StGB §35, kn.15.

kabul edilmesi gerektiği görüşü, doktrinde ağırlıklı olarak savunulan görüştür[747]. Ayrıntıya girmeden bu görüşün esasen, cebir ve tehdit durumunda failin, her ne kadar iradesi zorlanmış olsa da, hâlihazırda haksızlık tarafında bulunduğu kabulüne dayandığı söylenebilir[748]. Zira aksi durumda, yani zor altında suç teşkil eden fiili gerçekleştiren kimsenin hukuka uygun davrandığı kabul edilirse, davranışı haksız bir saldırı olarak nitelenemeyeceğinden, bu kişiye karşı meşru savunmada bulunmak da mümkün olmayacaktır[749]. Meşru savunmada, hem savunma durumunda bulunan kişiye ait hakların korunması, hem de hukuk düzeninin muhafazası amaçlandığından[750], bu durum özel bir önem arz etmektedir. Bu anlamda, hem normun geçerliliğinin, hem de kişiye ait hakların korunması gereklidir[751]. Yine, cebir ve tehdide dayalı zorunluluğun hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi durumunda, zorda kalan kimsenin fiiline iştirak edenin sorumluluğunun bağlılık kuralı uyarınca belirlenmesi de, son derece güçtür[752].

---

[747] **PERRON, Walter,** StGB §34, in Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. neubearbeitete Aufl., C.H.Beck 2014, kn. 41b; **Rogall (SK),** StGB §35, kn.16; **Bockelmann-Volk,** Allgemeiner Teil, s.129; **Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.484; **Kühl,** Allgemeiner Teil, §8, kn.132; **Wessels-Beulke-Satzger,** Allgemeiner Teil, §10, kn.443; **Meyer,** Die Problematik des Nötigungsnotstands auf der Grundlage eines Solidaritätsprinzips, s.369; **Kelker,** Der Nötigungsnotstand, s.175; **Baumann-Weber-Mitsch,** Allgemeiner Teil, §23, kn.20; **Jakobs,** Allgemeiner Teil, 20/5; **Heinrich,** Allgemeiner Teil, kn.580; **Hörnle,** Der entschuldigende Notstand (§35 StGB), s.874; **Sinn,** Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten, s.336.

[748] **Sinn,** Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten, s.15; **Neumann,** Der strafrechtliche Nötigungsnotstand_ Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund?, s.333; **Perron (SS),** StGB §34, kn.41b; Buna karşılık kanunun, hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilen zorunluluk haline ilişkin düzenlemesinde öngörülen "hukuki değerler arasındaki üstünlük prensibinin" cebir ve tehdit yoluyla zorlama açısından da söz konusu olabileceği, cebir ve tehditten kaynaklanan zorlama altında daha üstün yararın korunması için bir başkasının üstün olmayan yararının ihlal edilmesi durumunda fiilin hukuka uygun kabul edileceği belirtilmiştir. Bu nedenle failin cebir ve tehdit altında suç işlediği sırada haksızlık tarafında olduğu anlayışına tek başına itibar edilmesi mümkün değildir (**Bernsmann,** Entschuldigung durch Notstand, s.147).

[749] **Wessels-Beulke-Satzger,** Allgemeiner Teil, §10, kn.442; **Bünemann-Hömpler,** Nötigungsnotstand bei Gefahr für nichthöchpersönliche Rechtsgüter, s.184.

[750] **Roxin,** Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen, s.428.

[751] **Kelker,** Der Nötigungsnotstand, s.37.

[752] Özellikle azmettirme bakımından bkz. **Bünemann-Hömpler,** Nötigungsnotstand bei Gefahr für nichthöchpersönliche Rechtsgüter, s.185.

7.3. Zorlayıcı Cebrin Bağımsız Bir Mazeret Nedeni Olup Olmadığı Meselesi

Cebir ve tehdit aracılığıyla zorlama bakımından burada esasen dikkati çekmek istediğimiz husus, bu durumun mazeret nedeni olarak kabulünün, Alman hukukunda zorunluluk haline dayandırılmasıdır. Diğer bir deyişle, cebir ve tehdit altında suç işleyen kişi, içinde bulunduğu durumun zorunluluk hali olarak değerlendirilmesi nedeniyle mazur kabul edilmelidir.

Zorunluluk hali çerçevesinde tehlike oluşturan zorlamanın, insan davranışları veya doğa olayları[753] yahut da hayvan davranışlarından[754] kaynaklanması mümkün olduğundan, tehdit halinin bu çerçevede değerlendirilmesi prensip olarak mümkündür. Çünkü tehdit halinde, kişinin haklarına yönelik gelecekte gerçekleştirileceği beyan edilen bir kötülük söz konusu olup, bunu, zorunluluk halinin şartlarından biri olan "tehlike" altında sınıflandırmak güç değildir. Örneğin A'nın, B'ye, 10 gün içerisinde C'nin malına zarar vermezse evini yakacağını bildirerek, onu, gelecekte gerçekleştireceği bir saldırı aracılığıyla tehdit etmesi ve suç teşkil eden bir fiile zorlaması, B açısından bir tehlike oluşturmaktadır. Keza doktrinde sıkça zikredilen bir örnekten hareketle, ölüm tehdidi altında bulunan bir kimse, bu tehlikeden kurtulmak için, tehdit edenin istediği doğrultuda hareket ederek, hırsızlık suçunu işlemiş yahut bu suça iştirak etmiş olabilir[755]. Ancak cebir açısından bu tasnifin nasıl yapılacağı sorusuna yanıt vermek o denli kolay değildir.

Cebir ve tehdit yoluyla zorlamanın zorunluluk hali çerçevesinde değerlendirilmesine ilişkin görüşlerin kaynağı olan Alman hukukunda da bu mesele, özellikle bu çerçevede tartışılmış değildir. Kanaatimizce cebrin zorunluluk hali çerçevesinde ele alınmasının asıl nedeni, cebrin, son dönemde Alman hukuku doktrin ve uygulamasında ağırlıklı olarak manevi etkileri de içine alacak biçimde geniş bir çerçevede ele alınmasından kaynaklanmaktadır.

---

[753] **Roxin,** Allgemeiner Teil I, §16, kn.67.
[754] **Koca-Üzülmez,** Genel Hükümler, s.326.
[755] **Bernsmann,** Entschuldigung durch Notstand, s.147; **Perron (SS),** StGB §34, kn.41b.

Nitekim bu görüşe taraftar olan *Eser-Eisele*, otobanda bir aracın, diğerini yakın bir şekilde bir süre takip ederek onu yoldan çekilmeye zorlaması durumunda, öndeki araç bakımından *bir tehlike oluşturan* bu davranışın, cebir olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir[756].

Keller de, vücuda yönelen ve *yaralama tehlikesi oluşturan* davranışların (bir kimsenin üzerine araç sürmek gibi) tehdit olarak kabul edilemeyeceğini, bu nedenle cebir kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir[757]. Dolayısıyla, fiziksel gücü cebir bakımından bir şart olarak aramayan görüşe göre, tehlike oluşturan durumların da cebir başlığı altında değerlendirilmesi mümkündür. Buna karşılık *Bergmann*, vücuda bedensel zarar vermeyen davranışların, vücuda yönelik olarak gerçekleştirilseler dahi, tehlike oluşturdukları varsayımıyla cebir olarak kabul edilemeyeceğini ifade ederek bu görüşe karşı çıkmıştır[758]. Buradan hareketle, otobanda öndeki aracı yakın takibe alarak şerit değiştirmeye zorlama örneğinde, failin davranışının tehdit olarak kabulü gerekir[759].

Görüldüğü gibi cebri, fail tarafından gerçekleştirilen ve mağdurda bedensel bir zorlama etkisi oluşturan tehlike durumlarını kapsayacak şekilde geniş algılayan görüş dikkate alındığında, bu kavramın zorunluluk hali kapsamında ele alınması tabidir. Zira *Schmidhäuser*'in de ifade ettiği gibi, cebrin zorunluluk hali çerçevesinde ele alınması, bu kavramın "manevi zorlamaları içine alacak biçimde değerlendirilmesine" bağlıdır[760].

Bununla birlikte, Alman literatürü incelendiğinde, cebir ve tehdidi zorunluluk halinin bir alt başlığı olarak ele alan görüşler, bu kabulü ortaya koyarken cebir

---

[756] **Eser-Eisele (SS), Vorb. §§ 234 ff.**, kn. 5.

[757] **Keller,** Strafrechtlicher Gewaltbegriff, s.234. Aynı yönde bkz. **Sautner,** Die Gewalt bei der Nötigung, s.145 vd.

[758] **Bergmann,** Das Unrecht der Nötigung, s.124 vd.

[759] **Bergmann,** Das Unrecht der Nötigung, s.125.

[760] *Schmidhäuser,* bu konuya, mutlak kuvvet durumlarını zorlayıcı cebir olarak kabul etmeyen, zorlayıcı cebrin yalnızca nispi kuvvet ile işlenebileceğini savunan görüşünü dile getirirken değinmiştir. Yazara göre cebir durumları, yalnızca manevi yönden etkili olan (*seelisch wirkende Gewalt*) nispi kuvvet kullanımları çerçevesinde zorunluluk hali başlığı altında değerlendirilebilir (**Schmidhäuser,** Allgemeiner Teil, 11/15).

kavramını kullanmamakta, bu kapsamda verilen örneklerde, neredeyse istisnasız şekilde tehdit konu edilmektedir[761].

Biz, cebri, manevi zorlamaları kapsayacak şekilde geniş algılayan görüşe taraftar olmadığımız için "tehdide dayalı zorunluluk halinin" söz konusu olabileceğini kabul etmekle birlikte, bu esasa dayalı olarak cebrin zorunluluk hali olarak kabulünü mümkün görmüyoruz. Zira geniş anlamda cebir, özellikle maddi zorlama içermemekle birlikte, mağdura yönelen bir tehdit şeklinde de kabul edilemeyecek olan bir takım davranışların cezasız kalmasının önüne geçmek amacıyla ortaya atılmış bir yaklaşımın ürünüdür[762]. Ayrıca bu görüş, genel olarak cebir teşkil eden davranışları, hukukumuzda olduğu gibi kasten yaralamayla da sınırlandırmamıştır. Dolayısıyla, bu görüş açısından dikkate alınan, hangi türden davranışların cebir kapsamında değerlendirileceği değil, bir davranışın iradi hareket özgürlüğüne müdahale teşkil edip etmediğidir. Bu soruya olumlu cevap verilebiliyorsa, gerçekleştirilen davranış cebirdir. Bu nedenle, örneğin bir kimsenin acil bir seyahata çıkmasını engellemek amacıyla aracındaki depodan benzinin çekilerek alınması durumunda da, cebrin varlığı kabul edilmiştir. Yine, buna benzer şekilde, bir yolu trafiğe kapatmak amacıyla yol üzerinde oturma eylemi yapmak da cebirdir. Çünkü tüm bu örneklerde, mağdurun iradi hareket etme imkânı ortadan kaldırılmıştır. Ancak bir yandan ceza hukukunun son çare olması, öte yandan kanun koyucuya, tüm hukuki değerleri eksiksiz olarak ceza yaptırımı ile koruma ödevi yüklenemeyeceği dikkate alındığında, bu görüşü kabul etmek mümkün değildir. Ayrıca buna paralel olarak bu görüşün kabulü, cezalandırmanın da kişi hak ve

---

[761] Örneğin **Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.484; **Gropp,** Allgemeiner Teil, §7, kn.106; **Bockelmann-Volk,** Allgemeiner Teil, s.129; **Heinrich,** Allgemeiner Teil, kn.580; **Rogall (SK),** StGB §35, kn.16; **Perron (SS),** StGB §34, kn.41b; Tehdide dayalı zorunluluk halini hukuki değerler tartımı prensibine göre kimi zaman hukuka uygunluk nedeni kimi zaman mazeret nedeni olarak kabul eden görüşe taraftar olmakla birlikte aynı yönde **Roxin,** Allgemeiner Teil I, §16, kn.67, 68; **Bernsmann,** Entschuldigung durch Notstand, s.140 vd.

[762] **Krey**, Was ist Gewalt?, kn.192; **Wolter,** Verfassungskonforme Restriktion und Reform des Nötigungstatbestandes, s.245. Geniş anlamda cebrin, cebir ile tehdit arasındaki olası cezalandırma boşluklarını ortadan kaldırdığı görüşü için bkz. **Knodel,** Der Begriff der Gewalt, s. 58. Türk doktrininde de, cebrin yalnızca fiziksel kuvvetten ibaret olduğu kabul edildiğinde, fiziki kuvvet kullanılmadan mağdurun mukavemetinin engellendiği durumları cezalandırma dışı bırakacağından, böyle bir tanımlamanın yeterli olmadığı zikredilmiştir (**Koca,** Yağma Cürümleri, s.142).

özgürlükleri aleyhine sınırsız olarak genişlemesi anlamına gelecektir. Dolayısıyla, cebrin, ya sadece fiziksel kuvvet icrası ile sınırlandırılması yahut da TCK m.108'de olduğu gibi kasten yaralama teşkil eden davranışlara yollama yapılarak kapsamının belirlenmesi gerekir.

Bu çerçevede tehdit, gelecekte gerçekleştirilecek bir kötülük beyanı ve mağdur açısından gerçekleşmesi muhakkak bir tehlike olarak kabul edilebileceğinden, bunun zorunluluk hali kapsamında bir mazeret nedeni olarak değerlendirilmesinde engel yoktur. Ancak zorlama amacı güdülerek uygulanan cebrin, manevi değil, maddi zorlamaları içeren ve bu yönüyle insandan kaynaklanan bir tehlike değil, saldırı olarak değerlendirilmesi gerekir. Zorunluluk halinde, tehlike dolayısıyla ortaya çıkabilecek olan zararı önleme düşüncesinin, kişinin iradesini etkileyebileceği varsayımı söz konusudur. Bu nedenle fail, mazur görülmektedir. Dolayısıyla, zarar henüz ortaya çıkmaya başlamadığından, yalnızca zarar tehlikesinden söz edilebilir. Tehlike artık zarara dönüşmüşse, zorunluluk halinden söz edilemez[763].

Bu itibarla zorlayıcı cebir, belli bir amaç doğrultusunda kişiye yönelik gerçekleştirilen bir saldırı teşkil ettiği için bir zararın ortaya çıkmasına neden olduğundan, tehlike olarak nitelendirilebilecek bir kavram değildir. Bu kapsamda, yakınına yönelik uygulanan maddi gücün (yaralama) etkisiyle hırsızlık suçunu işleme örneğinde, zorlananın, hırsızlık teşkil eden fiili gerçekleştirmemesi durumunda, yakınına daha büyük bir zarar verme tehlikesini dikkate alarak ve bunu önlemek maksadıyla hareket ettiği ileri sürülebilir. Ancak zorlanılan davranışı gerçekleştirmeye yönlendirenin, uygulanan maddi kuvvet mi yoksa bunun icrasına devam edilmesi korkusu mu olduğu tartışmalı ve ispatı zor bir durumdur. Ayrıca doktrinde, bu gibi durumlarda zorlananın, kendisinden isteneni gerçekleştirmeye boyun eğmesinin her halükarda tehditten kaynaklandığının söylenemeyeceği, mağdurun iradesinin yönlendirilmesinde asıl aracın, cebrin (maddi kuvvetin)

[763] **Koca-Üzülmez,** Genel Hükümler, s.325.

gelecekte uygulanmaya devam etmesi değil, mağdurun vücudu üzerinde doğurduğu acının etkisinden kaynaklandığı ifade edilmiştir[764].

Bununla birlikte doğrudan konumuzu oluşturmasa da, ifade edelim ki, mağdurun bir davranışta bulunması yahut bir davranışa katlanması amacını taşımayan cebir niteliğindeki saldırıdan kurtulmak amacıyla bir başkasına yönelik suç işlemesi durumunda, zorunluluk halinin varlığı kabul edilebilir. Örneğin failin, birkaç defa sopa ile vurduktan sonra bu saldırıya devam etmek amacıyla mağduru kovalaması ve mağdurun bu saldırıdan kurtulmak için bir başkasına ait konuta girerek kapıyı kapatması durumunda konut dokunulmazlığını ihlal bakımından mağdurun cezalandırılması, zorunluluk hali dolayısıyla diğer şartların da varlığı halinde mümkün değildir[765]. Dikkat edilmelidir ki, burada failin amacı, mağduru bir suç işlemeye yönlendirmek değildir.

Tüm bu izah dikkate alındığında, kanaatimizce zorlayıcı cebir durumunun genel olarak zorda kalış (Notrecht) olarak telakkisi mümkünse de, tehlike esası üzerine kurulu olan zorunluluk hali kapsamında değil, kanunumuzdaki düzenleme gibi ayrı bir maddede hüküm altına alınması daha doğru bir yaklaşımdır. Zira hukukumuzda cebir, dar bir yaklaşımla ele alınmaktadır.

---

[764] **Sinn,** Die Nötigung (2000), s.205; **v. Heintschel Heinegg,** Die Gewalt als Nötigungsmittel, s.46; Bermann, Das Unrecht der Nötigung, s.84; **Geilen,** Lebensgefährliche Drohung als Gewalt (JZ 1970), s.525; **Knodel,** Der Begriff der Gewalt, s.34.

[765] Aynı yönde İtalyan hukukundaki görüşler için bkz. **GÜLŞEN, Recep,** Ceza Hukukunda Sorumluluğu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit, Seçkin, Ankara 2007, s.152.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ZORLAYICI CEBRİN UNSURLARI VE CEBİR FAİLİNİN SORUMLULUĞUNUN BELİRLENMESİ

1. Zorlayıcı Cebrin Unsurları

Cebrin mazeret nedeni olarak kabulü, belli şartlar altında mümkündür. TCK m.28'de yalnızca, cebrin karşı konulamayacak ve başka türlü kurtulunamayacak bir etkiye sahip olması gerekliliğine işaret edilmiştir. Aşağıda izaha çalıştığımız üzere kanaatimizce bu durum, cebrin zorlayıcılık özelliği ile bağdaşmamaktadır. Çünkü uygulanan kuvvetin karşı konulamaz oluşu, zorlayıcı kuvvetin değil, mutlak kuvvetin bir unsurudur[766].

Madde, genel itibarıyla zorlayıcı cebir durumunda cebre maruz kalan ve cebri uygulayanın ceza sorumluluklarının belirlenmesi amacına hizmet ettiğinden, cebir yönünden başkaca bir özellik içermemektedir. Ancak bu hususta cebir suçunun düzenlendiği TCK m.108 yol gösterici olacaktır. Maddede, cebrin, "mağdurun bir şeyi yapması, yapmaması yahut yapılmasına müsaade etmesi" amacına yönelik olması gerektiğine işaret edilmiştir. Bu ifade, zorlayıcı cebir yönünden, fail bakımından zorlama iradesi şeklinde sübjektif bir unsurun, mağdur bakımından ise, uygulanan cebrin zorlama etkisi doğurması gerekliliğini ortaya koymaktadır. Ayrıca bu kapsamda, cebrin fiziksel bir kuvvet tatbikini zorunlu kılıp kılmadığının objektif bir değerlendirme aracılığıyla belirlenmesi gerekir.

Bu hususlar dikkate alındığında, biz, hem cebre ilişkin olarak 28'inci ve 108'inci maddelerde ifadesini bulan bu özelliklerin izahına imkân sağlamak, hem de doktrindeki tartışmaları kapsayabilecek bir anlatım tarzı ortaya koyabilmek adına,

[766] **Eisele (SS),** Vorb. zu den §§ 13 ff., kn.38; **Krey,** Was ist Gewalt?, §7, kn.157.

zorlayıcı cebrin unsurlarını, "objektif ve sübjektif" şeklinde ikiye ayırarak incelemeyi uygun bulmaktayız.

1.1. Objektif Unsur: "Fiziksel Kuvvet"

1.1.1. Cebrin Varlığı için Fiziksel Kuvvetin Gerekli Olup Olmadığı Sorunu

1.1.1.1. Genel Açıklamalar ve Sorunun Tespiti

Çalışmamızın birinci bölümünde, zorlayıcı cebrin varlığından söz edebilmek için fiziksel bir kuvvetin varlığının gerekli olup olmadığı sorusuna, cebri, manevi zorlamaları içine alacak biçimde geniş yorumlayan görüşe taraftar olan yazarlarca olumsuz yanıt verildiğini ifade etmiştik. Buna karşılık fiziksel kuvveti, cebrin bir unsuru olarak kabul edecek biçimde bu kavrama dar bir mana yükleyenler ise, bu soruyu olumlu yanıtlamaktadır. Ancak belirtelim ki, Alman doktrininde genel kanaat, bu türden bir kuvvetin gerekliliğini reddederek, mağdur üzerinde gerçekleşen zorlama etkisini, cebrin varlığı açısından yeterli kabul etmektedir[767]. Bu görüşe dayanak olarak, modern bir yaklaşım tarzı esas alındığında, cebrin oluşumu için fiziksel kuvvetin bir şart olarak aranması ihtiyacının ortadan kalktığı ifade edilmiştir. Çünkü fiziksel kuvvet, amaca hizmet etmeyen ve İmparatorluk Mahkemesi kararlarına dayanan eski bir anlayışın sonucudur[768].

Bununla birlikte BGH'nin, fiziksel kuvvet unsurundan tamamen vazgeçtiği de söylenemez[769]. Aynı şekilde doktrinde de bir kısım yazarlar, cebre dar bir anlam vermenin belirlilik ilkesinin bir gereği olduğu görüşünü ileri sürerek, geniş anlamda

---

[767] **Horn-Wolters (SK),** §240, kn.11; **Küpper (2001),** Besonderer Teil I, §3, kn.44; **Kindhäuser,** Besonderer Teil I, §12, kn.20; **Müller Dietz,** Zur Entwicklung des strafrechtlichen Gewaltbegriffs, s.50; **Bergerhoff,** Nötigung durch Boykott, s.269; **Blei,** Zum strafrechtlichen Gewaltbegriff, s. 586.
[768] **Knodel,** Der Begriff der Gewalt, s.35.
[769] **Krey,** Was ist Gewalt?, §7, kn.152.

cebir kavramını reddetmektedirler[770]. Ayrıca cebrin geniş yorumlanmasının, bu kavramın tehditle arasındaki farkın ortadan kalkması tehlikesini beraberinde getireceği de haklı olarak belirtilmiştir[771]. İfade edelim ki, fiziksel kuvvetin varlığının zorlayıcı cebrin bir şartı olarak kabul edilmesi, bunun ağırlığı bakımından da mutlaka bir değerlendirmede bulunma zorunluluğunu ortaya çıkaracaktır.

Türk doktrininde de, cebir bakımından değişik anlayışlar ortaya konulmakla birlikte, genel olarak, zorlayıcı cebrin mağdur üzerinde bir zorlama etkisi oluşturmasının gerekli olduğu hususunda fikir birliği bulunduğu söylenebilir. Ancak fikir ayrılığı, bu zorlama etkisinin, fiziksel kuvvetin bir sonucu olarak ortaya çıkmasının zorunlu olup olmadığı noktasında ortaya çıkmaktadır. Bazı yazarlarca cebir, Alman hukukundaki hâkim görüşe uygun olarak, sadece zorlama etkisine atıf yapılarak tanımlanmış, fiziksel kuvvetin cebrin varlığı için bir şart olduğu kabul görmemiştir[772]. Buna karşılık, Yargıtay kararlarına paralel olarak fiziksel kuvvetin, cebrin bir unsuru olduğunu savunanlar da vardır[773].

TCK m.108'de, cebir yönünden bir tanım ortaya koyulmasa da, madde gerekçesinde cebrin; *"kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zecri (zorlayıcı) bir etki meydana getirilmesi"* olduğu belirtilmiştir. Buradan hareketle, kanun koyucunun, fiziki güç kullanmayı cebrin bir unsuru olarak kabul ederek, bunun dışında kalan halleri, maddenin uygulama alanı dışında bıraktığı söylenebilir. Bu bakımdan örneğin; vurma, itme[774], tekme atma[775], elini, kolunu ısırma[776] gibi davranışlar, cebir kapsamında nitelendirilecektir[777].

---

[770] **Wolter,** Gewaltanwendung und Gewalttätigkeit (2.Teil), s.246; **Marxen,** Besonderer Teil, s.126; **Träger-Altvater (LK),** §240, kn. 35; **Sinn,** Die Nötigung (2000), s.207 vd.; **Paeffgen,** Überlegungen zum Gewaltbegriff (Grünwald FS), s.444 vd.;

[771] **Sinn,** Die Nötigung (2000), s.207. Bununla birlikte geniş anlamda cebir görüşünün fikir babası olan Knodel, bu yorum tarzının tehdit ile cebrin ayrılması hususunda herhangi bir zorluk ortaya çıkarmadığını, zira her ikisi de kötülük icrası olmakla birlikte, cebirde, kötülüğün güncel olarak icra edilmesi söz konusuyken, tehdidin, geleceğe yönelik olarak bir kötülüğün gerçekleştirileceği beyanından ibaret olduğunu savunmuştur. Tanımlama için bkz. **Knodel,** Der Begriff der Gewalt, s.59.

[772] **Tezcan-Erdem-Önok,** Özel Hükümler, s.426; **Cihan,** Cebir Kullanma Cürmü, s.66; **Koca,** Yağma Cürümleri, s.142, 143.

[773] **Arslan,** Memura Aktif Mukavemet Suçu, s.586.

[774] *"Sanık ve şikâyetçinin suç tarihinden önce resmi olarak evli iken boşandıkları ve gayri resmi olarak birlikte yaşadıkları, olay günü gündüz vakti sanığın şikâyetçiden para istediği, şikâyetçinin parasının*

Gerekçede ayrıca; *"cebir kullanma suçu, aynı zamanda kasten yaralama suçunu oluşturmaktadır. Ancak, kasten yaralama suçundan farklı olarak, bir şeyi yapması veya yapmaması ya da bir şeyin yapılmasına müsaade etmesi için kişiye karşı cebir tatbik edilmektedir"* denilerek bu suçla kasten yaralama arasında *"hareketin amacı"* dışında bir fark olmadığı vurgulanmıştır. Buna paralel olarak madde metninde de, faile verilecek cezanın, kasten yaralama suçundan hareketle tayin edileceği hükmüne yer verilmiştir. Ancak bu göndermenin, suçun temel şeklinde mi yoksa kasten yaralamanın tamamına mı ilişkin olduğu açık değildir.

Doktrinde bir görüşe göre, bu göndermenin, kasten yaralama suçunun tamamına yapılmış olduğunu kabul etmek gerekir[778]. Kanaatimizce de, bu gönderme kasten yaralama suçunun tamamına yapılmıştır. Çünkü kanun koyucu, 108'inci maddede, sadece kasten yaralama suçuna atıf yapmış, suçun temel ve nitelikli halleri bakımından bir ayrıma gitmemiştir. Bununla birlikte, cebir suçu dolayısıyla verilecek

---

olmadığını ve annesinden istemesi gerektiğini belirterek, birlikte annesinin evine gittikleri, evin bahçesinde sanığın şikâyetçinin annesi tanık M.'ten para istediği, tanığın parasının olmadığını belirtmesi üzerine sanığın şikâyetçinin boynundaki altın kolyeyi boğazına sarılarak zorla kopartıp aldığı, yakınanı da iterek yere düşürdüğü, kolyenin alınması sırasında boynuna ve yüzüne tırnak attığı ve söz konusu yaralanmanın 17.12.2004 tarihli adli raporla sabit olduğunun anlaşılması karşısında; sanığın eyleminin yağma suçunu oluşturduğu gözetilmeden..." (Yarg. 6.CD., 4.6.2013, 20740/13822).

[775] *"Sanığın 20.04.2005 günü saat 21.00 sıralarında aşırı sarhoş olarak sokakta gezmekte olan katılan H. Ş.'ye arkadan tekme ile vurarak yere düşürdüğü, sonra da arka cebindeki cüzdanı aldığı iddiası ve 765 sayılı TCY.nın 497/1, 55/3 ve 33. maddeleri uyarınca cezalandırılması istemiyle açılan kamu davası sonunda; Malatya 2. Ağır Ceza Mahkemesince 27.09.2005 gün ve 93-483 sayı ile; "Atılı suçun sanık tarafından işlendiği kabul edilerek)Sanık S.M.'nin 5237 sayılı Yasanın 149/1-h, 150/2, 31/3 ve 62/1. maddeleri uyarınca 2 yıl 1 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına, sanığın cezası üzerinden başkaca arttırma ve indirme hükümlerinin uygulanmasına takdiren yer olmadığına, mahsuba, olayda kullanılmayan bıçağın karar kesinleştiğinde sanığa iadesine..." hükmedilmiş olup..., oluş üzerinde ittifak bulunmakla birlikte çözülmesi gereken sorun malın değer azlığı nedeniyle indirim yapılıp yapılamayacağına ilişkindir..."* (Yarg. CGK., 4.3.2008, 6-47/43); *"Sanığın, yakınandan bisikletini istediği, yakınanın güvenemeyip vermeyince, yakınana tekme vurup yere düşürerek bisikleti alıp gittiğinin anlaşılması karşısında, eylemin yağma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı şekilde uygulama yapılması bozmayı gerektirmiştir"* (Yarg. 6.CD., 24.05.2007, 13263/6509).

[776] *"Sanığın, cebinden parasını el çabukluğu ile aldığı yakınanın kendisini fark ederek elinden tutması üzerine, arkasında bulunan babasının sanığı Emniyete götüreceğini bu nedenle bırakmasını isteyerek tuttuğu sırada, yakınanın elinden ısırarak parayla birlikte kaçtığı ve kendisini takip eden kişilerden kurtulmak için parayı yere attığı olayda, paranın alınıp cebrin uygulanmasıyla yağma suçunun tamamlandığı gözetilmeden..."* (Yarg. 6.CD., 27.6.2012, 20364/12886).

[777] Bu hususla ilgili olarak bir kararında Yargıtay; *"zorlama, mağdurun kollarından tutmak, kolunu bükmek gibi temasla mümkün olduğu kadar belirli mesafeden bir cismin atılması, savrulması, vurulması suretiyle de gerçekleştirilebilir"* diyerek fiziksel güç gerektiren cebir kavramına genel bir çerçeve ortaya koymaya çalışmıştır (Yarg.4.CD., 2.2.2001, 26/915)

[778] **Tezcan-Erdem-Önok,** Özel Hükümler, s.427, 428; **Üzülmez,** Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, s.174.

ceza yönünden de kasten yaralamanın esas alınması öngörülmüştür. Dolayısıyla, suçun basit ve nitelikli şeklini oluşturan davranışların icrası, mağduru, belli bir davranışta bulunmaya, bulunmamaya veya bir davranışın gerçekleştirilmesine katlanmaya zorlama amacı taşıyorsa, fail, 108'inci madde göndermesiyle kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılacaktır. Aksi yorum, bu amaca yönelik gerçekleştirilen zorlama eylemlerinin azını cezalandırmak, haksızlık içeriği ağır olanları ise, 108'inci madde uygulaması dışında bırakmak anlamına gelir. Ancak bu yorum amaca uygun değildir.

Tüm bu hususlar bir arada değerlendirildiğinde, cebrin, kasten yaralama suçunu vücuda getiren hareketlerden oluşacağı söylenebilir. TCK'nın 86'ncı maddesine göre kasten yaralama, bir kişiye karşı vücuda acı veren veya mağdurun sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına yol açacak davranışlarla işlenebilir. Görüldüğü gibi kasten yaralama suçu, yalnızca mağdura bedensel olarak acı verecek nitelikteki davranışlardan ibaret değildir. Dolayısıyla, buradaki bir başka sorun da, 108'inci maddenin gerekçesindeki, cebri, fiziki güç kullanmaya bağlayan ifade dikkate alınarak, kasten yaralamanın seçimlik hareketlerinden yalnızca vücuda acı veren davranışların mı, yoksa kasten yaralamayı oluşturan davranışların tamamının mı dikkate alınacağıdır. Esasen, bu hususla ilgili olarak kanun metni ve gerekçe incelenerek bir sonuca ulaşmak mümkünse de, cebrin mahiyetini belirlemeye yönelik olarak 108'inci maddede kasten yaralamaya yapılan gönderme dolayısıyla, cebrin içeriğini oluşturabilecek davranışların mahiyetini ortaya koymakta yarar vardır. Dolayısıyla, bu kapsamda kasten yaralama suçunun seçimlik hareketlerini kısaca ortaya koymak gerekir.

Kasten yaralamayı oluşturan davranışlardan ilki olan *vücuda acı verme*, genel anlamıyla mağdurun vücudu üzerinde maddi etki doğuran ve vücut bütünlüğünü önemsiz sayılamayacak ölçüde ihlal eden kötülüklerden oluşur[779]. Bu anlamda vücuda acı veren davranışların, beden üzerinde maddi etki (bedensel yaralama) doğuran davranışlardan oluştuğunun kabul edilmesi gerekir[780]. Dolayısıyla, vücut

[779] **Wessels-Hettinger,** Besonderer Teil 1, §5, kn.255; **Eisele,** Besonderer Teil I, §223, kn.291.

[780] **ERMAN, Sahir – ÖZEK, Çetin,** Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1994, s.99. Alman hukukunda kasten yaralamayı oluşturan seçimlik davranışlar, "bedensel kötülük" ve "sağlığın zarar görmesi"

esenliğini ihlal eden manevi davranışları, bu kapsamda kabul etmemek gerekir[781]. Bunlar ancak, maddede öngörülen diğer seçimlik hareketler yönünden tipik olabilirler[782]. Bununla birlikte, vücuda acı vermek suretiyle kasten yaralamanın mutlaka ağır fiziki kuvvet içeren davranışlar ile gerçekleştirilmesi zorunlu değildir. Nitekim örneğin, çok yüksek ses çıkaran bir alet kullanılarak bir kimsenin kulak zarının zedelenmesine yol açılması ve bu suretle vücuda acı verilmesi halinde de, kasten yaralamanın varlığını kabul etmek gerekir.

Kasten yaralama suçunu oluşturan seçimlik hareketlerden ikincisi, "sağlığın bozulmasına neden olma"dır. Sağlığın bozulmasına neden olma, bir rahatsızlığa sebebiyet veren veya mevcut bir rahatsızlığın artmasına neden olan her türlü davranış olarak kabul edilebilir[783]. Örneğin spor akademisi sınavlarına hazırlanan A, hocası B'nin verdiği kötü notlar nedeniyle sınavlara girmeye hak kazanamamıştır. B'den intikam almak isteyen A, bir hafta boyunca B'yi gece yarısı telefonla arayıp acı acı gülerek telefonu kapatır. Bu durum, B'de ciddi bir korku ortaya çıkarır ve kalp ritim bozuklukları ile uyku bozukluklarına yol açar[784]. Burada beden üzerinde doğrudan bir acı ortaya çıkmasa da, birtakım psikosomatik rahatsızlıkların varlığı nedeniyle kasten yaralama suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir. Buradan hareketle, sağlığın bozulması suretiyle kasten yaralama, mağdurun bedeni üzerinde doğrudan acı meydana getirmeyen psikolojik bir takım etkilerin ortaya çıkması şeklinde formüle edilebilir. Bunun için mağdurda ortaya çıkan bu etkilerin, algılama

---

şeklinde tarif edildiğinden (StGB §§ 223), ilk seçimlik hareket bakımından maddi olarak yaralama etkisi doğuran türden fiillerin, tipiklik arz eden davranışların en başında geldiği ifade edilmiştir. Doktrinde ağırlıklı görüşe göre manevi yönden etki doğuran (psikolojik rahatsızlığa neden olma gibi) davranışlar ikinci seçimlik hareket bakımından değerlendirilmelidir (**Küpper (2001),** Besonderer Teil I, §2, kn.4, 5; **Arzt-Weber-Heinrich-Hilgendorf,** Besonderer Teil, § 223, kn.21). Buna karşılık Alman hukukuna göre bedensel kötülük kavramının kapsamı, vücuda acı verilmesini zorunlu kılmamaktadır (**Eisele,** Besonderer Teil I, §223, kn.293). Ancak vücutta bir acının ortaya çıkması durumunda kasten yaralamanın varlığı kabul edilmelidir (**Krey-Hellmann-Heinrich,** Strafrecht Besonderer Teil 1, kn.188).

[781] Aksi görüş için bkz. **KOCA, Mahmut – ÜZÜLMEZ, İlhan,** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet, Ankara 2013, s.164; **Tezcan-Erdem-Önok,** Özel Hükümler, s.194.

[782] Avusturya hukuku bakımından da yaralama suçunun (m.83) seçimlik hareketleri, bedensel yaramala, sağlığın bozulması ve bedensel kötülükler şeklinde ayrılmıştır. Dolayısıyla fiziksel yaralamalarla vücut üzerinde gerçekleştirilen sair kötülükler arasında bir ayrım güdüldüğü söylenebilir. Ayrıntı için bkz. **Bertel-Schwaighofer,** Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil I, §83, kn.1-4.

[783] **Küpper (2001),** Besonderer Teil I, §2, kn.6.

[784] Örnek için bkz **Krey-Hellmann-Heinrich,** Strafrecht Besonderer Teil 1, kn.188.

yeteneğine tesirde bulunmamış olması da gerekir. Burada önemli bir hususun daha altını çizmek gerekir ki, o da, rahatsızlık boyutuna ulaşmayan korkutma gibi eylemlerin kasten yaralama kabul edilemeyeceğidir. Zira daha önce ifade ettiğimiz gibi, kasten yaralama teşkil eden davranışların, doğurduğu sonuçlar bakımından belli bir öneme sahip olması gerekir[785].

Algılama yeteneğinin bozulması sonucunu doğuran davranışlar da, kasten yaralama suçunu oluşturur. Algılama yeteneği, insanın kendi varlığının bilincinde olarak çevresindeki olguları gözlemleyebilme yeteneğidir[786]. Ceza hukukunda bu yetenek, bir kimsenin davranışının hukuk düzeniyle çelişen bir haksızlık oluşturduğunun farkına varabilme (Einscihtsfähigkeit) olarak değerlendirilip, kusur sorumluluğu bağlamında, davranışlarını buna göre yönlendirebilme yeteneği (Steuerungsfähigkeit) ile birlikte anlam kazanır[787]. Dolayısıyla, bir kimseye yönelik olarak gerçekleştirilen davranışların bu yeteneğin bozulmasına neden olması halinde, kasten yaralama suçu oluşmuş olur. Bu bakımdan, bir kimsenin içkisine onu kendinden geçirecek miktarda ilaç atılması durumunda, kasten yaralamanın varlığını kabul etmek gerekir[788].

1.1.1.2. Görüşümüz

Tüm bu izah çerçevesinde, TCK m.108'in lafzı dikkate alındığında, kanun koyucunun kasten yaralamaya yaptığı yollama nedeniyle, cebir oluşturan davranışların, kasten yaralamanın yukarıda zikredilen seçimlik hareketlerinden ibaret olduğu söylenebilecektir. Ancak madde gerekçesinde, cebre maruz kalan kişinin bu fizik gücün meydana getirdiği acının etkisiyle hareket etmesi arandığından, mağdurun bedenine yönelen ve ona acı veren davranışların cebir olarak değerlendirilebileceği, kasten yaralamanın bunun dışındaki seçimlik davranışlarının

[785] Bu kapsamda örneğin saç veya sakal kesme yahut vücudu boyama gibi davranışlar, kasten yaralama suçunu oluşturmaz (**Krey-Hellmann-Heinrich,** Strafrecht Besonderer Teil 1, kn.188).
[786] **Koca-Üzülmez,** Genel Hükümler, s.292.
[787] **Gropp,** Allgemeiner Teil, §7, kn.38.
[788] **Üzülmez,** Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, s.173.

bu değerlendirmenin dışında tutulması gerektiği sonucuna ulaşılması gerektiği ileri sürülebilir[789].

Bu yorum, TCK'nın 148/3 hükmü ile paralel bir mahiyet arz etmektedir. Nitekim kanun koyucu anılan hükümde; *"mağdurun, herhangi bir vasıta ile kendisini bilmeyecek ve savunamayacak hale getirilmesi de, yağma suçunda cebir sayılır"* diyerek farazi bir cebir durumu ihdas etmiştir[790]. 765 sayılı TCK m.501 hükmüne benzer nitelikteki böyle bir düzenlemeye kanunda yer verilmesi[791], eski kanunda kabul edilen cebir yaklaşımının, yeni kanunda da devam ettirildiğinin ve cebrin vücuda acı veren davranışlarla sınırlandırıldığının bir göstergesidir. Zira aksi olsaydı, bu tür durumlar, sağlığın yahut algılama yeteneğinin bozulmasına neden olma kapsamında zaten kasten yaralama olarak telakki edileceğinden, böyle bir hükme ihtiyaç da duyulmazdı.

Öncelikle ifade edelim ki, cebir kavramının içeriğinin, kasten yaralama suçuna bağlanarak belirlenmesi olumlu bir yaklaşımdır. Çünkü özellikle Alman hukukunda böyle bir belirlemenin söz konusu olmaması nedeniyle hem doktrin hem de uygulamada ciddi tartışmalar söz konusu olmuş ve bu belirsizlik, cebrin son derece geniş bir çerçevede ele alınması sonucunu doğurmuştur.

Ayrıca bu geniş yorum tarzı, neredeyse sadece, korunan hukuki değerin iradi hareket özgürlüğü olduğu kabulünden hareket ettiği için cebir ve tehdit arasındaki farkın belirsizleşmesine neden olduğu gibi, irade özgürlüğünü koruyan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma gibi suç tipleriyle cebir suçu arasındaki ayrımı da anlamsızlaştırmıştır.

---

[789] **Koca-Üzülmez,** Özel Hükümler, s.390, 391.

[790] Alman doktrininde cebir kavramı üzerinden yürütülen bu tartışmaların yaşanması ve uygulamada yerleşik bir içtihat oluşturulamamasının nedeninin, TCK m.148/3'e benzer bir hükmün bulunmamasından kaynaklandığı ifade edilmiştir (**Koca-Üzülmez,** Özel Hükümler, s.587.)

[791] İfade etmek gerekir ki 148/3'teki düzenleme, bir durumun farazi anlamda cebir olarak kabulü için mağdurun hem kendisini bilmeyecek hem de savunamayacak hale getirilmesini aramaktadır. Oysa ETCK m.501'de bunlardan herhangi birinin varlığı yeterli sayılmıştı. Dolayısıyla eski kanunun düzenleme tarzının yerinde olduğunu kabul etmek gerekir. Örneğin mağdurun bilinci açık olmakla birlikte, ellerinin ayaklarının bağlanarak kendisini savunmayacak hale sokulması yahut yine bilinci açık olmakla birlikte vücuduna enjekte edilen bir kimyasal madde ile paralize edilerek aynı duruma sokulması, 148/3 düzenlemesi dikkate alındığında cebir olarak nitelendirilemeyecektir.

Bununla birlikte, bu yorum çerçevesinde, hukuki değeri ihlal eden her davranış cezalandırılmaya çalışılmış ve sonuç olarak kıyas yasağı ve bununla bağlantılı olarak belirlilik ilkesine aykırı bir anlayışın ortaya çıkmasına sebep olunmuştur. Dolayısıyla, kanundaki kavramsal belirsizlik, ceza hukuku alanında birçok tartışmalı ve hatta olumsuz sonuçların ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir.

Cebrin kasten yaralamayla sınırlandırılması, bu sorunların çözümüne hizmet edebilecek mahiyettedir. Çünkü örneğin "bir kimseyi bir yere kapatma" tek başına kasten yaralama suçunu oluşturmadığı için cebir söz konusu olmamakla birlikte[792], kişiyi hürriyetinden yoksun kılma olarak değerlendirilecek, bu durumun mağdur bakımından ihmalden kaynaklanan bir takım sorumluluklara yol açması halinde, dolaylı faillik yahut iştirake ilişkin genel kurallar tatbik edilerek bir sonuca ulaşılması mümkün olacaktır. Örneğin bir kamu görevlisinin, odada kapalı kalması nedeniyle görevi gereği yapması gereken bir işi yapamamasından doğan sorumluluk, bu şekilde belirlenecektir. Ayrıca bu yorum tarzı, örnekteki gibi, esasen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma oluşturan davranışlarla, cebir ve dolaylı olarak da kasten yaralama arasındaki ayrımın net olarak ortaya koyulabilmesi bakımından da olumludur.

Cebrin, kasten yaralama teşkil eden fiillere özgülenmesi, zorlama aracı olarak kullanılan tehdit, hile gibi araçların bu kavramdan tefrikini de kolaylaştıracaktır. Ayrıca bu özgüleme metodu, hukuki değerden hareketle kanun koyucuya her durumu ceza yaptırımıyla karşılama gibi manasız ve suç politikası ile bağdaşmayan bir ödev yüklenmesinin de önüne geçmiş olacaktır. Dolayısıyla, Alman hukukunda çokça tartışılan, yalnızca pasif davranış ile gerçekleştirilen yol kapatma eylemlerinin cebir kavramına altlanarak cezalandırılması da söz konusu olmayacaktır[793].

---

[792] Belirtelim ki, cebrin zorlayıcılık özelliğiyle bağdaşmayan mutlak kuvvet kullanımı olarak değerlendirilebilecek bu tür durumların, her halükarda TCK m.28 veya TCK m.108 çerçevesinde değerlendirilemeyeceği görüşündeyiz. Dolayısıyla bu örnek, mutlak kuvveti cebir kapsamında değerlendiren görüşler bakımından önem arz etmektedir.

[793] Belirtelim ki bu duruma haklı bir biçimde müdahale eden kamu görevlilerine yönelik olarak cebir kullanılarak gerçekleştirilen direnmeler, TCK'nın 265 inci maddesinde yaptırım altına alınmıştır. Maddenin 5 inci fıkrasında yer verilen; *"bu suçun işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna*

Şayet bu durumlar ***mutlaka suç olarak kabul edilmek isteniyorsa***, bunun, ceza kanununun genel olarak birçok suç tipinde kullanmış olduğu bir kavramın tehlikeli biçimde sınırlarının genişletilmeye çalışılmasıyla yapılmaması gerekir. Nitekim örneğin hukukumuzda bu türden davranışların diğer şartların varlığı halinde Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 28'inci vd. maddelerine göre yaptırıma tabi tutulması mümkündür. Toplantı ve gösteri sayılamayacak durumlar yönünden ise, ya hürriyeti tahdit suçunun şartları değerlendirilmeli yahut da bu tür davranışlar bağımsız bir suç olarak düzenlenmelidir.

Bu konuda özellik arz eden bir durum olarak, kentsel dönüşüm çerçevesinde idare tarafından yapılması gereken işlemlerin engellenmesi yönünden nasıl hareket edileceğine de kısaca değinmekte yarar görüyoruz. 6306 sayılı Afet Riski Taşıyan Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un 8'inci maddesinde; *"riskli yapıların tespiti, tahliyesi ve yıktırma iş ve işlemleri ile değerleme işlemlerini engelleyenler hakkında, işlenen fiil ve hâlin durumuna göre 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun ilgili hükümleri uyarınca Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunulması"* öngörülmüştür. Belirtelim ki buradaki engelleme, cebir ve tehdide dayanıyorsa, kamu görevlisine görevi yaptırmamak için direnme suçunu düzenleyen TCK m.265'e göre bir değerlendirme yapılacaktır. Ancak pasif bir direnme, örneğin yıkım alanının önünde durarak iş makinelerinin yıkım yapmasını engelleme yahut ihtara rağmen taşınmazın boşaltılmaması durumunda nasıl hareket edileceği belirsizlik taşımaktadır. Kanaatimizce, bu hususun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Zira cebir ve tehdit dışındaki durumlar, pasif direnme örneğindeki gibi başkaca bir suça vücut vermiyorsa TCK'ya göre uygulama yapma imkânı söz konusu değildir. Çünkü 765 sayılı TCK'nın 260'ıncı maddesinde yer verilen "memura pasif mukavemet suçu", 5237 sayılı TCK'nın aynı hükmü karşılayan 265'inci maddesi uyarınca suç olarak kabul edilmemiştir[794]. Dolayısıyla, ya 265'inci

---

ilişkin hükümler uygulanır" şeklindeki ifade de, buradaki cebrin kasten yaralama çerçevesinde mütalaa edilmesini zorunlu kılmaktadır.

[794] *"... Sorun, görevliye pasif direnme suçu nedeniyle yerel mahkeme hükmünün aleyhe sonuç doğurmamak üzere bozulmasına karar verilmesinin isabetli olmadığı noktasında toplanmaktadır, 765 sayılı TCY'nın 260. maddesinde yaptırıma bağlanan görevliye pasif direnme suçu 5237 sayılı Yasada suç olarak düzenlenmemiş olup, esasen bu konuda Özel Daire ile Yargıtay C.Başsavcılığı arasında bir uyuşmazlık da bulunmamaktadır. Hükümlünün, kendisini yakalamak isteyen görevlilere*

maddenin pasif mukavemeti suç olarak düzenleyecek şekilde yeniden ele alınması yahut da 6306 sayılı Kanun'da bu durumun münhasıran yaptırım altına alınması gerekir.

Sonuç olarak kanaatimizce, kasten yaralama oluşturan tüm davranışların, 108'inci maddenin gerekçesinde öngörüldüğü gibi bir sınırlamaya tabi tutulmaksızın cebir olarak kabul edilmesi yerinde olacaktır. Esasen gerekçe bağlayıcı olmadığından, bu yorumun tatbik imkânı bulabileceği söylenebilir. Ayrıca TCK m.148/3 hükmü, yağma açısından açıklayıcı ve somut olayda yargılama görevi yürüten hâkimin tereddütte kalmasını engelleyici mahiyette kabul edilebilir. Bununla birlikte, söz konusu düzenleme, yalnızca yağma suçu açısından cari olduğundan, genele şumulü de mümkün değildir. Ancak burada altı çizilmesi gereken husus, zorlayıcı cebrin varlığı bakımından, iradenin tamamen ortadan kaldırılmamış olması gerektiğidir. Aksi durumlarda, cebrin mutlak niteliğinden söz etmek gerekir.

Bu görüşü savunuyor olmamız, yalnızca lafzi bir takım düzenlemelerin yorumlanmasından kaynaklanmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, böyle bir kabulün pratik bir takım amaçlara hizmet etmesinin mümkün olduğunu düşünmekteyiz. Bu kapsamda düşüncemize göre, TCK m.108'in kasten yaralamaya yaptığı göndermenin, kasten yaralama suçunu oluşturan tüm seçimlik hareketleri kapsama aldığının kabulü, cebir kavramının sınırlarının belirlenmesine hizmet edecektir. Gerçi cebrin, yalnızca vücuda acı veren davranışlardan ibaret olduğu yönündeki kabul de, bu belirleme fonksiyonunu icra etmektedir. Ancak cebrin, cebir suçu ve TCK m.28 dışında, ceza kanununda birçok suç tipinde unsur yahut ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmesi nedeniyle, bu belirlemenin, kavramın kapsamını amaca aykırı olarak ciddi ölçüde sınırladığını kabul etmek gerekir.

---

yakalanmamak için kendisine zarar vermek şeklinde tezahür eden eylemi, 5326 sayılı Kabahatler Yasasının 40. maddesi kapsamında da değerlendirilemez. Sanığın 765 sayılı TCY'nın 260. maddesi kapsamında bulunan eylemi 5237 sayılı Yasada suç olarak düzenlenmediği gibi anılan eylem 5326 sayılı Yasanın 40/1. madde ve fıkrası kapsamında da değerlendirilemeyeceğinden (kimlik ve adres bilgisi vermekten kaçınma), yasa yararına bozma istemi üzerine Özel Dairece, suç veya kabahat oluşturmayan bu eylem nedeniyle yasa yararına bozma isteminin kabulü ile görevliye pasif direnme suçundan verilen mahkûmiyet hükmünün tüm sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldırılmasına ve hükümlünün bu suçtan beraatine karar verilmesi yerine..." (Yarg. CGK., 26.05.2009, 6-97/133)

Bu yönüyle cebrin, sadece vücuda acı veren davranışlardan ibaret olduğu şeklindeki kabul, TCK'da yer verilen bazı düzenlemelerin tatbikinde de ciddi zorluklarla karşılaşılmasına neden olacaktır. Örneğin fuhuş suçu bakımından TCK m.227/4'te; *"Cebir ... ile bir kimseyi fuhşa sevk eden veya fuhuş yapmasını sağlayan kişi hakkında yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısından iki katına kadar artırılır"* denilerek, cebir, bu suç yönünden ağırlaştırıcı bir sebep olarak kabul edilmiştir. Burada, cebir kavramına yüklenecek anlamın, yalnızca vücuda acı verecek davranışlarla sınırlandırılması durumunda, örneğin acıya sebep olmasa da, sağlığını bozan kimyasal bir madde vererek, bir kimsenin fuhuş yapmasını sağlayan failin cezası, suçun temel şekline göre mi belirlenecektir? Bu soruya olumlu yanıt verilirse, fiilin, "teşvik etme, kolaylaştırma, aracılık etme ve yer temini" biçimindeki seçimlik hareketlerden hangisi yönünden tipik olduğu sorusuna cevap bulmak da zordur. Bu suçun, "hukuka aykırı başka bir davranışla" işlenmesi mümkün değildir. Diğer bir deyişle, suçun temel ve nitelikli halleri bakımından bağlı hareketli olduğu söylenebilir. Dolayısıyla, suçun nitelikli halini oluşturan seçimlik davranışlardan cebri, vücuda acı veren kasten yaralama şeklindeki davranışlar olarak ele alan düşünceye göre, yukarıdaki örnekte fiilin, zorlama bir yorumla "kolaylaştırma" olarak kabulüyle suçun temel şeklini oluşturduğu sonucuna varmak gerekecektir. Ancak bunun, hükmün amacıyla ve ceza adaletiyle bağdaştığı elbette ki söylenemez.

Zorlayıcı cebir bakımından konuya yaklaşıldığında ise, iradeyi zorlayıcı gücün, genellikle vücuda acı veren bir etki ortaya çıkarması nedeniyle, zorlayıcı cebir teşkil eden fiziksel güç tatbikinin de, kasten yaralamanın vücuda acı veren seçimlik hareketlerden oluştuğu ifade edilebilir. Ancak bunun dışında, kasten yaralamanın seçimlik hareketlerinden birini oluşturan sağlığı bozucu fiziksel davranışların da, iradeyi zorlamaya elverişli olarak tatbik edilebildiği ölçüde, zorlayıcı cebir kapsamında değerlendirilmesi gerektiği söylenebilir.

1.1.2. Fiziksel Kuvvetin Kapsamı: "Karşı Konulamayacak Cebrin (Mutlak Kuvvetin) Gerekli Olup Olmadığı Meselesi"

TCK m.28'de, *"karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet... sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez"* denilerek, cebrin zorlayıcılık vasfını haiz olması ve bu kapsamda cebir altında suç işleyen kimse yönünden bir mazeret nedeni teşkil edebilmesi için, karşı konulamayacak ve başka türlü kurtulunamayacak bir fiziksel kuvvetin varlığı aranmıştır. Mağdurun iradesinin tamamen ortadan kaldırılması ve kendi iradesine göre hareket etme imkânının mutlak suretle elinden alınması anlamına gelen ve bu yönüyle mutlak kuvvet olarak nitelenebilecek[795] bu tür güç kullanımlarının zorlayıcı cebir olarak kabulü, tartışmalı bir husustur. Bu yöndeki tartışmalar, mutlak kuvvetin kabulü ya da reddine ilişkin farklı görüşlerin ortaya atılmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, ceza kanunumuzda fiziki kuvvetin bir unsuru olarak yer verilen bu özelliğin, zorlayıcı cebir ile bağdaşabilirliğini ortaya koymak açısından, bu görüşlerin ayrıntılı olarak incelenmesi ve buna göre bir sonuca ulaşılmasının gerekli olduğu kanaatindeyiz.

1.1.2.1. "Nispi Kuvvetin Zorlayıcı Cebrin, Mutlak Kuvvetin ise Cebir Öğretisinin Konusunu Oluşturması"

1.1.2.1.1. Genel Olarak

Zorlayıcı cebrin kapsamının belirlenmesinde, mutlak kuvvetin mi yoksa nispi kuvvetin mi esas alınacağı, ceza hukuku doktrininde uzun zamandır tartışmalı olan bir konudur. Bu tartışmanın en önemli sebebi, cebir kavramının kapsamının belirlenmesinde hareket noktasını oluşturan korunan hukuki değerin tespitine ilişkin görüş ayrılıklarından kaynaklanmaktadır. Yukarıda ayrıntısına yer verdiğimiz gibi,

[795] **HUBER, Dieter Christian,** Die mittelbare Täterschaft beim gemeinen vorsätzlichen Begehungsdelikt (Insbesondere deren Abgrenzung von Anstiftung), Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1995, s.246.

cebrin yöneldiği hukuki değer konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bizim de kabul ettiğimiz ağırlıklı görüşe göre, cebir ile gerçekleştirilen saldırıların cezalandırılmasıyla korunan hukuki değer, genel olarak irade özgürlüğüdür.

İrade özgürlüğünün, baskıdan arındırılmış bir biçimde karar verme veya iradeyi yönlendirmeyi ifade eden bölümüne yönelik olup, bu özgürlüğü tamamen ortadan kaldırmaya matuf saldırılar, mutlak kuvvet tatbikiyle cebir; iradi alınan karar doğrultusunda davranışlarını yönlendirme sürecine yönelik olup, iradi hareket yeteneğini sınırlayan saldırılar ise, nispi kuvvet tatbikiyle cebir olarak kabul edilir[796]. Kısaca, mağdurun iradi karar verme ve iradeyi yönlendirme sürecine yönelik saldırılar vasıtasıyla, fail; mağdurun iradesi olmaksızın (hipnoz gibi- *mutlak kuvvet*), iradesine karşı (bağlama, bir yere kapatma gibi- *mutlak kuvvet*) yahut iradesini zorlayarak (birisine hakaret etmeye zorlama gibi- *nispi kuvvet*) istediği sonuca ulaşmaktadır[797].

Doktrinde bazı görüşler, cebri, diğer kuvvet kullanma biçimlerinden ayıran özelliğin zorlayıcılık olduğu kabulünden hareketle, nispi kuvveti, zorlayıcı cebrin oluşması bakımından yegâne araç kabul ederek, mutlak kuvvetin, zorlayıcı cebrin görünüş şekillerinden bir tanesi olduğu görüşünü reddederler. Buna karşılık diğer bir görüşe göre ise, cebrin görünüş biçimi yalnızca mutlak kuvvettir. Aşağıdaki açıklamalarımız kapsamında, öncelikle bu görüşlere yer vereceğiz. Ardından da, hem mutlak hem de nispi kuvveti, zorlayıcı cebrin görünüş biçimleri olarak kabul eden görüşleri inceleyeceğiz.

1.1.2.1.2. Mutlak Kuvveti Reddeden Görüşler

Bu görüşü savunanlara göre, mutlak kuvvet, zorlayıcı cebir kapsamında mütalaa edilemez. Ancak hemen belirtelim ki, bu görüşün taraftarları arasında, cebrin koruduğu hukuki değere ilişkin bir fikir birliği bulunmamaktadır. Mutlak-nispi

[796] **Swoboda,** Der Gewaltbegriff, s.863; **Knodel,** Der Begriff der Gewalt, s.10 vd.
[797] **Schürmann,** Gewalt im schweizerischen Strafgesetzbuch, s.24.

kuvvet ayrımının, esasen, cebrin yöneldiği hukuki değere ilişkin yaklaşımlarla doğrudan irtibatlı olduğunu belirtmiştik. Buna uygun olarak, cebrin, mutlak kuvvet ile işlenemeyeceğini savunan görüşleri de, korunan hukuki değere ilişkin kabullerden hareket ederek ortaya koymayı uygun görmekteyiz.

Mutlak kuvveti reddederek, zorlayıcı cebrin yalnızca nispi kuvvet tatbikinden ibaret olduğunu kabul eden yazarlardan *Köhler*, cebrin yöneldiği hukuki değerin, iradi karar verme özgürlüğü olduğunu savunmaktadır[798]. Yazara göre, irade özgürlüğü ya tamamen ortadan kaldırılır yahut da zorlanır. Cebir aracılığıyla fail, mağdurun iradi karar verme özgürlüğünü, iradesini zorlayarak, iradesine boyun eğdirerek ihlal eder[799]. İradenin zorlanmasında kullanılabilecek yegâne uygun araç, nispi kuvvettir[800]. Çünkü mutlak kuvvet, iradeyi zorlayarak, ona boyun eğdirmekten ziyade, aktüel veya potansiyel olarak onu ortadan kaldırmaktadır[801]. İradenin zorlanmasından anlaşılması gereken ise, mağdurun, iradesini, uygulanan baskı nedeniyle failin istediği yönde kullanmasıdır. Zorlamanın ağırlığından bağımsız olarak, mağdurun iradesini yönlendirme imkânı tamamen ortadan kaldırılmışsa, diğer bir ifadeyle, artık mağdurun seçim imkânından söz edilemiyorsa, mutlak kuvvetten söz etmek gerekir. Bu durumda, bir davranışın cebir olarak kabul edilmesi için gerekli olan zorlama etkisinden bahsedilemeyeceğinden, mutlak kuvvet uygulanan durumlarda, zorlayıcı cebir söz konusu olmaz.

Mutlak kuvvetin zorlayıcı cebrin görünüş biçimlerinden biri olarak kabul edilmesine karşı çıkan diğer bir yazar da, *Hruschka*'dır. Yazara göre, cebrin yöneldiği hukuki değeri, iradi hareket etme özgürlüğü olarak kabul etmek gerekir[802]. Zorlama etkisi nedeniyle, cebrin, mağdur yönünden iradi hareket imkânı olarak kabul edilmesi zorunludur. Mutlak kuvvet, iradi karar verme özgürlüğünü ihlal eden davranışlardan ibaret olduğundan[803], mağduru; bir davranışın gerçekleştirilmesi,

---

[798] **Köhler,** Nötigung als Freiheitsdelikt (Leferenz FS), s.524.
[799] **Köhler,** Nötigung als Freiheitsdelikt (Leferenz FS), s.516, 517.
[800] *Marxen* de, mutlak ve nispi cebir ayrımının, cebrin varlığı noktasında önem arz ettiğini, mutlak kuvvetin cebir olarak değerlendirilemeyeceğini ifade etmiştir (**Marxen,** Kompaktkurs Strafrecht Besonderer Teil, s.134.)
[801] **Köhler,** Vorlesungsstörung als Gewaltnötigung, s.12.
[802] **HRUSCHKA, Joachim,** Die Nötigung im System des Strafrechts, JZ 1995, s.743.
[803] **Hruschka,** Die Nötigung im System des Strafrechts, s.743.

gerçekleştirilmesine müsaade edilmesi yahut bir davranışta bulunmamaya zorlama özelliğinden mahrumdur. Bu nedenle, zorlayıcı cebrin oluşmasına imkân sağlayan davranışlar, mağdur bakımından, iradeyi failin istediği doğrultuda hareket etmeye zorlayan nispi kuvvet çerçevesinde değerlendirilmelidir[804].

Yazara göre, cebrin görünüş biçimlerinin yalnızca mutlak kuvvet yahut nispi kuvvetten ibaret olmadığını, her iki durumun da cebrin varlığını kabul için yeterli olduğunu savunan görüş, mutlak kuvveti, zorlayıcı cebir olarak değerlendirirken *"evleviyet kuralından"* hareket etmektedir. Buna göre mutlak kuvvet, nispi kuvvete nazaran, kişi özgürlüğüne daha ağır bir müdahale oluşturur. Dolayısıyla, daha hafif müdahale teşkil eden nispi kuvvet, zorlayıcı cebrin görünüş biçimi olarak kabul ediliyorsa, mutlak kuvvetin de evleviyetle kabul edilmesi gerekir[805]. *Hruschka*'ya göre bu görüş birçok açıdan doğru değildir. Öncelikle, *"daha hafif olan cezalandırılıyorsa, daha ağır olanın evleviyetle cezalandırılması gerekir"* şeklinde bir yaklaşımda bulunmak doğru değildir. Şayet bu doğru kabul edilirse, örneğin insan öldürme, gerek haksızlık içeriği bakımından, gerekse ceza yaptırımının miktarı bakımından hırsızlıktan daha ağır olduğu için, insan öldürme suçunu işleyenin, hırsızlık suçunu her halükarda işlemiş olduğu sonucuna ulaşmak gerekir. Ancak bu, son derece absürttür[806]. Bununla birlikte, her durumda mutlak kuvvetin daha ağır olduğunu kabul etmek de mümkün değildir. Örneğin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, mutlak kuvvet tatbikiyle işlenir. Çünkü bu suçla mağdurun hareket hürriyeti tamamen ortadan kaldırılır. Bu suçun, mağduru başkaca bir davranışa zorlamak amacıyla işlenmesi durumunda (örneğin bir sırrın açıklanması), nispi kuvvet icrası ile cebrin varlığından söz edilebilir. İkinci durum, nispi kuvvet olarak değerlendirilmesine rağmen, ilkinden daha ağırdır. Ancak her iki fiilin gerçekleştirilme biçimi arasında bir farklılık yoktur[807].

---

[804] **HRUSCHKA, Joachim,** Die Blockade einer Autobahn durch Demonstranten - eine Nötigung?, NJW 1996, s.162.

[805] Evleviyet kuralından hareketle mutlak kuvvetin cebir kapsamında mütalaa edilmesi gerektiğini ileri süren görüşler için bkz. **Krey,** Was ist Gewalt?, kn.143 vd.; **Bergmann,** Das Unrecht der Nötigung, s.42.

[806] **Hruschka,** Die Blockade einer Autobahn durch Demonstranten - eine Nötigung?, s.162, dn.24.

[807] **Hruschka,** Die Blockade einer Autobahn durch Demonstranten - eine Nötigung?, s.162.

Yine, bir davranışın daha ağır ceza yaptırımıyla karşılanması, her zaman, uygulanan kuvvetin mutlak mı nispi mi olduğu ile ilgili değildir. Nitekim bir keman sanatçısının, konsere çıkıp keman çalmasını engellemek amacıyla dövülmesi, nispi kuvvet icrasıdır. Buna karşılık, aynı amaçla, keman sanatçısının sol el parmağının kırılması durumunda, artık keman çalması mümkün olmadığından (hareket özgürlüğü ortadan kaldırılmıştır), mutlak kuvvetten söz etmek gerekir. *Hruschka*'ya göre, ikinci durumda, failin daha ağır bir yaptırıma tabi tutulması gerekir. Ancak bu gereklilik, failin mutlak kuvvet tatbik etmiş olmasından kaynaklanmaz[808].

Cebri, zorlama unsurunu dikkate alarak tanımlayan *Kargl* da[809], mutlak kuvvetin zorlayıcı cebrin bir görünüş biçimi olamayacağı görüşündedir. Yazara göre bu sonuca, gramatik değil, sistematik bir yorumla ulaşmak mümkündür. Cebir, sözlükte zorlama olarak tanımlanmaktadır. Ancak bu şekilde gramatik yoruma müracaat edildiğinde, zorlamanın da sözlük anlamını dikkate almak gerekecektir. Ancak zorlama, gramatik anlamda farklı manalarda kullanıldığından[810], bu suretle bir sonuca ulaşmak da mümkün değildir. Bu nedenle, sistematik yorum tercih edilmelidir. Bu çerçevede, cebrin, cebre maruz kalmak dolayısıyla mağdurda ortaya çıkan reaksiyon şeklinde tanımlandığı görülmektedir. Bu tanımdan yola çıkılarak, örneğin mağduru suya itmek veya döverek bir odadan çıkarmak, cebir olarak kabul edilebilirse de, mağdurun, pasif bir davranış gerçekleştirmeye zorlandığı durumlarda, aynı sonuca ulaşmak mümkün değildir. Zira burada, reaksiyondan söz etmek olanaklı değildir. *Kargl*'a göre, bu nedenle cebir ile bir davranışı gerçekleştirmeye, gerçekleştirmemeye ya da fail tarafından gerçekleştirilmek istenen bir davranışa katlanmaya zorlama nedeniyle sorumluluk, mağdur değil, daha çok fail dikkate alınarak belirlenmelidir[811]. Çünkü gerçekleştirilen davranıştan kaynaklanan sorumluluk, mağdura değil, faile yüklenmektedir.

---

[808] **Hruschka,** Die Blockade einer Autobahn durch Demonstranten - eine Nötigung?, s.163.
[809] **Kargl,** Zur objektiven Bestimmung der Nötigung (Roxin FS), s.905 vd.
[810] Sözlük anlamıyla zorlama, bazen mağduru seçimsiz bırakma, bazen ise cebir veya tehdit suretiyle belli bir davranışta bulunmaya zorlama olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla zorlama, hem mutlak etki hem de zorlama etkisi gösteren bir kavram olarak tanımlanmıştır (**Kargl,** Zur objektiven Bestimmung der Nötigung (Roxin FS), s.907).
[811] **Kargl,** Zur objektiven Bestimmung der Nötigung (Roxin FS), s.912.

Ceza hukuku dogmatiğinde hareket kavramına verilen anlam, birden fazla alternatif arasından tipik olan davranışın seçilmesi kapsamında vücut bulur. Mutlak kuvvetin mevcut olduğu durumlarda, mağdurun başka türlü hareket etmesi mümkün olmadığından, bu türden kuvvet tatbikinin, zorlayıcı cebir çerçevesinde değerlendirilmesi de mümkün gözükmemektedir[812].

Zorlayıcı cebrin içeriğinin belirlenmesinde, sistematik yorumdan hareket eden *Kargl* da, *Hruschka* gibi, evleviyet kuralından yola çıkılarak mutlak kuvvetin zorlayıcı cebrin görünüş biçimlerinden biri olduğu sonucuna ulaşılmasına karşı çıkmaktadır[813].

Kargl'a göre, mutlak kuvvetle ihlal edilen, objektif olarak mağdurun kendi kaderini belirleme özgürlüğüdür. Diğer bir ifade ile mutlak kuvvette, mağdurun sübjektif olarak ortaya koyduğu iradesi yönlendirilmemekte, iradi karar verme özgürlüğü ortadan kaldırılmaktadır. Buna karşılık, zorlayıcı cebirde fail, oluşturduğu zorunluluk durumu çerçevesinde mağduru belirli bir yönde hareket etmeye zorlamaktadır. Bu nedenle, mağdur her ne kadar iradi hareket etse de, iradesi özgür olmayıp, fail tarafından yönlendirilen bir iradedir. Sonuç olarak, mağdurun reaksiyonunun ne olduğundan ziyade, gerçekleştirilen davranışın nedeni üzerinde durulmalıdır. Bu da, failin iradesi ile bağlantılı olarak değerlendirilmelidir. Çünkü cebir etkisi altında mağdur tarafından işlenen fiil, failin iradesinin bir ürünüdür[814].

Kargl gibi *Sinn de*, cebir kavramının merkezine, zorlama etkisini koymaktadır. Yazara göre, zorlama, bir kimsenin kendi iradesine karşı motive edilmesi olarak kabul edilmelidir[815]. Bu süreç, üç aşamalı olarak gerçekleşir. Öncelikle mağdur, kendisinden uygulanması istenen bir davranışı algılar, sonra bu davranışı gerçekleştirme noktasında irade (zorlanmış irade) oluşturur. Nihayet son olarak, zorlandığı davranışı gerçekleştirir. Burada sorgulanması gereken, mağdurun özgürlük alanının ne zamandan itibaren kısıtlandığıdır. Bu soruya verilecek cevap, cebrin yöneldiği hukuki değerle irtibatlıdır. Cebrin yöneldiği hukuki değeri,

---

[812] **Kargl,** Zur objektiven Bestimmung der Nötigung (Roxin FS), s.908.
[813] **Kargl,** Zur objektiven Bestimmung der Nötigung (Roxin FS), s.909, 910.
[814] **Kargl,** Zur objektiven Bestimmung der Nötigung (Roxin FS), s.915.
[815] **Sinn,** Die Nötigung (2000), s.76.

mağdurun iradi karar verme hürriyeti olarak kabul etmek gerekir. Dolayısıyla, fail tarafından uygulanan cebir, mağdurun özgürlük alanını ikinci aşamadan itibaren ihlal etmeye başlar[816].

Sinn, mutlak kuvveti zorlayıcı cebir olarak kabul etmemesinin nedenini, sistematik yorum vasıtasıyla açıklamaktadır. Yazara göre, her ne kadar mutlak kuvvet, irade özgürlüğüne yönelik bir ihlal oluştursa da, ceza kanununda yer verilen her suç, özgürlükleri mutlak olarak koruma altına almadığından[817], korunan hürriyetin, normun amacı dikkate alınarak belirlenmesi gerekir[818]. Dolayısıyla, zorlayıcı cebir, mağdurun iradesinin, fail tarafından zorlanarak belli bir davranışa yönlendirilmesidir[819]. Sonuç olarak, iradi karar verme özgürlüğünü mutlak olarak ortadan kaldıran, bir kimsenin bir yere kapatılması gibi davranışlar yanında, mağdurun seçim imkânını ortadan kaldıran, trafikte, bir yolun kapatılarak sürücülerin geçiş imkânını yahut başka yöne gitmesini engelleyecek şekilde trafik sıkışıklığı oluşturmak gibi davranışlar da, mutlak kuvvet olarak kabul edilmelidir[820].

Mutlak kuvveti, irade özgürlüğünü sınırsız bir şekilde koruma amacıyla ve normatif değerlendirmeyi bir kenara bırakarak zorlayıcı cebir kapsamında değerlendirmek, esasen cebir kavramına, bu kavrama yer verilen tüm düzenlemeler bakımından ortak bir açıklama getirme çabasıyla bağlantılıdır. Ancak bu durum, mantıksız ve yararsızdır[821]. Dolayısıyla, BGH'nin yol kapatma şeklindeki davranışları zorlayıcı cebir altında sınıflandırması kabul edilemez[822].

---

[816] **Sinn,** Die Nötigung (2000), s.76.

[817] Birtakım davranışların ceza kanununda yaptırım altına alınmasıyla güdülen amaç, sosyal düzenin, bireylerin beraber yaşamadaki menfaatlerinin güvence altına alınmasıdır. Tüm özgürlüklerin istisnasız bir biçimde ceza kanunlarıyla korunması söz konusu olamaz (**Sinn,** Die Nötigung (2000), s.102). Dolayısıyla cebir ile korunan hukuki değerin de mutlak olarak irade özgürlüğü biçiminde değil, bu özgürlüğün belli bir alanının korunması şeklinde somutlaştığını kabul etmek gerekir (**Sinn (MüKo),** §240, kn.63.)

[818] **Sinn,** Die Nötigung (2000), s.78.

[819] **Sinn,** Die Nötigung (2000), s.102.

[820] **Sinn (MüKo),** §240, kn.61.

[821] **HERZBERG, Rolf D.,** Strafbare Nötigung durch Versperren des Fahrwegs? –Kritische Überlegung zum Sitzblockade-Beschluß des BVerfG und zum Autobahnblockade-Urteil des BGH- GA 1996, s.566.

[822] **Sinn,** Die Nötigung (2000), s.195; **Herzberg,** Strafbare Nötigung durch Versperren des Fahrwegs?, s.567, 568.

Bu tür yaklaşımlar, hareket özgürlüğünün mutlak olarak cebir suçu çerçevesinde değerlendirilmesi sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla, belirtilen durumlarda, kişinin bir yere gitme yahut bir yerde kalma hürriyetinden yoksun bırakılmasını yaptırım altına alan hürriyeti tahdit suçuyla cebir suçu arasındaki farkın ortadan kalktığı söylenebilir[823]. Keza kanun koyucu, ses ve iletişime ilişkin hürriyetleri, dolaylı olarak özel hayatın gizliliğine karşı suçlar kapsamında koruma altına almışken (TCK m.134 vd.; StGB m.201 vd.), gürültü yaparak veya yüksek ses çıkararak bir öğretim üyesinin ders vermesini engellemenin BGH tarafından cebir olarak kabulüyle, iletişim özgürlüğünün, kanun koyucunun amacına aykırı olarak cebir suçu kapsamında doğrudan korunması sağlanmıştır. Bu tür değerlendirmeler, "her kim cebir kullanırsa, cebir suçunu işlemiş olur" gibi mantıksız bir çıkarsamaya neden olma tehlikesini doğurmaktadır[824].

Zorlayıcı cebrin kapsamı belirlenirken, mağdurun işlemeye zorlandığı suçun karakteristik özellikleri mutlaka dikkate alınmalıdır. Bu açıdan yaklaşıldığında da, mutlak kuvveti cebir olarak kabul etmek mümkün değildir. Zira zorlayıcı cebir halinde, işlenen suçtan doğan sorumluluğun, dolaylı faillik esaslarına göre belirlenmesi gerekir. Mutlak kuvvetin zorlayıcı cebrin görünüş biçimi olduğunu kabul etmek, dolaylı faillik esaslarıyla da bağdaşmamaktadır[825]. Çünkü burada, cebir uygulanarak işlenen suç, mağdurun iradesinin zorlanması nedeniyle gerçekleştirdiği bir davranıştan değil, doğrudan doğruya cebir uygulayanın hareketinden kaynaklanmaktadır.

Hukukumuzda da, mutlak kuvvet şeklinde ortaya çıkan güç kullanımlarının, iradeyi belli bir yönde zorlamadığı, bilakis tamamen bertaraf ettiği, kişiyi soyut araç konumuna indirgediği için zorlayıcı cebrin konusunu oluşturamayacağı ifade edilmiştir. Buna göre, iradenin zorlanmayıp tamamen bertaraf edildiği hallerde, kanunda düzenlenen başkaca suçlar oluşacaktır[826]. Bu görüşe taraftar olan *Sözüer* de, cebri, *"genel anlamı itibarıyla bir kişiye halen hissedeceği bir kötülük, tecavüz icrası suretiyle, bu veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zorlayıcı bir*

[823] **Sinn,** Die Nötigung (2000), s.196.
[824] **Sinn,** Die Nötigung (2000), s.196.
[825] **Sinn,** Die Nötigung (2000), s.200.
[826] **Koca–Üzülmez,** Özel Hükümler, s.389.

etki meydana getirilmesi" olarak tanımlayarak, bu kavrama geniş bir anlam yüklemekle birlikte, cebrin yalnızca nispi kuvvet icrası ile söz konusu olabileceğini savunmuştur[827].

1.1.2.1.3. Nispi Kuvveti Reddeden Görüşler

Cebri, zorlayıcılık özelliğinden yola çıkarak, yalnızca nispi kuvvetle gerçekleştirilebilen bir davranış biçimi olarak kabul edenler yanında, bu kavramın içeriğini, yalnızca mutlak kuvvetten ibaret sayanlar da mevcuttur. Esasen bu görüşün kaynağı, belirleyebildiğimiz kadarıyla Feuerbach'ın öğretisine kadar uzanmaktadır. Buna göre, cebir ile tehdidi birbirinden ayıran özelliklerden bir tanesi, cebrin mutlak kuvvet, tehdidin ise nispi kuvvet ile tatbik edilebilmesidir[828]. Yağma suçu bakımından ortaya koyulan bu görüşe göre, cebir, mevcut bir karşı koymanın aşılması yahut gelecekte gerçekleşecek bir direnişin engellenmesi amacıyla uygulanabilir[829]. Cebrin, mutlaka mağdur üzerinde doğrudan tatbiki şart değilse de, kişiye yönelik olarak uygulanması gerekir. Diğer bir deyişle, mağdurun direncini kırmaya yönelik olmayan kuvvetin, cebir olarak telakkisi mümkün değildir[830].

Binding'in normlar öğretisinde de cebir, mutlak kuvvet olarak kabul edilmiştir. *Binding*'e göre, irade özgürlüğüne saldırı teşkil eden kast, ya iradi karar verme yahut iradi hareket etme özgürlüğüne yönelerek somutlaşır. Söz konusu özgürlüklerin ihlali ise, kast bağlamında, cebir yahut tehdit olarak karşımıza çıkar. İradi karar verme özgürlüğünü ortadan kaldıran yahut iradi hareket etmeyi imkânsız hale getiren cebir, esasen, hareket kabiliyetini geçici olarak ortadan kaldırmaktadır[831].

---

[827] **SÖZÜER, Adem,** Tehdit Suçu, İÜHFM, C. LIV (1994), s.128, 129.
[828] **Feuerbach,** Lehrbuch, s.497.
[829] **Feuerbach,** Lehrbuch, s.497.
[830] **Feuerbach,** Lehrbuch, s.498.
[831] **Binding,** Die Normen II, s.1016, 1017.

Binding'in görüşü, yakın dönemde *Boeckmann* tarafından savunulmuştur. Yazara göre, nispi kuvvetin cebir olarak tarif edilmesi halinde, cebir ile tehdit arasındaki farkı net bir biçimde ortaya koyabilmek mümkün değildir. Dolayısıyla, cebir, tehdidin söz konusu olmadığı durumları kapsayacak şekilde tanımlanmalıdır. Cebir, fail tarafından gerçekleştirilen davranışın, mağdura alternatif bir davranışta bulunabilmek adına herhangi bir seçim imkânı tanınmayacak şekilde etki gösterdiği durumlarda söz konusu olur. Uygulanan kuvvetin etkisi doğrudan olabileceği gibi, dolaylı da olabilir. Örneğin ev sahibinin, kiracıyı evden çıkarmak amacıyla evi kullanılamaz hale getirmesi durumunda, kiracının evden çıkmaktan başka alternatifi kalmamışsa, uygulanan kuvvetin mutlak olduğunu kabul etmek gerekir[832]. Buradan çıkan sonuç, uygulanan mutlak kuvvetin, gerek doğrudan kişi üzerinde, gerekse eşya üzerinde etkili olabileceğidir. Ancak eşya üzerinde uygulanan mutlak kuvvetin, dolaylı da olsa, bir kimsenin irade özgürlüğünü ortadan kaldıracak mahiyette olması gerekir[833].

Bu görüş dikkate alınırsa, bir kimsenin, uzunca bir süre dövülerek iradesine aykırı olarak failin istediği davranışı gerçekleştirmesi, sonuç olarak cebrin etkisi olarak gözükse de, esasen, tehdidin bir sonucu olarak kabul edilmelidir. Diğer bir ifade ile mağduru motive eden şey uygulanan cebir değil, cebrin uygulanmaya devam edeceğine ilişkin korkudur. Dolayısıyla, nispi kuvvet, yalnızca tehditten ibarettir. Ancak doktrinde, bu gibi durumlarda mağdurun, failin iradesine boyun eğmesinin her halükarda tehditten kaynaklandığının söylenemeyeceği, mağdurun iradesinin yönlendirilmesinde asıl aracın, cebrin gelecekte uygulanmaya devam etmesi değil, dövme fiilinin mağdurun vücudu üzerinde doğurduğu acı olduğu ifade edilmiştir[834].

Kanaatimizce bu hususta net bir görüş ortaya koymak zordur. Ancak korunan hukuki değer kapsamında, failin uyguladığı kuvvetin mağdurun irade özgürlüğünü ihlal etmeye başladığı an dikkate alınarak, mağdurun, iradesini failin istediği

---

[832] **Boeckmann,** Was ist Gewalt?, s.1050.
[833] **Boeckmann,** Was ist Gewalt?, s.1050.
[834] **Sinn,** Die Nötigung (2000), s.205; **v. Heintschel Heinegg,** Die Gewalt als Nötigungsmittel, s.46; Bermann, Das Unrecht der Nötigung, s.84; **Geilen,** Lebensgefährliche Drohung als Gewalt (JZ 1970), s.525; **Knodel,** Der Begriff der Gewalt, s.34.

davranışı gerçekleştirme yönünde kullanmasında cebrin etkili olduğunu söylemek mümkündür. Ancak üçüncü kişiye karşı uygulanan cebrin, zorlanmak istenen kişi bakımından, daha çok manevi bir etki doğurduğu kabul edilmelidir.

Huhn'a göre nispi kuvveti cebir kavramından ayırarak, tehdit ile cebir arasındaki farkı, uygulanan kuvvetin türüne dayandırmak, zorlama kavramı ile nispi kuvvetin birbirine karıştırılması anlamına gelir[835]. *Boeckmann* da, fail açısından değerlendirildiğinde, mutlak kuvvetin, mutlaka fiziki kuvvet uygulanmasını zorunlu kılmadığını ileri sürmekte ve bu hususa ilişkin verdiği bir örnekle konuyu açıklamaktadır. Buna göre failin, mağduru, trafiğin yoğun olduğu bir caddeye atlamaya fiziksel güç kullanarak mecbur kılmasıyla, silah zoruyla aynı sonucu elde etmesi arasında bir fark yoktur. Her iki durumda da, mağdurun iradesi, cebir suretiyle fesada uğratılmıştır[836]. Görüldüğü gibi, son örnekte fail, esasen tehdit zoruyla mağduru bir davranışta bulunmaya zorlamakta, herhangi bir cebir uygulamamaktadır. Mağduru zorda bırakan davranış, gelecekte gerçekleştirileceği bildirilen bir kötülükten ibarettir. Dolayısıyla, burada zor kullanma söz konusu olsa da, tercih edilen aracın cebir değil, tehdit olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle, zor kullanmanın üst başlık olarak değerlendirilmesi ve cebir ve tehdidin zor kullanma aracı olarak kabul edilmesi gerekir.

1.1.2.1.4. Zorlayıcı Cebrin Kapsamını Mutlak ve Nispi Kuvveti Kapsayacak Biçimde Geniş Kabul Eden Görüşler

Doktrinde ağırlıklı görüşe göre[837], zorlayıcı cebrin kapsamı, hem mutlak hem de nispi kuvveti içine alacak biçimde geniş kabul edilmiştir. Yukarıdaki izahtan da

---

[835] **Huhn,** Nötigende Gewalt, s.35.

[836] **Boeckmann,** Was ist Gewalt?, s.1051.

[837] **Dreher-Tröndle (BK)**, §240, kn.13; **Huhn,** Nötigende Gewalt, s.35; **Röthlein,** Der Gewaltbegriff, s.19; **Knodel,** Der Begriff der Gewalt, s.72; **Kindhäuser**, Besonderer Teil I, §12, kn.23 vd.; **Hass,** Der Objektive Tatbestand der Nötigung, s.30; **Rengier,** Besonderer Teil II, §23, kn.3; **Eser-Eisele (SS),** Vorb. §§ 234 ff., kn. 12 vd; **Träger-Altvater (LK),** StGB §240, kn.38; **Heger (Lackner-Kühl),** §240, kn.5; İsviçre hukuku bakımından aynı yönde **Schürmann,** Gewalt im schweizerischen Strafgesetzbuch, s.24;

anlaşılacağı üzere, doktrinde, nispi kuvvetin cebrin görünüş biçimlerinden biri olmadığına ilişkin görüş, klasik öğreti tarafından cebir ile tehdidin birbirinden ayrılmasında kullanılmış olup, günümüzde, zorlayıcı cebrin nispi kuvvet tatbikiyle mümkün olduğu hususunda neredeyse tam bir fikir birliği mevcuttur. Ancak mutlak kuvvet için aynısını söylemek mümkün değildir. Bu nedenle biz, bu başlık altında, mutlak kuvveti zorlayıcı cebir kapsamında mütalaa eden görüşlerin gerekçelerini ortaya koymanın amaca uygun ve faydalı olacağını düşündüğümüzden, nispi kuvvetle ilgili izahı sınırlı tutacağız.

Daha önce ifade ettiğimiz gibi bazı yazarlar, cebrin zorlayıcılık özelliğinin, mağdurun bir davranışta bulunmaya ya da bulunmamaya yahut bir davranışa katlanmaya yöneltilmesi şeklinde somutlaştığını, bunun için de, mağdurun hareketinden söz etmek gerektiğini belirtmişlerdir[838]. Bu nedenle de, mutlak kuvvet, zorlayıcı cebir kapsamında değerlendirilebilecek bir güç kullanımı değildir. Buna karşılık, mutlak kuvveti zorlayıcı cebir kapsamında değerlendiren yazarlardan bir kısmı, görüşlerini, özellikle "mağdurun bir davranışa katlanması" esasına dayandırmaktadır. Bu çerçevede, katlanmanın, mağdurun seçim imkanı olmasına rağmen gerçekleştirilen davranışa boyun eğmesinden ibaret olmadığı, mağdurun iradi hareket etme imkanının ortadan kaldırılarak bir davranışa boyun eğmesinin de "katlanma" olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir[839]. Dolayısıyla, mağdura, iradi karar verme yahut iradi olarak davranışlarını yönlendirme imkanı tanımayan ve mutlak kuvvet tatbiki suretiyle gerçekleştirilen bu durumları cebrin dışında bırakmak mümkün değildir. Bu bakımdan, mutlak kuvveti de cebrin görünüş şekillerinden biri olarak değerlendirmek zaruridir[840].

Bu bağlamda, örneğin bir kimsenin bir yere kapatılarak yükümlü olduğu bir davranışta bulunmasının engellenmesi yahut fail tarafından gerçekleştirilen bir davranışa katlanmaya zorlanması halinde de, zorlayıcı cebrin varlığı kabul

---

Avusturya hukuku bakımından aynı yönde **Sautner,** Der Gewaltbegriff, s.166; **Schmidt-Priebe,** Besonderer Teil 1, kn.793; **Wessels-Hettinger,** Besonderer Teil 1, §8, kn.396; **Schluckebier (Satzger-Schluckebier-Widmaier),** §240 StGB, kn.7; **Heghmanns,** Besonderer Teil, kn.599 vd.

[838] **Sinn,** Die Nötigung (2000), s.106 vd.

[839] **Bergmann,** Das Unrecht der Nötigung, s.154.

[840] **Huhn,** Nötigende Gewalt, s.35.

edilmelidir. Bu değerlendirme, cebir suçunu düzenleyen hükmün (TCK m.108; StGB § 240), bu türden davranışları cebir kapsamında mütalaa etmeye uygun olmasından değil, bunların, söz konusu hüküm bakımından tipik olmaları dolayısıyla cebir olarak telakki edilmesindeki zorunluluktan kaynaklanmaktadır. Diğer bir deyişle, mutlak kuvvetin cebrin işleniş biçimlerinden biri olduğunun kabulü, yorum yoluyla ulaşılacak bir sonuç değil, bir zorunluluktur[841].

Bu görüşe karşı olanlarca, "mağdurun bir davranışa katlanmasının" mutlak kuvvet olmadığı, mağdurun seçme imkânının olduğu durumlarda, failin uyguladığı cebir nedeniyle, katlanmaya, sabretmeye zorlandığı hallerde, zorlayıcı cebrin varlığının kabul edilebileceği ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, yukarıdaki örneklerde fail, mağdurun seçme imkânını ortadan kaldırmışsa, esasen mağdur tarafından gerçekleştirilen bir fiilden değil, failin fiilinden söz etmek gerekir[842]. Fail tarafından gerçekleştirilen bir davranışa katlanma, mağdurun, failin zor kullanma fiiline karşı koyma imkânının mevcut olduğu durumlarda söz konusu olabilir. Dolayısıyla, katlanma bakımından ikili bir ayrım yaparak, mağdurun irade özgürlüğünü tamamen ortadan kaldıran durumları zorlayıcı cebrin dışında tutmak gerekir.

Huhn'a göre, cebrin içeriğinin, failin davranışı nedeniyle mağdurun ortaya koyduğu reaksiyon dikkate alınarak belirlenmesi mümkün değildir. Aksi kabul halinde, mağdurun diş gıcırdatması dahi hareket olarak nitelendirilmelidir. Ancak bu durum, hareketin dış dünyada farkedilebilir bir davranış olarak algılanması gerektiği düşünüldüğünde, kabul edilemez. Bu nedenle, mağdurun seçim imkânının kaldırılması ve irade özgürlüğünün tamamen ortadan kalkması nedeniyle herhangi bir reaksiyon ortaya koyamaması, onun, belli bir davranışa katlanmaya zorlanmasının hareket olarak kabul edilmesine engel değildir. Sonuç olarak, sadece mağdurun reaksiyon imkânı dikkate alınarak bir neticeye varılması mümkün değildir. Burada, mağdurun davranışını, faili de dikkate alarak belirlemek gerekir. Şayet failin iradesi mağdurda bir zorlama oluşturmuşsa, mağdurun bu zorlama neticesinde iradi

[841] **Krey**, Was ist Gewalt?, kn.144.
[842] **Sinn,** Die Nötigung (2000), s.82; **Hruschka,** Die Blockade einer Autobahn durch Demonstranten - eine Nötigung?, s.162; **Köhler,** Nötigung als Freiheitsdelikt (Leferenz FS), s.519.

olarak hareket edip etmediği, seçim hakkının sınırlandırılıup sınırlandırılmadığı önem taşımaz. Dolayısıyla, yazara göre mağdurun fail tarafından bir davranışa katlanmaya zorlanması gerekçe gösterilerek, mutlak kuvvetin zorlayıcı cebir kavramının dışına itilmesi mümkün değildir[843].

1.1.2.2. Meselenin Hareket Kavramı ile İrtibatı ve Görüşümüz

Bilindiği gibi, ceza sorumluluğundan söz edebilmek için öncelikle bir insan hareketine ihtiyaç vardır[844]. Hareket kavramının içeriğinin belirlenmesi, öteden beri ceza hukukunun önemli tartışma konularından biri olmuştur[845]. Hareketin kapsamının tespiti bakımından yapılacak değerlendirmenin, büyük ölçüde, ceza hukukunda aşamalı olarak kabul edilen suç öğretileriyle de irtibatlandırılması mümkündür. Zira suç teorisi içerisinde harekete verilecek anlamın belirlenmesinde esas alınan hareket teorileri, suça ilişkin birtakım öğretilerle birlikte gelişmiştir[846]. Ayrıntıya girmeksizin burada, bu teoriler kapsamında temel olarak hareketin nasıl anlaşıldığına kısaca değinmek istiyoruz[847].

Daha önce kapsamlı olarak ele aldığımız gibi, suç öğretilerini üç aşamada sınıflandırmak mümkündür[848]. Bunlardan, suçu temelde maddi unsurlar ve manevi unsurlar (kusurluluk) çerçevesinde ele alan *klasik suç öğretisine* göre hareket, sosyal

---

[843] **Huhn,** Nötigende Gewalt, s.30.
[844] **Heinrich,** Allgeminer Teil, kn.190; **Maurach–Zipf,** Allgemeiner Teil, §16-I, kn.13.
[845] **Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.218.
[846] Örneğin Beling tarafından ortaya koyulan klasik suç teorisi, nedensel/doğal hareket kavramının üzerine inşa edilmiştir (**AMBOS, Kai,** Ernst Belings Tatbestandslehre und unser heutiger »postfinalistischer« Verbrechensbegriff, JA 2007, s.1). Yine final suç teorisinin merkezinde, Welzel tarafından ortaya koyulan gai hareket yer almaktadır (**Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.210, 211).
[847] Suç teorileri kapsamında ve genel olarak hareket kavramına yer vereceğimizden, ontolojik yaklaşımlarla bağlantılı olan sosyal hareket teorisi yahut Roxin'e atfedilen kişisel hareket teorisinden bahsetmeyeceğiz.
[848] **Gropp,** Allgemeiner Teil, § 3, kn.57 vd.; **Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.199 vd.

içeriği dikkate alınmaksızın, dış dünyada değişiklik meydana getiren doğal ve nedensel iradi insan davranışı olarak değerlendirilmelidir (doğal hareket teorisi)[849].

Neo-klasik suç teorisi ise, doğal hareket teorisinin dayandığı klasik teorinin temelden ortadan kaldırılması yahut değiştirilmesine yönelik olmayıp, derin bir yapısal reforma tabi tutulmasını hedeflediğinden, *neo-klasik teori* olarak anılmaktadır[850]. Bu reforma, hareket kavramını revize ederek başlanmalıdır. Bu çerçevede, klasik suç teorisinin değer yargısından bağımsız olarak ortaya koyduğu yaklaşım yerine, normatif bir yaklaşım tercih edilmelidir[851]. Çünkü klasik teorinin ontolojik yaklaşımı, bazı kavramların izahında yetersiz kalmaktadır. Örneğin hakaret suçunda hareket, dış dünyada değişiklik gerçekleştirmediği gibi, esasen, fizik içerikli bir davranış da değildir. Yine, ihmali suçlar da ontolojik değil, normatif bir yaklaşımla açıklanabilir[852].

Son olarak *Welzel* tarafından geliştirilmiş olan *final suç teorisine* göre hareket, ontolojik bir kabul ile ele alınmakla birlikte, burada özellik arz eden husus, hareketin gailiğidir[853] (gai hareket teorisi). Teoriye göre, ceza hukuku anlamında bir davranışın hareket olarak kabul edilebilmesi için; insana ait olması, iradi olması ve belli bir amaca yönelmesi gerekir. Bu teori, hareketin "amaçsal" algılanması dolayısıyla, ihmali suçları ve özellikle taksirli suçları izahta güçlük yaşadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir[854].

Görüldüğü gibi, harekete ilişkin teorik olarak ortaya koyulan tüm yaklaşımların ortak özelliği, hareketin bir insan davranışı olarak tanımlanmasıdır. Dolayısıyla, bir insan tarafından yönlendirilmedikçe hayvan davranışları[855] veya bir insan davranışına etki etmedikçe doğal olaylar, ceza hukukunun konusunu

---

[849] **Wessels-Beulke-Satzger,** Allgemeiner Teil, kn.89; **Ambos,** »postfinalistischer« Verbrechensbegriff, s.3; **Bockelmann-Volk,** Allgemeiner Teil, s.43.
[850] **Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.204.
[851] **Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.206.
[852] **Maurach-Zipf,** Allgemeiner Teil, §16-II, kn.35.
[853] **Maurach-Zipf,** Allgemeiner Teil, §16-II, kn.38;
[854] İhmali suçlar, taksir, dolaylı kast gibi hususlarda teorinin yetersiz kaldığı hususunda eleştiriler için bkz. **KÜPPER, Georg,** Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, Dunker&Humblot, Berlin 1990, s.51 vd.; Eleştiriler için ayrıca bkz. **Bockelmann-Volk,** Allgemeiner Teil, s.45, 46.
[855] **Bockelmann-Volk,** Allgemeiner Teil, s.41.

oluşturmazlar[856]. Yine, genel kabule göre tüzel kişilerin faaliyetleri, ceza hukuku anlamında hareket değildir[857]. Ancak belirtmek gerekir ki, ceza hukuku alanında insana matuf her davranışın hareket özelliğine sahip olmadığı, bunun için birtakım başkaca şartların varlığına ihtiyaç duyulduğu kabul edilmektedir. Buna, ceza hukukunda *hareketin sınırlayıcı fonksiyonu* adı verilmektedir.

Hareket, bir yandan insan davranışlarının icrai-ihmali, kasıtlı-taksirli hareket şeklinde sınıflandırılması çerçevesinde bir fonksiyon üstlendiği gibi (*hareketin sınıflandırma fonksiyonu*), tipiklik, hukuka aykırılık ve kusura bağlanan maddi bir içeriğe sahip olması nedeniyle tanımlayıcı bir fonksiyona da sahiptir (*hareketin tanımlama fonksiyonu*)[858]. Bununla birlikte, hareketin belki de ceza hukukunda icra ettiği en önemli fonksiyon, hangi insan davranışlarının ceza sorumluluğunun konusunu oluşturacağını belirlediğinden, *sınırlandırma fonksiyonudur*.

Hareket teorilerinin tamamı, hareketin iradi olması hususunda fikir birliği içerisindedir. Dolayısıyla, yönlendirici bir irade olmaksızın gerçekleştirilen davranışların, hareket olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bu bakımdan, uyku halindeki insanın davranışları, uyku benzeri bir hal olan hipnoz altındaki insan davranışları, ceza hukuku anlamında hareket değildir[859]. Epileptik hareketler (hastalığa bağlı kriz nedeniyle ortaya çıkan davranışlar) ile reflex hareketler de bu kapsamdadır[860].

Aynı şekilde, mutlak kuvvet icrası suretiyle mağdurun irade özgürlüğünün tamamen ortadan kaldırıldığı durumlarda da, mağdurun, davranışlarını yönlendirme noktasındaki seçim hakları tamamen elinden alındığı için iradi bir davranışta

---

[856] **Heinrich,** Allgemeiner Teil, kn.197.
[857] **Wessels-Beulke-Satzger,** Allgemeiner Teil, kn.94.
[858] **Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.219; *Roxin*, bu bağlamda hareketin bağlayıcı özelliği olan bir kavram olduğunu ifade etmektedir (**Roxin,** Allgemeiner Teil I, § 8-A, kn.2)
[859] **Wessels-Beulke-Satzger,** Allgemeiner Teil, kn.95 vd.; *Gropp*'a göre hipnoz halinde hareketin varlığı kabul edilebilirse de, ağır şuur bozukluğu nedeniyle ceza sorumluluğunun bulunmadığı ifade edilmelidir (**Gropp,** Allgemeiner Teil, § 4, kn.11). Burada hemen işaret edelim ki kanaatimizce bu hallerde mağdura izafe edilecek bir hareket bulunmamaktaysa da, somut olayın özelliklerine göre işlenen fiil nedeniyle ceza sorumluluğunun sebebinde serbest hareket kuramı aracılığıyla yahut taksirli bir davranışa bağlanmak suretiyle belirlenmesi de mümkün olabilir. Bu konuda yukarıda, hipnoz başlığı altındaki açıklalamalarımıza atıfta bulunmakla yetiniyoruz.
[860] **Gropp,** Allgemeiner Teil, § 4, kn.11.

bulunduğundan bahsedilemez. Dolayısıyla, mutlak kuvvet halinde, kuvvete maruz kalan açısından ceza hukuku anlamında bir hareketin varlığından söz edilmesi mümkün değildir[861]. Zira mutlak kuvvet halinde uygulanan cebir, karşı konulamaz bir hal almış ve tatbik edildiği kişiyi suçta mekanik, soyut bir araç haline getirmiştir[862]. Bir kimsenin elinin fail tarafından tutularak bir kâğıda imza atılması[863], yolda yürürken bir kimsenin, diğeri tarafından bir mağazanın camına doğru itilerek camın kırılması[864] yahut aynı örnekte mağdurun yere itilerek yaralanmasına sebebiyet verilmesi[865] durumlarında, mağdura izafe edilecek bir hareket yoktur. Keza örneğin denetimli serbestlik nedeniyle ev hapsinde tutulan bir kimsenin, elinin ayağının bağlanarak, denetimli serbestliği ihlal edecek biçimde ev ve bahçe sınırlarından ötede bir yere götürülmesi durumunda da, uygulanan kuvvet mutlaktır.

Mutlak kuvvet tatbiki halinde hareketin mevcut olmadığının kabulü, mutlak kuvvet aracılığıyla gerçekleştirilen fiilin suç oluşturması ihtimalinde, ceza sorumluluğunun belirlenmesinde doğrudan faillik esasının dikkate alınmasını zorunlu kılar[866]. Diğer bir deyişle bu gibi hallerde fail, işlenen suç yönünden mağduru, mekanik bir araç gibi kullandığından, dolaylı failliğe ilişkin prensiplerin burada tatbik edilmesi mümkün olmadığı gibi, buna ihtiyaç da bulunmamaktadır. Zira dolaylı faillik durumunda, arka planda bulunan fail, bir kimsenin iradesini araç olarak kullanıp, onun iradesi ve dolaylı olarak da fiili üzerinde hâkimiyet kurmaktadır[867]. Ancak mutlak kuvvet durumunda, mağdurun iradi bir hareketinden bahsedilemez. Bu bakımdan, dolaylı failliğin şartı olan iradeye hâkimiyet, mutlak kuvvet icrasında söz konusu olamaz.

---

[861] Bu görüş, doğrudan ulaşabildiğimiz kaynaklar çerçevesinde tespit edebildiğimiz kadarıyla 19. yüzyıla kadar uzanmaktadır. Nitekim *Berner*, hareketin iradiliğine işaret ederek, mutlak kuvvetin uygulandığı durumlarda mağdurun iradesi ortadan kaldırılacağından, ceza hukuku anlamında hareketten söz edilemeyeceğine işaret etmiştir (**BERNER, Albert Friedrich,** Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes, Siebzehnte Aufl., Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig 1895, §64, s.116). Aynı yönde **Wessels-Beulke-Satzger,** Allgemeiner Teil, kn.97; **Safferling,** Vorsatz und Schuld, s.113.

[862] **Kühl,** Allgemeiner Teil, § 2, kn.5.

[863] **Kühl,** Allgemeiner Teil, § 2, kn.5.

[864] **Heinrich,** Allgemeiner Teil, kn.191.

[865] **Gropp,** Allgemeiner Teil, § 4, kn.11.

[866] **KÜPPER, Georg,** Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen, GA 1998, s.519; **Kühl,** Allgemeiner Teil, § 20, kn.37a.

[867] **ÜZÜLMEZ, İlhan,** Dolaylı Faillik (TCK m.37/2), Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2006, S.2, s. 84, 85.

Örneğin A, B'yi, C'nin üzerine iter ve uçurumdan aşağı düşen C ölür. Bu örnekte B'nin iradi bir davranışından söz edilemeyeceğinden, C'nin uçuruma düşmesi, ceza hukuku anlamında B'ye yüklenebilecek bir hareket değildir. Aksine burada A, B'yi mekanik bir araç olarak kullanmıştır. Bu nedenle A'nın hareketi, bir bıçak yardımıyla bir kimseyi yaralayan yahut öldüren kişinin eyleminden farksız olup, sorumluluk yalnızca A'ya aittir ve kaynağı da doğrudan failliktir[868].

Karşılaştırmalı hukuk açısından konuya yaklaşıldığında, Almanya dışındaki diğer ülkelerden özellikle Avusturya ve Fransa hukuku bakımından da benzer yaklaşımların söz konusu olduğu söylenebilir. Avusturya hukukunda mutlak kuvvet, irade özgürlüğünü kaldıran, karşı konulamaz bir cebrin tatbikinden ibaret kabul edilmiştir. Bu durumda, fail tarafından uygulanan kuvvet öyle bir dereceye varmıştır ki, mağdur, fiziksel olarak uygulanan bu kuvvete karşı koyma imkânına sahip değildir[869]. Bu nedenle, mutlak kuvvet altında gerçekleştirilen davranışların, ceza hukukunda hareket olarak nitelendirilmesi mümkün değildir[870].

Fransız hukuku bakımından da aynı şeyi söylemek mümkündür. Bu hukuk sisteminde de, mutlak kuvvetin, iradi karar verme ve iradi hareket etme özgürlüğünü tamamen ortadan kaldırdığı, bu nedenle de, mutlak kuvvet tesiri altındaki kişinin davranışının hareket olarak kabul edilemeyeceği savunulmuştur[871].

İtalyan hukukunda ise, konu, ceza kanununun "fiziki zorlama" başlıklı 46 ncı maddesinde yer verilen düzenleme nedeniyle farklı biçimlerde ele alınmıştır. Maddeye göre, kurtulamayacağı veya karşı koyamayacağı fiziki cebir vasıtasıyla başkaları tarafından zorlanmış olan kişinin ceza sorumluluğu yoktur[872]. Bir kısım yazarlara göre, bir başkasının hareketi açısından araç olarak kullanılmakla tamamen pasif bir pozisyonda bulunan kişinin hareketinden söz edilmesi mümkün değildir[873]. Buna karşılık bir diğer görüşe göre, mutlak kuvvete maruz kalan kişinin davranışının

---

[868] **WEISSER, Bettina,** Täterschaft in Europa, Mohr Siebeck, Tübingen 2011, s.177.
[869] **KIENAPFEL, Diethelm – HÖPFEL, Frank – KERT, Robert,** Strafrecht Allgemeiner Teil, 14., neu bearbeitete Aufl., Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2012, Z 7, kn.13.
[870] **Kienapfel-Höpfel-Kert,** Allgemeiner Teil, Z 7, kn.14.
[871] **Weißer,** Täterschaft in Europa, s.178 vd.
[872] **Gülşen,** Sorumluluğu Kaldıran Nedenler, s.134.
[873] **Gülşen,** Sorumluluğu Kaldıran Nedenler, s.135.

hareket özelliği ortadan kalkmamıştır. Bu görüşün taraftarlarına göre, mutlak kuvvete maruz kalan kişinin ceza sorumluluğunun söz konusu olmaması, normatif olarak ceza kanununun 46 ncı maddesinden kaynaklanmaktadır[874].

Kanaatimizce, mutlak kuvvetin zorlayıcı cebir kapsamında değerlendirilmesi noktasında yalnızca korunan hukuki değerden hareket edilmesi mümkün değildir. Cebrin cezalandırılmasıyla, mağdurun iradi karar verme ve iradi hareket etme özgürlüğü yanında, değerden arındırılmış biçimde "hareket edebilme yeteneğinin" de korunduğunu kabul ederek, mağdurun hareket imkânını ortadan kaldıran mutlak kuvveti zorlayıcı cebir kapsamında değerlendiren görüşlere[875] temkinli yaklaşılması gerekir.

Her ne kadar cebrin yöneldiği hukuki değer irade özgürlüğü olarak belirlenebilirse de, kanun koyucunun, bu özgürlük alanının tamamını korumak istediği düşünülemez. Şayet böyle bir amaç güdülmüş olsaydı, kanunda bir madde ihdas edilerek, *"irade özgürlüğünü ortadan kaldıran her türlü davranışın suç olduğu"* kabul edilebilirdi.

Korunan hukuki değeri, cebrin içeriğinin belirlenmesinde yegâne araç olarak kabul eden bu görüş, ceza kanununun sistematiğiyle de bağdaşmaz. Çünkü özellikle cebir suçu ile hareket edebilme özgürlüğünü de kapsama alacak şekilde geniş bir koruma sağlandığının kabul edilmesi, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile cebir arasındaki farkın ortadan kaldırılmasına neden olur. Hatta bu yorum, ceza kanununda cebir kavramına yer verilen suçların işlenmesiyle, aynı zamanda ve her durumda cebir suçunun evleviyetle oluştuğunun da kabulünü gerektirir. Bu da, cebir kavramının her durumda zorlayıcılık özelliğine sahip olduğu gibi bir değerlendirmeye yol açacaktır. Dolayısıyla bu kabul, özellikle fiziki güç kullanarak işlenen kasten yaralama yahut öldürme suçlarında kullanılan gücün, cebir başlığı altında değerlendirilememesiyle eş değerdir. Çünkü bunlarda herhangi bir zorlama iradesi bulunmamaktadır. Daha öz bir ifadeyle zorlayıcılık özelliğinden bağımsız bir yorum, yalın-zorlayıcı cebir ayrımını da ortadan kaldıracaktır.

---

[874] **Weißer,** Täterschaft in Europa, s.188.
[875] **Maurach-Schroeder-Maiwald,** Besonderer Teil 1, §13, kn.6.

Bununla birlikte ifade etmeliyiz ki, cebrin kapsamını belirlerken –özellikle mağdurun hareketsizliğe/ihmale zorlandığı durumlarda- mağdurun reaksiyon imkânının dikkate alınması yahut bu belirlemede yalnızca cebri uygulayanın davranışının yöneldiği amacın belirleyici olduğunun söylenmesi, kavram kargaşasından başka bir anlam taşımayacaktır[876]. Özellikle, ceza hukuku bakımından hareketin, yalnızca cebri uygulayana ait olduğu kabulüyle, mağdurun reaksiyonunu hareket kavramından bağımsız olarak değerlendirmek, ceza hukuku sistematiği açısından doğru değildir[877]. İster mağdurun reaksiyonu, ister failin davranışı esas alınsın, ceza sorumluluğunun belirlenmesi bakımından harekete verilecek anlam değiştirilemez. Aksi kabul halinde, uygulanan kuvvetin etkisi altında bir suç işlendiği durumlarda, mağdurun ceza sorumluluğunun belirlenmesi bakımından neye göre hareket edileceği belirsiz kalacaktır.

Cebrin içeriğini oluşturan kuvvet çeşidi bakımından belirleyici unsur "hareket" kavramıdır. Bizim de taraftar olduğumuz final hareket teorisine göre[878], hareketin iradi insan davranışı olması yanında, belli bir amaca yönelmiş olması da gerekir. Mutlak kuvvet durumunda, kuvvete maruz kalanın davranışlarını yönlendirme imkânı tamamen ortadan kaldırıldığından, ceza hukuku bakımından onun herhangi bir hareketinden söz edilemez[879].

Burada son olarak, mutlak kuvvetin, üzerinde kuvvet uygulanan kişinin davranışını hareket olmaktan çıkardığını kabul etmekle birlikte, mağdurun bir davranışta bulunmamaya yahut bir olayın gerçekleşmesine katlanmaya zorlandığı mutlak kuvvet durumlarını zorlayıcı cebir kapsamında değerlendiren *Heghmanns*'ın görüşlerine de yer vermek istiyoruz. Yazara göre, özellikle *Hruschka* ve *Köhler* tarafından ileri sürülen ve yukarıda ayrıntısına yer verdiğimiz görüşler, mutlak kuvveti tamamen ve her durumda zorlayıcı cebir kavramının dışında tutmuştur. Buna göre, üzerinde kuvvet uygulanan kişinin iradesinin varlığından söz edilemediği bu

[876] Mutlak kuvvetin uygulandığı durumlarda, mağdur açısından ister pasif ister aktif bir davranış ortaya çıksın, her iki durumda da hareketin mağdura atfedilmesi mümkün değildir (**Safferling,** Vorsatz und Schuld, s.113.).
[877] Benzer görüş için bkz. **Heghmanns,** Besonderer Teil, kn.602 vd.
[878] Türk doktrininde de, hareketin belirlenmesinde final hareket teorisinin dikkate alınmasına taraftar olan görüşler mevcuttur (**Özgenç,** Genel Hükümler, s.160; **Koca-Üzülmez,** Genel Hükümler, s.82).
[879] **Sinn,** Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten, s.333.

hallerde, onun, bir davranışta bulunmaya, bulunmamaya yahut bir davranışa katlanmaya zorlanmasından da söz edilemez. Ancak *Heghmanns*, cebrin cezalandırılması ile mağdurun iradesine boyun eğdirilmesinin önüne geçilmek istendiğini, mağdurun iradi karar verme imkânının mutlak kuvvetle ortadan kaldırıldığı durumlarda da, iradeye boyun eğdirme, zorlama fiilinin gerçekleştiğini kabul etmek gerektiğini ifade etmiştir. Bu nedenle, mutlak kuvvet de zorlayıcı cebir olarak kabul edilmelidir[880].

Heghmanns'a göre, *Hruschka* ve *Köhler*'in görüşleri, özellikle mağdurun ihmale (bir davranışta bulunmamaya veya katlanmaya) zorlandığı durumlarda, ihmali suçların yapısına ilişkin genel kurallara dayandırılarak temellendirilebilir. Çünkü ihmali suçlarda bir ihmalden söz edebilmek için, ihmali davranışta bulunan kimsenin, aksi yönde hareket etmesi kendisinden beklenebilir olmalıdır. Bu kapsamda, mutlak kuvvete maruz kalan bir kimsenin, başka türlü hareket etmesi beklenemeyeceğinden, ihmalden kaynaklanan herhangi bir sorumluluğundan da söz edilemez. Ancak *Heghmanns* haklı olarak, ihmali suçlara ilişkin bu görüşün, mutlak kuvvetle irtibatlandırılmasının hatalı olduğunu, zira ihmali davranışla ilgili olarak belirtilen durumun, failin hareket kabiliyetiyle değil, ihmal dolayısıyla kınanabilirliğiyle alakalı olduğunu ifade etmiştir[881].

Heghmanns tarafından ihmali suçlar yönünden ortaya koyulan bu görüş, esasen failden, yani ihmali davranışta bulunan kimseden, emredici norma uymasının beklenebilir olmasıyla, yani ihmali suçlarda kusurluluk ile alakalıdır. Gerçekten ihmali suçlarda, failin, emir normuna aykırılıktan dolayı sorumluluğundan söz edebilmek için, öncelikle bu norma uygun hareket edebilme imkânına sahip olması gerekir[882]. Diğer bir deyişle, normun içeriğine uygun davranmasının failden sübjektif olarak beklenebilir olmadığı durumlarda, failin ihmalinden ötürü kınanması mümkün olmadığından cezai sorumluluğundan söz etmek mümkün olmayacaktır. Bu nedenle belirgin bir biçimde ifade etmese dahi, *Heghmanns*'ın ihmali suçlar bakımından aynı yönde ortaya koyduğu argümanlar, mutlak kuvvetin icra edildiği bu tür durumlarda

[880] **Heghmanns,** Besonderer Teil, kn.602, 603.
[881] **Heghmanns,** Besonderer Teil, kn.604.
[882] **Bockelmann-Volk,** Allgemeiner Teil, s.134.

hareketin değil, kusurun bulunmamasından dolayı ceza sorumluluğunun söz konusu olmayacağı görüşünde olduğuna işaret etmektedir. Bu da, yazarın, mutlak kuvveti zorlayıcı cebir kapsamında değerlendirmesinin gerekçesini açıkça ortaya koyar niteliktedir.

Kanaatimizce bu görüş iki nedenle yerinde değildir. *İlk olarak* ihmali suçlarda failin, sübjektif olarak normda emredilen davranışı gerçekleştirmesinin kendisinden beklenebilir olması, diğer bir deyişle iradesini norma uygun davranışı gerçekleştirme yönünde kullanıp kullanmadığı kusurluluk ile alakalı olsa da, bu değerlendirmeden önce, failin *emredilen davranışta bulunma imkânının objektif olarak mevcut olup olmadığı* belirlenmelidir[883].

Konuyu anlaşılabilir olması açısından bir örnekle izah etmeye çalışalım. Denize düşen bir çocuğun etrafını köpek balıklarının sarması durumunda, gözetim yükümlülüğü altındaki babanın, onu kurtarmaması nedeniyle ihmalinden sorumlu tutulması mümkün değildir. Çünkü hukuk düzenince ondan, kendisini tehlikeye atması beklenemez[884]. Dolayısıyla, bu ihtimalde sorumluluğun ortadan kalkması, failin ihmali nedeniyle kınanamamasından (kusurunun bulunmamasında) kaynaklanmaktadır. Ancak aynı örnekte babanın, el ve ayakları bağlı bir biçimde tutulmasından dolayı çocuğunu kurtaramaması halinde, meselenin, kusurluluk alanında değil, hareket bağlamında değerlendirilmesi gerekir. Nitekim ikinci ihtimalde baba, hareket yeteneğinden yoksun olduğu için davranışının ihmal olarak kabul edilmesi dahi mümkün değildir.

Ceza hukuku anlamında bir davranışın yokluğu halinde, kınanabilirlik ile ilgili bir değerlendirmeye gerek olmaksızın meselenin, maddi unsurlar içerisinde çözüme kavuşturulması zorunludur. Sonuç olarak yukarıdaki örnekte sorumluluğun mevcut olmaması, faile atfedilecek bir ihmalin yokluğundan kaynaklanmaktadır. Bu nedenle *Heghmanns*'ın, ihmali davranışı beklenebilirlik kapsamında değerlendirerek kusurluluğa dayandırması, ancak failin objektif olarak ihmali bir davranışta bulunduğu hallerde mümkündür. Ancak yazar, beklenebilirlikten önce yapılması

[883] **Kühl,** Allgemeiner Teil, §18, kn.27 vd.; **Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.616; **Wessels-Beulke-Satzger,** Allgemeiner Teil, kn.708.
[884] Örnek için bkz. **Hakeri,** Genel Hükümler, s.429, 430.

gereken, hareketin varlığına ilişkin değerlendirmeyi görmezden gelmiştir. Oysa yukarıdaki örnekten hareketle oğlunu köpek balıklarından kurtarmayan babanın davranışı, el ve ayaklarının bağlanmasından kaynaklanıyorsa mutlak kuvvet nedeniyle hareket yeteneğinin ortadan kaldırıldığı ve ceza hukuku anlamında sorumluluğu gerektirecek bir hareketinden söz edilemeyeceği kabul edilmelidir.

İkinci olarak zorlayıcı cebir durumunda, cebre maruz kalan mağdurun ceza sorumluluğunun tartışılması, yalnızca, zorlandığı davranışın bir suç oluşturması halinde gereklidir. Buna karşılık mağdurun belli bir davranışa yahut ihmale zorlandığı, ancak bu durumun suç oluşturmadığı hallerde, failin uyguladığı cebirden kaynaklanan sorumluluğu, mağdurun zorlandığı davranış ile ilgili değildir. Örneğin bir kimse, kamu görevlisi olan bir diğer kişiyi görevini ihmal etmesi noktasında cebir kullanarak zor altında bırakmışsa, görevi ihmalden kaynaklanan sorumluluğun kime ait olduğunun –zorlanan kişiye mi yoksa zor kullanana mı- belirlenmesi için TCK m.28'e müracaat etmek gerekir.

Ayrıca burada zor kullanan bakımından TCK m.108'de düzenlenen cebir suçunun varlığı da söz konusu olacaktır. Ancak mağdurun zorlandığı davranış, müstakil olarak ihmali bir suça vücut vermiyorsa, TCK m.28'e müracaat etmeye gerek yoktur[885]. Burada zor kullananın sorumluluğu, yalnızca 108'inci maddeye göre belirlenecektir. Örneğin fail, bir iş adamının katılması gereken bir iş toplantısına katılmaması için zor kullanıyorsa, bu durum bizatihi suç oluşturmadığı için zorlanan kişinin sorumluluğu gündeme gelmeyeceğinden, failin davranışı, yalnızca TCK m.108 çerçevesinde değerlendirilmelidir. Dolayısıyla, mağdurun, cebir yoluyla bir davranışı ihmal etmeye zorlandığı hallerde, sorununun ihmali suçlardan hareketle çözüme ulaştırılması için, ihmali davranışın bir suça sebebiyet veriyor olması gerekir. Aksi durumda, yani ihmalin suç oluşturmadığı hallerde, ihmali suçlara müracaat edilmesi mümkün değildir. Bu yüzden *Heghmanns*'ın, sorunu ihmali suçları esas alarak çözüme ulaştırmaya çalışan görüşü, zorlayıcı cebrin mevcut olduğu her durumda geçerli olmadığı için kapsayıcı da değildir.

---

[885] Çünkü ihmali suçlar, yalnızca belli bir davranışın gerçekleştirilmemesi nedeniyle değil, kanun tarafından emredilen belirli bir davranışın gerçekleştirilmemesi nedeniyle cezalandırılırlar (**Kühl,** Allgemeiner Teil, §18, kn.27; **Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.615; **Heinrich,** Allgemeiner Teil, kn.170).

Sonuç olarak kanaatimizce mutlak kuvvet, kusurlulukla değil, yalnızca hareket ile alakalı bir konu olup, mutlak kuvvetin zorlayıcı cebir kapsamında değerlendirilmesi hiçbir hal ve koşulda mümkün değildir.

1.1.3. Fiziksel Kuvvetin Önemi ve Ağırlığı

Cebrin, TCK m.28'de ayrı bir başlık altında düzenlenmesinin nedeni, bir yandan cebir altında suç işleyen kimsenin mazur görüldüğünden ceza sorumluluğunun bulunmadığını belirlemek, diğer yandan da, sorumluluğun cebri uygulayana ait olduğuna işaret etmektir. Diğer bir deyişle, TCK m.108 çerçevesinde uygulanan cebrin bir suç işlenmesine yönelik olması durumunda, cebir tatbiki ile kurulan ilişkinin taraflarının ceza sorumlulukları m.28'e göre belirlenecektir.

Bu çerçevede, fiziksel kuvvetin cebrin unsuru olup olmadığının ve kapsamının belirlenmesinden sonra, cebre zorlayıcılık özelliğini kazandıran bir unsur olarak, uygulanan fiziksel kuvvetin belli bir önemi ve ağırlığının da olması gerekmektedir[886]. Çünkü cebrin bir mazeret nedeni olarak kabul edilebilmesi, fiziksel kuvvetin, somut olayda mağduru bir suça zorlamaya elverişli düzeyde kullanıldığının belirlenmesine bağlıdır.

Fiziksel kuvvetin, mağdurun mukavemetini kırmaya hangi durumlarda elverişli olduğunun, diğer bir ifade ile kullanılan gücün önemi ve ağırlığının belirlenmesi, mağdurun, somut olayda fiilen suç işlemeye zorlanmış olup olmadığının tespiti ile ilgili değildir. Zira bu husus, zorlama etkisinin varlığı ile alakalı olup, sübjektif bir değer yargısının konusunu oluşturmaktadır. Bu bakımdan uygulanan kuvvetin ağırlığı, cebrin şartını oluşturan fiziksel kuvvetin varlığına ilişkin bir unsurdur. Dolayısıyla, burada kullanılacak ölçü sübjektif değil, objektif bir ölçü olmalıdır. Başka bir deyişle, belli bir öneme sahip nispi kuvvet şeklinde tatbik

[886] **Wessels-Hettinger,** Besonderer Teil I, §8, kn.386.

edilen fiziksel gücün varlığı, objektif unsurların oluşması bakımından gerekli ve yeterlidir[887].

Fail tarafından tatbik edilen fiziksel gücün, hangi şartlar altında zorlayıcı cebrin unsuru olarak kabul edilebileceğinin belirlenmesi güçtür. Zira bu yönde yapılacak değerlendirme, somut olayda herhangi bir araç kullanılıp kullanılmadığına, kullanılan aracın türüne ve niteliğine, failin bunu kullanış biçimine, mağdurun fiziksel özelliklerine bağlı olarak değişkenlik arz edebilir. Dolayısıyla, buradaki objektif belirleme ölçüsü, somut olaya indirgenerek bireyselleştirilmiş (Der objektiv individualisierende Maßstab) bir ölçüdür[888]. Bu kapsamda *Sautner*, cebrin zorlama oluşturabilecek ağırlığa ulaşıp ulaşmadığının tespitinde, örneğin cebir bir araç (sopa gibi) vasıtasıyla tatbik ediliyorsa, bunun mağdurda etki gösterip göstermediğinin değil, mağdurla aynı özellikteki ortalama bir üçüncü kişi açısından nasıl bir etki doğuracağının dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir. Bu bakımdan mağdur; genç, yaşlı, bedensel engelli gibi bir takım özellikleri taşıyorsa, bu özelliklere sahip ortalama bir kimsenin esas alınması gerekecektir[889].

Örneğin 14 yaşında bir çocuk tarafından herhangi bir bedensel kusuru olmayan bir yetişkine tokat atılması durumunda, tatbik edilen fiziksel gücün zorlamaya elverişli olabilecek bir öneme sahip bulunmadığı kabul edilmelidir. Ancak aynı örnekte çocuğun, büyükçe bir sopa kullandığı ve mağdurun da bundan sakınmasını zorlaştıracak bir bedensel engelinin mevcut olduğu varsayımında, fiziksel gücün zorlayıcı cebri oluşturacak bir öneme sahip olduğu söylenebilir. Yine aynı örnekte sopanın, yalnızca mağduru sert bir biçimde dürtmek için kullanılması halinde, mağdurun vücudunda basit tıbbi müdahale ile tedavi edilebilecek derecede ekimozlar oluştursa dahi, kullanılan gücün zorlayıcı cebrin unsurunu oluşturacak ağırlığa ulaşmadığı söylenebilir.

Görüldüğü gibi, somut olayın özellikleri, harcanan fiziksel kuvvet az olsa da, uygulanan gücün cebir olarak kabulünü mümkün hale getirebilir. Bu nedenle, fiziksel gücün tatbikinde sarf edilen bedensel eforun az ya da çok olmasının bir önemi

[887] **Wessels-Hettinger,** Besonderer Teil I, §8, kn.396.
[888] **Sautner,** Die Gewalt bei der Nötigung, s.93.
[889] **Sautner,** Die Gewalt bei der Nötigung, s.154.

yoktur. Önemli olan, bu gücün doğurduğu etkinin belli bir öneme sahip olmasıdır[890]. Bu nedenle, konu ile ilgili kararlarında BGH, fiziksel gücün ağırlığıyla ilgili olarak, bunun az ya da çok değil, somut olay bakımından uygun ve elverişli olması gerektiğine işaret etmiştir[891].

Bu kapsamda, bir başka hususun daha altını çizmek gerekir. Doktrinde *Özgenç* haklı olarak, fiziksel kuvvetin önemi ve ağırlığı bakımından normatif bir değerlendirmeye de ihtiyaç bulunduğuna işaret etmiştir. Yazara göre, zorlama çerçevesinde ortaya çıkan mecburiyet halinin varlığı için cebir veya tehdit uygulanmakla, cebir mağduruna ait olup tecavüze maruz kalan değerle, bu cebir veya tehdit altında işlenen haksızlığın ihlal ettiği hukuki değer arasında yapılan mukayeseli değerlendirmede, tercihin birinci lehine olması gerekir. Örneğin uygulanan cebrin etkisiyle kasadaki paraları soyguncuya veren yahut alınmasına göz yuman banka görevlisi, esasen bir irade açıklamasında bulunmuştur. Ancak bu irade, zor altında ortaya koyulmuş olduğu için hukuken itibar edilebilir bir irade değildir. Çünkü kişinin vücut dokunulmazlığı, malvarlığına ilişkin haklara göre öncelikli kabul edilmelidir. Bu bakımdan, banka görevlisinin ortaya koyduğu irade açıklaması nedeniyle gerçekleştirdiği haksızlık yönünden mazur görülmesi gerekir[892].

Kanaatimizce de, cebir kapsamında uygulanan fiziksel kuvvetin ağırlığının somut olayın özellikleri dikkate alınarak objektif bir değerlendirmeye tabi tutularak belirlenmesi yanında, bunun normatif anlamda belli bir öneme de sahip olması, cebir altında suç işleyen kişinin mazur görülmesi için gereklidir. Ancak hukuki değerlerin tartılması ile ortaya koyulacak bu belirlemede, önceliğin mağdurun koruduğu değil, cebir altında ihlal ettiği hukuki değer lehine olması durumunda, mazeret nedeni söz konusu olmasa da, uygulanan cebrin kusura etki ettiği ve bu nedenle cezalandırmada bu hususun dikkate alınması gerektiği gözden kaçırılmamalıdır.

---

[890] **Huhn,** Nötigende Gewalt, s.107.
[891] 1. Strafsenat des BGH, 100/02, 23.04.2002 (NStZ-RR 2002, s.236)
[892] **Özgenç,** Genel Hükümler, s.397.

1.2. Subjektif Unsurlar

1.2.1. Fail Bakımından: "Zorlama İradesi"

TCK m.28'de, zorlayıcı cebir bakımından failin, mağduru, belli bir davranışa veya bir davranışın gerçekleştirilmesine katlanmaya zorlamak amacıyla hareket etmesi gerektiğine açıkça vurgu yapılmasa da, mağdurun cebir altında bir suç işlemesi durumunda, sorumluluğun cebri uygulayana ait olduğunun belirtilmesi, failin bu amaç doğrultusunda hareket etmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Ayrıca cebir suçunu düzenleyen TCK m.108'de de bu husus, *"bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bir kişiye karşı cebir kullanılması"* denilerek açıkça ifade edilmiştir.

Maddedenin açık düzenlemesine rağmen doktrinde, cebir suçunun oluşumu için genel kastın yeterli olduğu da ileri sürülmüştür. Buna göre, suçun maddi unsurunun görünüş biçimleri olarak yapma, yapmama veya yapılmasına müsaade etme, özel kast olarak yorumlanamaz. Dolayısıyla, failin suçun maddi unsurlarına yönelik bilme ve isteme dışında başka bir amaçla hareket etmesi aranmamalıdır. Faildeki kastın, hem cebir kullanmaya hem de mağdurdan gerçekleştirilmesi istenen davranışa yönelik olması gerekir[893].

Alman doktrininde günümüzde hâkim olan görüş[894], failin, cebir tatbik ederken, mağduru, icrai yahut ihmali belli bir davranışa zorlama veya katlanma şeklinde özel bir amaçla hareket etmesinin gerekli olduğu kanaatindeyse de, daha önceleri, cebir suçunun oluşumu için doğrudan kastın yeterli olduğu savunulmuştur[895]. Bu düşüncenin önemli gerekçelerinden bir tanesi, toplumda yaşayan her bireyin kendi kaderini serbestçe belirleme hakkı olduğu esasına

---

[893] **Tezcan-Erdem-Önok,** Özel Hükümler, s.428.

[894] **Sinn (MüKo),** §240, kn.103; **Bergmann,** Das Unrecht der Nötigung, s.61; **Maurach-Schroeder-Maiwald,** Besonderer Teil, §13, kn.41; **Toepel-NK (Kindhäuser-Neumann-Paeffgen),** §240, kn.204; **Horn-Wolters (SK),** §240, kn.7; **Küpper (2001),** Besonderer Teil I, §3, kn.57.

[895] **Geilen,** Gewaltbegriff (FS Mayer), s. 461; **Hoffmeister,** Der Begriff der Gewalt, s. 115; **Jakobs,** Nötigung durch Gewalt (Kaufmann FS), s.811.

dayanmaktadır. Nitekim bu hakkı ihlal ederek iradenin zorlanmasına neden olan davranışların, failde başkaca bir amaç aranmaksızın cezalandırılması gerekir[896].

Belirtmek gerekir ki, cebir suçu yönünden maddede, failin belli bir amaca yönelik hareket etmesi gerektiğine açıkça yer verildiğinden, doğrudan kastın yeterli olduğu söylenemez[897]. Çünkü fiziki güç kullanımı, bu suçun maddi unsurunu oluşturmakta ise de, mağdurun belli bir davranışa zorlanması, suçun manevi unsurlarına tekabül etmektedir. Dolayısıyla, kasten yaralama suçunu oluşturan hareketlerle işlenebilen cebrin, kasten yaralamadan ve cebir kavramına unsur yahut ağırlaştırıcı neden olarak yer verilen diğer suçlardan ayrılabilmesi açısından ayır edici olan suçun maddi unsuru değil, manevi unsurudur[898]. Diğer bir ifadeyle, TCK m.108'de düzenlenen cebir suçu bakımından aranan, yalın bir kuvvet icrası değil, belli bir amacı gerçekleştirmeye yönelmiş fiziki gücün varlığıdır[899].

Nitekim Yargıtay, bir kararında[900]; *"...sanığın tehditle birlikte katılanı itekleme ve araçta iken de aşağıya indirmek için kolundan asılma eylemlerinin, zorlama suçunun cebir öğelerini oluşturduğu gözetilmeden ve ayrıca yaralama kastıyla davrandığına ilişkin kanıtlar gösterilmeden yaralama suçuna kalkışma eyleminden de hükümlülük kararı verilmesi... yasaya aykırıdır"* diyerek bu hususa açıkça vurgu yapmaktadır. Bu bakımdan zorlama iradesi, bu suçu kasten yaralamadan ayırmaya yarayan bir kriter olarak kabul edilmelidir. Ancak bir şeyin yapılması, yapılmaması yahut yapılmasına katlanılması şeklinde faili cebir kullanmaya sevk eden amaç, ceza kanununda düzenlenen başkaca bir suçu oluşturuyorsa, artık 108 inci maddeden değil, cebre unsur olarak yer verilen maddeden sorumluluk söz konusu olacaktır[901]. Örneğin cebir, mağdurun bir malı teslim etmesi için araç olarak kullanılıyorsa, cebrin bağımsızlık özelliğini kaybettiği

[896] **Jakobs,** Nötigung durch Gewalt (Kaufmann FS), s.811.
[897] **Üzülmez,** Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, s.182; **Cihan,** Cebir Kullanma Cürmü, s.94.
[898] **Koca-Üzülmez,** Özel Hükümler, s.392.
[899] **Haft,** Besonderer Teil II, s.175.
[900] Yarg. 4.CD., 31.5.2000, 4205/4702.
[901] **Cihan,** Cebir Kullanma Cürmü, s.108.

ve yağmanın bir unsuru olduğunu kabul etmek gerekecektir[902]. Yargıtay'ın kararları da bu doğrultudadır[903].

Mazeret nedeni olarak zorlayıcı cebir bakımından da, failin (zorlayanın) belli bir amaç doğrultusunda hareket etmesi, mağdurun (zorlananın) zorlama etkisiyle işlediği suç nedeniyle gündeme gelecek olan ceza sorumluluğunun faile yüklenmesi nedeniyle gereklidir. Görüldüğü gibi, mazeret nedeni olarak kabul edilen cebrin, cebir suçu ve ceza kanununda cebir kavramına yer verilen diğer hükümlerden farkı, mağdurun bir suç işlemeye zorlanarak araç olarak kullanılmasıdır. Ancak failin, cebir sonucunda mağdur tarafından bir suç işleneceğini kabullenmesi yeterli değildir[904]. Örneğin yaralama kastıyla hareket eden bir kimsenin, bunun, mağdurun bir suç işlemesi şeklinde yan bir netice ortaya çıkaracağını öngörmesi yetmez. Bu bakımdan failin, kasten hareket etmesine sebep olan bir motivasyona da sahip olması gerekir[905].

Zorlayıcı cebrin mazeret nedeni olarak kabulünün zorunlu bir şartı olarak, mağdurun iradesinin zorlanması gerekir. Buna koşut olarak da, failin, cebir

---

[902] **Haft,** Besonderer Teil II, s.179. Aynı durum, diğer bir zorlama aracı olan tehdit bakımından da söz konusudur (*"sanığın, yakınan annesinden istediği parayı vermemesi üzerine 'para vermezsen seni öldürürüm, yaşatmam, evini yakar bombalarım' demekten ibaret eyleminin, TCY.nın 495.maddesine uyabileceği ve davaya bakmanın, delillerin takdirinin ağır ceza mahkemesinin görevine gireceği gözetilmeden, duruşmaya devamla aynı Yasanın 188/1.maddesi ile hüküm kurulması…"* Yarg. 4.CD., 24.4.2002, 4575/6842)

[903] *"Cebir kullanma eylemi kamu görevlisine karşı görevini yapmasını engellemek amacıyla işlenmiş ise, cebir kullanma suçunu değil, TCY.nın 265. maddesinde düzenlenen 'görevi yaptırmamak için direnme suçunu', bir kimseyi siyasi düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlamak ya da açıklamaktan men etmek için işlendiği taktirde ise, TCY.nın 115. maddesinde belirtilen 'düşünce ve kanaat özgürlüğünün kullanılmasını engelleme suçunu' oluşturmaktadır. Üç suçun ortak ögesi olan "cebir" fiziki zor kullanmaktır ve bir iradeyi istenilen hareketi yapmaya mecbur etmek amacıyla yapılmaktadır. Zor kullanmak mağdurun kollarından tutmak, kolunu bükmek gibi temasla mümkün olduğu kadar belirli mesafeden bir cismin atılması, savrulması, vurulması suretiyle de gerçekleştirilebilir. Eylemin mağdurun halka seslenmesini önlemek ya da onu küçük düşürmek kastıyla işlenmesine göre, farklı suçlar söz konusu olacaktır. Tek eylemin birden fazla suça uyması halinde, özel suçun, genel suça göre öncelikle uygulanması gerekecek; hepsi genel nitelikte ise, TCY.nın 44. maddesi uyarınca en ağır cezayı gerektiren suçtan hüküm kurmak icabedecektir. Bu açıklamalar karşısında; sanıkların eylemlerinin yukarıda belirtilen zor kullanma suçlarını oluşturup oluşturmadığı yöntemince irdelenip tartışılmadan, yetersiz gerekçeyle sanıkların görevliye hakaret suçundan hükümlülüklerine karar verilmesi, yasaya aykırıdır"* (Yarg. 4. CD., 2.2.2011, 26/915)

[904] **Huhn,** Nötigende Gewalt, s.125.

[905] **Knodel,** Der Begriff der Gewalt, s.82.

kullanarak mağdurun cebre karşı koyma iradesini kırmaya yönelik hareket etmesi gerektiği ileri sürülmüştür[906].

Buna karşılık doktrinde, failin, mağdurun mukavemetini aşmaya yönelik hareket etmesini, cebrin sübjektif unsuru olarak kabul etmenin amaca aykırı olduğu, failin bir karşı koymayla karşılaşmadığı durumlarda bunun tespitinin güç olduğu ifade edilmiştir[907]. Örneğin failin, mağdurun karşı koyamayacağı yahut da aşamayacağı bir engel oluşturmak suretiyle (odaya kapatmak yahut yol kapatma eylemleri gibi) cebir uyguladığı durumlarda, mağdurun aşılacak bir karşı koymasından söz edilemez. Görüldüğü gibi bu görüş, temelde, mutlak kuvveti cebrin bir görünüm biçimi olarak kabul eden anlayışa dayanmaktadır.

Gerçekten, mutlak kuvvet uygulanarak mağdurun iradi karar vermesinin ve iradesini bu yönde kullanmasının imkânsız hale getirildiği durumlarda (örneğin mağdurun el ve ayaklarının bağlanması), uygulanan kuvvete karşı koyma hali söz konusu olmadığından, buradan hareketle bir sonuca ulaşmak mümkün değildir. Diğer bir deyişle, failin cebri uygularken güttüğü amacın mağdurun karşı koyma iradesini ortadan kaldırmayı da kapsadığı kabul edildiğinde, karşı koymanın söz konusu olmadığı bu tür durumlarda cebrin varlığını reddetmek gerekir[908]. Bu nedenle de, failin, mağduru zorlama amacıyla hareket ettiği tespit edildikten sonra, ayrıca mağdurun karşı koymasını ortadan kaldırma şeklinde bir amaca sahip olup olmadığını araştırmaya gerek olmadığı ifade edilmiştir[909]. Çünkü mağdurun mukavemetinin aşılması, cebrin değil, genel olarak zorlamanın bir unsuru olarak kabul edilmelidir[910].

---

[906] **Sinn,** Die Nötigung (2000), s.306.
[907] **Wolter,** Gewaltanwendung und Gewalttätigkeit (2.Teil), s.248.
[908] **Wolter,** Gewaltanwendung und Gewalttätigkeit (2.Teil), s.248.
[909] **v. Heintschel Heinegg,** Die Gewalt als Nötigungsmittel, s.282.
[910] **Bergmann,** Das Unrecht der Nötigung, s.127.

1.2.2. Mağdur Bakımından: "Zorlama Etkisi"

1.2.2.1. Zorlamanın Fiziksel Bir Etki Doğurmasının Gerekli Olup Olmadığı Meselesi

Cebrin, TCK m.28 kapsamında bir mazeret nedeni olarak kabulü için, mağdur üzerinde, onu suç işlemeye yönelten önemli bir zorlama etkisi oluşturması gerekir[911]. Bu anlamda cebir tatbiki, haksızlığın zorlama oluşturan fiili niteleyen yanını oluştururken, mağdur üzerinde meydana gelen zorlama etkisi ise, cebrin bir sonucu olarak haksızlığın diğer bir unsurunu oluşturmaktadır[912]. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, cebir kullanımı her durumda (kasten yaralamada olduğu gibi) otomatik olarak zorlama etkisi doğurmadığından, cebir ile mağdur üzerindeki zorlama etkisinin birbirinden farklı kavramlar olduğunun haklı olarak altı çizilmiştir[913].

Doktrinde, cebrin sonucu olarak mağdur üzerinde ortaya çıkan zorlama etkisinin, fiziksel bir zorlamayı içermesinin zorunlu olup olmadığı tartışmalıdır. Bu tartışmalar, cebri, uygulama alanını genişletme çabası ile tanımlayan ve kapsamını da buna göre belirleyen görüşler ile dar anlamda cebir anlayışına taraftar olan görüşler arasındaki yaklaşım farkının bir sonucu olarak kabul edilebilir. Nitekim cebri, salt irade özgürlüğüne yönelik bir müdahale olarak kabul eden (fonksiyonel cebir) görüşe göre, bir kimsenin bir yere kapatılması durumunda, bunun etkisini doğrudan bedensel anlamda hissetmediği ileri sürülerek cebir olarak kabul edilmemesinin bir dayanağı yoktur[914]. Bu bakımdan, kullanılan cebrin mağdur bakımından fiziksel bir etki meydana getirmesi şart koşulursa, geleceğe yönelik olmayan (tehdit kabul edilemeyen) ve fakat mağdurda bedensel bir etki de meydana getirmediği için cebir olarak da telakkisi mümkün olmayan kötülük icralarının cezasız kalması söz konusu olacaktır[915].

---

[911] **Bertel-Schwaighofer,** Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil I, §105, kn.5.
[912] **Huhn,** Nötigende Gewalt, s.108.
[913] **Huhn,** Nötigende Gewalt, s.109.
[914] **Kindhäuser**, Besonderer Teil I, §12, kn.19. Bize göre bu görüş, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ile cebir arasındaki farkı belirsizleştirdiğinden pratik bir amaca hizmet etmemektedir.
[915] **Knodel,** Der Begriff der Gewalt, s.54.

Buna karşılık doktrinde ağırlıklı görüş, cebrin mağdur üzerinde fiziksel bir etki doğurması gerektiği kanaatindedir[916]. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, mağdur üzerinde fiziksel etki doğurmayan özgürlüğe yönelik bir takım kötülük icralarının cebir olarak kabulü, cezalandırma alanını genişletecek ve hukuki güvensizliğe (belirlilik ilkesi kapsamında) sebep olacaktır. Ayrıca bu yoruma itibar edilirse tehdit ile (özellikle cebir uygulanacağından bahisle tehditle) cebir arasındaki ayrım da belirsizleşecektir[917]. Bu bakımdan zorlayıcı cebrin sınırlandırılması zaruridir. Çünkü kanun koyucu, manevi etkileri tehdit çerçevesinde ayrıca koruma altına almıştır[918].

Cebir, bazı durumlarda eşya üzerinde, bazı durumlarda ise kişiye karşı uygulanan gücü ifade ettiğinden, eşya üzerinde kullanılan kuvvet anlamında, cebrin, eşyanın sahibi açısından fiziksel bir etki doğurması doğal olarak aranmamaktadır[919]. Çalışmamızın birinci bölümünde izaha çalıştığımız üzere biz, sırf eşyaya yönelik kuvvet kullanımlarını TCK m.28 anlamında zorlayıcı cebir olarak kabul etmediğimizden, bu görüşlerin herhangi bir kıymetinin olmadığı kanaatindeyiz. Nitekim bize göre mazeret nedeni oluşturan cebir, bir kimseye karşı kasten yaralama suçuna vücut veren davranışların tatbiki suretiyle gerçekleştirilebilir. Bunun doğal bir sonucu olarak da, cebir teşkil eden davranışın, mağdur üzerinde fiziksel bir etki doğurması şarttır.

1.2.2.2. Zorlamanın Görünüş Biçimleri: "Yapma, Yapmama veya Katlanma"

Cebrin sonucu olarak ortaya çıkan zorlama etkisi, faildeki amaca paralel olarak mağdurun; bir şeyi yapmaya, yapmamaya yahut birşeye katlanmaya icbar

---

[916] **Koca-Üzülmez,** Özel Hükümler, s.393; **Bergerhoff,** Nötigung durch Boykott, s.269; **Krey,** Was ist Gewalt?, §7, kn.153; **Hoffmeister,** Der Begriff der Gewalt, s. 136; **Paeffgen,** Überlegungen zum Gewaltbegriff (Grünwald FS), s.464; **Sinn,** Die Nötigung (2000), s.202.
[917] **Huhn,** Nötigende Gewalt, s.110.
[918] **Sautner,** Die Gewalt bei der Nötigung, s.141.
[919] **Knodel,** Der Begriff der Gewalt, s.43.

edilmesi şeklinde ortaya çıkar[920]. Bu anlamda ilk olarak, iradeyi zorlama aracı olarak kullanılan cebir, mağdurun bir şeyi yapmasına yönelik olabilir. Örneğin mağdurun hırsızlık suçunu işlemesi, bir kimseyi yaralaması yahut malına zarar vermesine yönelik zorlamalar bu kapsamdadır. Burada, mağdurun iradi hareket etme yeteneği, tatbik edilen cebir suretiyle etkilenmiş olmaktadır. Diğer bir deyişle, özgür iradesiyle gerçekleştirmeyeceği bir davranış, mağdura, cebir tatbik edilmek suretiyle işletilmektedir. Mağdurun özgür iradesi, o davranışta bulunmayarak pasif kalmak yahut başkaca bir icrai davranışta bulunmaya yönelik olabilir. Önemli olan, failin uyguladığı cebrin, mağduru zorlamış olmasıdır. Failin, mağdurun gerçek iradesinin neye yönelik olduğunu bilmesine gerek yoktur[921].

Mağdurun belirli bir yönde hareket etmeye zorlanması, onun, bir başkasını yaralamak, öldürmek gibi icrai bir davranışta bulunmaya mecbur kılınması dışında, nispi kuvvet icrası suretiyle[922] hâkimiyeti dâhilindeki bir olayın gerçekleşmesi yahut gerçekleşmemesi yönünde ihmal göstermesi, buna katlanması şeklinde de söz konusu olabilir[923]. Yargıtay da konuyla ilgili bir kararında[924]; *"sanığın katılanı hak sahibi olduğunu iddia ettiği taşınmaza ev yapmaması için tehdit edip 3 gün alışılmış uğraşından kalacak biçimde yaralama eyleminin TCY.nın 308/3.madde ve fıkrasına uyan suçu oluşturduğu gözetilmeden, yaralama suçundan da ayrıca hüküm kurulup, anılan Yasa maddesinin de 2.fıkrasının uygulanması bozmayı gerektirmiştir"* diyerek bu hususa işaret etmiştir.

Mağdurun, hâkimiyetinde olmayan bir davranışa zorlanması durumunda, bu davranış icrai de ihmali de olsa, zorlayıcı cebir kapsamında değerlendirilemez[925]. Yargıtay'ın bu hususa ilişkin olarak verdiği kararlar, genellikle 765 sayılı TCK'nın

---

[920] **Wessels-Hettinger,** Besonderer Teil 1, §8, kn.417; **Eser-Eisele (SS),** §§ 240, kn. 12.

[921] Eser-Eisele, geniş anlamda cebir anlayışı benimsediklerinden, bu durumu bu görüşe uygun olan şu örnekle izah etmektedirler: *"Bir başkasıyla telefon görüşmesi yapmasını engellemek için A'ya ait telefon hattını kesen kimse, tamamlanmış cebir suçunu işlemiş olur. A'nın B ile mi yoksa bir başkasıyla mı görüşmek yapmak istediğinin önemi yoktur"* (**Eser-Eisele (SS),** §§ 240, kn. 14a).

[922] **Träger-Altvater (LK),** §240, kn. 7.

[923] **Stracke**, Gewalt oder Drohung gegen Dritte als (qualifizierte) Nötigung, s.1.

[924] Yarg. 4.CD., 17.9.2003, 21400/7731.

[925] *"Sanık tarafından mağdurun iradesini zorlamaya yönelik ileri sürülen koşulu gerçekleştirmenin mağdurun gücü ve iradesi dışında bulunması karşısında zorlama öğesinin oluşmadığı gözetilmeden Türk Ceza Yasasının 191/2. maddesi yerine, 188/3. maddesinin uygulanması hatalıdır"* (Yarg. 4.CD. 15.9.1992, 4609/5440)

188'inci maddesinde düzenlenen şartlı tehdit suçuna ilişkin olsa da, diğer bir zorlama aracı olan cebir bakımından da yol gösterici mahiyette kabul edilebilir. Bu kapsamda, bir babanın ergin kızının sanıkla evlenmesini sağlaması[926], şikayetçiye yönelik olarak, hırsızlık yapıldığını görenleri bulup getirmesinin söylenmesi[927], bir babaya yönelik olarak, kızının boşanma davası açması durumunda bir kötülük gerçekleştirileceğinin bildirilmesi[928] durumlarında, bunlara muhatap olan kişinin, kendisinden istenen davranışı gerçekleştirme imkan ve iktidarına sahip olmaması nedeniyle fiilin zorlama içeriğinin bulunmadığını kabul etmek gerekir.

Buna karşılık doktrinde, failin, mağduru yapmaya zorladığı davranışa ilişkin imkânsızlığın mutlak yahut nispi oluşuna göre bir ayrıma gidilmiştir. Buna göre, somut olayda imkânsızlık mutlak bir nitelik taşımıyor ve fail de bunu bilmiyorsa, failin bilinç ve iradesiyle yöneldiği, kastın ve maksadın hedefi olan neticeye yönelik hareketinin varlığı, cebir suçunun oluşumu bakımından yeterlidir[929]. Dolayısıyla, kör olduğunu bilmediği bir kimseyi, verdiği bildiriyi okumaya zorlayan kimsenin fiili, cebir suçunu oluşturur[930]. Dolayısıyla, mutlak imkânsızlık hallerinin, hiç kimse tarafından gerçekleştirilemeyecek durumlarla sınırlı tutulduğu, olağan şartlarda objektif olarak mağdurun yerinde bulunan ortalama bir kişinin yapabileceği davranışların mutlak imkânsızlık olarak kabul edilmediği sonucuna ulaşılabilir. Zira aksi takdirde, kör bir kimsenin bildiriyi okuyamaması, sübjektif bakış açısıyla mutlak imkânsızlık olarak kabul edilmelidir.

İfade edelim ki bu düşünce, gerek 765 sayılı TCK'da (m.188) gerekse 5237 sayılı TCK'da (m.108) cebir suçunun neticeli bir suç olarak düzenlenmemiş olması, fail tarafından zorlama teşkil eden davranışın gerçekleştirilmesiyle tamamlanması dikkate alınarak ve bu suçla irade özgürlüğünün korunması esasından yola çıkılarak ortaya atılmıştır. Bu bakımdan, mağdurun irade oluşturma ve hareket serbestisini sınırlamaya objektif olarak elverişli olan cebrin tatbikiyle suç oluşacaktır. Somut olayda ayrıca mağdurun, fail tarafından zorlanılan davranışı yerine getirmeye

[926] Yarg. 4.CD., 23.12.1996, 8918/9869.
[927] Yarg. 4.CD., 12.2.2001, 1198/1610.
[928] Yarg. 4.CD., 2.6.2004, 6820/7083.
[929] **Cihan,** Cebir Kullanma Cürmü, s.104.
[930] **Cihan,** Cebir Kullanma Cürmü, s.104.

muktedir olup olmaması önem taşımaz. Zira failin cebir kullanarak mağduru zorladığı davranışın gerçekleştirilmiş olması, diğer bir ifadeyle failin amacına erişmiş olmasının bir önemi yoktur. Dolayısıyla, reşit kızını kendisine vermesi için bir babaya cebir uygulanması gibi, yukarıdaki kararlara konu edilen olaylarda, cebrin objektif olarak belli bir ağırlığa ulaştığı ve iradeyi zorlamaya elverişli bir araç olduğu dikkate alınarak cebir suçunun oluştuğunun kabulü gerekir[931].

Bu yorum tarzı, zorlanılan davranışın gerçekleştirilmiş olmasını aramayan ve bu yönüyle sırf hareket suçu olma özelliği taşıyan cebir suçu yönünden anlaşılabilirdir. Ancak aynı düşünce tarzından hareketle, imkânsızlık hallerinde mazeret nedeni olarak zorlayıcı cebrin varlığını kabul etmek mümkün değildir. Çünkü TCK m.28'de, mağdurun, zorlayıcı cebrin etkisiyle suç işlemesi durumundan söz edilmekte, dolayısıyla, failin zorladığı ve suç teşkil eden davranışın mağdur tarafından gerçekleştirilmiş olması bir şart olarak öngörülmektedir. Bu durum, hükmün düzenleme amacının doğal bir sonucudur. Zira madde, bu tür durumlarda ceza sorumluluğunun cebri uygulayana ait olacağının belirlenmesine hizmet etmektedir. Bu bakımdan, örneğin görevi ve yetkisi dâhilinde olmayan hukuka aykırı bir işlem için bir kamu görevlisinden imza atmasının istenmesi halinde, fiil objektif olarak görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmaya elverişli olabilirse de, kamu görevlisinin o işlemi yapabilme yetki ve iktidarı bulunmadığından, şartları varsa belgede sahtecilik kapsamında bir değerlendirme yapmak gerekecektir.

Mağdur bakımından zorlama etkisinin görünüm şekillerinden sonuncusu, bir şeyin yapılmasına katlanma biçiminde ortaya çıkar. Burada mağdur, fail tarafından gerçekleştirilen bir davranışa izin vermeye, yani sessiz kalmaya, katlanmaya mecbur edilmektedir[932]. Doktrinde, katlanmanın ihmal ile aynı anlama geldiğini belirtenler olduğu gibi[933], bunun ihmalin bir görünüm şekli olduğunu ileri sürenler de mevcuttur[934]. Kanaatimizce bu iki kavram birbirine benzer olsa da, aynı değildir. Nitekim uygulanan cebir nedeniyle mağdurun, evinde bulunan değerli halıların tahrip edilmesine katlanmaya zorlanmasıyla, kendisi açısından suç teşkil eden bir davranışa

[931] **Üzülmez,** Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, s.189.
[932] **Üzülmez,** Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, s.185.
[933] **Haft,** Besonderer Teil II, s.179.
[934] **Eser-Eisele (SS),** §§ 240, kn. 12.

ihmal göstererek zorlanması arasında fark vardır. Bu açıdan ihmal kavramını, hukuki anlamda değerlendirmek, katlanmayı ise bunun dışında kalan ve mağduru pasif kalmaya zorlayan davranışlara özgü bir kavram olarak kabul etmek yerinde olur.

Son olarak belirtelim ki, cebir suçundan farklı olarak mazeret nedeni kabul edilen cebir yönünden, mağdurun suç teşkil eden fiile gerçekten zorlanıp zorlanmadığı, diğer bir deyişle objektif olarak cebir oluşturacak öneme sahip olan fiziksel kuvvetin mağdurda zorlanma etkisi oluşturup oluşturmadığının da değerlendirilmesi gerekir. Yani mazeret nedeni olarak cebirde, fail bakımından uygulanan fiziksel kuvvetin objektif bir ölçüye göre belirli bir ağırlığa ulaşması yanında, sübjektif olarak mağduru zorlayıp zorlamadığının da belirlenmesi gereklidir.

Cebir suçu neticeli bir suç olmayıp, mağdurun, failin zorladığı davranışı gerçekleştirmesi zorunlu değildir. Failin zorlama amacıyla belli bir önem ve ağırlığa ulaşmış olan davranışı gerçekleştirmesi yeterlidir. Buna karşılık mazeret nedeni olarak cebir, mağdurun, failin uyguladığı cebir nedeniyle işlediği suçtan dolayı cezalandırılmasının önüne geçtiğinden, cebrin mağdur açısından bir mazeret nedeni olarak kabul edilebilmesi gerekir. Bunun için de, iradenin fiilen zorlanmış olması şarttır. Aksi takdirde, cebir uygulayanın iradeye hâkimiyet suretiyle işlenen suçtan dolaylı fail olarak sorumlu tutulması da mümkün olmayacaktır.

Mazeret nedeni olarak zorlayıcı cebrin kusurluluk ile alakalı olması nedeniyle, failin sübjektif olarak başka türlü davranabilme özgürlüğüne sahip olup olmadığının belirlenmesi zorunludur. Aksi takdirde, fail hakkında sübjektif bir değer yargısına dayalı olan kusur, yalnızca objektif bir değerlendirmeyle tespit edilecektir. Ancak bu, kabul edilebilir değildir.

Cebrin, mağduru gerçekten zorlayıp zorlamadığının belirlenmesi, mağdurun yeterli ölçüde fiziksel acı çekip çekmediğinin belirlenmesi şeklinde anlaşılmamalıdır. Burada kast ettiğimiz, cebir mağdurunun, cebrin etkisi dışında bir suç işleme kastıyla hareket edip etmediğidir. Dolayısıyla, fail tarafından uygulanan önemli sayılabilecek ölçüdeki fiziksel güç ile mağdur tarafından cebir altında işlenen davranış arasında, etkisel bir ilişkinin bulunması gerekir. Bu manada mağdurun özelliklerinin dikkate

alınması gerekliyse de, örneğin mazoşist gruba mensup olan bir kimsenin ağrı eşiği yüksek olduğundan veya bir takım fiziksel acılara dayanıklı olduğundan, somut olayda fail tarafından uygulanan cebrin ona etki etmediği karine olarak kabul edilemez.

2. Zorlayıcı Cebir Failinin Sorumluluğunun Belirlenmesi

2.1. Sorumluluğun Hukuki Temeline İlişkin Görüşler

2.1.1. Genel Olarak

Mazeret nedeni olarak zorlayıcı cebrin düzenlendiği TCK m.28'de, cebir veya tehdit altında suç işlemeye zorlanan kişiye ceza verilemeyeceği, cebir ve tehdidi uygulayanın fail olarak işlenen suçtan sorumlu tutulması gerektiğine işaret edilmiştir. Ancak bu sorumluluğun hangi esasa dayandırılacağı hususunda, madde metninde bir açıklık yoktur. Dolayısıyla, burada esasen iki ihtimal gündeme gelebilir. Birincisi, cebri uygulayanın ***doğrudan fail*** olarak işlenen suçtan sorumlu tutulmasıdır. İkinci alternatif ise, cebir failinin sorumluluğunun ***dolaylı faillik*** esaslarına göre tayin edilmesidir. Bununla birlikte, sorumluluğun, iştirak kurallarına göre belirlenmesi gerektiğini ileri süren görüşler de mevcuttur.

2.1.2. Sorumluluğu İştirak Kurallarına Göre Belirleyen Görüş

Bu görüş, zorlayıcı cebri uygulayan kişinin ceza sorumluluğunun belirlenmesinde ***iştirak kurallarından*** hareketle bir sonuca ulaşılabileceğini kabul etmektedir. Bu kapsamda örneğin *Dönmezer-Erman*, cebri uygulayanın sorumluluğundan söz edebilmek için ayrıca bir hükme ihtiyaç olmadığını, ceza sorumluluğunun tespiti için dolaylı faillik esaslarına müracaat etmenin de zorunlu olmadığını ifade etmişlerdir. Zira bu durumda, cebre uğrayanın işlediği suç, tipe

uygun ve hukuka aykırı olduğu için onun cezalandırılamaması, iştirak kurallarının uygulanmasına engel olmaz ve cebri uygulayan şerik sıfatıyla cezalandırılır[935]. İtalyan hukukunda da hâkim görüş, manevi zorlamalar çerçevesinde sorumluluğun, ceza kanununun 110'uncu maddesi uyarınca iştirak kurallarına göre belirlenmesi gerektiği görüşündedir[936].

Daha önce ifade ettiğimiz gibi, mutlak kuvvet durumunda, cebre uğrayanın fiilinden söz etmek mümkün değildir. Bu bakımdan, yazarlarca mutlak kuvvetin ortaya koyduğu etki konusunda aynı fikirde olduğumuzu evvelki açıklamalarımız kapsamında da belirtmiştik. Ancak burada, meselenin iştirak kurallarıyla çözümlenmesi mümkün değildir. Zira tipe uygun ve hukuka aykırı olan fiil, cebri uygulayana ait olduğundan, onun doğrudan ve tek fail olarak sorumluluğu cihetine gidilmelidir.

2.1.3. Sorumluluğun Esasını Doğrudan Failliğe Dayandıran Görüş

Cebir uygulayanın sorumluluğunun, *doğrudan faillik* esaslarına göre belirlenmesi ihtimalinde, ceza sorumluluğu yönünden cebrin etkisi altında bulunan kişinin değil, arka plandaki kişinin suç teşkil eden hareketi ika ettiği kabul edilmelidir. İtalyan hukukunda da, bu tür durumlarda, ceza sorumluluğu yönünden önem arz eden tek hareketin cebri uygulayan kişinin hareketi olduğu, bu nedenle de, iştirakten bahsedilemeyeceği gibi, dolaylı failliğin de söz konusu olamayacağı ifade edilmiştir[937].

Bu anlayış, cebir failinin, mağdurun hareketi üzerinde mutlak bir hâkimiyet kurduğunu kabul etmektedir. Ancak bu yorum tarzı, mutlak kuvvet icrasını zorlayıcı cebir kapsamına dâhil etmek anlamına gelecektir. Diğer bir ifadeyle, böyle bir anlayış, mutlak kuvvetin, zorlayıcı cebrin unsurlarından biri olarak kabul edilmesi

[935] **Dönmezer-Erman,** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II, kn.1036.
[936] **Weißer,** Täterschaft in Europa, s.210.
[937] **Gülşen,** Sorumluluğu Kaldıran Nedenler, s.148.

sonucunu doğurur. Yukarıda ayrıntılı olarak izaha çalıştığımız gibi biz, mutlak kuvveti genel olarak cebir öğretisinin konusuna dâhil etmekle birlikte, zorlayıcı cebir kapsamında ele almıyoruz. Bu nedenle de, kanaatimize göre bu görüşün kabulü mümkün değildir.

2.1.4. Görüşümüz: "Sorumluluğu Dolaylı Faillik Esaslarına Göre Belirleyen Anlayış"

Kanımızca, cebir failinin oluşan suçtan kaynaklanan sorumluluğunun tayininde, dolaylı faillik esaslarından hareket etmek gerekmektedir. Bu yorum tarzı, zorlayıcı cebrin yapısına da uygundur. Çünkü zorlayıcı cebirde, cebri uygulayan kişi, cebre maruz kalanın iradesi üzerinde hâkimiyet kurarak onu, hür iradesiyle gerçekleştirmeyeceği suç teşkil eden bir davranışta bulunmaya zorlamaktadır. Cebir yoluyla zorlamanın sona ermesi durumunda, mağdurun o fiili gerçekleştirmeyeceği söylenebiliyorsa, irade zorlanmış demektir[938]. Dolayısıyla, zorlanan, bir suçun işlenmesinde araç olarak kullanılmaktadır[939].

TCK m.37/2'de dolaylı faillik; *"suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur"* şeklinde düzenlenmiştir[940]. Dolaylı failliğin, araç olarak kullanılan öndeki şahıs ve onu kullanan arkadaki şahıs şeklindeki ikili yapısı[941], zorlayıcı cebrin şartları ile uyum içerisindedir. Bu manada,

---

[938] **Sinn,** Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten, s.333.

[939] Dolaylı failliğin, bir başkasının suçta araç olarak kullanılması şeklinde ortaya çıkan yapısı nedeniyle, araç olarak bir başkasını kullanan şahsın, elini kirletmeksizin suç işlediği durumların dolaylı faillik olarak nitelenebileceği ifade edilmiştir (**KÜHL, Kristian,** Täterschaft und Teilnahme, JA 2014, Heft 9, s.670.).

[940] Suç teşkil eden fiilin, bizatihi fail tarafından işlendiği doğrudan faillikten farklı olarak, bir başkasının hukuka uygun yahut hukuka aykırı fiilinden sorumluluğun söz konusu olabilmesi için ceza kanununda bu türden özel bir düzenlemenin gerekli olduğu hususunda bkz. **Kühl,** Täterschaft und Teilnahme, s.670.

[941] **MURMANN, Uwe,** Grundwissen zur mittelbaren Täterschaft (§25 I 2. Alt. StGB), JA 2008, Heft 5, s.322. Bu çerçevede öndeki şahıs suçu gerçekleştiren olarak fiziksel (Der physische Urheber), arkadaki şahıs ise bu suçu bir başkası üzerinden işleyen olarak zihinsel etkide bulunan (Der intellektuelle Urheber) rolünü oynamaktadır (**SHILLING, Georg,** Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters, Carl Heymanns Verlag, Berlin 1975, s.40; Araç olarak kullanılan

örneğin uygulanan cebrin etkisiyle suç işleyen kimse, bir yandan cebir suçunun (TCK m.108) mağdurudur; öte yandan cebir altında işlediği suç bakımından doğrudan faildir. Ancak zorlayıcı cebir nedeniyle mazur görüldüğü için, bu kimse hakkında ceza sorumluluğu gündeme gelmeyecektir (TCK m.28). Buna karşılık, cebri uygulayan da, bir yandan bir kimseyi bir davranışa zorlamak maksadıyla cebir kullandığından cebir suçunun faili, diğer taraftan da, cebir altında hareket eden kişinin işlediği suçtan dolaylı faillik esaslarına göre sorumludur.

İfade edelim ki gerek Alman doktrininde[942], gerekse Türk doktrinindeki[943] genel kabule göre de, zorlayıcı cebir durumunda sorumluluğun belirlenmesinde dolaylı faillik esaslarından hareket edilmelidir. Bunun, cebir suçunu da kapsayacak şekilde genel nedeni, bu türden bir cebir tatbikinin, cebre maruz kalan mağdurun özgürlük alanına yönelik bir ihlal oluşturması ve bu suretle gerek başkasına gerekse kendisine yönelik bir davranışta bulunmaya zorlanmasıdır[944]. Diğer bir deyişle dolaylı fail, bu durumlar açısından mağdur üzerinde hâkimiyet kurarak suç işlemekte, bir anlamda suçun tüm unsurları, bir başkasının davranışı aracılığıyla dolaylı fail tarafından gerçekleştirilmektedir[945]. Bu durum, dolaylı failliğin en tartışmasız[946], en tipik[947] ve en klasik[948] görünüş biçimi olarak kabul edilmektedir. Zorlayıcı cebir durumunda tartışmalı olan husus, uygulanan kuvvetin ağırlığının,

---

şahıs yönünden azmettirme değil fiziksel bir etki doğuracak şekilde dolaylı failliğin söz konusu olduğu hususunda ayrıca bkz. **SCHROEDER, Friedrich Christian,** Täter hinter dem Täter (Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft), Duncker Humblot, Berlin 1965, s.22)

[942] **Jakobs,** Allgemeiner Teil, 21/84; **SCHILD, Wolfgang,** StGB §25, in Nomos Kommentar Strafgesetzbuch –Kindhäuser-Neumann-Paeffgen-, 4. Aufl., Nomos Verlag, Baden-Baden 2013, kn.82 vd.; **SCHÜNEMANN, Bernd,** StGB §25, in Leipziger Kommentar, Erster Band, 12., neu bearbeitete Aufl., De Gruyter Recht, Berlin 2007, kn.69 vd.; **OTTO, Harro,** Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft, JURA 1987, Heft 5, s.254; **Frister,** Allgemeiner Teil, 27/26.

[943] **Gülşen,** Sorumluluğu Kaldıran Nedenler, s.148 vd.; **Artuk-Gökcen-Yenidünya,** Genel Hükümler, s.469; **Koca-Üzülmez,** Genel Hükümler, s.430; **Özgenç,** Genel Hükümler, s.395.

[944] **Sinn,** Die Nötigung (2000), s.106; **Timpe,** Die Nötigung, s.33.

[945] **HEINE, Günter – WEISSER, Bettina,** StGB §25, in Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. neubearbeitete Aufl., C.H.Beck 2014, kn.8.

[946] **Schünemann (LK),** §§25, kn.69; **JOECKS, Wolfgang,** StGB §25, in Münchener Kommentar Band I, 2. Aufl., C.H Beck München, 2011, kn.58.

[947] **Schild-NK(Kindhäuser-Neumann-Paeffgen),** §§25, kn.82; **Sinn,** Die Nötigung (2000), s.111.

[948] **Heine- Weißer (SS),** §§25, kn.8.

irade üzerinde hâkimiyet kurmaya yeterli seviyeye ne zaman ulaşacağıdır[949]. Örneğin A, sevgilisi G'yi, eşini öldürmediği takdirde ondan ayrılmakla tehdit ederse, işlenen suç bakımından zorlamanın ölçüsünün, zorunluluk hali kapsamında mazur görülebilecek bir seviyeye ulaşmadığı haklı olarak ifade edilmiştir[950].

Bir başkasının, hukuka aykırı ve mazur görülebilecek derecede az kusurlu davranışı üzerinden suç işlendiği zorlayıcı cebir bakımından dolaylı faillikte, öndeki fail cezalandırmaya layık bir kusura sahip olmadığından mazur görülmekte, asıl ceza sorumluluğu ise, arkadaki faile ait olmaktadır.

Görüldüğü gibi, burada esasa etkili olan husus, cebir uygulayanın, cebir altında suç işleyen kimse üzerinde hâkimiyet (*Herrschaft*) kurmasıdır. Bu anlamda, mazeret nedeni olarak cebirde hâkimiyet prensibi, dolaylı faillikle suça iştirakın (özellikle azmettirmenin[951]) birbirinden ayrılmasında kullanılan en önemli kriterdir[952]. Zira hâkimiyetin söz konusu olmadığı durumlarda, failliğin temelini oluşturan unsur eksik olduğundan, sorumluluk, ancak azmettirme kapsamında söz konusu olabilir. Ancak hâkimiyetin hareket üzerinde mi (*Handlungsherrschaft*) yoksa irade üzerinde mi (*Willensherrschaft*) gerçekleştiği hususu tartışmalıdır.

---

[949] **Roxin,** Täterschaft und Tatherrschaft, §44, s.685. Bu konuyla ilgili ayrıntıya, fiziksel kuvvetin ağırlığı ve mağdur üzerindeki zorlama etkisi başlıkları altında yaptığımız açıklamalar çerçevesinde ulaşılabilir.

[950] **KOCH, Arnd,** Grundfälle zur mittelbaren Täterschaft, § 25 I Alt. 2 StGB, JuS 2008, Heft 6, s.496.

[951] **Huber,** Die mittelbare Täterschaft beim gemeinen vorsätzlichen Begehungsdelikt, s.120.

[952] **NOLTENIUS, Bettina,** Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft (Ein Beitrag auf der Grundlage einer personalen Handlungslehre), Peter Lang, Frankfurt am Main 2003, s.259.

2.2. Zorlayıcı Cebir Bakımından Dolaylı Faillikte Hâkimiyetin Kaynağı

2.2.1. Hareket Üzerinde Hâkimiyet Suretiyle Dolaylı Faillik

2.2.1.1. Welzel Tarafından Temellendirilen Görüşün Esası

Welzel, cebir etkisi altında suç işleyen kimsenin hareketinden söz edilemeyeceğini, çünkü bu kimsenin belli bir neticeyi elde etmek amacına yönelik olarak iradi bir davranış gerçekleştirmediğini söyleyerek, hâkimiyetin, esasen hareket üzerinde olduğuna işaret etmiştir. Bu yorum tarzı, *Welzel*'in benimsediği gai hareket teorisiyle örtüşmektedir[953]. Zira *Welzel*'e göre faillik, finalist bir yaklaşımla ele alınmalı ve belli bir amacı elde etmek üzere gerçekleştirilen hareketleri kapsamalıdır[954]. Bu noktada, faillik ile şerikliği birbirinden ayıran ise, hareket üzerinde kurulan finalist bir hâkimiyetin (finale Tatherrschaft) varlığıdır[955].

Şerik olarak suça katılmada da bir hâkimiyet söz konusu olmakla birlikte, bu, suç teşkil eden esas fiil üzerinde değil, iştirak iradesini ortaya koyan katılma davranışı üzerinde gerçekleşmektedir[956]. Bu görüşe paralel olarak yazar, dolaylı faillikle ilgili hâkimiyetin final bir hâkimiyet olması gerektiğinin altını çizmiş olmaktadır[957]. Bu hâkimiyet, suçun işlenmesinde araç olarak kullanılan kişi bakımından, haksızlığın gerçekleştirilmesi noktasında etkili olduğundan, suç teorisinin objektif tarafında yer almaktadır[958]. Dolayısıyla, cebir ve tehdit altında suç işleyen kimse, işlediği fiilin suç teşkil ettiğini bilse de, hareket bakımından finalist bir hâkimiyeti olmadığından, doğrudan fail olarak dahi kabul edilemez[959].

Welzel, final hareket teorisini kast ile iç içe değerlendirdiği için bu yorumun sonucu, cebir mağdurunun hareketinin kasıtlı bir davranış olarak kabul

---

[953] **Weißer,** Täterschaft in Europa, s.36.
[954] **WELZEL, Hans,** Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, Walter de Gruyter, 1975, s.161.
[955] **Welzel,** Abhandlungen zum Strafrecht, s.162.
[956] **Welzel,** Abhandlungen zum Strafrecht, s.161.
[957] **Shilling,** Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters, s.49.
[958] **Shilling,** Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters, s.49.
[959] **Welzel,** Das deutsche Strafrecht, s.74.

edilemeyeceğidir[960]. Bu anlamda, örneğin hamile bir kadına düşük yapması için ilaç alması hususunda zor kullanılması durumunda, her ne kadar kadın ilacı alıyorsa da, davranışı, isteme unsurundan yoksun olup kasti bir hareket olarak nitelendirilemeyeceğinden, çocuk düşürtme suçunun faili cebri uygulayandır[961]. *Welzel*, daha sonraları bu görüşünü az da olsa değiştirerek, cebir altında suç işleyenin fiil üzerinde kısmen de olsa hâkimiyet kurduğunu kabul etse dahi, bunun fail olabilmek açısından yeterli bir hâkimiyet olmadığına işaret etmiştir[962]. Dolayısıyla, yazarın görüşünde esaslı bir değişikliğin olmadığını kabul etmek gerekir[963].

2.2.1.2. Görüşün Eleştirisi (Roxin)

Roxin, haklı olarak bu yaklaşımın, *Welzel*'in kabul etmiş olduğu final hareket anlayışı etrafında şekillenen suç teorisi bakımından kusura ilişkin sistematik esasları da etkileyerek, teorinin temelden sarsılmasına neden olacağını ifade etmiştir. Çünkü böyle bir kabul durumunda, cebir ve tehdit dışında "zor altında (zorunluluk hali kapsamında)" hareket eden bir kimsenin de kastının bulunmadığı sonucuna ulaşmak gerekir[964]. Bu da, kusurun normatif alandan, klasik öğretinin benimsediği şekilde suçun unsurları alanına dâhil edilmesi anlamına gelecektir. Ayrıca *Roxin*'e göre, cebir veya tehdit altında hareket eden bir kimsenin hareket üzerinde hâkimiyet kurmadığı söylenemeyeceği gibi, onun, zorlanmış bir iradeyle de olsa planlı hareket etmesi dahi söz konusu olabilir. Örneğin oğlunu, kaçıranların elinden kurtarmak için onların sözlü talimatlarıyla hareket ederek bir kimseyi öldüren yahut bir kuyumcuyu soyan baba, başarılı olabilmek için fiil üzerinde hâkimiyet kurmak durumundadır[965].

---

[960] **Roxin,** Täterschaft und Tatherrschaft, §19, s.131.
[961] **Welzel,** Das deutsche Strafrecht, s.75.
[962] Bu değişikliğin sebebinin, *Gallas* tarafından, suçta araç olarak kullanılan şahsın da kasten ve işlenen fiili üzerinde hâkimiyet kurararak hareket edebileceğinin ifade edilmesi olduğu, ancak *Welzel*'in yine de araç olan şahsın doğrudan fail olarak değil yardım eden araç olarak kabul edilebileceği sonucuna ulaştığı hususunda bkz. **Schroeder,** Täter hinter dem Täter, s.64.
[963] **Roxin,** Täterschaft und Tatherrschaft, §19, s.131.
[964] **Roxin,** Täterschaft und Tatherrschaft, §19, s.132.
[965] **Roxin,** Täterschaft und Tatherrschaft, §19, s.133.

Bu anlayış açısından problemli olan bir diğer husus da, dolaylı failliğin esası ile alakalıdır. *Welzel*'in savunduğu görüşe göre, zorlayıcı cebir ve tehdit durumlarında dolaylı faillik, araç olarak kullanılan kimsenin işlenen suçtaki rolünün inkârına dayalıdır[966]. Ancak dolaylı faillikte, ön plandaki şahıs her ne kadar suçta araç olarak kullanılmaktaysa da, zorlayıcı cebir bir mazeret nedeni olarak kabul edildiği için, öndeki şahsın iradi bir biçimde kasten ve hukuka aykırı olarak hareket ettiği hususunda şüphe bulunmamaktadır. Dolayısıyla, mutlak kuvvet icrasında olduğu gibi, burada cebir zoruyla suç işleyenin mekanik bir şekilde hareket ettiği söylenemez. Bu nedenle de, cebre maruz kalan kişinin suçun işlenmesindeki rolünün reddedilmesi mümkün değildir. Aksine cebre maruz kalan, fiil üzerinde doğrudan fail olarak hâkimiyet kurmaktadır[967].

Bu bakımdan mazeret nedeni olarak zorlayıcı cebirde, zorlanan açısından pasif bir mağdurluk rolü değil, zorlamanın etkisiyle bir suç işlemek açısından aktif olarak işlenen suça ilişkin doğrudan faillik söz konusu olacaktır[968].

2.2.2. İrade Üzerinde Hâkimiyet Suretiyle Dolaylı Faillik

2.2.2.1. Genel Olarak

Zorlayıcı cebirde, cebir uygulayanın sorumluluğunun temeli olan dolaylı faillik bakımından hâkimiyet, suçta kullanılan kişinin iradesi üzerinde (Willensherrschaft) gerçekleşmektedir[969]. Dolaylı faillik durumlarında iradeye hâkimiyet, mağdurun düştüğü veya düşürüldüğü hatadan yararlanılmak suretiyle

[966] **Schroeder,** Täter hinter dem Täter, s.63.

[967] **ROXIN, Claus,** Strafrecht Allgemeiner Teil Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat, C.H. Beck, München 2003, §25, kn.47.

[968] *Sinn*, bu tür durumlarda zorlama yoluyla üçüncü bir kişiye karşı işlenen suçtan sorumluluğun belirlenmesinde dolaylı faillik esaslarından hareket edileceğinde şüphe bulunmamakla birlikte, bu durumda cebre maruz kalanın, kendi iradesine aykırı bir davranışa zorlanarak irade özgürlüğünün ihlal edildiğini, bu bakımdan da araç olarak kullanıldığını ifade etmiştir. Dolayısıyla cebir suçu yönünden de dolaylı faillik gündeme gelebilecektir (**Sinn,** Die Nötigung (2000), s.108).

[969] **Joecks (MüKo),** StGB §25, kn.58; Doğrudan ve müşterek failliğin hareket üzerinde (müşterek faillikte fonksiyonel), dolaylı failliğin irade üzerinde hâkimiyet esasına dayalı olduğu hususunda bkz. **Gropp,** Allgemeiner Teil, §10, kn.38.

(*Irrtumsherrschaft*) iradenin bilme unsuruna yönelik olabileceği gibi[970], zorlayıcı cebir veya tehdit (*Nötigungsherrschaft*) ile örgütlü suçlulukta, liderin emirleriyle hareket eden örgüt üyeleri bakımından[971] (*Organisationsherrschaft*) olduğu gibi isteme unsuruna yönelik de olabilir[972]. Diğer bir ifadeyle zorlayıcı cebirde, cebir mağduru üzerindeki hâkimiyet, iradeye hâkimiyet türlerinden birini oluşturmaktadır[973].

İfade etmek gerekir ki, fiil üzerinde doğrudan hâkimiyet, esasen doğrudan failliğin temelini oluşturduğu için[974], zorlayıcı cebir durumunda bu türden bir hâkimiyet, doğrudan fail olarak hareket eden ve maddi anlamda suçun faili sayılan[975] cebir mağduruna aittir. Dolaylı fail, fiil üzerinde ancak dolaylı bir hâkimiyet kurabilir. Bu bakımdan, dolaylı failin hâkimiyetinin esasen cebir mağdurunun iradesi üzerinde olduğu kabul edilmelidir[976]. Sonuç olarak dolaylı failliğin esasını, fiil üzerinde değil, irade üzerinde kurulan hâkimiyetin oluşturduğu; dolayısıyla, *Welzel* tarafından ileri sürülen hareket üzerinde hâkimiyet görüşünün, dolaylı failliğin esasıyla uyuşmadığının bir kez daha altını çizmek gerekmektedir. Böylece, mutlak kuvvet icrasını zorlayıcı cebir kapsamında ele alan görüşlerin, genellikle üçlü ilişki biçimde kurulan zorlayıcı cebir bağlantısı yönünden izahta güçlük çektiği bir kez daha ortaya konulmuş olmaktadır.

Zorlama yoluyla iradeye hâkimiyet şeklinde ortaya çıkan dolaylı faillikte, arka plandaki kişi, öndeki kişiyi, iradesini zorlayarak bir suç işlemeye zorlamaktadır. Örneğin A, silahını doğrulttuğu B'yi, C'ye ait konutun yahut iş yerinin camını kırmaya zorlarsa, bu durum, B'nin gerçekte irade etmediği bir davranış olarak kabul

---

[970] **Schild-NK(Kindhäuser-Neumann-Paeffgen),** §§25, kn.76.

[971] **Von Der MEDEN, Philip,** Objektive Zurechnung und mittelbare Täterschaft, JuS 2015, Heft 2, s.115; **Küpper,** Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen, s.523, 524.

[972] **Heine-Weißer (SS),** StGB §25, kn.7.

[973] **Murmann,** Grundwissen zur mittelbaren Täterschaft, s.324. Bu nedenle Schild, hatadan yararlanmak suretiyle veya iradeyi zorlayarak yahut da örgütlü suçlarda dolaylı faillik şeklinde bir ayrım yerine, iradeye veya bilince üstünlük suretiyle (mittelbare Täterschaft kraft überlegenen Willens oder Wissens) dolaylı faillik ayrımının daha uygun olacağını ifade etmektedir (**Schild-NK(Kindhäuser-Neumann-Paeffgen),** §§25, kn.76).

[974] **Gropp,** Allgemeiner Teil, §10, kn.41; **Roxin,** Allgemeiner Teil II, §25, kn.38.

[975] **Schild-NK(Kindhäuser-Neumann-Paeffgen),** §§25, kn.75.

[976] **Sinn,** Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten, s.148, 149; **Roxin,** Allgemeiner Teil II, §25, kn.47.

edileceğinden, A, zorlama yoluyla B'nin iradesi üzerinde hâkimiyet kurmuş olmaktadır[977].

Cebir veya tehdidin söz konusu olduğu, bunlar aracılığıyla failin, mağduru belli bir davranışa zorladığı her durumda, iradeye hâkimiyetten söz edilmesi mümkün değildir. *Koch* tarafından verilen ve A'nın, sevgilisi G'yi, ondan ayrılmakla korkutarak eşini öldürmeye zorlaması örneğinde[978], G'nin iradesinin etkilendiği hususunda şüphe bulunmamaktaysa da, A'nın uyguladığı zorlamanın G'nin iradesi üzerinde hâkimiyet kurmaya yeter ölçüde olduğu söylenemez. Bu türden bir etki, azmettirme bakımından da söz konusu olabildiği için azmettirme ve dolaylı failliğin birbirinden ayrılmasında kullanılan ölçü olarak hâkimiyet prensibine uygun bir yorum tarzı geliştirilmelidir[979]. Bu nedenle, kullanılan cebir yahut tehdidin ağırlığı, hem zorlananın mazur görülmesi, hem de zor kullananın işlenen suçtan dolaylı fail olarak sorumlu tutulmasıyla yakın irtibatlıdır.

2.2.2.2. Dolaylı Faillikte İrade Üzerinde Hâkimiyetin Belirlenmesi Sorunu: "Sorumluluk Prensibi (Verantwortungsprinzip) Anlayışı"

2.2.2.2.1. Sorumluluk Prensibi Anlayışının İzahı

Cebir yoluyla hâkimiyetin ne zaman söz konusu olabileceği, diğer bir deyişle cebir uygulayan failin, cebir mağdurunun iradesi üzerinde hangi durumlarda hâkimiyet kurmuş olduğunun belirlenmesi bakımından, Alman doktrininde hâkim görüş, ilk savunucularından en önemlisinin *Gallas* olduğu[980] fakat *Roxin* tarafından geliştirilen[981] sorumluluk prensibine müracaat edilmesi gerektiği fikrindedir[982].

---

[977] **Koch,** Grundfälle zur mittelbaren Täterschaft, s.496.
[978] **Koch,** Grundfälle zur mittelbaren Täterschaft, s.496.
[979] **Roxin,** Allgemeiner Teil II, §25, kn.48.
[980] **RANDT, Karsten,** Mittelbare Täterschaft durch Schaffung von Rechtfertigungslagen, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1997, s.27.
[981] Yazar, bu görüşün kendisi tarafından geliştirildiğini belirtmektedir (**Roxin,** Allgemeiner Teil II, §25, kn.48).

Gallas tarafından, dolaylı failliğin belirlenmesinde kullanılan sorumluluk prensibi, öndeki kişinin ceza sorumluluğunun bulunup bulunmadığını kıstas almaktadır. Buna göre, araç olarak kullanılan öndeki failin sorumluluğu cihetine gidilmediği zorunluluk durumlarında, dolaylı failliğin varlığı kabul edilebilir[983]. Esas itibarıyla bu anlayışın, günümüzde de bu şekliyle kabul gördüğü söylenebilir. Diğer bir deyişle sorumluluk prensibi, Gallas'ın ortaya koyduğu anlayışa göre zaman içerisinde önemli bir değişim geçirmemiştir[984].

Zorlama yoluyla dolaylı faillik yönünden; iradeye hâkimiyetin ne zaman söz konusu olacağı, mağdurun, uygulanan zorlamadan kaçınmaya ilişkin imkânının bulunup bulunmadığı, son kararın kime ait olduğu tartışma konusu edilmiştir. Gerçekten birçok durumda, mağdurun, uygulanan zora katlanarak iradi olarak zorlanan davranışı gerçekleştirmeme imkânı -objektif olarak- söz konusu olabilir[985]. Bu kapsamda, şu örnekler zikredilmiştir: *"Zorlananın bir yakınına cebir uygulandığı durumda, bu yakınlık ilişkisinin güçlü olmadığı ya da cebrin yaşam hakkına yönelik bir saldırı oluşturmadığı durumlarda mağdurun gerçekten zorlanmamış olduğu söylenebilir mi? Benzer şekilde tehdit bakımından, askeri personel, itfaiye görevlisi gibi tehlikeye göğüs germe yükümü altında bulunan kişiler açısından uygulanan zorlama hiçbir şekilde mazeret nedeni kabul edilemez mi?*[986]"

Bu sorulara yanıt verebilmek için iki yönlü bir tercihte bulunmak gerekir. Bunlardan *birincisi,* zorlayıcı cebir veya tehdit bakımından her durumda sorumluluğun, dolaylı faillik esasına göre belirlenemeyeceği, somut olayın özelliklerine göre, azmettirmenin mi yoksa dolaylı failliğin mi söz konusu olduğuna

---

[982] **BOTTKE, Wilfried,** Täterschaft und Gestaltungsherrschaft (Zur Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems), C.F.Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1992, s.51, 52; **Schünemann (LK),** §§25, kn.69; **Joecks (MüKo),** StGB §25, kn.58; Kullanılan zorlamanın hâkimiyete yetecek ağırlığa ulaşmadığı durumlarda kural olarak azmettirmenin mümkün olduğu hususunda bkz. **Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.669; **Koch,** Grundfälle zur mittelbaren Täterschaft, s.496; **Jakobs,** Allgemeiner Teil, 21/94; **Weißer,** Täterschaft in Europa, s.193 vd.; **Randt,** Mittelbare Täterschaft durch Schaffung von Rechtfertigungslagen, s.27 vd.

[983] Bu kapsamda *Gallas*'ın, öndeki-arkadaki fail (Täter hinter dem Täter)çerçevesinde dolaylı faillik ilişkisini, mazeret nedeni olan zorunluluk hali dışında kabul etmediği hususunda bkz. **Schroeder,** Täter hinter dem Täter, s.123.

[984] **Randt,** Mittelbare Täterschaft durch Schaffung von Rechtfertigungslagen, s.27.

[985] **Roxin,** Täterschaft und Tatherrschaft, §21, s.144, 145.

[986] **Roxin,** Täterschaft und Tatherrschaft, §21, s.145.

karar vererek bir sonuca ulaşılması gerektiğinin kabul edilmesidir. *İkinci tercih* ise, zorlayıcı cebir durumunda istisnasız olarak dolaylı failliğin kabul edilmesidir[987].

Roxin'e göre, bu fikirlerden hangisi tercih edilirse edilsin, doğru bir sonuca ulaşmak mümkün değildir. Ayrıca yazar, hâkimiyetin tespiti bakımından, cebir yahut tehdidin mağdur üzerinde meydana getirdiği manevi etkinin ağırlığının da doğrudan doğruya belirleyici olamayacağını ifade etmektedir[988]. Çünkü *Roxin*'e göre, hâkimiyetin varlığı hususunda asıl belirleyici olan, cebir yahut tehdide karşı koyma imkânının varlığının, işlenen fiilden dolayı sorumluluğu belirleyen kanuni düzenleme ışığında tespit edilebilmesidir. Bu bakımdan, kanuni düzenlemede, araç olarak kullanılan doğrudan failin sorumlu tutulup tutulmadığı önem arz etmektedir. Burada, sorumluluk prensibi devreye girmektedir. Buna göre, şayet sorumluluk arka plandaki kişiye ait ise, hâkimiyetin mevcudiyeti kabul edilmelidir. Suç teorisinde, hareketi gerçekleştiren kişi olarak failin esas alındığı, failin ise, modern anlayışa göre hâkimiyet prensibiyle belirlendiği[989] dikkate alındığında, sorumluluğu tayin eden kanuni düzenlemede öngörülen şartların dikkate alınması bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır[990].

Sonuç olarak iradeye hâkimiyet bakımından dikkate alınması gereken, manevi etkilerden ziyade, sorumluluk prensibidir. Bu açıdan *Roxin*, dolaylı faillikte sorumluluğun temeli olan hâkimiyetin normatif bir yaklaşımla ele alınması gerektiğine işaret etmiş olmaktadır[991]. Zorlayıcı cebir bakımından, ceza kanununda, cebir altında suç işleyen kişinin sorumluluğunun bulunmadığı kabul edildiğine göre, zorlayıcı cebrin şartlarının varlığı tespit edildiğinde, cebir uygulayanın, mağdurun

---

[987] **Roxin,** Täterschaft und Tatherrschaft, §21, s.145, 146.

[988] Belirtmek gerekir ki bu görüş, zorunluluk halini açıklayan teorilerden psikolojik teorinin kabul edilemeyeceğini ortaya koyar niteliktedir (Bu teorinin ayrıntısı için bkz. **Randt,** Mittelbare Täterschaft durch Schaffung von Rechtfertigungslagen, s.39, 40).

[989] Klasik anlayışa göre faillik şeriklik ayrımının temelini oluşturan sübjektif teori ve objektif teori için bkz. **Randt,** Mittelbare Täterschaft durch Schaffung von Rechtfertigungslagen, s.21 vd.

[990] **Roxin,** Täterschaft und Tatherrschaft, §21, s.147, 148.

[991] Hâkimiyetin bu tür durumlarda sübjektif değil normatif ve objektif bir bakış açısıyla ele alınmasının, faillik ile şerikliğin birbirinden ayrılmasında kullanılan hâkimiyet teorisinin maddi-objektif teori olarak kabulüyle uyumlu olduğu hususunda bkz. **Hillenkamp,** 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, s.146-148.

iradesi üzerinde hâkimiyet kurduğu ve bu manada işlenen fiilden, dolaylı fail olarak sorumlu tutulması gerektiği sonucuna ulaşılmalıdır[992].

TCK m.28 dikkate alındığında, zorlayıcı cebrin mazeret nedeni olarak kabul edildiği, bu nedenle Roxin'in sorumluluk prensibinin hâkimiyetin tespiti bakımından dikkate alınabileceği söylenebilir. Dolayısıyla, zorlayıcı cebrin unsurları gerçekleşmişse, cebir uygulayanın fiil üzerinde hâkimiyet kurup kurmadığının ayrıca belirlenmesine gerek kalmaksızın (cebrin önemi ve ağırlığına ilişkin değerlendirme saklı kalarak), dolaylı fail sıfatıyla işlenen suçtan sorumlu tutulacağı sonucuna ulaşmak mümkündür. Alman hukukunda da bu tür durumlar, StGB §35 kapsamında zorunluluk halinin türlerinden biri olarak telakki edildiğinden, Alman hukuku açısından da, sorumluluk prensibinin geçerli olabileceği ifade edilmiştir[993]. Şayet uygulanan cebir, mazeret nedeni teşkil edecek ölçüde değilse, irade üzerinde hâkimiyetin bulunmamasından ötürü cebir uygulayanın dolaylı failliğinden değil, azmettiren sıfatıyla sorumluluğundan söz edilebilir[994].

Bununla birlikte, iradeye hâkimiyetin görünüş biçimlerinden biri olan hata hallerinde, sorumluluk prensibinin katı bir biçimde uygulanması pratik bir yarar sağlamamaktadır[995]. Örneğin bahçesinde bulunan fındık ağaçlarına musallat olan sincaplardan usanan A, bir gün eve arkadaşı B ile birlikte gelir. B, A'nın kardeşi K'ye husumet beslemektedir. Eve girerken, K'nin bahçede dolaştığını gören B, A'ya, sincapları yine ağaca çıkarken gördüğünü söyleyerek naylon kaplı küflü camdan ağaca doğru ateş ederek sincabı vurmasını söyler. Camın önünden geçen turuncu saçlı kardeşini sincap zannederek ateş eden A, K'yi öldürür. B, camın önünden geçenin K olduğunu bilmektedir[996]. Görüldüğü gibi örnekte B, A'yı hataya düşürerek suç işletmiştir. Ancak A, K'nin ölümünden tamamen sorumsuz değildir. Zira düştüğü hata kastı kaldırsa da, taksirli sorumluluk devam etmektedir. Aynı durum, suç örgütleri kapsamında örgüte üye olanların işlediği suçlardan örgüt yöneticilerinin

---

[992] **Roxin,** Täterschaft und Tatherrschaft, §44, s.685; **Bottke,** Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, s.51.
[993] **Joecks (MüKo),** StGB §25, kn.59.
[994] **Schünemann (LK),** §§25, kn.70; **Weißer,** Täterschaft in Europa, s.194.
[995] **Bottke,** Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, s.52.
[996] Yarg. CGK, 15.07.2008, 1-150/192 sayılı kararından *uyarlanarak* aktarılmıştır.

sorumluluğu açısından da geçerlidir. Nitekim bu durumda, dolaylı faillik esasları tatbik edilmesine rağmen, örgüt üyelerinin ceza sorumluluğu devam etmektedir.

İşte buna benzer durumlarda dolaylı failliğin varlığını kabul etmek gerektiğinden, katı sorumluluk prensibinin (*Das strenge Verantwortungsprinzip*), iradeye hâkimiyet yönünden yalnızca iradenin zorlanmasını kapsar şekilde (zorunluluk ve zorlayıcı cebir ve tehdit halleri) sınırlı bir alanda uygulanması gerektiği ifade edilmiştir[997]. Dolayısıyla, bu kapsamda ortaya atılan sınırlı sorumluluk prensibine göre (*Das eingeschränkte Verantwortungsprinzip*), hatadan yararlanmak suretiyle iradeye hâkimiyet (bilince hâkimiyet) hallerinden biri olarak yasak hatasının kaçınılabilir olması durumunda da, dolaylı faillik kabul edilebilecektir. Burada, hatanın kaçınılabilir olması nedeniyle doğrudan failin sorumluluğu gündeme gelse de, bu hatadan faydalanan arkadaki şahıs, dolaylı fail olabilecektir[998].

2.2.2.2.2. Zorlayıcı Cebir Durumunda Ceza Mesuliyetini Sorumluluk Prensibinden Bağımsız Değerlendiren Görüş

Zorlayıcı cebir durumunda, cebir failinin, işlenen suçtan dolaylı faillik esaslarına göre sorumlu tutulmasını, mağdurun, işlenen suç nedeniyle mazur görülmesine bağlayan sorumluluk prensibi, özellikle zorunluluk halini düzenleyen StGB §35 lafzı dikkate alınarak eleştirilmiştir. Buna göre maddede, tehlike dolayısıyla iradesi zorlanan bir kimsenin işlediği davranışın suç oluşturması durumunda mazur görüleceği kabul edilmiştir. Ancak zorunluluğun cebir ve tehdide dayalı zorlamadan kaynaklanmakla birlikte, cebir altında suç işleyen kimsenin kusurlu kabul edilip cezalandırıldığı (mazur görülmediği) durumlarda, dolaylı failliğin uygulama alanı bulamayacağına ilişkin herhangi bir ifadeye yer

[997] **Frister,** Allgemeiner Teil, 27/4; **Jakobs,** Allgemeiner Teil, 21/94.
[998] **Heinrich,** Allgemeiner Teil, kn.1260.

verilmemiştir[999]. Diğer bir deyişle, zorunluluk halinin gerçekleşmesinin dolaylı failliğin bir şartı olarak değerlendirileceğine ilişkin maddede bir açıklık yoktur[1000].

Bu çerçevede, kastı kaldıran ancak taksirli sorumluluğun saklı tutulduğu unsur yanılgısında olduğu gibi, zorlayıcı cebirde uygulanan zorlamanın mazeret nedeni oluşturmadığı, ancak suç teşkil eden davranışın zorlama etkisiyle gerçekleştiği durumlarda dolaylı faillik esasının reddedilmesinin, yasal veya hukuki bir gerekçesi yoktur. Örneğin A, ahlaki anlamda küçültücü bir olayı açıklayarak başkalarıyla paylaşacağı tehdidi ile B'yi, C'nin arabasının camını kırmaya zorlarsa, mala zarar vermeden sorumlu tutulabilir. Ancak bu durum, B'nin, A'nın zorlamasıyla hareket ettiğini ve bu nedenle A'nın dolaylı fail olarak işlenen suçtan sorumlu tutulmasını engellemeyecektir[1001].

2.2.2.2.3. Görüşümüz

Hukukumuz açısından, TCK m.108 kapsamında kullanılan cebrin amacı, mağduru bir suç işlemeye zorlamaksa ve mağdur, cebir failinin istediği şekilde söz konusu suçu işlemişse, TCK m.28'e göre mazur kabul edilmelidir. Dolayısıyla, bu durumda, cebir altında suç işleyen mağdurun cezalandırılması mümkün olmayacaktır. Bu bakımdan *Frister*'in kabul ettiği şekilde, cebrin, cebir suçunu oluşturmakla birlikte mazeret nedeni kabul edilememesi, ancak, mağdurun cebir altında koruduğu hukuki değerin, suç işleyerek feda ettiği değerden önemsiz olması durumunda söz konusu olabilir.

Biz de, zorlayıcı cebrin mazeret nedeni olarak kabulü için korunan hukuki değerin, feda edilene nazaran itibari anlamda üstün olması gerektiği fikrine iştirak ettiğimizden, bu boyuta ulaşmayan cebir kullanımlarının ceza sorumluluğunun varlığına etki etmeyeceği kanaatindeyiz. Dolayısıyla, mazeret nedeni olarak kabul

[999] **Frister,** Allgemeiner Teil, 27/28.
[1000] **Frister,** Allgemeiner Teil, 27/28.
[1001] **Frister,** Allgemeiner Teil, 27/29.

edilen her cebir kullanımı TCK m.108 çerçevesinde cebir suçuna vücut veriyorsa da, cebir suçunu oluşturan her zorlama, TCK m.28 anlamında mazeret nedeni olarak kabul edilemez.

Bununla birlikte, *Frister*'in görüşünden ayrıldığımız nokta, mazeret nedeni kabul edilemeyen cebir kullanımları durumunda, her ne kadar mağdur, işlediği suç bakımından failin uyguladığı cebirden kısmen etkilenmişse bile, cebri uygulayan kişi, failliğin esasını oluşturacak biçimde irade üzerinde hâkimiyet kuramadığından, dolaylı fail olarak değerlendirilmesi, hatta genel anlamda fail olarak sorumluluğu cihetine gidilmesi mümkün değildir[1002]. Bu durumda, cebir uygulayanın sorumluluğunun iştirak kurallarına göre belirlenmesi zaruridir.

Sonuç olarak kanaatimizce, iradeye hâkimiyet açısından tüm ihtimalleri kapsayacak şekilde tatbik imkânı bulunmamasına rağmen, mazeret nedeni olarak zorlayıcı cebirde, cebri uygulayanın sorumluluğunun dolaylı faillik esaslarına göre tespiti açısından sorumluluk prensibi bir ölçü olarak kullanılabilir.

2.3. Cebir Mağdurunun Kendisine Zarar Vermeye Zorlanması Durumunda Cebir Failinin Sorumluluğu

2.3.1. Sorumluluğun Belirlenmesi Bakımından Ortaya Atılan Görüşlerin İzahı

2.3.1.1. Sorumluluğu Mazeret Benzeri Durumlarla Kıyasa Dayandırarak Belirleyen Görüş (Exkulpationslösung)

Zorlayıcı cebir, cebir mağdurunun, bir başkasının ceza hukuku tarafından korunan hak ve özgürlüklerine müdahalede bulunması amacına yönelik olarak uygulanabileceği gibi, kendisine ait hak ve özgürlüklerin ihlaline yönelik de olabilir. Örneğin A, B'yi, bir yakınına karşı cebir uygulayarak kendi malına zarar vermeye yahut kendisine bedensel acı çektirecek bir davranışta bulunmaya zorlarsa, bu türden

[1002] Benzer görüş için bkz. **Roxin,** Täterschaft und Tatherrschaft, §21, s.161.

bir durumun varlığı söz konusu olacaktır. Buradaki sorun, cebir mağdurunun, işlediği fiil dolayısıyla sorumsuz olmasının, esasen cebir faili tarafından bu davranışa zorlanmış olmasından mı, yoksa kendi hak ve özgürlüğüne yönelik bir fiil gerçekleştirmesinden mi kaynaklandığına ilişkindir[1003].

Bu konuyla ilgili tartışmalar, Alman hukukunda genellikle sorumluluk prensibi dikkate alınarak yapılmıştır. Söz konusu prensibe göre, kendisine zarar veren davranışı gerçekleştiren kişinin mazur görülebilmesi ve bu anlamda zorlayanın dolaylı failliğinden söz edilebilmesi için, bu davranışın zorlamadan kaynaklanmış olması gerekir[1004].

Roxin, bu tür durumlarda da sorumluluk prensibine göre hareket edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Yazara göre, burada, uygulanan cebir mazeret nedeni olan zorunluluk halinin şartlarını taşıdığı ölçüde dolaylı faillikten söz edilebilebilecektir. Bu nedenle, Alman hukuku yönünden cebir suretiyle ihlal edilen hak; vücut dokunulmazlığı, özgürlük yahut yaşam hakkı dışında bir hak ise, StGB §35 kapsamında bir dolaylı faillik durumundan değil, cebir suçundan sorumluluk söz konusu olacaktır. Örneğin bir kimseye yönelik olarak, kendisini yaralamaması durumunda bir skandalın ortaya çıkarılacağı tehdidinde bulunuluyorsa, tehditte bulunan yalnızca tehdit suçundan sorumlu tutulur[1005]. Belirtelim ki, hukukumuzda zorlayıcı cebir ve tehdit zorunluluk hali kapsamında değil, bağımsız bir madde sevk edilerek düzenlenmiş olduğundan (TCK m.28) ve maddede belli bir hak sınırlaması öngörülmediğinden, bu türden bir sınırlamanın aranması lüzumlu değildir.

Bir kimsenin, kendisine zarar verme yahut öldürme davranışı tipik ve hukuka aykırı kabul edilmediği için, *Roxin*, bu tür durumlarda mazeret nedeni olarak zorunluluk halinin şartlarının dikkate alınmasını, sadece "uygun" olarak nitelemiştir. Diğer bir deyişle *Roxin*'e göre bunlar, zorunluluk haline benzer durumlar olarak kabul edilmelidir[1006]. Alman Ceza Kanunu'nun 35'inci maddesi, zorlama yoluyla iradeye hâkimiyet suretiyle dolaylı faillik nedeniyle sorumluluğun belirlenmesi

[1003] **Joecks (MüKo),** StGB §25, kn.63.
[1004] **HOYER, Andreas,** StGB §25, in Systematischer Kommentar, Band I, 8. neu bearbeitete Aufl., Carl Heymanns Verlag, 2014, kn.52.
[1005] **Roxin,** Allgemeiner Teil II, §25, kn.54.
[1006] **Roxin,** Täterschaft und Tatherrschaft, §21, s.155, 158.

bakımından kullanıldığından, maddedeki şartların bu durumlar açısından da tatbik edilmesi mümkündür[1007]. Bu nedenle denilebilir ki yazar, esasen tipik ve hukuka aykırı olmayan bir fiil ile ilgili olarak, mazeret nedeni oluşturan bir hukuki kurumun şartlarına göre (kıyasen) hareket edilmesi nedeniyle gelebilecek eleştirilere müstakbel bir yanıt vermiştir. Ancak bunun, mağdurun kendisine zarar vermesi durumlarında zorunluluk haline ilişkin düzenlemenin *kıyasen uygulanarak* çözüme ulaşıldığı sonucunu değiştirmeyeceği ifade edilmiştir[1008].

Hoyer ise, burada, sorumluluk prensibinin varsayımsal olarak kabul edilebileceğini ifade etmektedir[1009]. Buna göre, kişinin kendisine karşı işlediği fiilin esas itibarıyla tipik olduğu varsayımı üzerinden hareket edilmelidir. Örneğin zorlayıcı cebir yahut tehdit etkisiyle intihar eden kişinin fiili, kasten öldürme suçu bakımından tipik olsaydı, intihar edenin cezalandırılmaması, bu anlamda iradesini serbestçe kullanamamasından kaynaklanacaktı. Bu varsayım dikkate alındığında, zorunluluk halinin şartlarının, kişinin kendisini öldürmeye zorlandığı durumlarda uygulanabilmesi mümkün kabul edilebilir[1010]. Dolayısıyla, iktisadi olarak kendisini zor duruma sokacak bir durumun açıklanması tehdidi ile bir kimsenin kendisine zarar vermeye zorlanması halinde, tehdidin yöneldiği hukuki değer zorunluluk hali şartlarına uygun olmadığından, dolaylı failliğin kabulü de söz konusu olmayacaktır[1011].

[1007] **Roxin,** Allgemeiner Teil II, §25, kn.54.
[1008] **Schild-NK(Kindhäuser-Neumann-Paeffgen),** §§25, kn.86.
[1009] **Joecks (MüKo),** StGB §25, kn.64; Ayrıca kişinin kandırılarak hataya düşürülmesi durumunda kendisine yönelik verdiği zararlar bakımından da sorumluluk prensibinin varsayımsal olarak kabulü mümkündür. Çünkü burada da kişi sonuç olarak işlediği fiil nedeniyle cezalandırılamamaktadır (**Joecks (MüKo),** StGB §25, kn.116).
[1010] **Hoyer (SK)**, §25, kn.53, 54.
[1011] **Hoyer (SK)**, §25, kn.54.

2.3.1.2. Sorumluluğu Hukuka Uygunluk Nedenlerinden Rızanın Şartlarını Dikkate Alarak Belirleyen Görüş (Einwillungslösung)

Doktrinde, zorlayıcı cebrin bir sonucu olarak kişinin kendisine verdiği zararlardan sorumluluğun, mazeret nedenine dayalı bir takım kurallara göre (*Exkulpationsregeln*)[1012] belirlenmesi yerine, meselenin, "rıza (mağdurun) kuralları" (*Einwillungsregeln*)[1013] çerçevesinde çözümlenmesi gerektiğini savunan görüşler de mevcuttur. Bu görüşler, üçüncü kişiye zarar verilmesi halinde gündeme gelen mazeret nedenlerinin (özellikle zorunluluk hali) aksine, kişinin kendisine zarar vermeye zorlanması durumunda, ceza hukukunda bir kimseyi öldürmeme yahut bir kimsenin malına zarar vermeme gibi yasakların uyarıcı fonksiyonunun ortadan kalktığı tezine dayanmaktadırlar[1014]. Buna göre, kanundaki yasakların uyarıcı fonksiyonu, kişinin kendi haklarına karşı işlediği fiiller bakımından işlevsizdir. Ayrıca sorumluluk prensibi, kişinin doğrudan faili olduğu hukuka aykırı davranışı nedeniyle cezalandırılmadığı mazeret nedenlerini dikkate almaktadır. Oysa kendisine ait hukuki değerleri ihlal eden kişi, soyut tipe uymayan bir fiil işlemiş olup, bu kişinin doğrudan faillik durumu dahi tartışmalıdır. Bu nedenle sorumluluk prensibinin, bir kimseyi kendi zararına hareket etmeye zorlayan arkadaki şahsın ceza sorumluluğunu belirlemede yetersiz kalacağı ifade edilmiştir[1015]. Kanımızca bazı yazarlarca[1016], kişinin kendisine zarar vermeye zorlandığı durumların, dolaylı failliğin görünüş biçimlerinden biri olan *"mağdurun tipik olmayan davranışı üzerinden iradeye hâkimiyet"* çerçevesinde değerlendirilmesinin nedeni de budur.

Bu görüşün fikir babası olan *Herzberg'e* göre, kişinin kendisine zarar vermeye zorlandığı bu hallerde, bu zararın üçüncü kişiye karşı gerçekleşmiş olduğu varsayımından hareket edilmelidir. Dolayısıyla, mağdur tarafından ortaya koyulan rızanın hukuken bir değer ifade edip etmeyeceğinin belirlenmesi ve buna göre bir

---

[1012] **Heine-Weißer (SS),** StGB §25, kn.11; **Wessels-Beulke-Satzger,** Allgemeiner Teil, §13, kn.539.
[1013] **Freund,** Allgemeiner Teil, §10, kn.97; **Wessels-Beulke-Satzger,** Allgemeiner Teil, §13, kn.539.
[1014] **Roxin,** Täterschaft und Tatherrschaft, §44, s.689.
[1015] Örneğin bkz. **Gropp,** Allgemeiner Teil, §10, kn.74.
[1016] Örneğin bkz. **Heine-Weißer (SS),** StGB §25, kn.10 vd; **Koca-Üzülmez,** Genel Hükümler, s.431, 432.

sonuca varılması gerekir[1017]. Yazara göre, örneğin bir kadın, diğer bir kadını, eşini aldattığı yasak bir ilişkisini ortaya çıkaracağından bahisle tehdit ederek kendi saçını kesmeye ve kullandığı peruğu yakmaya zorlarsa, zorlanmış olması nedeniyle hukuken itibar edilebilir bir rıza söz konusu olamayacağı için tehdit edenin kasten yaralama ve mala zarar verme suçlarından, dolaylı fail olarak sorumlu tutulması gerekir[1018].

Bu kapsamda BGH'nin bir kararına konu olan ve "Sirius Vakası/*Sirius-Fall*" olarak da bilinen[1019] bir olay, konunun izahı açısından başka bir örnek olarak gösterilmektedir[1020]. Olayda A, kız arkadaşı B'ye, kendisinin Sirius adlı bir gezegenden geldiğini söyleyip, onu, bu gezegende, kavuşacakları yeni bedenlerle yaşayabileceklerine, ancak bunun için önce ölmesi gerektiğine inandırmıştır. Böylece A, B'nin su dolu küvete girmesini ve çalışan fön makinesini içine atarak ölmesini sağlayacak ve B'ye ait yaşam sigortasının rücu edilemez alım hakkına sahip kişi olarak poliçe değerini tahsil edecektir. B, A'nın telkinlerine göre hareket etmesine rağmen, elektrikte meydana gelen teknik bir arıza nedeniyle, A, amacına ulaşamaz[1021]. Bu olayda, kendisini A'nın manüpilativ davranışları neticesinde öldürmek isteyen B'nin (akıl sağlığına ilişkin değerlendirmeden bağımsız olarak) hukuki yararları korunmak durumundadır. Zira onun ölüme yönelik olarak verdiği karar, ceza hukuku anlamında hukuken itibar edilen bir rızaya dayanmamaktadır[1022].

2.3.2. Görüşümüz

Öncelikle ifade edelim ki, yukarıda, bir kimsenin kendisine yönelik zarar vermeye zorlanmasıyla işlenen fiillerin sonuçlarından dolayı sorumluluğun

[1017] **Schünemann (LK),** §§25, kn.74; **Roxin,** Täterschaft und Tatherrschaft, §44, s.689.
[1018] **Roxin,** Täterschaft und Tatherrschaft, §44, s.689.
[1019] **Koch,** Grundfälle zur mittelbaren Täterschaft (JuS 2008-Heft 5), s.400.
[1020] Bu olay esasen kandırarak hataya düşürmek suretiyle dolaylı faillik bakımından örnek teşkil etmektedir (**Kühl,** Täterschaft und Teilnahme, s.670).
[1021] 1. Strafsenat des BGH, 05.07.1983, 168/83 (NJW 1983, Heft 45, s.2579 vd.)
[1022] **Freund,** Allgemeiner Teil, §10, kn.98.

belirlenmesi bakımından ortaya atılan görüşlerden hangisine itibar edilirse edilsin, sorumluluğun kaynağını dolaylı faillik oluşturmaktadır. Nitekim ceza kanunumuzun 84'üncü maddesiyle, bir kimsenin intihara zorlanmasını kapsama alacak biçimde bir hüküm sevk edilerek, esasen dolaylı failliği düzenleyen TCK m.37/2 çerçevesinde çözülebilecek olan meselenin[1023], özel bir düzenlemeyle sonuca bağlanması cihetine gidilmiştir (TCK m.84/4)[1024]. Buna göre; *"işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldırılan kişileri intihara sevk edenlerle* ***cebir veya tehdit kullanmak suretiyle kişileri intihara mecbur edenler, kasten öldürme suçundan sorumlu tutulurlar.***" Madde gerekçesinde; *"aslında bu durumda kasten öldürme suçu, mağdurun kendisinin araç olarak kullanılması suretiyle, yani dolaylı faillik şeklinde işlenmektedir"* denilerek, kasten öldürme suçundan mesuliyetin, dolaylı faillikten kaynaklandığı açıkça vurgulanmıştır. Bu özel düzenlemenin amacının, kanun koyucunun yaşam hakkına verdiği önem nedeniyle sorumluluğu açık bir biçimde tayin etmek olduğu söylenebilir.

Hukukumuz yönünden, hem dolaylı faillik esasları, hem de söz konusu hüküm gerekçesiyle beraber dikkate alındığında, uygulanan zorlamanın sonucu olarak kişinin kendisine yönelik olarak verdiği ölüm neticesi dışındaki zararlardan da, zor kullanmayı gerçekleştiren kişinin sorumlu tutulacağı rahatlıkla söylenebilir. Dolayısıyla, cebir yahut tehdit yoluyla kendi malına veya vücut bütünlüğüne zarar vermeye zorlanan bir kişinin fiili, her ne kadar mala zarar verme ve kasten yaralama suçları yönünden tipik değilse de, cezai sorumluluk, dolaylı failliğin bağlılık kuralı çerçevesinde değil, failliğe özgü hâkimiyet (dolaylı faillik bakımından iradeye hâkimiyet) kurallarına göre belirlenen bir sorumluluk şekli olduğu dikkate alındığında, zorlamayı gerçekleştiren kişiye ait olacaktır.

Bununla birlikte, suça iştiraktan söz edebilmek için kasten ve hukuka aykırı bir davranışın varlığı gerekli olduğundan (TCK m.40), mağdurun davranışının tipik olmadığı kendi malına zarar verme gibi durumlarda iştiraktan da söz edilemez. Dolayısıyla bu tür durumlarda zorlamayı gerçekleştiren kimsenin ya dolaylı fail

[1023] **Koca-Üzülmez,** Genel Hükümler, s.432.
[1024] **Üzülmez,** Dolaylı Faillik, s.87.

olarak sorumlu tutulması ya da cezasız kalması söz konusu olacaktır[1025]. Bu nedenle, zorlama sonucunda üçüncü bir kimseye yönelik suç işleme örneğinde, fiil mazur görülse de hukuka aykırılığını koruduğundan, zorlamayı gerçekleştiren arkadaki kişinin sorumluluğunun dolaylı faillik mi yoksa suça iştirak mı olduğu tartışmaya açık iken, kişinin kendisine zarar vermeye zorlandığı durumlarda, fiilin hukuka aykırılık unsurunun eksikliği nedeniyle arkadaki kişi azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu tutulamaz. Bu, bağlılık kuralının gereğidir. Bu nedenle, bu tür durumlarda sorumluluğun dolaylı faillik esaslarına göre tayininde zorunluluk vardır[1026]. Ancak ifade edelim ki, TCK m.84'teki istisnai ve özel düzenleme gereğince, intihar bakımından yardım eden ve azmettiren kişinin sorumluluğu cihetine gidilebilmesi mümkündür.

Kanaatimizce, bu tür durumlarda sorumluluğun kaynağını oluşturan dolaylı failliğin temeli, hukukumuz açısından rızaya dayalı olarak belirlenebilir. Çünkü mazeret nedenlerini dikkate alarak, sorumluluğun temelini zorunluluk benzeri bir duruma dayandıran görüşler, zorlayıcı cebrin varlığı dışında, bunun zorunluluk halinin şartlarına uygunluluğunu da ayrıca incelemektedir. Oysa hukukumuz bakımından, zorlayıcı cebrin şartlarının somut olayda gerçekleşmiş olması ve korunan menfaatin feda edilene üstünlüğü, zorlayıcı cebrin, zorlanan bakımından mazeret nedeni olarak kabulü için gerekli ve yeterlidir. Dolayısıyla, bu şartlar gerçekleşmiş ise, cebir mağdurunun kendisine karşı işlenen fiillerden sorumluluğu, zorlananın bu fiillere rızasının hür iradeye dayanmaması nedeniyle dolaylı faillik esaslarına göre ortaya çıkacaktır.

[1025] **Joecks (MüKo),** StGB §25, kn.66.
[1026] **Hoyer (SK),** §25, kn.55.

2.4. Üçüncü Kişinin Meşru Savunma Çerçevesinde Cebir Mağduruna Yönelik Verdiği Zararlardan Ötürü Cebir Failinin Sorumluluğu

Cebrin, cebre maruz kalanın hak alanına yönelik bir saldırı oluşturması nedeniyle, cebri uygulayana karşı gerçekleştirilen ve cebrin def edilmesine yönelik davranışların meşru savunma kapsamında bir hukuka uygunluk sebebi oluşturduğu hususunda şüphe bulunmamaktadır.

Zorlayıcı cebir, cebir mağdurunun iradi karar verme özgürlüğüne yönelik bir saldırı olmakla birlikte, zorlama sonucunda işlenen suç yönünden bir hukuka uygunluk değil, mazeret nedeni oluşturmaktadır (TCK m.28). Bu bakımdan, üçüncü kişiye yönelik gerçekleştirilen tipik davranışlar, haksızlık özelliğini korumaktadır. Bu nedenle de, işlenen suç ile hakkı ihlal edilen üçüncü kişinin, cebir zoruyla suç işleyen kişiye yönelik olarak gerçekleştirdiği savunma davranışları, meşru savunma kapsamında hukuka uygun kabul edilecektir. Örneğin C'nin, A tarafından uygulanan cebir zoruyla B'ye ateş etmek durumunda kalması ve B tarafından saldırının defi amacıyla öldürülmesi yahut yaralanması durumunda, B'nin fiili hukuka uygun olacaktır. Buradaki sorunlu mesele, meşru savunma çerçevesinde B'nin C'ye verdiği zarardan dolayı, A'nın sorumlu tutulup tutulamayacağına ilişkindir.

Örnek 1[1027]: A, öldürmek istediği B'yi, C'ye bıçakla saldırmaya zorlasa ve C'nin meşru savunma kapsamında B'ye yönelik gerçekleştirdiği davranışla bu sonucu (B'nin ölümü) elde etse, B'nin ölümünden sorumlu tutulacak mıdır?

Örnek 2[1028]: A, uzun zamandır havlamasından rahatsız olduğu komşusu B'nin köpeğini C'ye saldırmaya kışkırtarak, C'nin, köpeği silahla vurarak öldürmesini sağlasa, mala zarar vermeden sorumlu olur mu?

Görüldüğü gibi her iki örnekte de arkadaki şahıs, meşru savunma hali yönünden hem saldırının gerçekleşmesi, hem de savunma davranışı yönünden sürece

[1027] **Roxin,** Täterschaft und Tatherrschaft, §21, s.163.
[1028] **HERZBERG, Rolf Dietrich,** Mittelbare Täterschaft bei rechtmäßig oder unverboten handelndem Werkzeug, Walter de Gruyter, Berlin 1967, s.66.

hâkimiyet kurmaktadır[1029]. Bu kapsamda, doktrinde, esasen meşru savunmanın her iki tarafının da arkadaki şahıs bakımından araç olarak kullanılmış olduğu ifade edilmiştir[1030]. Buna karşılık *Kohlrausch*, arkadaki kişi, cebir yoluyla araç haline getirdiği kişi üzerinde hâkimiyet kurduğundan, meşru savunma açısından saldırının esasen ona ait olduğu, onun tarafından gerçekleştirildiğinin söylenebileceğini ifade etmiştir[1031]. Sonuç olarak, burada cebir uygulayan arkadaki şahsın, meşru savunma davranışının gerçekleşeceğini ve bu kapsamda cebir yoluyla araç olarak kullanılan kişinin zarar göreceğini biliyor olması gerekir. Diğer bir ifadeyle, arkadaki şahsın ceza sorumluluğu, başlı başına meşru savunma haline sebebiyet vermekten kaynaklanmaktadır[1032]. Ancak burada, meşru savunmanın gerçekleşebileceğine ilişkin yavan bir umudun değil, bir bilincin varlığı gerekir[1033].

Kanaatimizce de burada sorumluluk, zorlama altında üçüncü kişiye saldırıda bulunan cebir mağdurunun fiilinden değil, üçüncü kişinin bu saldırıya karşı meşru savunma çerçevesinde gerçekleştirdiği davranıştan kaynaklandığından, failliğin esasını oluşturan hâkimiyet prensibi gereğince, arkadaki şahsın meşru savunmanın şartlarının oluşacağını biliyor olması gerekir. Bu kapsamda, örneğin cebir uygulayanın, üçüncü kişinin silah taşıdığını biliyor olması, böyle bir bilginin varlığına dayanak oluşturabilir. Keza üçüncü kişiye, kendisine bir saldırı olabileceğinin bildirilmiş olması da yeterli kabul edilebilir. Aksi takdirde, kusur ilkesine aykırı olarak üçüncü kişinin davranışından sorumluluk gündeme gelecektir ki, bu durum, modern ceza hukuku prensipleriyle bağdaşmamaktadır.

Schild de, aynı sonuca ulaşmakla birlikte, sorumluluğun, üçüncü kişinin davranışı dikkate alınarak değil, belli bir program dâhilinde[1034] hareket ederek cebir kullandığı kişinin adeta kendisine zarar vermesini amaçlayan arkadaki kişinin söz konusu planının dikkate alınarak belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yazara göre,

---

[1029] **Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.668, 669.
[1030] **Schünemann (LK),** §§25, kn.75.
[1031] Kohlrausch'un görüşleri için bkz. **Herzberg,** Mittelbare Täterschaft bei rechtmäßig oder unverboten handelndem Werkzeug, s.66.
[1032] **Kühl,** Allgemeiner Teil, §20, kn.59; **Heine-Weißer (SS),** StGB §25, kn.33.
[1033] **Joecks (MüKo),** StGB §25, kn.74.
[1034] Schild, dolaylı faillik durumları açısından kapsayıcı bir prensip olarak dolaylı failin, belli bir hareket programını (Handlungsprogramm) esas alarak hareket etmesi gerektiği fikrindedir (**Schild-NK(Kindhäuser-Neumann-Paeffgen),** §§25, kn.84 vd.)

burada ikili bir zorlama (*doppelte Nötigung*) söz konusudur. *Birincisi*, bir başkasına yönelik saldırıya zorlama, *ikincisi* ise, kişinin kendisine zarar vermeye zorlanması. Dolayısıyla, yazar, buradaki sorumluluğu, araç kişiyi kendisine zarar vermeye zorlamayla eş değer kabul etmektedir[1035]. Ancak *Schild*'e göre de, üçüncü şahsın meşru savunma davranışında bulunmasına yönelik bir beklentinin varlığı, dolaylı failliğin kabulü için yeterli değildir[1036].

Sonuç olarak, bu tür durumlarda da, zorlanan kişinin ceza sorumluluğundan söz edebilmek için, cebrin, iradeye hâkimiyet kurmaya yeterli bir ölçüye ulaşması, zorlayıcı cebrin tüm unsurlarını barındırması gerekmektedir. Aksi takdirde, yani arkadaki şahsın, cebir mağdurunun iradesi üzerinde hâkimiyet kuramadığı hallerde[1037], gerçekleşen meşru savunma nedeniyle cebir mağdurunun uğradığı zararlardan sorumluluğu söz konusu olmayacaktır[1038]. Dolayısıyla, cebrin ölçüsünün, cebir mağduru üzerinde belli bir etki oluşturmakla birlikte, iradi karar verme özgürlüğünü önemli ölçüde ihlal etmediği ve bu nedenle cebir uygulayanın yalnızca iştirakten dolayı sorumlu tutulabildiği durumlarda, sorumluluk, yalnızca üçüncü kişiye karşı gerçekleştirilen saldırı dikkate alınarak belirlenecektir. Bu kapsamda, ikinci örnekte A'nın sorumluluğu, B'ye yönelik olarak gerçekleştirilen kasten yaralama suçuna azmettiren olarak belirlenmelidir.

Hegler, bu tür durumlarda dolaylı failin sorumluluğunun kaynağını, üstünlük teorisine (*Übergewichtstheorie*) göre belirlemektedir[1039]. Buna göre, her ne kadar meşru savunma kapsamında savunma davranışını gerçekleştiren üçüncü kişinin fiili hukuka uygunsa da, aynı durum, zorlayıcı cebir altında saldırıda bulunan bakımından söz konusu değildir. Diğer bir deyişle, saldırıda bulunanın davranışı mazur görülse

[1035] **Schild-NK(Kindhäuser-Neumann-Paeffgen),** §§25, kn.84.
[1036] **Schild-NK(Kindhäuser-Neumann-Paeffgen),** §§25, kn.84.
[1037] **Hoyer (SK),** §25, kn.49.
[1038] **Joecks (MüKo),** StGB §25, kn.74.
[1039] **Roxin,** Täterschaft und Tatherrschaft, §21, s.164; Bu teorinin, Hegler tarafından hâkimiyet prensibi çerçevesinde dolaylı failliğin esasının tespitinde de kullanıldığı hususunda bkz. **Herzberg,** Mittelbare Täterschaft bei rechtmäßig oder unverboten handelndem Werkzeug, s.18.

de, hâlihazırda hukuka aykırı olup, bu hukuka aykırılık üzerinde hâkimiyet kurması nedeniyle cebri uygulayanın dolaylı fail olarak sorumlu tutulması gerekir[1040].

2.5. Özgü Suçlar Bakımından Cebir Failinin Sorumluluğu

Ceza Kanunları, bir suçun failinin belirlenmesi yönünden, genellikle suçların herkes tarafından işlenebileceği esasından hareket etmektedir. Bu kapsamda, soyut suç tiplerinin düzenlendiği kanun metinlerinde "her kim", "kimse", "bir kimse" veya "kişi" kavramları kullanılmak suretiyle, bu suçların her hangi bir kimse tarafından işlenebileceği belirtilmektedir[1041]. Böylece, failin belirlenmesinde, genellikle müşahhas bir özelliğe sahip olmayan bir kimseye işaret edildiği söylenebilir[1042].

Buna karşın bazı suç tiplerinin, ancak suçun kanuni tanımında belirtilen nitelikleri taşıyan kişiler tarafından işlenebileceği öngörülmüş olabilir. Suçun kanuni tanımında failin niteliğiyle ilgili müşahhas bir belirleme yapılan bu tür suçlara, "özgü suçlar" adı verilmektedir[1043]. Örneğin zimmet, görevi kötüye kullanma, işkence suçlarında kamu görevlisi, sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmeme suçunda sağlık mesleği mensubu olmak, bu suçlar açısından fail olabilmek için zorunludur.

Özgü suçlarda fail, özel bir yükümlülük altındadır. Bu yükümlülük, hukuki bir değere ilişkin özel koruma yükümlülüğünden, hukuki değer sahibine karşı özel güven yükümlülüğünden veya tehlikeyi belirli hukuki değerden uzak tutma yükümlülüğünden kaynaklanabilir[1044]. Örneğin bir kamu göreviyle görevlendirilen kişi, bu görev nedeniyle bir kamu hukuku yükümlülüğü altındadır. Buna göre, kamu görevlileri, kamu görevinin, eşitlik ve liyakat açısından adalet ilkelerine uygun

---

[1040] **Roxin,** Täterschaft und Tatherrschaft, §21, s.164.
[1041] **Artuk-Gökcen-Yenidünya,** Genel Hükümler, s.268; **Özgenç,** Genel Hükümler, s.187.
[1042] **Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.266.
[1043] **Wessels-Beulke-Satzger,** Allgemeiner Teil, §1, kn.39; **Weißer,** Täterschaft in Europa, s.300.
[1044] **Heine-Weißer (SS),** StGB §25, kn.83.

yürütüldüğü hususunda toplumda var olan güvenin sarsılmamasını gözetmek durumundadırlar[1045].

Özgü suçların, yükümlülük esası kapsamında tanımlanması nedeniyle, belli bir neticenin engellenmesi hususunda yükümlülük altında bulunan kişinin, bu yükümlülüğe aykırı davranmakla işlediği görünüşte ihmali suçların da, özgü suç olarak kabul edilmesinin mümkün olduğu ifade edilmiştir[1046]. Dolayısıyla, görünüşte ihmali suçlarda, garantör de özel yükümlülük altındadır. Ona, neticeyi önlemek sorumluluğu yüklenmiştir.

Özgü suçlarda, ancak özel yükümlülük altında olan kişi suçun faili olabilir. Kanunun aradığı niteliğe sahip olmayan kişiler, katkısı ne olursa olsun ancak bu suçlarda şerik olabilmektedirler[1047]. Bu durum, bağlılık kuralının bir sonucu olarak TCK'nın 40'ıncı maddesinde; *"özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise, azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur"* şeklinde ifade edilmiştir. Dolayısıyla, zorlayıcı cebir ile iradeye hâkimiyet kurarak suç işleyen kişi, araç kişinin belli bir yükümlülük altında olması, diğer bir ifade ile özel faillik niteliği taşıması durumunda, dolaylı faillik esaslarına göre sorumlu tutulamaz. Burada, ancak iştirak kurallarına göre sorumluluk söz konusu olabilir[1048].

Kanaatimizce, gerçekte iradeye hâkimiyet üzerinden dolaylı olarak fiil üzerinde de hâkimiyet kurmuş olan cebir failinin sorumluluğunun bu kapsamda azmettiren olarak belirlenmesi gerekecektir. Bu, suç işleme iradesi bulunmayan bir kimseye suç işletilmesi şeklinde gerçekleşen zorlayıcı cebir durumlarının doğasına da, cebir failinin gerçekleştirdiği haksızlığın bu yönüyle yardım etmenin ötesine geçmiş olduğu gerçeğine de uygun bir yaklaşım tarzıdır. Örneğin cebir uygulanarak bir kamu görevlisinin görevin gereklerine aykırı davranmaya zorlanması halinde, cebir uygulayan kişi kamu görevlisi sıfatını haiz olmadığından, görevi kötüye kullanma suçunun faili olamaz. Onun sorumluluğu, bu suça azmettiren sıfatıyla

---

[1045] **Özgenç,** Genel Hükümler, s.187, 188.
[1046] **Wessels-Beulke-Satzger,** Allgemeiner Teil, §13, kn.522a.
[1047] **Wessels-Beulke-Satzger,** Allgemeiner Teil, §13, kn.522a.
[1048] **Heinrich,** Allgemeiner Teil, kn.1196.

belirlenebilir. Yine, cebir kullanılarak bir annenin, çocuğuna yönelik uygulanan şiddete sessiz kalmaya zorlanması durumunda, cebir faili, koruma ve gözetim yükümlülüğünden kaynaklanan ödevin ihlali nedeniyle, ihmal suretiyle kasten yaralama suçuna azmettiren olarak sorumlu tutulacaktır.

Suçun temel şeklinin herkes tarafından işlenebildiği, buna karşılık nitelikli halinin, ancak kanuni tanımda belirtilen özel faillik niteliği taşıyan kişinin gerçekleştirilebildiği görünüşte özgü suçlar[1049] bakımından da, aynı durum söz konusudur. Örneğin resmi belgede sahtecilik suçunun temel şekli herkes tarafından işlenebilirken (TCK m. 204/1), nitelikli şekli (TCK m. 204/2) ancak kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilebilmektedir. Bu nedenle, bir kamu görevlisini resmi belgede sahteciliğe cebir kullanarak zorlayan kişi, dolaylı fail olarak sorumlu tutulamaz.

Fiil üzerinde fonksiyonel hâkimiyet kurarak müşterek fail olarak bu suçun işlenmesi durumunda, özel faillik sıfatını taşımayan kişi, suçun temel şeklinden sorumlu tutulmalıdır. Ancak yukarıdaki son örnekte hâkimiyet, özel fail sıfatını taşıyan kişinin iradesi üzerinde gerçekleştirilerek, suçun nitelikli halinin oluşmasına neden olunduğundan, arkadaki kişinin suçun temel şeklinden değil, nitelikli şeklinden azmettiren olarak sorumlu tutulmalıdır.

Kanun koyucu, bazı suçlar bakımından, özgü suçlarda failliğin özel yükümlülük şartına bağlı olduğu esasından ayrılmıştır. İşkence suçunda (TCK m.94/4), suçun işlenişine iştirak eden ve kamu görevlisi olmayan kişilerin, kamu görevlisi gibi, yani fail olarak cezalandırılacağı belirtilmiştir. Bu nedenle, görevli bir emniyet mensubunu, gözaltında bulunan kişiyi konuşturmak amacıyla ona işkence etmeye cebir yoluyla zorlayan kişi, işkence suçunun faili olacaktır.

[1049] Bu bakımdan gerçek özgü suçlar cezalandırmanın zorunlu unsurunu oluşturduğu için "cezayı temellendiren özgü suç", görünüşte özgü suçlar ise yalnızca cezayı artıran nitelikli haller bakımından söz konusu olmaları nedeniyle "cezayı artıran özgü suç" olarak da anılmaktadır (**Jakobs,** Allgemeiner Teil, 2/17).

2.6. Hata Durumlarında Cebir Failinin Sorumluluğu

2.6.1. Cebir Failinin Hâkimiyetin Varlığı Hususunda Düştüğü Hatanın Sorumluluğa Etkisi

2.6.1.1. Genel Olarak

Bu tür hata hallerinde, cebir uygulayan, cebir uyguladığı kişi aracılığıyla suç işlediğini düşünmesine rağmen, gerçekte zorlanan, suçu cebrin etkisiyle değil, hür iradesiyle oluşturduğu kastla işlemektedir. Dolayısıyla, cebir uygulayan, dolaylı failliğin esasını oluşturan hâkimiyet şartı bakımından hataya düşmüştür. Diğer bir deyişle, bu tür hata hallerinde, kendisine karşı cebir tatbik edilen kişinin, uygulanan cebirden istifade ederek gerçekte işlemek istediği bir suçu gerçekleştirmesi söz konusudur. Belirtelim ki, doğrudan failin kastına rağmen cebrin etkisinin mevcut olduğu ve bu nedenle cebir uygulayanın somut olayın gerçekleşme biçimi üzerinde hâkimiyet kurduğunun kabul edilebildiği durumlarda, dolaylı faillik kabul edilmelidir[1050].

2.6.1.2. Dolaylı Failliği Kabul Eden Görüş (Sübjektif Faillik Teorisi)

Cebir uygulayanın, cebir mağdurunun kasten hareket etmiş olmasından dolayı onun iradesi üzerinde hakimiyet kuramadığı durumlarda dolaylı fail olarak sorumluluğunu kabul eden görüş, marjinal sübjektif bir anlayışa dayanmaktadır[1051]. Bu anlayış ise, failliğin tespitinde sübjektif görüşten (*subjektive Täterschaftslehre*) hareket etmektedir. Buna göre, somut olayda objektif olarak fiil ve irade üzerinde hâkimiyet söz konusu olmasa dahi faillik, tipe uygun davranışta bulunma iradesinden

[1050] **Joecks (MüKo),** StGB §25, kn.156.
[1051] **KRETSCHMER, Joachim,** Mittelbare Täterschaft – Irrtümer über tatherrschaftsbegründende Situation, JURA 2003, Heft 8, s.536; **Roxin,** Allgemeiner Teil II, §25, kn.163.

kaynaklanmaktadır[1052]. Dolayısıyla burada, esasen kasten hareket etmiş olan ve ceza sorumluluğu altında bulunan kişinin arkasındaki failden (*Täter hinter dem Täter*) söz edilmektedir[1053].

Doğrudan failin kastına dayalı olarak işlediği fiilden sorumluluğunun söz konusu olduğu durumlarda, dolaylı failliğin kabul edilmesinin, bu faillik türünü irade üzerinde hâkimiyet prensibine göre belirleyen sorumluluk prensibine aykırılık oluşturduğuna kuşku yoktur[1054]. Çünkü daha önce de izah ettiğimiz üzere, sorumluluk prensibi, somut olayda zorunluluk halinin şartlarının gerçekleşmiş olması ve bu anlamda araç olarak kullanılan kişinin sorumsuz kabul edilebileceği hallerde dolaylı failliği kabul etmektedir[1055].

2.6.1.3. Dolaylı Failliği Reddeden Görüş (Maddi-objektif Teori: "Hâkimiyet Prensibi")

2.6.1.3.1. Genel Olarak

Hâkimiyet üzerinde hataya düşülen bu tür durumlarda, dolaylı failliğin kabul edilmesi, hâkimiyet prensibini benimseyen normatif faillik anlayışına göre mümkün değildir. Zira fail, öndeki şahsın kasti davranışı nedeniyle esasen olay üzerinde herhangi bir hâkimiyet kuramamış olup, faillik esasına göre cezalandırılması da mümkün olmamalıdır. Bu nedenle, cebir uygulayan, failliğin sübjektif unsurunu yerine getirmekle birlikte, objektif unsur olan hâkimiyetin mevcut olmadığı, yani haksızlığın objektif unsurları üzerinde egemenlik kurulamadığı söylenmelidir[1056].

Dolaylı failliğin esasını hâkimiyet prensibine dayandıran görüş, hâkimiyet üzerinde düşülen hatanın, dolaylı failliği ortadan kaldıracağı hususunda görüş birliği

---

[1052] **Gropp,** Allgemeiner Teil, §10, kn.31 vd; **Schünemann (LK),** §§25, kn.146.
[1053] **Murmann,** Grundwissen zur mittelbaren Täterschaft, s.324; **Heine-Weißer (SS),** StGB §25, kn.22; **Kretschmer,** Mittelbare Täterschaft, s.537.
[1054] **Murmann,** Grundwissen zur mittelbaren Täterschaft, s.324.
[1055] **Kretschmer,** Mittelbare Täterschaft, s.537.
[1056] **Maurach-Gössel-Zipf,** Allgemeiner Teil, §48, kn.41.

içerisinde olsa da, bu tür durumlarda, cebir uygulayanın sorumluluğu açısından tartışmalı olan husus, sorumluluğun teşebbüs kurallarına göre mi; yoksa iştirak kurallarına göre mi belirleneceğidir[1057].

2.6.1.3.2. Sorumluluğu Teşebbüs Hükümleri Çerçevesinde Belirleyen Görüş

İradeye hâkimiyet bakımından hataya düşülmesi halinde, sorumluluğun teşebbüs hükümlerine göre belirlenebileceğini kabul eden görüşe göre, irade ve fiil üzerinde hâkimiyet söz konusu olmasa da, işlenen fiilden dolayı arkadaki kişinin teşebbüsten sorumlu tutulması mümkündür[1058]. Buradaki sorun, teşebbüsün hangi aşamada başladığı noktasında toplanmaktadır.

Bir görüşe göre teşebbüs, uygulanan cebrin, cebir mağduru üzerinde etki doğurduğunun, bu vesileyle onun iradesi üzerinde hâkimiyet kurulduğunun, cebir uygulayan kişi tarafından kabul edildiği andan itibaren söz konusu olacaktır (*Einwirkungstheorie*)[1059]. Dolayısıyla, cebir failinin, cebrin şartlarını gerçekleştirdiğini düşündüğü ve esasen hâkimiyet üzerinde hataya düştüğü an, teşebbüsün başlama anı olarak kabul edilmiş olmaktadır. Bu görüş, dolaylı faillik hallerinde teşebbüsün, "en geç", icraya başlama anından itibaren söz konusu olduğu kabulüne dayanır[1060]. Diğer bir deyişle, icraya başlama anından önce de teşebbüsün söz konusu olması mümkündür[1061]. Ancak bu görüşün, teşebbüs alanını genişlettiği ve teşebbüsün doğrudan icraya başlama kriteriyle örtüşmediği gerekçesiyle eleştiriye açık olduğu haklı olarak ifade edilmiştir[1062].

Buna karşılık diğer bir görüşe göre, teşebbüsün başlama anı, doğrudan failin icra hareketlerine doğrudan doğruya başladığı an olarak kabul edilmelidir. Bu görüş,

[1057] **Joecks (MüKo),** StGB §25, kn.157.
[1058] **Maurach-Gössel-Zipf,** Allgemeiner Teil, §48, kn.41; **Hoyer (SK),** §25, kn.144.
[1059] Bu yöndeki görüşler için bkz. **Joecks (MüKo),** StGB §25, kn.166.
[1060] **Wessels-Beulke-Satzger,** Allgemeiner Teil, §14, kn.613.
[1061] **Kühl,** Allgemeiner Teil, §20, kn.91.
[1062] **Kühl,** Allgemeiner Teil, §20, kn.91.

teşebbüse ilişkin genel kurallarla uyumlu olduğundan, baskın görüş olarak kabul edilmektedir[1063].

2.6.1.3.3. Teşebbüsü Esas Alan Görüşün Eleştirisi ve Sorumluluğu İştirak Kurallarına Göre Belirleyen Görüş

Doktrinde hâkim görüşe göre, cebir uygulayanın, hâkimiyetin gerçekleştiği hususunda hataya düşmesi halinde, iştirak kurallarını dikkate alarak bir sonuca ulaşmak gerekir. *Roxin*'e göre, bu tür durumlarda teşebbüsü kabul etmek, "failliğe teşebbüs" durumunu, "suça teşebbüs" ile eşdeğer tutmak anlamına gelecektir. Ancak bir kimsenin, doğrudan failliğin esasını oluşturan fiil yahut dolaylı failliğin esasını oluşturan irade üzerinde hâkimiyete sahip olmaması durumunda, teşebbüsten sorumlu tutulması mümkün değildir[1064]. Çünkü işlenen fiilin hukuki bir değeri ihlal etmesi bakımından, cebir uygulayanın herhangi bir etkisi yoktur. Bu yönden suç teşkil eden netice, cebir uygulayanın failliğinin bir sonucu değil, azmettirmesinin sonucu olarak değerlendirilebilir[1065].

Burada, cebir uygulayanın faillik iradesinin mevcudiyeti noktasında bir tereddüt yoksa da, suç işleme iradesi, doğrudan failde ortaya çıkan kasta dayanmaktadır. Bununla birlikte, cebir uygulayanın suç kararına etkili olduğu kabul edilerek, azmettirmenin objektif şartlarının gerçekleştiği sonucuna ulaşılabilir. Ayrıca bu sonuca, failliğin azmettirmeye göre öncelikli olduğu, bu nedenle faillik iradesine sahip olan kimsenin, azmettirme iradesini evleviyetle taşıdığından yola çıkılarak da ulaşılabilir[1066].

Buna karşılık *Hoyer*, dolaylı faillik ile azmettirme arasında, bu şekilde kapsayan-kapsanılan bağlantısının kurulmasının doğru olmadığını, zira dolaylı failliğin, sadece kasten işlenen suçlar bakımından değil, taksirli suçlar bakımından da

[1063] **Kühl,** Allgemeiner Teil, §20, kn.91.
[1064] **Roxin,** Allgemeiner Teil II, §25, kn.166.
[1065] **Wessels-Beulke-Satzger,** Allgemeiner Teil, §13, kn.549.
[1066] **Kretschmer,** Mittelbare Täterschaft, s.537.

(örneğin unsur hatası) söz konusu olabileceğini ifade etmiştir. Bir başka deyişle, dolaylı failliğin gerçekleştiği her durumda azmettirme söz konusu olamayacağından, "kapsayıcılık telakkisi" ile bir sonuca ulaşılması doğru değildir[1067].

İştirak kurallarının, hâkimiyet üzerinde hataya düşen kişinin ceza sorumluluğunun belirlenmesinde kullanılabileceğini kabul eden görüş, bu kabulün, bağlılık kuralı bakımından da uygun olduğu kanaatindedir. Zira iştirak dolayısıyla sorumluluktan söz edilebilmesi için, bağlılık kuralına göre hukuka aykırı ve kasten işlenen bir fiilin varlığı yeterli olup, müşterek faillikteki gibi birlikte suç işleme kararına ihtiyaç yoktur[1068]. Dolayısıyla, cebir uygulayan, cebir uyguladığı kişinin, aslında hür iradesiyle oluşturduğu kasıtla hareket ettiğini bilmese dahi, iştirak kurallarına göre sorumlu tutulabilir.

2.6.1.4. Görüşümüz

Günümüz ceza hukukunda, failliğin esasını hâkimiyet prensibine dayandıran görüş kabul edilmektedir. Bu bakımdan hâkimiyetin varlığında hataya düşülen hallerde, sübjektif faillik esasına dayalı olarak cebir uygulayanın sorumluluğunun dolaylı failliğe göre belirlenmesi mümkün değildir. Çünkü bu tür durumlarda, cebir uygulayanın, cebir uyguladığı kişinin iradesi üzerinde gerçekten bir hâkimiyet kurması söz konusu değildir.

Bu türden hata hallerinde, sorumluluğun iştirak mi yoksa teşebbüs kuralları çerçevesinde mi belirleneceği hususunda ise biz, iştirak esaslarının dikkate alınmasına taraftarız. Çünkü burada, işlenen suç nedeniyle cebir uygulayana isnat edilebilecek bir faillik durumundan söz edilemeyeceği için, onun, teşebbüsten sorumlu tutulması da mümkün değildir[1069]. Zira o, ne fiil, ne de irade üzerinde

---

[1067] **Joecks (MüKo),** StGB §25, kn.160.

[1068] **Roxin,** Allgemeiner Teil II, §25, kn.166.

[1069] Alman hukuku bakımından sorumluluğun teşebbüs kurallarına göre tayin edilmesi, ceza kanununda teşebbüsten dolayı sorumluluğun haksızlık içeriği belli bir ağırlığın altında kabul edilen (cünha) suçlar bakımından ayrı ayrı belirlenmesi nedeniyle de eleştirilmiştir. Buna göre her suç

hâkimiyet kurmuş değildir. Buna karşılık iştirak, kasten ve hukuka aykırı bir fiile katılma iradesine bağlı olup[1070], doğrudan failin bu hususta bir bilgisinin olmasına lüzum yoktur. Ayrıca genel kanaate göre, iştirak için, suç işleme iradesinin varlığı dışında ayrıca suça katılmaya ilişkin özel bir irade de aranmamaktadır[1071]. Bu bakımdan suça katılma, hukuki bir değeri ihlale yönelmiş olan saldırıya bağımlı, faillik türlerinden herhangi biri dışında kalan ikincil bir sorumluluk şeklidir[1072].

Alman doktrininde bu tip durumlar iştirak kapsamında değerlendirilmekle birlikte, bir görüş, sorumluluğun StGB § 30/1'de düzenlenen ve suça katılmaya teşebbüsü cezalandıran hükme göre belirlenmesi gerektiği fikrindeyken[1073], yukarıda izah ettiğimiz gibi baskın görüşe göre, burada tamamlanmış azmettirme söz konusudur. Kanaatimizce, hukukumuzda suça katılmaya teşebbüsü düzenleyen genel bir düzenleme bulunmadığından, hâkimiyette hata hallerinde, azmettirmenin kabul edilmesi gerekir. Ancak son tahlilde belirtelim ki, azmettirme, kendisine yönelik cebir uygulanan kişinin (doğrudan failin), cebrin uygulanmasından sonra suç işleme kararı almış olduğu, dolayısıyla, suç işleme kararında cebrin, fonksiyonel olmasa da objektif olarak etkili olduğu durumlarda söz konusu olabilir. Buna karşılık, doğrudan fail, cebir tatbikinden çok daha önce suç işleme kararı aldıysa, cebrin objektif ve fonksiyonel olarak suç işleme kararı üzerinde etkisi bulunmadığından, azmettirme de söz konusu olmayacaktır[1074]. Bu nedenle de, bu tür durumlarda, şartların varlığı halinde cebir uygulayanın yalnızca cebir suçundan (TCK m.108) veya kasten yaralamadan dolayı sorumlu tutulması gündeme gelebilir.

---

açısından teşebbüs mümkün değildir. Dolayısıyla bu suçlar yönünden dolaylı failin sorumluluğunun teşebbüs hükümlerine göre tayin edilmesi de mümkün olmayacaktır (**Schünemann (LK),** §§25, kn.147).

[1070] **Joecks (MüKo),** StGB §25, kn.160.

[1071] **Roxin,** Allgemeiner Teil II, §25, kn.166.

[1072] **Roxin,** Allgemeiner Teil II, §25, kn.166; **Joecks (MüKo),** StGB §25, kn.159.

[1073] **Maurach-Gössel-Zipf,** Allgemeiner Teil, §48, kn.32; **Hoyer (SK),** §25, kn.140.

[1074] **Roxin,** Täterschaft und Tatherrschaft, §22, s.215.

2.6.2. Cebir Mağdurunun Suçun Konusu Bakımından Düştüğü Yanılgının Cebir Failinin Sorumluluğuna Etkisi

2.6.2.1. Genel Olarak

Suçun objektif yanını oluşturan maddi unsurlar, fiil, netice, fail, mağdur, suçun konusu ve nedensellik bağından oluşmaktadır[1075]. Bu unsurların, suçun sübjektif yanını oluşturan unsurlardan biri olan kastın kapsamına dâhil olması gerekir[1076]. Bir başka deyişle, failin bu unsurların gerçekleştiğini bilmemesi durumunda, kastının varlığından söz edilemeyeceğinden, yalnızca taksirli sorumluluk gündeme gelebilir[1077]. Bu bakımdan, suçun unsurlarında hataya düşen fail, kasten hareket etmiş olmaz. Failin maddi unsurlar üzerindeki yanılgısı, temel olarak, onun bu unsurlara ilişkin bilgisizliği yahut yanlış bilgi sahibi olmasından ileri gelebilir. Bu manada unsur hatası, failin zihinsel tasavvuru ile gerçeğin uyuşmaması anlamına gelmektedir[1078]. Konumuz açısından tasavvur ile gerçeklik arasındaki bu uyumsuzluk, zorlayıcı cebir suretiyle dolaylı faillik kapsamında, cebir mağdurunun, zor altında işlediği suçun konusunu karıştırması, diğer bir deyişle konu üzerinde hataya düşmesi (*Objektverwechslung durch den Ausführungstäter*[1079]) durumunda önem arz etmektedir. Bu çerçevede tartışmalı olan mesele, söz konusu hatanın, dolaylı fail bakımından kasta ve bu çerçevede sorumluluğa nasıl etki edeceğidir.

2.6.2.2. Sorumluluğu Hedefte Sapma Esaslarına Göre Belirleyen Görüş

Doktrinde ağırlıklı görüşe göre, cebir aracılığıyla zorlanan kişinin, cebir uygulayanın iradesinin aksine, bir başkasına yönelik suç işlemesi durumunda,

---

[1075] **Artuk-Gökcen-Yenidünya,** Genel Hükümler, s.212.
[1076] **Heinrich,** Allgemeiner Teil, kn.131.
[1077] **Heinrich,** Allgemeiner Teil, kn.131.
[1078] **Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.307.
[1079] **Heine-Weißer (SS),** StGB §25, kn.53.

gerçekleşen neticeden sorumlu tutulması mümkün değildir[1080]. Örneğin B'ye yönelik kasten yaralama fiilini işlemesi için kendisine D tarafından cebir uygulanan A, kişide hata nedeniyle B'ye değil C'ye yönelik kasten yaralama suçunu işlerse, D'nin, gerçekleşen neticeden sorumlu tutulması mümkün değildir. Cebir mağdurunun, suçun konusunun aidiyeti bakımından düştüğü yanılgı bakımından da durum aynıdır.

Bu tür durumlarda, iradeye hâkimiyet bakımından herhangi bir sorun ortaya çıkmadığından, dolaylı faillik esasları tatbik edilebilir. Çünkü dolaylı fail, doğrudan fail olan cebir mağdurunun işlediği fiil açısından biçimlendirici ve inşa edici bir rol oynamaktadır[1081]. Ancak failliğin sübjektif unsurunun, cebir uygulayanın aslında irade etmediği netice bakımından problemli olması nedeniyle[1082], bu neticeden sorumluluk kast kapsamında değil, ancak taksirden kaynaklı olarak gündeme gelebilir. Bu durum, hedefte sapma esaslarının tatbikinin bir sonucudur. Dolayısıyla burada, doğrudan failin yahut doğrudan fail ile aynı sorumluluğa sahip olan azmettirenin (TCK m.38/1), aynı ağırlıktaki iki hukuki değer arasında düştüğü hatada olduğu gibi, ceza sorumluluğu bakımından önemsiz bir hata söz konusu değildir[1083]. Örneğin doğrudan fail, öldürmek istediği bir kişi yerine hataya düşerek başkasını öldürse, ya da kastedilenden bir başkasının malına zarar verse, bu hataya itibar edilmeyerek fail/azmettiren hakkında kasten öldürme/mala zarar verme suçundan dolayı ceza sorumluluğu gündeme gelecektir. Ancak mağdurun şahsından yahut konudan kaynaklanan nitelikli unsur söz konusuysa, bu hata önem arz edecektir.

Görüldüğü gibi, doğrudan failin ya da azmettirenin konuda yanılgıya düşmesi durumunda, kural olarak ceza sorumluluğu açısından bir farklılık gündeme gelmez. Zira suçun unsurları soyut bir değerlendirmenin konusunu oluşturmasına rağmen, failliğin esasını oluşturan hâkimiyet, somut bir değer yargısını barındırmaktadır. Dolayısıyla, fiile dair hâkimiyetin gerçekleştiği, ancak faildeki motivasyona ilişkin farklılığın söz konusu olduğu durumlarda, ceza sorumluluğu bakımından bir

---

[1080] **Schünemann (LK),** §§25, kn.149; **Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.672; **Baumann-Weber-Mitsch,** Allgemeiner Teil, §21, kn.15; **Heinrich,** Allgemeiner Teil, kn. 1267; **Kindhäuser,** Allgemeiner Teil, 39/81.

[1081] **Roxin,** Täterschaft und Tatherrschaft, §22, s.214, 215.

[1082] **Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.672.

[1083] **Kühl,** Allgemeiner Teil, §20, kn.89a.

değişiklik gündeme gelmeyecektir[1084]. Buna karşılık, dolaylı failin araç olarak kullandığı kişinin konu bakımından düştüğü hatada, hedefte sapma kuralları uygulanmalıdır. Bu kapsamda, yukarıdaki örnekte D, C'nin yaralanmasından, şartları mevcutsa taksirle yaralama suçundan dolayı sorumlu tutulabilir. Ayrıca D'nin, B'ye karşı kasten yaralamaya teşebbüsten de sorumlu tutulması gerekir[1085].

2.6.2.3. Yanılmanın Sorumluluğa Etki Etmeyen Bir Motivasyon Hatası Olduğunu Savunan Görüş

Bu görüşe göre, aracı kişinin konuda düştüğü yanılgı bakımından hedefte sapma kurallarının uygulanması mümkün değildir. Bu bakımdan, aracı kişinin suçun konusunda düştüğü hatanın, sorumluluğa etki etmeyen bir motivasyon hatası olduğu kabul edilmelidir. Örneğin arkadaki şahsın, araç kişiyi, bir başkasını öldürmeye yönlendirdiği varsayımında, arkadaki kişinin, aracıyı yönlendirdiği davranış, suçun unsurları bakımından düşünüldüğünde tek bir odağa işaret etmektedir. Bu odak, insandan başka bir şey değildir[1086]. Dolayısıyla aracının, konuda hataya düşerek bir başkasını öldürmesi halinde, arkadaki şahıs bakımından herhangi bir değişiklik söz konusu değildir. Sonuçta yine, bir insan öldürülecektir. Burada, Alman hukukunda sıklıkla yer verilen bir örneği, konumuz bakımından uyarlayarak aktarmak istiyoruz. Doktor A, hastanede yatmakta olan B isimli hastayı öldürmek istemektedir. Bunun için hemşire C'ye yönelik cebir kullanarak, onu, hazırladığı zehirli iğneyi B'ye enjekte etmesi için zorlar. Ancak C, oda numaralarını karıştırarak, iğneyi B yerine D'ye enjekte eder ve D ölür[1087]. Bu görüşe göre, söz konusu örnekte C'nin yanılgısı, A'nın, D'nin ölümünden kastından dolayı sorumlu tutulmasını engellemeyecektir.

[1084] **Roxin,** Täterschaft und Tatherrschaft, §22, s.214.

[1085] **Schünemann (LK),** §§25, kn.149.

[1086] Bu görüş için bkz. **Gropp,** Allgemeiner Teil, §10, kn.78.

[1087] Örneğin aslında hemşire C, iğnenin zehirli olduğunu bilmemekte, insülin iğnesi olduğunu düşünmektedir. Doktor A'nın, iğnenin X nolu odada yatmakta olan B'ye yapılmasını tembihlemesine rağmen, hemşire C, odaları karşıtırarak iğneyi D'ye enjekte eder. Bu çerçevede söz konusu örneğin farklı varyasyonları için bkz. **Kindhäuser,** Allgemeiner Teil, 39/78 (Fall 20); **Gropp,** Allgemeiner Teil, §10, kn.78; **Wessels-Beulke-Satzger,** Allgemeiner Teil, §13, kn.550.

Çünkü A, doğrudan fail olarak fiili kendisi gerçekleştirseydi, şahısta yanılma kendisi için nasıl önemsiz bir motivasyon yanılgısı olarak kabul edilerek sorumlu tutulacak idiyse, dolaylı failliğin söz konusu olduğu ve bu yanılgının suçta kullanılan araç kişi bakımından ortaya çıktığı hallerde de, aynı şekilde düşünmek gerekir. Sonuç olarak örnekte A, kasten öldürmeden dolayı sorumlu tutulur.

Bu görüş, suçta araç olarak kullanılan şahısla, dolaylı faili, kişide hata bakımından aynı kefede değerlendirmesi nedeniyle eleştirilmiştir[1088]. Zira burada, dolaylı faile yüklenemeyecek bir hata söz konusudur[1089]. Düşülen hatanın etkisinin, *"dolaylı fail eğer suçu doğrudan fail olarak işleseydi gerçekleşen sonuç onun yararına olur muydu?"* sorusu dikkate alınarak belirlenmesi[1090]; ya da başka bir deyişle *"dolaylı fail doğrudan fail olarak hareket etseydi, düştüğü hata ceza sorumluluğuna etki etmeyecekti"* şeklindeki bir varsayımdan yola çıkarak bir sonuca ulaşılması, dolaylı faillikteki üçlü ilişkinin gözardı edilmesi ve araç kişinin doğrudan fail olarak münhasıran düştüğü hatayı görmezden gelmek anlamına gelir.

2.6.2.4. Yanılma Halinde Ceza Sorumluluğunu Suç Planına Göre Belirleyen Görüş

Bu görüşe göre ise, dolaylı failin, suç planı çerçevesinde konu bakımından bir belirlemede bulunup bulunmadığına göre bir ayrım yapılmalıdır[1091]. Şayet dolaylı fail, suçun işleneceği konuyu belirlemeyi araç kişiye bırakmışsa, yani örneğin suç planında işlenecek suçun mağduruna ilişkin açık bir belirleme söz konusu değilse, işlenen fiil nedeniyle ortaya çıkan neticeden sorumluluk tamamen dolaylı faile ait olacaktır. Dolayısıyla bu görüş, yanılgının varlığından bağımsız bir şekilde sorumluluğun tespitine hizmet eder niteliktedir. Örneğin dolaylı fail, kendisi yüzünden suç işleyerek hapse düştüğüne inandığı bir kimseye duyduğu öfke

[1088] **Schünemann (LK),** §§25, kn.149; **Joecks (MüKo),** StGB §25, kn.163.
[1089] **Schünemann (LK),** §§25, kn.149.
[1090] **Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.671.
[1091] Bu görüş için bkz. **Wessels-Beulke-Satzger,** Allgemeiner Teil, §13, kn.550; **Kindhäuser,** Allgemeiner Teil, 39/81; **Heine-Weißer (SS),** StGB §25, kn.53 vd.

nedeniyle ve aynı duyguyu tatması amacını güderek, cebir yoluyla onu, bir kimseyi öldürmeye zorlamış olabilir. Bu durumda dolaylı fail, tamamlanmış kasten öldürme suçundan sorumlu tutulmalıdır.

Buna karşılık dolaylı fail, suç planı çerçevesinde konuya ilişkin bir belirleme yapmışsa, bu durumda sorumluluğun hedefte sapma kurallarına göre belirlenmesi gerekir. Dolayısıyla, kendisine yönelik cebir uygulanan araç kişinin, kendisini suç işlemeye zorlayan dolaylı failin belirlediği kişide yanılgıya düşerek başkasına karşı suç işlemesi durumunda, işlenen fiilin taksirli hali cezalandırılıyorsa (öngörülebilirliğin varlığı şartıyla[1092]) taksirinden dolayı sorumlu tutulması söz konusu olabilir[1093].

2.6.2.5. Görüşümüz

Cebir aracılığıyla iradesi zorlanarak suç işlemeye sevk edilen cebir mağdurunun, konuda hataya düşmesi halinde, cebir uygulayan dolaylı failin sorumluluğunun, motivasyon yanılgısı çerçevesinde belirlenmesi gerekir. Ayrıca kanaatimize göre, bu tür durumlarda hatadan söz edebilmek için, cebir suretiyle bir kişiyi suç işlemeye zorlayan dolaylı failin, somut olayda kendisine karşı suç işlenmesini amaçladığı üçüncü kişi bakımından müşahhas bir belirlemede bulunmuş olması gerekir. Başka bir anlatımla, eğer cebir uygulayan, konu bakımından herhangi bir belirlemede bulunmamışsa ve cebir mağdurunu, herhangi bir kişiye karşı belli bir suçu işlemeye zorlamışsa, zaten bir yanılmadan söz etmek mümkün değildir.

Sonuç olarak araç kişinin konuda düştüğü hatanın bir motivasyon hatası olduğu ve dolaylı failin sorumluluğuna, nitelikli haller dışında herhangi bir etkide bulunmayacağı kabul edilmelidir. Hukukumuz bakımından da uygun olan yorum tarzı budur. Bunun gerekçelerine aşağıda ayrıntılı olarak değineceğiz. Ancak öncelikle ifade edelim ki, Alman doktrininde bu tür hata hallerinde esasında bir

[1092] **Kindhäuser,** Allgemeiner Teil, 39/81.
[1093] **Heine-Weißer (SS),** StGB §25, kn.55.

hedefte sapmanın söz konusu olduğunu kabul eden baskın görüş, dolaylı faillikte suçun bir başkasının araç olarak kullanılarak işlenmesinden hareketle, araç olarak kullanılan kişinin mekanik bir silah olarak değerlendirilebileceğini savunmaktadır. Bu nedenle, araç kişinin hedefte yanılmasında, tıpkı doğrudan failin araç olarak kullandığı silahıyla hedef aldığı kimseyi değil, başka bir kişiyi vurarak öldürmesi gibi bir durumun söz konusu olduğunu kabul etmektedir. Bu görüş, hukuk tekniği açısından makul olmakla birlikte, temel olarak meseleyi, doğrudan faillikteki motivasyon yanılgısına göre çözen görüşle aynı yöntemi kullanmaktadır. Zira her ikisi de, sonuç olarak doğrudan faillik durumuna kıyasla bir sonuca ulaşmaktadır. Dolayısıyla, bu görüş taraftarlarınca, sorumluluğu motivasyon yanılgısına göre çözen görüşün, doğrudan failliği esas alması nedeniyle eleştirilmesi[1094] fikrimizce yerinde değildir.

Kanaatimize göre baskın görüşün kabul ettiğinin aksine, cebir yoluyla dolaylı faillik bakımından, cebir mağdurunun suçta araç olarak kullanılması söz konusuysa da, mekanik bir araç olduğu kabul edilemez. Çünkü araç kişi, her ne kadar zor altında olsa da, iradi hareket etmektedir. Aksi halde, yani cebir mağdurunun soyut/mekanik bir araç olduğunun kabul edilmesi durumunda, cebir uygulayanın, mutlak kuvvet kullanarak doğrudan fail olarak sorumlu tutulması gerektiği sonucuna ulaşmak gerekecektir.

Yukarıda, hukukumuz bakımından makul olan yorumun, bu türden kişide hata durumlarını, motivasyon yanılgısı çerçevesinde sorumluluğa etki etmeyen bir hal olarak değerlendirmek olduğunu söylemiştik. Aşağıda, bu görüşün gerekçelerini ortaya koymaya çalışacağız.

Hedefte sapma esasına göre hareket eden baskın görüş, Alman hukuku bakımından, bu hukuk düzeninin bütünlüğü içerisinde makul bir sorumluluk esası ortaya koyabilmektedir. Nitekim StGB §23/3 düzenlemesi[1095], Alman hukuku yönünden, konunun mevcut olmaması dolayısıyla ortaya çıkan elverişsiz teşebbüs

[1094] Eleştiriler için bkz. **Schünemann (LK),** §§25, kn.149; **Joecks (MüKo),** StGB §25, kn.163.

[1095] Söz konusu hüküm şu şekildedir; *"Fail ağır bir bilgi ve anlama hatası yapması nedeniyle, suçun konusunu teşkil eden şeyin veya fiili işlemekte kullanılan vasıtaların cinsinden dolayı, suçu işlemeye teşebbüs ederken yaptığı hareketlerin suçun tamamlanmasına yol açamayacağını idrak etmemişse, mahkeme ceza vermekten tamamen vazgeçebilir veya cezayı takdiren indirilebilir"*

hallerinin cezalandırılmasına imkân sağlamaktadır. Dolayısıyla, suçun konusunun yokluğu durumlarında, failin ceza sorumluluğunu, teşebbüs hükümlerine göre belirlemek mümkün olacaktır. Bu kapsamda araç kişinin, kişide yanılgı nedeniyle A'yı değil, ona benzeyen B'yi öldürmesinde, fiil esnasında orada bulunmayan A'ya yönelik olarak failin öldürme iradesinin bu hükme göre cezalandırılması mümkündür. Buna karşılık hukukumuzda, bu yönde açık bir düzenleme bulunmadığından, aynı sonuca ulaşmak mümkün değildir[1096]. Diğer bir deyişle, konunun yokluğu nedeniyle işlenemez suçun varlığını kabul etmek, failin fiilinin başkaca bir suça sebebiyet vermesi halinde, yalnızca bu suçtan ceza vermek gerekir[1097].

Dolaylı faillik açısından teşebbüsün başlama anını, genel prensipten (doğrudan icraya başlama) ayrılarak, uygulanan cebrin, cebir mağduru üzerinde etki doğurduğunun, bu vesileyle onun iradesi üzerinde hâkimiyet kurulduğunun cebir uygulayan kişi tarafından kabul edildiği andan itibaren söz konusu olacağı fikri kabul edilirse (*Einwirkungstheorie*)[1098], hukukumuz bakımından da, hedefte sapma kurallarına göre hareket edildiğinde, cebir failinin sorumluluğunu, teşebbüs hükümlerine göre belirlemek mümkündür. Ancak TCK m.35/1 hükmüne göre, böyle bir kabul de mümkün değildir. Zira teşebbüs, ancak elverişli hareketlerle bir suçun icra hareketlerine doğrudan doğruya başlanmasından itibaren söz konusu olabilir. Aksi kabul, cezalandırma alanını hukuka aykırı olarak genişletmek anlamına gelecektir.

Bu izah çerçevesinde, dolaylı failin, cebir mağdurunun kişide yanılgıya düştüğü durumlarda hedefte sapma nedeniyle amaçlanan suç bakımından teşebbüs

---

[1096] Benzer biz düzenlemeye mevzuatımızda yer verilmesi gerektiği hususunda bkz. **Artuk-Gökcen-Yenidünya,** Genel Hükümler, s.586; **Koca-Üzülmez,** Genel Hükümler, s.401. Ancak Yargıtay, 765 sayılı Kanun döneminde verdiği kararlarda konunun yokluğu durumunda da eksik teşebbüsü kabul etmekteydi; *"olay günü sanık arkadaşlarıyla birlikte geceleyin şikâyetçinin lokantasına para çalmak amacıyla girmiş, boş çekmecede para bulamamış, arkadaşları karınlarını doyurmak ve ekmek almak için murfağa giderken bekçilerin düdük çalması üzerine kaçmış, sanık ise yakalanmıştır. Suç anında paranın çekemecede bulunmaması maddi konunun niteliğine göre mutlak değil, nisbi anlamda bir yokluğu ortaya çıkarttığından, olayda işlenemez suç bulunduğu ileri sürülemez, eylem hırsızlığa eksik kalkışma suçunu oluşturur"* Yarg. 6.CD, 14.6.1983, 4019/5620 (YKD, C.IX, S.X, Ekim 1983, s.1543). Kararın eleştirisi için bkz. **Özgenç,** Genel Hükümler, s.465.

[1097] **Özgenç,** Genel Hükümler, s.465.

[1098] Bu yöndeki görüşler için bkz. **Joecks (MüKo),** StGB §25, kn.166.

hükümlerine göre sorumluluğu cihetine gidilmesi mümkün değildir. Bu nedenledir ki, hukukumuz bakımından hedefte sapma, bir hata türü olarak değil, içtimaya ilişkin bir mesele olarak kabul edilmektedir[1099]. Örneğin bir motorsiklette hareket halinde bulunan iki kişiden birini öldürmek amacıyla ateş eden fail, bu iki kişinin birbirine çok yakın olması nedeniyle hedeflediği kişiyi değil, diğerini öldürürse yahut hedeflediği kişiyi öldürüp diğerini yaralarsa (çift neticeli sapma) hedefte sapma söz konusu olacaktır. Yargıtay'ın kararları da bu doğrultudadır[1100].

2.7. Cebir Mağdurunun Sınırı Aştığı Durumlarda Cebir Failinin Sorumluluğunun Belirlenmesi

Zorlayıcı cebir mağdurunun, cebir failinin zorladığı suçtan başka bir suçu gerçekleştirmesi (haksızlığın niteliğinde sınırın aşılması) yahut daha ağırını işlemesi (haksızlığın niceliğinde sınırın aşılması) durumunda sınırın aşılmasından söz edilir[1101]. Sınırın aşılması, doğrudan failin iradesine bağlı olarak gündeme gelebileceği gibi (sınırın kasten aşılması), dolaylı failin irade ettiği suçu yanılgıya düşerek yanlış anlamasının bir sonucu olarak da (sınırın taksirle aşılması) ortaya çıkabilir[1102]. Bu bakımdan, sınırın kasten veya taksirle aşılmış olması arasında bir fark yoktur. Her iki durumda da, dolaylı failin irade üzerinde hâkimiyet kuramaması ve gerçekleşen suç yönünden kastının da bulunmaması nedeniyle sorumlu tutulamayacağı söylenebilir[1103]. Dolayısıyla, bu tür durumlarda gerek dolaylı failliğin "iradeye hâkimiyet" şeklindeki objektif unsuru, gerekse iradeye taalluk eden

---

[1099] **Koca-Üzülmez,** Genel Hükümler, s.243.

[1100] *"...sanığın, kardeşini öldürmek amacıyla iki el ateş ettiği, ancak onun yerine hedefte sapma sonucu yanında bulunan yengesini olası kastla yaralanmasına neden olduğu somut olayda, kardeşini öldürmek amacıyla iki el ateş eden sanığın kardeşinin hemen yakınında bulunan yengesinin de ölebileceğini ya da yaralabileceğini öngörmesine karşın, bunu göze alarak birden çok kez ateş etmesi..."* (Yarg. CGK. 10.12.2013, 1-1572/600)

[1101] **Maurach-Gössel-Zipf,** Allgemeiner Teil, §48, kn.45.

[1102] **Jescheck-Weigend,** Allgemeiner Teil, s.672.

[1103] **Schünemann (LK),** §§25, kn.148; **Joecks (MüKo),** StGB §25, kn.161; **Wessels-Beulke-Satzger**, Allgemeiner Teil, §13, kn.545.

sübjektif unsurunda eksiklik bulunmaktadır[1104]. Örneğin A, B'nin malına zarar vermesi için C'ye yönelik olarak cebir kullansa, buna karşılık C, B ile girdiği tartışma sonucunda onu yaralasa, A'nın gerçekleşen kasten yaralama suçu bakımından irade ve fiil üzerinde hâkimiyet kurduğu ve kasten hareket etmiş olduğu söylenemez. Dolayısıyla, nitelik yönünden sınırın aşılmasına ilişkin bu örnekte, A'nın sorumluluğu, şartları mevcutsa mala zarar verme suçuna teşebbüs kapsamında gündeme gelecektir. Nitekim C, B'nin malına zarar vermek için icra hareketlerine başlamış ancak tamamlayamamışsa, A'nın, mala zarar verme suçuna teşebbüsten sorumlu tutulacağına kuşku yoktur. Bileşik suçlar yönünden ise, bu tür durumlarda teşebbüsten değil, tamamlanmış suçtan sorumluluk gündeme gelecektir. Örneğin A, cebir kullanarak B'yi, C'nin malını farketttirmeden çalarak ona yönelik hırsızlık suçu gerçekleştirmeye zorlamış olabilir. Ancak B, C'nin malının alınmasına gösterdiği direnci kıracak şekilde onu yaralayarak malı elde ederse, artık hırsızlıktan değil, yağmadan söz etmek gerekecektir. Söz konusu örnekte A'nın kastı hırsızlığa ilişkin olup, bu suç yağmanın bir unsurunu oluşturduğundan, A'nın tamamlanmış hırsızlık suçundan sorumlu tutulması gerekecektir.

Sınır, nicelik yönünden de aşılmış olabilir. Örneğin A, C'ye karşı kasten yaralamanın temel şeklinin işlemesi için B'ye yönelik cebir uygulamış, ancak B, C'yi silahla yaralayarak bu suçun nitelikli halini gerçekleştirmiş olabilir. Keza netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar yönünden de, aynı şekilde düşünmek gerekir. Örnekten hareketle A'nın gerçekleşmesini istediği fiil kasten yaralamanın temel şekline ilişkin olmakla birlikte, B'nin gerçekleştirdiği davranış, C'nin sürekli işitme kaybına uğramasına neden olursa, sınırın nicelik yönünden aşıldığını kabul etmek gerekir. Bu tür durumlarda, cebir uygulayanın sorumluluğu kastına göre belirlenmek durumundadır. Kastın dışında kalan durumlar bakımından, cebir uygulayanın gerçekleşen neticeden sorumlu tutulması mümkün değildir.

Kuralı böylece ifade ettikten sonra belirtmek gerekir ki, her somut olayın özellikleri dikkate alınarak cebir uygulayan dolaylı failin, aşkın kısım bakımından olası kastla hareket etmiş olup olmadığı da ayrıca değerlendirilmelidir. Bu bakımdan,

[1104] **Heine-Weißer (SS),** StGB §25, kn.52.

yukarıda konuda hata halinde sorumluluğun belirlenmesine ilişkin izah çerçevesinde değindiğimiz plan teorisi esas alınabilir. Şayet işlenecek suç, dolaylı fail tarafından açıkça belirlenmişse, aşan kısım bakımından sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Ancak böyle bir suç planının belirsiz bir şekilde gerçekleştirildiği durumlarda, aşan kısım yönünden dolaylı failin olası kastla hareket etmiş olabileceği göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin yukarıdaki örnekte dolaylı fail, cebir mağdurunu hırsızlık suçunu işlemeye zorlamakla birlikte, malın elde edilmesinin kendisi için çok önemli olduğunu belirtecek bir takım sözler sarf etmiş veya davranışlarda bulunmuşsa, aşan kısım bakımından olası kastın gündeme gelmesi söz konusu olabilecektir. Yine, kendisine karşı cebir uygulanarak hırsızlığa zorlananın, akıl zayıflığı bulunan safça bir kişi olması durumunda da, dolaylı fail bakımından işlenen suç dolayısıyla olası kast veya taksir gündeme gelebilecektir[1105]. Nihayetinde, tüm bu değerlendirmelerde, her somut olayın özellikleri incelenerek bir sonuca ulaşmak gerekir.

Son olarak ifade edelim ki, cebir mağduru, cebri uygulayanın arzu ettiğinden daha azını gerçekleştirmiş olabilir. Örneğin cebir uygulayanın amacı nitelikli yağma suçunun gerçekleştirilmesine yönelik olmasına karşılık, cebir mağduru, yağmanın temel şeklini gerçekleştirmiş olabilir. Bu durumda, sorumluluğun gerçekleşen netice bakımından gündeme gelmesi söz konusu olacaktır. Yani cebir uygulayan da, TCK m.28'in lafzına uygun olarak, gerçekleşen suç olan yağmanın temel şeklinden dolayı sorumlu tutulacaktır.

[1105] **Heine-Weißer (SS),** StGB §25, kn.52.

SONUÇ

1) Cebir, ceza kanununda sıkça kullanılan bir kavramdır. Bu kavram, bazı suçlar yönünden unsur yahut ağırlaştırıcı neden olarak öngörülmekle birlikte, zorlama amacına matuf olarak uygulanması durumunda, bağımsız bir suç tipi olarak da yaptırım altına alınmıştır (TCK m.108). Bununla birlikte, cebir, bir kimseye yönelik zorlama maksadıyla uygulandığında, onun, iradi karar verme ve iradi hareket etme özgürlüğünü ihlal etmektedir. Bu nedenle, cebir zoruyla bir suç işleyen kişinin, bir takım şartların varlığı halinde, işlediği fiil nedeniyle kınanmasının mümkün olmadığından yola çıkılarak, cebir, kusura etki eden bir hal olarak kabul edilmektedir. Kanunumuzda da, cebrin zorlama aracı olarak kullanıldığı bu tür durumlarda, cebre maruz kalanın, işlenen suçtan ceza sorumluluğunun bulunmadığı, sorumluluğun, cebir uygulayana ait olduğu hüküm altına alınmıştır (TCK m.28).

2) Cebir, ceza hukuku alanına özgü teknik bir kavram olmayıp, daha çok günlük dilden ceza hukukuna girmiştir. Genel olarak cebir kavramının günlük dildeki karşılığını, bir kimseye karşı uygulanan fiziksel kuvvet oluşturmaktadır. Ceza kanununda kimi zaman cebir, zorlama etkisinden bağımsız olarak, uygulanan kaba gücü ifade etmek için de kullanılır. Bu manada zorlama amacından bağımsız olarak tanımlanan cebri biz, "yalın cebir" olarak nitelendirmeyi uygun görmekteyiz. Bununla birlikte, günlük dilde cebir, kimi zaman nüfuz, otorite ve bunun doğurduğu mecburiyeti *(*kamu gücü*)*, kimi zaman baskı ve sertliği (fırtına gibi doğa olayları), kimi zaman da zor kullanmayı (üçüncü bir kişiye fiziksel güç uygulanması) ifade eder. Bu kapsamda cebrin, genel olarak kuvvet, hâkimiyet, zorlama ve zarar verme anlamlarına geldiği de ifade edilmiştir.

Ceza kanununda cebrin tanımına yer verilmemiştir. Ancak tatbik alanının geniş olması nedeniyle, bu kavram bakımından kapsayıcı bir tanım ortaya koymak gerekmektedir. Bir yaklaşıma göre cebir, zorlayıcı bir kuvvete sahip olma ve bu türden bir gücü icra etme anlamına gelir. Dinamik anlamda cebir kavramı, herhangi bir karşı koymayı ortadan kaldıracak nitelikteki güç kullanımını ifade ederken, statik anlamda ise, bu türden bir güce sahip olma, diğer bir deyişle zorlama iktidarını haiz bulunma anlamına gelir. Bu güç, bir kimseyi iradesi hilafına bir şeyi yapmaya zorlar

nitelikte olabileceği gibi, bir eşyanın mevcut durumunu değiştirmeye yönelik de olabilir. Cebir, bir kimsenin, kendisine dayatılan davranışa karşı ortaya koyduğu mukavemeti kırmaya yönelik olarak kullanıldığında, bir zorlama aracı olarak kabul edilir. Günümüze kadar uzanan geleneksel ve yerleşik anlayışa göre zorlayıcı cebir, bir kimseye, iradesine aykırı ve istemediği bir davranışı yaptırmak amacıyla uygulanan fiziksel zorlamadır. Söz konusu fiziksel zorlamanın, mağdurun bedeni üzerinde etkili olması ve onun, mevcut yahut muhtemel karşı koyma iktidarını ortadan kaldıracak niteliğe sahip bulunması gerekir. Bu, dar anlamda cebir kavramının içeriğini karşılamaktadır. Buradan hareketle zorlayıcı cebrin, "fail tarafından uygulanan maddi güç" ve "söz konusu gücün mağdurda oluşturduğu belirli bir yönde hareket etmeye yönelten etkisi (zorlama)" şeklinde iki unsurdan oluştuğu söylenebilir

Kanunumuzun cebir suçunu düzenleyen 108'inci maddesinin gerekçesinde de, geleneksel anlayışa uygun bir biçimde cebrin, *"kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zecri (zorlayıcı) bir etki meydana getirilmesi"* olduğu ifade edilmiştir. Buradan çıkarılacak sonuç, 108'inci madde anlamında cebrin, zorlama vasıtalarından biri olduğu ve mahiyeti itibarıyla fiziksel kuvvet icrasını gerekli kıldığıdır. Ancak bu izah, cebir kavramının tam anlamıyla ortaya koyulabilmesi bakımından yeterli değildir. Çünkü cebrin zorlama vasıtası olarak kabul edilmesi, bu kavramın, yalnızca cebir uygulayan bakımından arz ettiği bir takım özelliklerin değil, aynı zamanda cebre maruz kalan üzerindeki etkisini de dikkate almayı zorunlu kılar. Diğer bir ifadeyle, cebrin kapsamının, hem zorlayan hem de zorlanan bakımından ayrı değerlendirmelerle belirlenmesi gerekir.

3) Zorlayıcı cebrin, kavramsal olarak zorlayan ve zorlanandan oluşan bu ikili yapısı çerçevesinde, Alman doktrin ve uygulamasında önceleri, bu kavramın tanımlanması ve unsurlarının belirlenmesinde, cebri uygulayan esas alınmıştır. Buna göre cebir, mağdur üzerinde doğurduğu etkiye göre değil, failin gerçekleştirdiği davranışa göre belirlenmelidir. Bu manada cebir, fail tarafından mağdura yönelik uygulanan fiziksel güç olarak kabul edilmelidir. Ancak söz konusu fiziksel gücün,

yalnızca beden kuvveti olarak değil, bir takım araçlar yardımıyla da tatbiki mümkündür.

Buna karşılık cebrin varlığını, mağdurda ortaya çıkardığı etkiye göre belirleyen görüşe göre, failin davranışının, mağdurun vücudu üzerinde zorlayıcı bir etki doğurarak, onun fiile karşı mukavemetini kırması gerekir. Dolayısıyla, cebrin varlığı için fail tarafından uygulanan fiziksel güçten ziyade, mağdur üzerinde doğurduğu zorlama etkisi belirleyici olmalıdır. Görüldüğü gibi bu görüş, fail odaklı yaklaşıma nazaran, cebrin sınırlarının genişlemesi sonucunu doğurmakla birlikte, cebri en geniş çerçevede ele alan anlayış, mağdur üzerinde ortaya çıkan bu etkinin fiziksel olmasını gerekli görmeyen, manevi bir takım etkileri de cebir kapsamında değerlendiren görüş çerçevesinde ortaya koyulmuştur. Bu kapsamda, mağdurun potansiyel olarak iradi hareket etme özgürlüğünün sınırlandığı hallerde, mağdur bunu bilmese dahi bu özgürlüğü kısıtlayan davranışlar cebir olarak kabul edilmiştir. Nitekim vasiyetnamesini yazacak olan kişinin gözlüğünün kırılması, o bu durumu bilmese dahi vasiyetname yazmasını engelleyeceğinden, cebirdir. Yine bu kapsamda, yol kapatma eylemleri ile bir yolun trafiğe kapatılması da, hareket özgürlüğünü ihlal ettiğinden, cebir olarak nitelendirilmiştir. Zorlayıcı cebrin içeriğinin bu denli geniş bir çerçevede belirlenmesi, bu kavramın tehditten ayrılmasında bir takım zorluklara neden olmuştur. Ancak geniş cebir anlayışını savunan görüşlere göre bu zorluk, cebrin hâlihazırda uygulanan herhangi bir kötülük olarak, tehdidin ise, gelecekte gerçekleştirileceği beyan edilen bir kötülük olarak kabul edilmesiyle aşılabilir.

Kanaatimizce hâlihazırda uygulanan-gelecekte uygulanacak olan kötülük şeklindeki ayrım, teknik olarak mümkün görünse de, birçok olayda, cebir ile tehdidin birbirinden ayrılmasında yaşanan zorlukların önüne geçebilecek nitelikte değildir. Zira bir kimsenin üzerine araç sürülerek, onu başka bir yere hareket etmeye zorlama örneğinde, gerçekleştirilen davranışın, içeriği itibarıyla kötülüğün somut olarak gerçekleştirileceğine dair bir uyarı mı; yoksa hâlihazırda uygulanan bir kötülük mü olduğunu belirlemek kolay değildir. Bununla birlikte, cebrin manevi zorlamaları da içine alacak şekilde geniş yorumlanması, cebir suçuyla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (TCK m.109), mala zarar verme (TCK m.151) gibi suçların birbirinden ayrılmasında da güçlüklere neden olacaktır. Ayrıca cebrin uygulama alanını

genişletme çabası, maddi güç kullanımını içermeyen, ancak gelecekte gerçekleştirileceği beyan edilen bir kötülük olarak da nitelendirilemeyecek bir takım davranışların cezasız kalmasının önüne geçilmesi amacına yönelik olduğundan, bir yandan kıyas yasağına aykırılık oluşturacak, öte yandan da kanun koyucuya her hukuki değer ihlalini cezalandırma ödevi yükleyecektir. Ancak bu durum, suç politikası ile bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla, zorlayıcı cebri geniş algılayan anlayış, ceza kanununda adeta *"her kim bir kimsenin iradi hareket etme özgürlüğünü ihlal ederse, cezalandırılır"* şeklinde bir hüküm mevcutmuş gibi hareket ettiğinden, eleştirilmelidir.

4) Cebir, zorlama amacına matuf olup olmamasına göre, "yalın-zorlayıcı cebir" biçiminde bir ayrıma tabi tutulduğu gibi, irade özgürlüğünü tamamen ortadan kaldırıp kaldırmadığı dikkate alınarak "mutlak kuvvet- nispi kuvvet icrası suretiyle cebir" biçiminde bir ayrıma da tabi tutulabilir. Mutlak kuvvet icrası suretiyle cebir, uygulandığı kişinin iradi karar verme ve hareket edebilme imkânını ortadan kaldırarak, onu, adeta mekanik ve soyut bir araç konumuna indirgediğinden, işlenen suç yönünden cebir uygulayanın, hareketi ika eden doğrudan fail konumunda olduğu kabul edilmelidir. Buna karşılık zorlayıcı cebirde, cebir zoruyla suç işleyen kimsenin irade özgürlüğü tamamen ortadan kaldırılmamaktadır. Bu ihtimalde cebir, iradeyi etkileyen bir araç olarak kullanıldığından, cebir altında suç işleyen kişi, iradi hareket etmekle birlikte, davranışı özgür bir iradeye dayanmadığından, işlenen suç yönünden mazur kabul edilmektedir. Dolayısıyla, mutlak kuvvetin varlığı durumunda, zorlayıcı cebirden söz edilmesi mümkün olmayıp, zorlayıcı cebir, uygulanan kuvvetin nispi olduğu durumlarda mümkündür.

5) Zorlayıcı cebir yönünden bir diğer tartışma konusu, cebrin ihmal suretiyle işlenip işlenemeyeceğidir. Burada, cebir suçu dikkate alınarak bir değerlendirme yapmak mümkündür. Cebir suçu, mağdur üzerinde zorlama etkisi doğuracak aktif bir davranışla işlenebilir. Kanun koyucu, gerek cebrin suç olarak düzenlendiği TCK m.108'de, gerekse failin zorlama yoluyla elde etmek istediği maksadın bir suç oluşturması durumunda sorumluluğun belirlenmesi amacıyla ihdas edilen TCK m.28'de, cebrin icrai olarak işlenebileceğini ortaya koymuştur. Ancak failin, mağdurun belli bir davranışa zorlanmasına engel olmak noktasında bir

yükümlülüğünün mevcut olduğu durumlarda, ihmal suretiyle icraen cebrin işlenip işlenemeyeceği tartışılmalıdır. Bir görüşe göre, cebir suçunda, failin belli bir amaçla hareket etmesi gerektiğinden yola çıkarak, ihmal suretiyle cebrin mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmalıdır. Bu görüşler, ihmali bir davranışın gerçekleştirilmesi halinde, failin hangi amaca yönelik olarak hareket ettiğinin belirlenmesindeki zorluk nedeniyle, cebir suçunun ihmalen gerçekleştirilemeyeceği esasına dayanır. Ancak failin belli bir amaca yönelik olarak hareket etmesi kastla ilgili olup, ihmal suretiyle icraen gerçekleştirilen suçlar yönünden de failin, doğrudan kast yanında, belli bir amaca yönelik olarak hareket etmesi mümkündür. Bu bakımdan örneğin, A'ya senet imzalatmak amacıyla cebir uygulayan B'ye engel olmayan A'nın oğlu C de, senedin imzalanmasından menfaati olması dolayısıyla bu davranışa müdahale etmemesi durumunda, ihmal suretiyle ve belli bir amaca yönelik olarak hareket etmiş olacaktır. İhmal suretiyle cebri reddeden diğer bir görüş ise, ihmal suretiyle icra suçlarında, failin belli bir neticeyi önlemek yükümlülüğünün bulunmasına dayanmaktadır. Cebir suçunda, failin engel olma yükümlülüğünün kaynağını oluşturan herhangi bir netice bulunmadığından, bu suçun ihmal suretiyle işlenmesi mümkün değildir.

Zorlayıcı cebir bakımından, failin belli bir amaçla hareket etmesi kastla ilgili olup, failin ihmal suretiyle icrai bir davranışta bulunmasına engel değildir. Ayrıca mevzuatımızda, sadece neticeli suçların değil, bazı durumlarda somut tehlike suçlarının da ihmal suretiyle işlenebileceği münhasıran hüküm altına alınmıştır (örn. 6831 sayılı Orman Kanunu m.105/2). Dolayısıyla, bu tür suçların da ihmal suretiyle icraen işlenmesi mümkündür. Bununla birlikte, zorlayıcı cebrin mazeret nedeni olarak kabul edildiği durumlarda, cebir mağduru, cebrin etkisiyle bir suç işlemektedir. Bu nedenle, bu tür durumlarda cebir, neticesiz bir kuvvet kullanımı olarak kabul edilemez. Sonuç olarak, mazeret nedeni olarak zorlayıcı cebirde, cebir uygulayan, hem cebir suçundan; hem de cebir mağdurunun işlediği suçtan dolayı sorumlu tutulmalıdır. Bu bakımdan, cebir uygulayanın neticeyi önleme yükümlülüğünün bulunduğu hallerde, bu yükümlülüğe aykırı davranmasının, ihmal suretiyle cebre olanak sağladığı görüşündeyiz.

6) Cebir bakımından ortaya koyulan diğer bir ayrım da, eşyaya-kişiye karşı cebirdir. Bu kapsamda, fiziksel kuvvetin eşyaya yönelik olarak uygulandığı

durumlarda eşyaya; kişiye karşı uygulandığı durumlarda ise, kişiye karşı cebirden söz edilebilir. Buradaki mesele, eşya üzerinde kullanılan fiziksel gücün, zorlayıcı cebir olarak kabul edilip edilemeyeceğidir. Bu soruya, kural olarak hem cebri geniş olarak algılayan görüşe taraftar olanlarca, hem de dar cebir anlayışını benimseyenlerce olumlu yanıt verilmiştir. İlk görüşü savunanlarca cebir, mağdur üzerinde zorlama etkisi oluşturacak biçimde icra edilen güncel bir kötülük olarak algılandığından, örneğin kiracının evden çıkmasını sağlamak amacıyla ev sahibi tarafından evin suyunun ya da elektriğinin kesilmesi, mirasını yazmak isteyen bir kimsenin gözlüklerinin kırılması, bir kimsenin gerçekleştirmek istediği seyahati önlemek amacıyla köpeğinin zehirlenmesi, her ne kadar eşya üzerinde gerçekleştirilen kuvvet kullanımından ibaretse de, mağdurda manevi zorlama etkisi ortaya çıkardığından cebirdir. İkinci görüşe taraftar olan yazarlar da, manevi etki doğuran zorlamaları cebir kapsamında mütalaa etmeyerek, eşyalara karşı uygulanan fiziksel kuvvetin, ancak beden üzerinde etki gösterdiği ölçüde cebrin çekirdek alanına dâhil edilebileceği görüşündedirler. Örneğin soğuk bir havada, bir kimsenin oturduğu evin pencerelerinin sökülmesi, soğuğun içeriye girerek oturanlar üzerinde bedensel bir etki meydana getireceğinden, cebir kapsamında mütalaa edilebilir.

Kanaatimizce hukukumuz yönünden salt eşya üzerindeki kuvvet kullanımlarının zorlayıcı cebir olarak telakkisi mümkün değildir. Çünkü cebir, kişiye yönelik olarak kullanılan fiziksel bir güçten ibarettir. Bu kapsamda kanun koyucu, cebir kullanımlarını, kasten yaralamaya özgüleyerek suç olarak düzenlemiştir. Ancak eşyanın araç olarak kullanıldığı, bir kimsenin, bir davranışa zorlamak amacıyla sopayla dövülmesi yahut bu amaç çerçevesinde bir eşya fırlatılarak kişiye ve eşyaya zarar verilmesi halinde zorlayıcı cebrin varlığı kabul edilebilir.

7) Hukukumuzda cebir kavramı, 765 sayılı TCK uygulamasında, iradeyi zorlama araçları olan cebir ve tehdidin üst başlığını oluşturacak şekilde değerlendirilmiştir. Buna göre, maddi güç içeren zorlamalar maddi cebri; manevi zorlamalar ise, tehdidi karşılayacak biçimde kullanılmıştır. Bu anlamda cebir, "maddi cebir" ve "manevi cebir" şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur. 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, bu tartışmalara son verecek şekilde, cebir ile tehdit birbirinden ayrılmıştır. Cebir suçu 108'inci; tehdit suçu ise, 106'ncı

maddede yaptırım altına alınmış, zorlama amacına yönelik olarak kullanılan cebir ve tehdit ise, 28'inci maddede, kusura etki eden bir neden olarak kabul edilmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, hukukumuzda, ne 765 sayılı, ne de 5237 sayılı TCK uygulamasında, Alman hukukundakine benzer bir biçimde bu kavramın mahiyetine ilişkin kapsamlı tartışmalar söz konusu olmuştur. Bu nedenle çalışmamızda, cebir kavramının ortaya koyulması bakımından, geniş bir bakış açısı sağlayan Alman hukukundaki görüş ve uygulamalar, İsviçre ve Avusturya hukuk uygulamasıyla zenginleştirilerek aktarılmış ve konuya geniş bir perspektif kazandırılmaya çalışılmıştır.

8) Zorlayıcı cebir, kusura etki eden bir neden olarak düzenlendiğinden, kusur yargısının, bu kavrama ilişkin değerlendirmenin zeminini oluşturduğu söylenebilir. Ayrıca cebrin bir mazeret nedeni mi; yoksa kusurluluğu kaldıran bir neden olarak mı kabul edileceği sorunu da, kusur ile alakalıdır. Bu nedenle, kusur yargısının kapsam ve mahiyeti, suç sistematiğindeki yeri, zorlayıcı cebrin temellendirilmesi bakımından önem arz etmektedir. Kusur, ceza hukukunun tarihsel gelişimi içerisinde önceleri bağımsız bir fenomen olarak kabul edilmemekle birlikte, haksızlık teşkil eden hareketten ayrılmasıyla önemli hale gelmiştir. Haksızlık–kusur ayrımından itibaren 20'nci yüzyıla kadar hâkim olan bu süreçte kusur, suçun manevi unsurlarını bir araya toplayan bir üst kavram olarak mütalaa edilmiştir. *Frank*'ın, kusuru normatif bir bakış açısıyla ele alıp, suçun unsurlarından ayrı ve bağımsız bir değerlendirmenin konusu olarak kabulüyle başlayan normatif kusur anlayışı akımı, bu kavramın suç teorisindeki yerini değiştirerek, kusurluluğa bağlanan sonuçlar bakımından da, derin etkiler ortaya koymuştur. Günümüzde bu anlayışa uygun olarak kusur, fail hakkında işlenen fiilden kaynaklanan bir kınanabilirlik yargısı olarak kabul görmektedir. Bu çerçevede baskın görüşe göre, fail, hak ile haksızlık arasında bir seçim yaparak, iradesini haksızlık yönünde kullanması nedeniyle muaheze edilmelidir. Zorlayıcı cebir bakımından, cebir altında suç işleyen kişi, her ne kadar iradi hareket etmekteyse de, iradesi baskı altında olduğundan, işlediği suç nedeniyle kınanabilir değildir.

Normatif kusur prensibi çerçevesinde, zorlayıcı cebrin kusura etki ettiği kabul edilmekteyse de, bu etkinin ne şekilde gerçekleştiği tartışmalıdır. Buradaki sorun,

zorlayıcı cebrin, kusuru kaldıran bir etki mi gösterdiği, yoksa kusuru, cezaya layık kabul edilemeyecek biçimde azaltmış olduğunun mu kabul edileceğine ilişkindir. Baskın görüşe göre, zorlayıcı cebir altında suç işleyen kişi, baskı altında olsa da, haksızlık yönünde iradesini kullandığından dolayı kusurludur. Ancak kusurun ölçüsü, cezalandırmayı gerekli kılacak ağırlığa ulaşmadığından, cebir altında suç işleyen kişinin mazur görülmesi gerekir. Bu nedenle zorlayıcı cebrin, mazeret nedeni olarak kabul edilmesi gerekir. Buna karşılık kusuru kaldıran nedenler ise, akıl hastalığı, yaş küçüklüğü ve yasak hatası olarak kabul edilmelidir.

Kanaatimizce de, zorlayıcı cebir bir mazeret nedenidir. Zira cebir zoruyla hareket eden kişi, iradesi baskı altında olsa da, onun, haksızlığın varlığına ve iradesini bu haksızlığa yönlendirdiğine ilişkin bilinçli hareket etmiş olduğu noktasında herhangi bir tereddüt yoktur. Dolayısıyla, bu durumda, suç işleyen kişi ile örneğin yasak hatasına düşen kişi arasında, kusur bakımından bir ayrıma gidilmesi gerekir. Bu anlamda cebir mağduru, işlediği suç bakımından halihazırda haksızlık tarafında bulunmakta, işlediği fiil haksızlık özelliğini korumaktadır. Bu argüman, zorlayıcı cebrin hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyeceğine de gerekçe oluşturmaktadır. Zira zorlayıcı cebrin hukuka uygunluk nedeni oluşturduğu kabul edilirse, cebir altında suç işleyen kişiye yönelik meşru savunmada bulunmak mümkün olmayacağı gibi, işlediği fiil haksızlık özelliği taşımadığından, onun fiiline iştirak da gündeme gelemeyecektir.

9) Hukukumuz bakımından mazeret nedeni-kusuru kaldıran nedenler ayrımı bir yana, kanundaki düzenleniş biçimi itibarıyla hukuka uygunluk nedenleri ile kusuru kaldıran nedenler arasında dahi teorik bir ayrım gözetilmeksizin, sonuç odaklı bir yaklaşımla, bunların varlığı halinde fail hakkında ceza verilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerden hangilerinin kusura, hangilerinin hukuka aykırılığa etki ettiği bakımından, kanunda gerekçe dışında bir açıklık yoktur. Bu eksiklik, CMK m.223'te yer verilen, yargılama sonunda verilecek hüküm ile ilgili düzenleme vasıtasıyla giderilmeye çalışılmıştır. Nitekim maddeye göre, kusura etki eden nedenlerin varlığı durumunda, fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir. Buna karşılık, hukuka uygunluk nedenleri, beraat kararı verilmesini gerektirir.

Belirtmek gerekir ki, bu soruna ilişkin çözümün CMK'da ve ceza sorumluluğuna etki eden nedenlere ilişkin TCK'daki düzenlemelerin gerekçesinde yer verilen açıklamalarla çözülmeye çalışılması yeterli değildir. Bunun yerine, TCK'nın ilgili hükümlerinde, bu konuya açıklık getirecek ifadelere yer verilmesi daha doğru olacaktır. Zira kanunda yer verilen yeknesak düzenleme, lafzi olarak özellikle hata bahsinde de ciddi tartışmalara neden olmaktadır. Nitekim TCK m.30'un birinci fıkrasında unsur hatası, bu durumda kastın ortadan kalkacağına açıkça işaret edilerek düzenlenmiş, dördüncü fıkrada da, yasak hatasına yer verilmiştir. Buradaki sorunlu düzenleme, "ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır" ifadesini barındıran üçüncü fıkra hükmüdür. Görüldüğü gibi maddede, kusuru kaldıran nedenler ile hukuka uygunluk nedenleri ayrımı gözetilmeksizin, "ceza sorumluluğuna etki eden nedenlerde hata" ibaresine yer verilmiştir. Hukuka uygunluk nedenleri ile kusuru kaldıran nedenler arasında, suç sistematiği yönünden ortaya çıkan derin farklılıklar dikkate alındığında, bu düzenleme tarzının yerinde olmadığını kabul etmek gerekir.

10) Zorlayıcı cebrin mazeret nedeni olarak kabulünde tereddüt yoksa da, bağımsız bir mazeret nedeni olarak mı; yoksa zorunluluk haline ilişkin özel bir durum olarak mı kabul edileceği tartışmalıdır. Alman hukuku bakımından, ceza kanununda TCK m.28'e benzer şekilde cebri, kusura etki eden bir neden olarak kabul eden düzenleme (StGB § 52), 1975 yılında yapılan reform çerçevesinde yürürlükten kaldırılarak, zorunluluk hali, hukuka uygunluk nedeni ve mazeret nedeni olarak ikiye ayrılarak hüküm altına alındığından, zorlayıcı cebrin, bu tarihten itibaren bağımsız bir neden olarak değil, zorunluluk hali kapsamında mütalaa edildiği görülmektedir. Ancak bu çerçevede, konuya ilişkin doktrinde yer verilen örneklerde, neredeyse tamamen tehdit üzerinden bir izah ortaya koyulmuş, cebrin hangi gerekçeyle zorunluluk halinin bir görünümü olduğu tartışılmamıştır. Ancak zorlayıcı cebrin zorunluluk kapsamında değerlendirilmesinin sebebinin, Alman hukukunda hâkim olan geniş cebir anlayışının sonucu olduğu söylenebilir. Çünkü fiziksel gücü cebir bakımından bir şart olarak aramayan ve bu manada cebri geniş bir çerçevede ele alan bu görüşe göre, tehlike oluşturan durumların da, güncel olmak/hâlihazırda tatbik

ediliyor olmak şartıyla cebir başlığı altında değerlendirilmesi mümkündür. Ancak kanaatimizce cebir, bu denli geniş yorumlanmamalıdır. Dolayısıyla, bu kavramın, zorunluluk halinin şartlarından biri olan tehlike ile bağdaşması mümkün değildir. Hukukumuzda da cebir, kasten yaralamaya özgülendiğinden, bu sonuca ulaşmak zaruri gözükmektedir. Dolayısıyla, tehdit, zorunluluk hali çerçevesinde değerlendirilebilirse de, kanaatimizce cebrin, kanunumuzdaki gibi bağımsız bir mazeret nedeni olarak kabul edilmesi uygun olmuştur.

11) TCK m.28'de, zorlayıcı cebrin varlığından söz edilebilmesi bakımından yalnızca, cebrin karşı konulamayacak ve başka türlü kurtulunamayacak bir etkiye sahip olması gerektiğine işaret edilmiştir. Dolayısıyla, madde, zorlayıcı cebrin unsurlarının ortaya koyulması açısından yeterli değildir. Ancak bu hususta, cebir suçunun düzenlendiği TCK m.108 yol gösterici olacaktır. Maddede, cebrin, *"mağdurun bir şeyi yapması, yapmaması yahut yapılmasına müsaade etmesi"* amacına yönelik olması gerektiğine işaret edilmiştir. Bu ifade, zorlayıcı cebir yönünden genel olarak, fail bakımından zorlama iradesi; mağdur bakımından ise, uygulanan cebrin zorlama etkisi doğurması şeklinde sübjektif bir unsurun gerekliliğini ortaya koymaktadır. Diğer bir deyişle, söz konusu ifadenin, zorlayıcı cebrin sübjektif yanını ortaya koyduğu söylenebilir. Bununla birlikte sübjektif unsurlardan evvel, cebrin maddi içeriğinin, başka bir deyişle, objektif unsurlarının belirlenmesine ilişkin olarak, fiziksel kuvvetin gerekli olup olmadığı tartışılmalıdır. Alman doktrininde genel kanaat, bu türden bir kuvvetin gerekliliğini reddederek, mağdur üzerinde gerçekleşen zorlama etkisini, cebrin varlığı açısından yeterli kabul etmektedir. Buna dayanak olarak modern bir yaklaşım tarzı esas alındığında, cebrin oluşumu için fiziksel kuvvetin bir şart olarak aranması ihtiyacının ortadan kalktığı ifade edilmiştir. Çünkü fiziksel kuvvet, amaca hizmet etmeyen ve İmparatorluk Mahkemesi kararlarına dayanan eski bir anlayışın sonucudur.

TCK m.108'in madde metninde, cebir yönünden bir tanım ortaya koyulmasa da, madde gerekçesinde, cebrin; *"kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zecri (zorlayıcı) bir etki meydana getirilmesi"* olduğu belirtilmiştir. Buradan hareketle kanun koyucunun, fiziki güç kullanmayı cebrin bir unsuru olarak kabul ederek, bunun dışında kalan

halleri maddenin uygulama alanı dışında bıraktığı söylenebilir. Gerekçede ayrıca *"cebir kullanma suçu, aynı zamanda kasten yaralama suçunu oluşturmaktadır. Ancak, kasten yaralama suçundan farklı olarak, bir şeyi yapması veya yapmaması ya da bir şeyin yapılmasına müsaade etmesi için kişiye karşı cebir tatbik edilmektedir"* denilerek bu suçla kasten yaralama arasında *"hareketin amacı"* dışında bir fark olmadığı vurgulanmıştır. Buna paralel olarak madde metninde de, faile verilecek cezanın, kasten yaralama suçundan hareketle tayin edileceği hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla, cebir suçu bakımından kasten yaralamaya yapılan atfın, yaralama suçunun nitelikli hallerini de kapsayacak mahiyette olduğu kabul edilmelidir. Ancak burada gündeme gelen soru, kasten yaralamanın seçimlik davranışlarından hangisinin cebir suçuna vücut verdiğidir. Madde gerekçesinde, cebre maruz kalan kişinin bu fizik gücün meydana getirdiği acının etkisiyle hareket etmesi arandığından, ilk bakışta, mağdurun bedenine yönelen ve yalnızca ona acı veren davranışların cebir olarak değerlendirilebileceği, kasten yaralamanın vücuda acı verecek mahiyette olmayan seçimlik davranışlarının cebir olarak kabul edilemeyeceği söylenebilir. Bu yorum tarzı, TCK'nın 148/3 hükmü ile paralel bir mahiyet arz etmektedir. Nitekim kanun koyucu anılan hükümde; *"mağdurun, herhangi bir vasıta ile kendisini bilmeyecek ve savunamayacak hale getirilmesi de, yağma suçunda cebir sayılır"* diyerek, farazi bir cebir durumu ihdas etmiştir. Bu hüküm dikkate alındığında, mağdurun fiziksel olarak acı çekmesine neden olmayan davranışların, bu hükümdeki gibi kanunda açıkça öngörülmesi durumunda cebir sayılabileceği sonucuna ulaşılabilir. Ancak kanaatimizce, kasten yaralama oluşturan tüm davranışların, 108'inci maddenin gerekçesinde öngörüldüğü gibi bir sınırlamaya tabi tutulmaksızın cebir olarak kabul edilmesi yerinde olacaktır. Esasen gerekçe bağlayıcı olmadığından bu yorumun tatbik imkânı bulabileceği de söylenebilir. Ayrıca TCK m.148/3 hükmü, yağma açısından açıklayıcı ve somut olayda yargılama görevi yürüten hâkimin tereddütte kalmasını engelleyici mahiyette kabul edilebilir. Bununla birlikte söz konusu düzenleme, yalnızca yağma suçu açısından geçerli olduğundan, genele şümulü de mümkün değildir.

Bu görüşü savunmamızın nedeni, TCK m.28 ve m.108 dışında, ceza kanununda birçok suç tipinde de dikkate alınmış olan cebir kavramının kapsamını,

yalnızca fiziksel acı verecek davranışlara indirgemenin, bu kavramın yer verildiği suçlardan bazıları bakımından olumsuz bir sonuç ortaya çıkarmasıdır. Örneğin fuhuş suçu bakımından TCK m.227/4'te; *"Cebir ... ile bir kimseyi fuhşa sevk eden veya fuhuş yapmasını sağlayan kişi hakkında yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısından iki katına kadar artırılır"* denilerek cebir, bu suç yönünden ağırlaştırıcı bir sebep olarak kabul edilmiştir. Burada cebir kavramına yüklenecek anlamın, yalnızca vücuda acı verecek davranışlarla sınırlandırılması durumunda örneğin, ilaç verip bayıltarak bir kimsenin fuhuş yapmasını sağlayan failin cezası suçun temel şekline göre mi belirlenecektir? Bu soruya olumlu yanıt verilirse, fiilin, *"teşvik etme, kolaylaştırma, aracılık etme ve yer temini"* biçimindeki seçimlik hareketlerden hangisi yönünden tipik olduğu sorusuna cevap bulmak da zordur.

Belirtelim ki, bu suçun, "hukuka aykırı başka bir davranışla" işlenmesi mümkün değildir. Diğer bir deyişle suçun temel ve nitelikli halleri bakımından bağlı hareketli olduğu söylenebilir. Dolayısıyla suçun nitelikli halini oluşturan seçimlik davranışlardan cebri, vücuda acı veren kasten yaralama şeklindeki davranışlar olarak ele alan düşünceye göre, yukarıdaki örnekte fiilin, zorlama bir yorumla "kolaylaştırma" olarak kabulüyle suçun temel şeklini oluşturduğu sonucuna varmak gerekecektir. Ancak bunun, hükmün amacıyla ve ceza adaletiyle bağdaştığı elbette ki söylenemez.

Zorlayıcı cebir bakımından konuya yaklaşıldığında ise, iradeyi zorlayıcı gücün, genellikle vücuda acı veren bir etki ortaya çıkarması nedeniyle, zorlayıcı cebir teşkil eden fiziksel güç tatbikinin de, kasten yaralamanın vücuda acı veren seçimlik hareketlerden oluştuğu ifade edilebilir. Ancak bunun dışında, kasten yaralamanın seçimlik hareketlerinden birini oluşturan sağlığı bozucu fiziksel davranışların da, iradeyi zorlamaya elverişli olarak tatbik edilebildiği ölçüde, zorlayıcı cebir kapsamında değerlendirilmesi gerektiği söylenebilir.

12) TCK m.28'de, cebrin, *"karşı konulamayacak"* olması aranmaktadır. Mağdurun iradesinin tamamen ortadan kaldırılması ve kendi iradesine göre hareket etme imkânının mutlak suretle elinden alınması anlamına gelen ve bu yönüyle mutlak kuvvet olarak nitelenebilecek bu tür güç kullanımlarının, zorlayıcı cebir

olarak kabulü tartışmalıdır. Bu yöndeki tartışmalar, mutlak kuvvetin kabulü ya da reddine ilişkin farklı görüşlerin ortaya atılmasından kaynaklanmaktadır. Kanaatimizce, mutlak kuvvet icrası suretiyle mağdurun irade özgürlüğünün tamamen ortadan kaldırıldığı durumlarda, mağdurun, davranışlarını yönlendirme noktasındaki seçim hakları tamamen elinden alındığı için iradi bir davranışta bulunduğundan bahsedilemez. Dolayısıyla, mutlak kuvvet halinde, kuvvete maruz kalan açısından ceza hukuku anlamında bir hareketin varlığından söz edilmesi mümkün değildir. Zira mutlak kuvvet halinde uygulanan cebir, karşı konulamaz bir hal almış ve tatbik edildiği kişiyi suçta mekanik, soyut bir araç haline getirmiştir. Örneğin bir kimsenin elinin tutularak bir kâğıda imza atılması ihtimalinde durum böyledir. Sonuç olarak maddede, cebrin ağırlığına ilişkin yapılan bu belirlemenin, maddenin ihdas amacıyla bağdaşmadığı kabul edilmelidir.

13) Fiziksel kuvvetin cebrin unsuru olup olmadığının ve kapsamının belirlenmesinden sonra, cebre zorlayıcılık özelliği kazandıran bir unsur olarak, uygulanan fiziksel kuvvetin belli bir önemi ve ağırlığının da olması gerekmektedir. Çünkü cebrin bir mazeret nedeni olarak kabul edilebilmesi, fiziksel kuvvetin, somut olayda mağduru bir suça zorlamaya elverişli düzeyde kullanıldığının belirlenmesine bağlıdır. Bu bakımdan, uygulanan kuvvetin ağırlığı, cebrin şartını oluşturan fiziksel kuvvetin varlığına ilişkin bir unsurdur. Dolayısıyla, burada kullanılacak ölçü sübjektif değil, objektif bir ölçü olmalıdır. Başka bir deyişle, belli bir öneme sahip nispi kuvvet şeklinde tatbik edilen fiziksel gücün varlığı, objektif unsurların oluşması bakımından gerekli ve yeterlidir. Bu yönde yapılacak değerlendirme; somut olayda herhangi bir araç kullanılıp kullanılmadığına, kullanılan aracın türüne ve niteliğine, failin bunu kullanış biçimine, mağdurun fiziksel özelliklerine bağlı olarak değişkenlik arz edebilir. Dolayısıyla, buradaki objektif belirleme ölçüsü, somut olaya indirgenerek bireyselleştirilmiş bir ölçü olup (*Der objektiv individualisierende Maßstab*), somut olayda mağdurla aynı özelliklere sahip ortalama bir üçüncü kişinin dikkate alınmasını gerektirir. Örneğin 14 yaşında bir çocuk tarafından herhangi bir bedensel kusuru olmayan bir yetişkine tokat atılması durumunda, tatbik edilen fiziksel gücün zorlamaya elverişli olabilecek bir öneme sahip bulunmadığı kabul edilmelidir. Ancak aynı örnekte çocuğun, büyükçe bir sopa kullandığı ve mağdurun

da bundan sakınmasını zorlaştıracak bir bedensel engelinin mevcut olduğu varsayımında, fiziksel gücün zorlayıcı cebri oluşturacak bir öneme sahip olduğu söylenebilir. Yine aynı örnekte, sopanın, yalnızca mağduru sert bir biçimde dürtmek için kullanılması halinde, mağdurun vücudunda basit tıbbi müdahale ile tedavi edilebilecek derecede ekimozlar oluştursa dahi, kullanılan gücün, zorlayıcı cebrin unsurunu oluşturacak ağırlığa ulaşmadığı söylenebilir. Görüldüğü gibi somut olayın özellikleri, harcanan fiziksel kuvvet az olsa da, uygulanan gücün cebir olarak kabulünü mümkün hale getirebilir. Bu nedenle, fizik gücün tatbikinde sarf edilen bedensel eforun az ya da çok olmasının bir önemi yoktur. Önemli olan, bu gücün doğurduğu etkinin belli bir öneme sahip olmasıdır.

Bu kapsamda altı çizilmesi gereken bir husus da, zorlayıcı cebrin mazeret nedeni olarak kabul edilebilmesi için, feda edilen hakkın, korunmak istenen hakka göre üstün olmasının gerekli olduğudur. Bu açıdan söz konusu ölçünün mevcut olmaması durumunda, cebir mazeret nedeni olarak kabul edilemese de, cezanın belirlenmesinde failin kusuruna etki eden bir neden olarak dikkate alınabilir.

14) Zorlayıcı cebrin varlığı için gerekli olan sübjektif unsurlardan ilki, failin zorlama amacına sahip olmasıdır. TCK m.28'de, zorlayıcı cebir bakımından failin, mağduru belli bir davranışa veya bir davranışın gerçekleştirilmesine katlanmaya zorlamak amacıyla hareket etmesi gerektiğine açıkça vurgu yapılmasa da, mağdurun cebir altında bir suç işlemesi durumunda, sorumluluğun cebri uygulayana ait olduğunun belirtilmesi, failin bu amaç doğrultusunda hareket etmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Ayrıca cebir suçunu düzenleyen TCK m.108'de de bu husus, *"bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bir kişiye karşı cebir kullanılması"* denilerek açıkça ifade edilmiştir.

TCK m.28, cebrin, mağduru, belli bir suç işlemeye zorlamak amacıyla kullanılması halinde ceza sorumluluğunun tayini amacıyla ihdas edilmiştir. Bu bakımdan failin, cebir sonucunda mağdur tarafından bir suç işleneceğini kabullenmesi yeterli değildir. Örneğin yaralama kastıyla hareket eden bir kimsenin, bunun, mağdurun bir suç işlemesi şeklinde yan bir netice ortaya çıkaracağını

öngörmesi yeterli değildir. Bu bakımdan failin, kasten hareket etmesine sebep olan bir motivasyona da sahip olması gerekir.

Zorlayıcı cebrin sübjektif unsurlarından ikincisi ise, cebrin, mağdurda oluşturduğu zorlama etkisi olarak kabul edilebilir. Doktrinde ağırlıklı görüş, cebrin, mağdur üzerinde fiziksel bir etki doğurması gerektiği kanaatindedir. Kanaatimizce de, zorlayıcı cebrin sübjektif unsurunu oluşturan zorlama etkisinin, manevi değil, fiziksel olması gereklidir. Bu, cebir ile tehdidin birbirinden ayrılmasında kullanılan önemli bir kriter olduğu gibi, zorlayıcı cebir teşkil eden davranışların, aynı zamanda kasten yaralama oluşturmasının da bir sonucu olarak kabul edilebilir. Bununla birlikte, zorlayıcı cebir ile iradi hareket edebilme özgürlüğünün sınırsız bir biçimde korunması amaçlanmadığından, cebrin uygulama alanının, manevi zorlamaları da içine alacak şekilde genişletilmesi mümkün olmamalıdır.

15) Cebrin sonucu olarak ortaya çıkan zorlama etkisi, faildeki amaca paralel olarak, mağdurun; bir şeyi yapmaya, yapmamaya yahut bir şeye katlanmaya icbar edilmesi şeklinde ortaya çıkar. Bu anlamda ilk olarak, iradeyi zorlama aracı olarak kullanılan cebir, mağdurun bir şeyi yapmasına yönelik olabilir. Örneğin mağdurun hırsızlık suçunu işlemesi, bir kimseyi yaralaması yahut malına zarar vermesine yönelik zorlamalar bu kapsamdadır. Mağdurun belirli bir yönde hareket etmeye zorlanması, onun bir başkasını yaralamak, öldürmek gibi icrai bir davranışta bulunmaya mecbur kılınması dışında, nispi kuvvet icrası suretiyle hâkimiyeti dâhilindeki bir olayın gerçekleşmesi yahut gerçekleşmemesi yönünde ihmal göstermesi, buna katlanması şeklinde de söz konusu olabilir. Mağdurun hâkimiyetinde olmayan bir davranışa zorlanması durumunda, bu davranış, icrai de ihmali de olsa, zorlayıcı cebir kapsamında değerlendirilemez. Bu bakımdan, örneğin görevi ve yetkisi dâhilinde olmayan hukuka aykırı bir işlem için bir kamu görevlisinden imza atmasının istenmesi halinde, fiil, objektif olarak görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmaya elverişli olabilirse de, kamu görevlisinin o işlemi yapabilme yetki ve iktidarı bulunmadığından, şartları varsa belgede sahtecilik kapsamında bir değerlendirme yapmak gerekecektir.

16) TCK m.28'de, zorlayıcı cebrin etkisiyle işlenen suçtan sorumluluğun cebir uygulayana ait olduğu kabul edilmiştir. Söz konusu sorumluluğun hukuki temelinin doğrudan faillikten kaynaklandığı yahut iştirak kuralları çerçevesinde söz konusu olduğuna ilişkin doktrinde değişik görüşler mevcutsa da, cebir uygulayan, cebir mağdurunun iradesi üzerinde hâkimiyet kurarak ona suç işlettiğinden, sorumluluğun dolaylı faillik esaslarına göre belirlenmesi gerekmektedir.

Cebir yoluyla hâkimiyetin ne zaman söz konusu olabileceği, diğer bir deyişle cebir uygulayan failin, cebir mağdurunun iradesi üzerinde hangi durumlarda hâkimiyet kurmuş olduğunun belirlenmesi bakımından, Alman doktrininde genel görüş, sorumluluk prensibine müracaat edilmesi gerektiği fikrindedir. Bu prensip, araç olarak kullanılan öndeki kişinin, ceza sorumluluğunun bulunup bulunmadığını kıstas almaktadır. Buna göre, araç olarak kullanılan öndeki failin sorumluluğu cihetine gidilemediği zorunluluk durumlarında, dolaylı failliğin varlığı kabul edilebilir. Bu bakımdan, sorumluluğu düzenleyen kanuni düzenlemede, araç olarak kullanılan doğrudan failin sorumlu tutulup tutulmadığı önem arz etmektedir. Şayet sorumluluk arka plandaki kişiye ait ise, hâkimiyetin mevcudiyeti kabul edilmelidir. Zorlayıcı cebir yönünden de kanunumuzda, sorumluluğun cebir uygulayana ait olduğu hüküm altına alındığından (TCK m.28), iradeye hâkimiyetin varlığı noktasında sorumluluk prensibinin dikkate alınabileceği söylenebilir. Ancak bunun için öncelikle, zorlayıcı cebrin objektif ve sübjektif unsurlarının gerçekleşmiş olması gerekir. Bu unsurların gerçekleşmesi, zorlayıcı cebrin mazeret nedeni olarak kabul edilmesine olanak sağladığından, bunların gerçekleşmesi halinde, cebir failine ait olan sorumluluğun esasının da, otomatik olarak dolaylı faillik çerçevesinde gündeme geleceği söylenebilir.

17) Zorlayıcı cebrin, mağdurun kendisine zarar vermeye zorlama amacına matuf olarak tatbiki durumunda, bir kimse, kendisine karşı gerçekleştirdiği fiil yönünden hem mağdur hem fail olmayacağından, bu tarz davranışların tipik olmadığı kabul edilmelidir. Cebir yoluyla kendi malına yahut vücut bütünlüğüne zarar vermeye zorlanan bir kişinin fiili, mala zarar verme ve kasten yaralama suçları bakımından tipik değildir. Ancak ceza sorumluluğu, dolaylı failliğin, bağlılık kuralı çerçevesinde değil, failliğe özgü hâkimiyet (dolaylı faillik bakımından iradeye

hâkimiyet) kurallarına göre belirlenen bir sorumluluk şekli olduğu dikkate alındığında, zorlamayı gerçekleştiren kişiye ait olacaktır. Bu tür durumlarda, dolaylı failliği, sorumluluk prensibinin kıyasen uygulanması suretiyle belirleyen görüşler olduğu gibi, ilgilinin rızası çerçevesinde bir değerlendirmeyle sonuca ulaşanlar da mevcuttur. Kanaatimizce burada, ilgilinin rızası dikkate alınmalıdır. Bu bakımdan cebir mağdurunun, kendisine yönelik zarar vermeye zorlandığı durumlarda, herhangi bir rızasının varlığından söz edilemeyeceğinden, fiilden sorumluluk, dolaylı faillik kapsamında cebir uygulayana ait olacaktır.

18) Üçüncü kişinin, meşru savunma kapsamında cebir mağduruna verdiği zararlardan, cebir failinin sorumlu tutulup tutulamayacağı da tartışmalıdır. Bu kapsamda B'nin, A tarafından, C'yi yaralamaya zorlanmasının sonucu olarak, meşru savunma kapsamında C'nin, B'yi yaralaması, bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Sorun, C'nin meşru savunma kapsamında B'ye verdiği zarardan dolayı A'yı sorumlu tutmanın mümkün olup olmadığına ilişkindir. Burada sorumluluk, esasen zorlama altında üçüncü kişiye saldırıda bulunan B'nin fiilinden değil, bu saldırıya karşı meşru savunma çerçevesinde C'nin gerçekleştirdiği davranıştan kaynaklandığından, failliğin esasını oluşturan hâkimiyet prensibi gereğince, cebir faili olan A'nın, meşru savunmanın şartlarının oluşacağını biliyor olması gerekir. Bu kapsamda, örneğin A'nın, C'nin silah taşıdığını biliyor olması, böyle bir bilginin varlığına dayanak oluşturabilir. Keza A tarafından C'ye, kendisine B tarafından bir saldırı olabileceğinin bildirilmiş olması da yeterli kabul edilebilir. Aksi takdirde, kusur ilkesine aykırı olarak bir kimsenin, üçüncü kişinin davranışından sorumluluğu gündeme gelecektir. Ancak bu durum, modern ceza hukuku anlayışıyla bağdaşmamaktadır.

19) Cebir mağdurunun, özel faillik sıfatını gerektiren bir suçu işlemeye zorlanması durumunda, bu sıfatı taşımayan cebir failinin, işlenen suçtan sorumlu tutulması mümkün değildir. Bu, TCK m.40'ta, *"özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur"* şeklinde yer verilen hükmün bir sonucudur. Dolayısıyla, zorlayıcı cebir ile iradeye hâkimiyet kurarak suç işleyen kişinin sorumluluğu, araç kişinin belli bir yükümlülük altında olması, diğer bir ifade

ile özel faillik niteliği taşıması durumunda, dolaylı faillik esaslarına göre belirlenemeyecektir. Burada sorumluluk, ancak iştirak kurallarına göre gündeme gelebilir.

20) Cebir uygulayanın, dolaylı failliğin esasını oluşturan hâkimiyetin varlığında hataya düşmesi durumunda, zorlayıcı cebir altında işlenen suçtan kaynaklanan sorumluluğun, dolaylı faillik esaslarına dayandırılarak belirlenmesi mümkün değildir. Zira failliği, hâkimiyet esasına dayandıran maddi-objektif teoriye göre, hâkimiyetin mevcut olmaması, failliğin ortaya çıkmasını engeller. Örneğin A, B'ye yönelik cebir uygulasa da, B, herhangi bir sebeple cebrin etkisiyle değil, hür iradesiyle bir suç işlemiş olabilir. Bu tür durumlarda, meselenin, iştirak kuralları uyarınca azmettirme çerçevesinde belirlenmesi gerekir. Ancak doğrudan failde suç işleme kastının, cebir tatbikinden önce ortaya çıkması durumunda, azmettirmenin varlığı da söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle, örnekten hareketle A'nın, şartların varlığı halinde cebir suçundan yahut kasten yaralamadan sorumlu tutulması gündeme gelebilir.

21) Cebir mağdurunun suçun konusu üzerinde düştüğü hatanın, cebir failinin sorumluluğuna etkisi yönünden ise, suç konusunun, cezayı artıran bir nitelikli halin oluşumuna sebebiyet vermesi durumu dışında, dolaylı failin ceza sorumluluğuna etki etmeyeceği söylenebilir. Bu bakımdan A'nın, B'yi, C'ye yönelik kasten yaralama suçu işlemeye cebir kullanarak zorlaması, ancak B'nin, C yerine kişide yanılarak D'yi yaralaması durumunda, ihlal edilen hukuki değerler arasında bir farklılık söz konusu olmadığından, bu yanılgının A'nın ceza sorumluluğuna etki etmeyeceği kabul edilmelidir.

22) Cebir mağdurunun sınırı aştığı haller bakımından da, cebir failinin ceza sorumluluğunun belirlenmesi önem arz etmektedir. Nitekim A'nın, B'ye yönelik cebir kullanarak, onu, C'yi yaralamaya zorlamasına rağmen, B, C'nin kolunu kırarsa, kasten yaralamanın nitelikli hali oluşmuş olur. Bu durumda, A'nın bu sonuç bakımından olası kastla hareket etmiş olup olmadığına göre bir sonuca ulaşmak gerekir. Örneğin B'nin, akıl zayıflığı bulunan bir kimse olması nedeniyle, bu tür bir neticeye sebebiyet verebileceği somut olayın şartları dikkate alınarak

öngörülebiliyorsa, A'nın, ağır neticeden sorumlu tutulması gerekir. Cebir mağdurunun nitelik bakımından sınırı aşarak, cebir failinin iradesi dışında başka bir suç işlemesi halinde de, aynı sonuca ulaşmak gerekir. Yukarıdaki örnekte, B'nin, C'yi yaralamaksızın malına zarar vermesi durumunda, kural olarak A'nın sorumluluğu yoktur. Ancak somut olayın şartları çerçevesinde, bu netice bakımından A'nın olası kastla hareket ettiği sonucuna ulaşılabiliyorsa, mala zarar vermeden de sorumlu tutulabileceği söylenebilir.

KAYNAKÇA

ACHENBACH, Hans, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, J. Schweitzer Verlag, Berlin 1974.

AMBOS, Kai, Ernst Belings Tatbestandslehre und unser heutiger »postfinalistischer« Verbrechensbegriff, JA 2007.

AMELUNG, Knut, Nötigung durch Straßenblockade –StGB §240 I-, NStZ 1996.

AMELUNG, Knut, Über Freiheit und Freiwilligkeit auf der Opferseite der Strafnorm, GA 1999.

ANDRIOPOULOS, Stefan, Possesed (Hypnotic Crimes, Corporate Fiction and Invention of Cinema),The University of Chicago Press, 2008.

ARNOLD, Jörg, Die „neue" Auslegung des Gewaltbegriffs in §240 StGB, JuS 1997.

ARSLAN, Çetin, Memura Aktif Mukavemet Suçu, YD., C.28, Ekim 2002, S.4.

ARTUK, Mehmet Emin – GÖKCEN, Ahmet – YENİDÜNYA, A.Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Üçüncü Baskı, Seçkin, Ankara 2002.

ARTUK, Mehmet Emin – GÖKCEN, Ahmet – YENİDÜNYA, A.Caner, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Adalet, Ankara 2014.

ARTUK, Mehmet Emin – YENİDÜNYA, Ahmet Caner – GÖKCEN, Ahmet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Adalet, Ankara 2013.

ARZT, Gunther, Zum Zweck und Mittel der Nötigung, in Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, Walter de Gruyter 1974.

ARZT, Gunther – WEBER, Ulrich – HEINRICH, Bernd – HILGENDORF, Eric, Strafrecht Besonderer Teil (Lehrbuch), 2. Aufl., Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2009.

AYDIN, Devrim, Türk Ceza Kanunu'nda Kadın Bedeni ve Cinsellik, ("Toplumsal Cinsiyet, Kadın ve Sağlık"), Hacettepe Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2003.

BAMBERGER, Heinz Georg, Schuld und Strafe-Neue Fragen, in Schuld und Strafe-Neu Fragen, (herausgegeben von Gerhard Roth-Stefanie Hubig-Heinz George Bamberger), C.H Beck München, 2012.

BAUMANN, Jürgen – WEBER, Ulrich - MITSCH, Wolfgang, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11., neubearbeitete Aufl., Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2003.

BECCARIA, Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında, Çev.: Sami Selçuk, İmge 2004.

BELING, Ernst, Die Lehre vom Verbrechen, Verlag von J.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1906.

BERGERHOFF, Marcus, Nötigung durch Boykott, Peter Lang, Frankfurt 1998.

BERGMANN, Alfred, Das Unrecht der Nötigung (§240 StGB), Duncker&Humblot, Berlin 1983.

BERNER, Albert Friedrich, Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes, Siebzehnte Aufl., Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig 1895.

BERNSMANN, Klaus, Entschuldigung durch Notstand (Studien zu §35 StGB), Carl Heymanns Verlag KG, 1989.

BERTEL, Christian – SCHWAIGHOFER, Klaus, Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil I, Sechste neubearbeitete Aufl., Springer, Wien 2000.

WEISSER, Bettina, Täterschaft in Europa, Mohr Siebeck, Tübingen 2011.

BINDING, Karl, Die Normen und Ihre Übertretung, Erster Band (Normen und Strafgesetze), Vierte Aufl., Verlag von Felix Meiner, Leipzig 1922.

BINDING, Karl, Die Normen und Ihre Übertretung, Zweiter Band (Schuld und Vorsatz), Zweite Hälfte (Der Rehtswidrige Vorsatz), Zweite Aufl., Verlag von Felix Meiner, Leipzig 1916.

BINDING, Karl, Die Schuld im deutschen Strafrecht –Kurzes Lehrbuch- (Vorsatz, Irrtum, Fahrlässigkeit), Verlag von Felix Meiner, Leipzig 1919.

BLEI, Hermann, Zum strafrechtlichen Gewaltbegriff, NJW 1954.

BOCKELMANN, Paul – VOLK, Klaus, Strafrecht Allgemeiner Teil, (Begründet von Bockelmann, Neubearbeitet von Volk), 4., neubearbeitete Aufl., C.H. Beck, München 1987.

BOTTKE, Wilfried, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft (Zur Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems), C.F.Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1992.

BRAND, Christian – LENK, Maximilian, Probleme der Nötigungsnotstands, JuS 2013, Heft 10.

BRAUNECK, Anne Eva, Der strafrechtliche Schuldbegriff, GA 1959.

BRINGEWAT, Peter, Methodik der juristischen Fallbearbeitung, W.Kohlhammer, 2007.

BUCHWALD, Delf, Die objektive Bindungswirkung der Sitzblockaden-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, DRiZ 1997.

BURKHARDT, Björn, Zur Möglichkeit einer utilitaristischen Rechtfertigung des Schuldprinzips, in Schuld und Verantwortung (Philosopische und juristische Beiträge zur Zurechenbarkeit mensclichen Handelns –***herausgegeben von Hans Michael Baumgartner und Albin Eser***-), J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1983.

BÜNEMANN, Benjamin – HÖMPLER, Lars, Nötigungsnotstand bei Gefahr für nichthöchpersönliche Rechtsgüter, Jura 2010, Heft 3.

CALLIES, Peter, Der Begriff der Gewalt im Systemzusammenhang der Straftatbestände, Tübingen 1974.

CANPOLAT, Can, Güveni Kötüye Kullanma Suçu, Marmara Üniversitesi SBE, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009.

CASPERS, Britta, Schuld im Kontext der Handlungslehre Hegels, Felix Meiner Verlag, Hamburg 2012.

CENTEL, Nur, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi in TBB Dergisi, S.99, Mart-Nisan 2012.

CİHAN, Erol, Cebir Kullanma Cürmü, İstanbul 1978.

DEMİRBAŞ, Timur, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Seçkin, Ankara 2009.

DINGELDEY, Thomas, Störung von Vorlesungen, NStZ 1982.

DÖNMEZER, Sulhi – ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.I, Yeniden Gözden Geçirilmiş 9. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1985.

DÖNMEZER, Sulhi – ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II, 8. Bası, Filiz, İstanbul 1983.

DREHER, Eduard – TRÖNDLE, Herbert, Beck'sche Kurz Kommentare Band 10 –Strafgesetzbuch- , 46. neubearbeitete Aufl., C.H Beck, München 1993.

EISELE, Jörg, Nötigung durch Gewalt im Straßenverkehr, JA 2009.

EISELE, Jörg, Strafrecht Besonderer Teil I, 2. überarbeitete Aufl., Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2012.

EISELE, Jörg, Vorb. zu den §§ 13 ff., in Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. neubearbeitete Aufl., C.H.Beck 2014.

ENGLÄNDER, Armin, StGB §35, in Matt-Renzikowski Strafgesetzbuch Kommentar (herausgegeben von Holger Matt-Joachim Renzikowski), Verlag Franz Vahlen, München 2013.

EREM, Faruk, Ceza Hukukunda Cebir Kavramı, YD., C.16, Ocak-Nisan 1990, S.1-2.

EREM, Faruk, Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin, AÜHFD, C.25, S.1-2, 1968.

ERMAN, Sahir – ÖZEK, Çetin, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1994.

ERSOY, Yüksel, Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar, Ankara 1973.

ESCHELBACH, Ralf, §20, in Beck'scher Online Kommentar StGB, C.H Beck, München 2015.

ESER, Albin – EISELE, Jörg, Vorb. §§ 234 ff., in Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. neubearbeitete Aufl., C.H.Beck 2014.

Von FEUERBACH, Anselm Ritter, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts -Mit vielen Anmerkungen und Zusatzparagraphen und mit einer vergleichenden Darstellung der Fortbildung des Strafrechts durch die neuen Gesetzgebungen ***herausgegeben von C.J.A. Mittermaier-***, Dreizehnte Originalausgabe, Druck und Verlag von Georg Friedrich Heyer, Giessen 1840.

FILGUT, Esther, Der Nötigungsnotstand als Rechtfertigungsgrund, Tenea Verlag für Medien, Berlin 2003.

FRANK, Reinhard, Über den Aufbau des Schuldbegriffs 1907 (Mit einer Einführung von Hans Joachim Hirsch), Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin 2009.

FREUDENTHAL, Berthold, Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht (Zugleich ein Beitrag zur Kritik des Entwurfes zu einem Deutschen Strafgesetzbuch von 1919), Paul Siebeck, Tübingen 1922.

FREUND, Georg, Vorb. zu den §§13 ff., in Münchener Kommentar Band I, 2. Aufl., C.H Beck München, 2011.

FREUND, George, Strafrecht Allgemeiner Teil (Personale Straftatlehre), Zweite, aktualisierte Auflage, Heidelberg 2008.

FRISCH, Wolfgang, Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, NStZ 2013.

FRISTER, Helmut, Der strafrechtsdogmatische Begriff der Schuld, JuS 2013, Heft 12.

FRISTER, Helmut, Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, Duncker&Humblot Berlin, 1988.

FRISTER, Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., C.H Beck München, 2013.

FUCHS, Helmut - REINDL KRAUSKOPF, Susanne, Strafrecht Besonderer Teil I, Delikte gegen den Einzelnen (Leib und leben, Freiheit, Ehre, Privatsphäre,

Vermögen), 3. überarbeitete und erweiterte Auflage, Springer Verlag, Wien 2009.

GALLAS, Wilhelm, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 1955 (5. Jahrgang, Band 67).

GEILEN, Gerd, Lebensgefährliche Drohung als Gewalt in § 251 StGB?, JZ 1970.

GEILEN, Gerd, Neue Entwicklungen beim strafrechtlichen Gewaltbegriff, in Hellmuth Mayer FS, Duncker Humblot (1966).

GERKE, Michael, Hypnose als Straftat, HRRS, 2009, Heft 8.

GOLDSCHMIDT, James, Der Notstand ein Schuld Problem (Mit Rücksicht auf die Strafgesetzentwürfe Deutschlands, Österreichs und der Schweiz), - Sonderabdruck aus der "Österreichischen Zeitschrift für Strafrecht, Jahrgang 1912, 3. Und 4. Heft", Manzsche Verlags und Universitäts- Buchhandlung, Wien 1913.

GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, C.II, 5. Bası.

GÜLŞEN, Recep, Ceza Hukukunda Sorumluluğu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit, Seçkin, Ankara 2007.

GÜZEL, Abdülkadir – İNCESU, Fatma – DEMİR, Meriç, Rechtswörterbuch, Deutsch-Türkisch, Nomos, Baden-Baden 2001.

HAFFKE, Bernhard, Gewaltbegriff und Verwerflichkeitsklausel, ZStW Band 84 (1972).

HAFIZOĞULLARI, Zeki, Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi, AÜHFD, C.57, 2008, S.3.

HAFIZOĞULLARI, Zeki-ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, U S-A Yayıncılık, Ankara 2010.

HAFT, Fritjof, Strafrecht Besonderer Teil II, 8. Aufl., C.H.Beck München, 2005.

HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Adalet, Ankara 2015.

HARRENDORF, Stefan, Rückfälligkeit und kriminelle Karrieren von Gewalttätern, Universitätsverlag Göttingen, 2007.

HASS, Walter, Der objektive Tatbestand der Nötigung -Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades der Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakültät der Christian Albrechts Universität in Kiel-, 1952.

HASSEMER, Winfried, Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht. Thesen und Kommentare, in Rechtfertigung und Entschuldigung, Band I (Herausgegeben von Albin Eser, Editor by George Fletcher), Freiburg i. Br. 1987.

HÄLSCHNER, Hugo, System des Preußischen Strafrechts, Erster oder allgemeiner Teil des Systems, bei Adolph Marcus, Bonn, 1858.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Nikolaische Buchhandlung, Berlin 1821.

HEGER, Martin, §240, in Lackner-Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 28., neu bearbeitete Aufl., C.H. Beck, 2014.

HEGER, Martin, Die Nötigung im Straßenverkehr, in Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. Märtz 2011.

HEGHMANNS, Michael, Strafrecht für alle Semester –Besonderer Teil-, Springer, 2009.

HEINE, Günter – WEISSER, Bettina, StGB §25, in Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. neubearbeitete Aufl., C.H.Beck 2014.

HEINRICH, Bernd, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3., überarbeitete Aufl., Kohlhammer, Stuttgart 2012.

von HEINTSCHEL HEINEGG, Bernd, Die Gewalt als Nötigungsmittel im Strafrecht, 1975.

HELMKE, Ludwig F., Der Begriff der Gewalt im Reichsstrafrecht, Breslau 1895.

HERZBERG, Rolf D., Strafbare Nötigung durch Versperren des Fahrwegs? – Kritische Überlegung zum Sitzblockade-Beschluß des BVerfG und zum Autobahnblockade-Urteil des BGH- GA 1996.

HERZBERG, Rolf Dietrich, Die nötigende Gewalt (§240 StGB) Probleme der begrifflichen Ein- und Abgrenzung, GA 1997.

HERZBERG, Rolf Dietrich, Mittelbare Täterschaft bei rechtmäßig oder unverboten handelndem Werkzeug, Walter de Gruyter, Berlin 1967.

HERZBERG, Rolf Dietrich, Willensunfreiheit und Schuldvorwurf, Mohr Siebeck, Tübingen 2010.

HEUCHEMER, Michael, Die Behandlung des Erlaubnistatbestandsirrtums in der Klausur, JuS 2012.

HILLENKAMP, Thomas, 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, 14., überarbeitete Aufl., Verlag Franz Vahlen, München 2012.

HILLENKAMP, Thomas, Strafrecht ohne Willensfreiheit? Eine Antwort auf die Hirnforschung, JZ 2005 (60. Jahrgang).

HIRSCH, Hans Joachim, Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht, ZStW 1994, 106. Band.

HIRSCH, Hans Joachim, Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem aus deutscher Sicht, in Rechtfertigung und Entschuldigung, Band III (Deutsch-italienisch-portugiesisch-spanisches Strafrechtskolloquium 1990-Herausgegeben von Albin Eser und Walter Peron), Eigenverlag Max-Plank-Institut, Freiburg im Breisgau, 1991.

HOFFMEISTER, Falko, Der Begriff der Gewalt im Straftatbestand der Nötigung, Hamburg 1972.

HORN, Eckhard – WOLTERS, Gereon, §240, in Systematischer Kommentar, Band IV, 8. neu bearbeitete Aufl., Carl Heymanns Verlag, 2014.

HÖRNLE, Tatjana, Der entschuldigende Notstand (§35 StGB), JuS 2009, Heft 10.

HOYER, Andreas, StGB §25, in Systematischer Kommentar, Band I, 8. neu bearbeitete Aufl., Carl Heymanns Verlag, 2014.

HRUSCHKA, Joachim, Die Blockade einer Autobahn durch Demonstranten - eine Nötigung?, NJW 1996.

HRUSCHKA, Joachim, Die Nötigung im System des Strafrechts, JZ 1995.

HUBER, Dieter Christian, Die mittelbare Täterschaft beim gemeinen vorsätzlichen Begehungsdelikt (Insbesondere deren Abgrenzung von Anstiftung), Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1995.

HUHN, Andreas, Nötigende Gewalt mit und gegen Sachen, Nomos, Baden und Baden 2007.

İÇEL, Kayıhan – ÖZGENÇ, İzzet – SÖZÜER, Adem – MAHMUTOĞLU, Fatih S. – ÜNVER, Yener, Suç Teorisi (İçel), 2. Kitap, Sebat Yayıncılık, İstanbul 1999.

JAKOBS, Günther, Materielle Vollendung bei Verletzungsdelikten gegen die Person - Zugleich ein Beitrag zur Verallgemeinerung des Besonderen Teils, in Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, Walter de Gruyter, Berlin 2001.

JAKOBS, Günther, Nötigung durch Gewalt, in Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, Walter de Gruyter, Berlin 1986.

JAKOBS, Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2., neubearbeitete und erweiterte Aufl., Walter de Gruyter, 1991.

JAMES, Ursula, Clinical Hypnosis Textbook (A Guide for Practical Intervention), Radcliffe Publishing, 2005.

JESCHECK, Hans Heinrich – WEIGEND, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5., vollständig neubearbeitete und erweiterte Aufl., Duncker Humblot, Berlin 1996.

JOECKS, Wolfgang, Einleitung, in Münchener Kommentar Band I, 2. Aufl., C.H Beck München, 2011.

JOECKS, Wolfgang, StGB §25, in Münchener Kommentar Band I, 2. Aufl., C.H Beck München, 2011.

JOECKS, Wolfgang, Strafgesetzbuch -Studienkommentar-, 10. Aufl., C.H. Beck, München 2012.

KANTOROWICZ, Hermann, Tat und Schuld, Orell Füssli Verlag Zürich und Leipzig, 1933.

KARGL, Walter, Zur objektiven Bestimmung der Nötigung, in Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, Walter de Gruyter, Berlin 2001.

KAUFMANN, Arthur, Das Schuldprinzip, Zweite, durchgesehene und durch einen Anhang ergänzte Aufl., Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg 1976.

KEÇELİOĞLU, Elvan, Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK'nın Uygulaması Bakımından Pratik Sonuçları, TBB Dergisi, S.87, 2010.

KELKER, Brigitte, Der Nötigungsnotstand (Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge-Band 79), Duncker&Humblot, Berlin 1993.

KELLER, Rainer, Strafrechtlicher Gewaltbegriff und Staatsgewalt, Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge-Band 45, Duncker Humblot, Berlin 1982.

KIENAPFEL, Diethelm, - HÖPFEL, Frank – KERT, Robert, Strafrecht Allgemeiner Teil, 14., neu bearbeitete Aufl., Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2012.

KINDHÄUSER, Urs, Strafgesetzbuch Lehr- und Praxiskommentar, Nomos, Baden-Baden 2010.

KINDHÄUSER, Urs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Völlig neu überarbeitete Aufl., Nomos, 2013.

KINDHÄUSER, Urs, Strafrecht Besonderer Teil I –Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft-, 6. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2014.

KIYGI, Osman Nazım, Hukuk Sözlüğü (Wörterbuch Recht), C.H Beck, Manz 2009.

KNODEL, Klaus Dietel, Der Begriff der Gewalt im Strafrecht, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlungs, München und Berlin 1962.

KOCA, Mahmut – ÜZÜLMEZ, İlhan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet, Ankara 2013.

KOCA, Mahmut – ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Seçkin, Ankara 2014.

KOCA, Mahmut – ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet, Ankara 2013.

KOCA, Mahmut, Yağma Cürümleri, Seçkin, Ankara 2003.

KOCH, Arnd, Grundfälle zur mittelbaren Täterschaft, § 25 I Alt. 2 StGB, JuS 2008, Heft 6.

KÖHLER, Michael, Nötigung als Freiheitsdelikt, in Festschrift für Heinz Leferenz zum 70. Geburtstag, C.F Müller, Heidelberg 1983.

KÖHLER, Michael, Vorlesungsstörung als Gewaltnötigung?, NJW 1983.

KORIATH, Heinz, Zum Streit um den Schuldbegriff. Eine Skizze, GA 2011.

KREY, Volker – HELLMANN, Uwe – HEINRICH, Manfred, Strafrecht Besonderer Teil Band I, 15., völlig neubearbeitete Aufl., Kohlhammer 2012.

KREY, Volker – JÄGER, Stefan, Nötigung durch Straßenblockade, NStZ 1995.

KREY, Volker, Zum Gewaltbegriff im Strafrecht, in Was ist Gewalt? Band I (Volker Krey-Friedhelm Neidhart), Wiesbaden 1986.

KRUMM, Carsten, Der Gewaltbegriff im Nötigungstatbestand, SVR 2009, Heft 5.

KUDLICH, Hans, Objektive und subjektive Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht – eine Einführung, JA 2010.

KÜHL, Kristian, §8, in Lackner-Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 28., neu bearbeitete Aufl., C.H. Beck, 2014.

KÜHL, Kristian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7., neubearbeitete Aufl., Verlag Franz Vahlen, München 2012.

KÜHL, Kristian, Täterschaft und Teilnahme, JA 2014, Heft 9.

KUNTER, Nurullah, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1954.

KÜPER, Wilfried, Grundsatzfragen der "Differenzierung" zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung (Notstand, Pflichtenkollision, Handeln auf dienstliche Weisung), JuS 1987, 27. Jahrgang, Heft 2.

KÜPER, Wilfried, Strafrecht Besonderer Teil, 8., neu bearbeitete Aufl., C.F.Müller, 2012.

KÜPPER, Georg, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, Dunker&Humblot, Berlin 1990.

KÜPPER, Georg, Strafrecht Besonderer Teil I, zweite, neu bearbeitete Aufl., Springer 2001.

KÜPPER, Georg, Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen, GA 1998.

LANG HINRICHSEN, Dietrich, Zur Krise des Schuldgedankens im Strafrecht (Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag gewidmet), ZStW 1961 (Dreiundsiebsigster Band-Jahrgang 11).

LESCH, Heiko, Unrecht und Schuld, JA 2002.

LILIE, Hans, §223, in Leipziger Kommentar, Sechster Band, 11. Aufl., De Gruyter Recht, Berlin 2005.

von der LINDE, Hans, Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht?, Peter Lang, Frankfurt am Main 1988.

Von LISZT, Franz, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Zehnte durchgearbeitete Aufl., J.Guttentag Verlagsbuchhandlung, Berlin 1900.

Von LISZT, Franz – SCHMIDT, Eberhard, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Erster Band Einleitung und Allgemeiner Teil, Sechsundzwansigste, völlig neubearbeitete Aufl. (49.-51. Tausend), Walter de Gruyter, Berlin und Leipzig 1932.

LUZON, Diego Manuel, Entschuldigung aus subjektiver strafrechtlicher Unzumutbarkeit, in Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag, Walter de Gruyter, 2014.

MAGNUS, Dorothea, Der Gewaltbegriff der Nötigung (§ 240 StGB) im Lichte der neuesten BVerfG-Rechtsprechung, NStZ 2014.

MAHMUTOĞLU, Fatih S., 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hukuka Uygunluk Nedenleri, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Y.2, S.5, Nisan 2005.

MAIER, Hans Jakob, Die Gewalt im Strafrecht, Betaeubung und Hypnose, Inauguraldissertation zur Erlangung der Doktorwuerde, Heidelberg 1950.

MARXEN, Klaus, Kompaktkurs Strafrecht Besonderer Teil, C.H. Beck München, 2004.

MATT, Hogler – RENZIKOWSKI, Joachim, Strafgesetzbuch Kommentar, Franz Vahlen, München 2013.

MAURACH, Reinhart – SCHROEDER, Friedrich Christian – MAIWALD, Manfred, Strafrecht Besonderer Teil, Teil Band I, 10., neue bearbeitete Aufl., C.F Müller, 2009.

MAURACH, Reinhart – ZIPF, Heinz, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. neubearbeitete und erweiterte Aufl., C.F. Müller, Heidelberg 1992.

MAURACH, Reinhart, Grundriß des Strafrechts Allgemeiner Teil, Wolfenbutteler Verlagsanstalt, 1948.

MAYER, Max Ernst, Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, Zweite unveränderte Aufl., Carl Winters Universitätsbuchhandlung, Heidelberg 1923.

von der MEDEN, Philip, Objektive Zurechnung und mittelbare Täterschaft, JuS 2015, Heft 2.

MEYER, Frank, Die Problematik des Nötigungsnotstands auf der Grundlage eines Solidaritätsprinzips, GA 2004 (151.Jahrgang).

MEZGER, Edmund, Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre, NJW 1953.

MIR, Jose Cerezo, Der materialle Schuldbegriff, ZStW 1996 (Band 108, Heft 1).

MITSCH, Wolfgang, Strafrecht Besonderer Teil 2, Vermögensdelikte (Kernbereich)/Teilband 1, Zweite überarbeitete und aktualisierte Aufl., Springer 2003.

MOPPERT, Andreas, Grenzen des strafbaren Zwangs bei Nötigung, ZStrR, Band 88 (1972).

MÜLLER DIETZ, Heinz, Zur Entwicklung des strafrechtlichen Gewaltbegriffs-Ein Beispiel für den Wandel von Rechtsauslegung und Rechtsanwendung-, GA 1974.

MÜLLER, Kurt, Gewalt und verwandte Begriffe im Reichsstrafgesetzbuche, Juristische Verlagsbuchhandlung Dr. jur. Frensdorf, Berlin 1913.

MURMANN, Uwe, Grundwissen zur mittelbaren Täterschaft (§25 I 2. Alt. StGB), JA 2008, Heft 5.

MÜSSIG, Bernd, Schuldprinzip als pozitivistische Rekonstruktion des strafrechtlichen Zugriffs? (Bemerkungen zu Perspektiven des strafrechtlcihen Schuld- und Unrechtsbegriffs), in Festschrift für Volkmar Mehle zum 65. Geburtstag am 11.11.2009, 1. Aufl., Nomos, 2009.

NEIDHART, Friedheim, Gewalt, Soziale Bedeutungen und sozialwissenschaftliche Bestimmungen des Begriffs, (Krey-Neidhart), Wiesbaden 1986.

NEUBECKER, F.K., Zwang und Notstand in rechtsvergleichender Darstellung, Band I, Grundlagen, Der Zwang im öffentlichen Recht, Leipzig 1910.

NEUMANN, Ulfrid, Der strafrechtliche Nötigungsnotstand_ Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund?, JA 1988, Heft 6.

NOLTENIUS, Bettina, Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft (Ein Beitrag auf der Grundlage einer personalen Handlungslehre), Peter Lang, Frankfurt am Main 2003.

OFFENLOCH, Werner, Erinnerung an das Recht (Der Streit um die Nachrüstung auf den Straßen und vor den Gerichten), Mohr Siebeck, Tübingen 2005.

ÖNDER, Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Bası, Beta, İstanbul 1987.

OTT, Sieghart, Rechtsprobleme bei der Auflösung einer Versammlung in Form eines Sitzstreiks, NJW 1985.

OTTO, Harro, Grundkurs Strafrecht (Allgemeine Strafrechtslehre), 7. Aufl., Walter de Gruyter, 2004.

OTTO, Harro, Sitzdemonstrationen und strafbare Nötigung in strafrechtlicher Sicht, NStZ 1987.

OTTO, Harro, Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft, JURA 1987, Heft 5.

OZANSÜ, Mehmet Cemil, Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk, Seçkin, Ankara 2007.

ÖZBEK, Veli Özer - DOĞAN Koray, Zorunluluk Halinin (TCK m.25/2) Hukuki Niteliği, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S.2, 2007.

ÖZBEK, Veli Özer – KANBUR, Mehmet Nihat – DOĞAN, Koray – BACAKSIZ, Pınar – TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Seçkin, Ankara 2014.

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara 2014.

PAEFFGEN, Hans Ullrich, Die Unzeitgemäße? Überlegungen zum Gewalt-Nötigungs –Begriff, in Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag, Nomos, Baden-Baden 1999.

PAEFFGEN, Hans Ullrich, Vorb. zu den §§ 32 ff., in Nomos Kommentar Strafgesetzbuch –Kindhäuser-Neumann-Paeffgen-, 4. Aufl., Nomos Verlag, Baden-Baden 2013.

PERRON, Walter, Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht, 1. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1988.

PERRON, Walter, StGB §34, in Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. neubearbeitete Aufl., C.H.Beck 2014.

PIETH, Mark, Strafrecht Besonderer Teil, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2014.

RANDT, Karsten, Mittelbare Täterschaft durch Schaffung von Rechtfertigungslagen, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1997.

REHBERG, Jörg – SCHMID, Niklaus – DONATSCH, Andreas, Strafrecht III (Delikte gegen den Einzelnen), Achte, teilweise neu bearbeitete Auflage, Schultess, Zurich 2003.

RENGIER, Rudolf, Strafrecht Besonderer Teil II (Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit), C.H Beck, München 2014.

ROGALL, Klaus, StGB §35, in Systematischer Kommentar, Band I, 8. neu bearbeitete Aufl., Carl Heymanns Verlag, 2014.

RÖTHLEIN, Cornelia, Der Gewaltbegriff im Strafrecht -unter besonderer Berücksichtigung der Sexualdelikte, München 1986.

ROUSSEAU, Jean Jacques, On The Social Contract, Dover Thrift Editions, (General Editor: Paul Negri), 2003.

ROXIN, Claus, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, Walter de Gruyter, Berlin 1970.

ROXIN, Claus, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen, JuS 1988, 28. Jahrgang, Heft 6.

ROXIN, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat, C.H. Beck, München 2003.

ROXIN, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I: -Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre-, 4., vollständig neu bearbeitete Aufl., C.H Beck München 2006.

ROXIN, Claus, Täterschaft und Tatherrschaft, Achte Aufl., De Gruyter Recht, Berlin 2006.

RÜPING, Hinrich - KAMP, Hartmut, Der praktische Fall - Strafrecht: Jugendliche im Bus, JuS 1976.

SAFFERLING, Christoph J. M., Vorsatz und Schuld –Subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht-, Mohr Siebeck, Tübingen 2008.

SAUTNER, Lyane, Die Gewalt bei der Nötigung, neuer wissenschaftlicher Verlag, Wien 2002.

SCHAFFSTEIN, Friedrich, Die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner übergesetzlicher Schuldausschließungsgrund, A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung Dr. Werner Scholl, Leipzig 1933.

SCHAFFSTEIN, Friedrich, Spielraum-Theorie, Schuldbegriff und Strafzumessung, in Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22 Juli 1973, Walter de Gruyter, 1973.

SCHIEMANN, Anja, Unbestimmte Schuldfähigkeitsfeststellungen (Verstoß der §§20, 21 StGB gegen den Bestimmtheitsgrundsatz nach Art. 103 II GG), Lit Verlag, Berlin 2012.

SCHILD, Wolfgang, StGB §25, in Nomos Kommentar Strafgesetzbuch – Kindhäuser-Neumann-Paeffgen-, 4. Aufl., Nomos Verlag, Baden-Baden 2013.

SCHLEHOFER, Horst, Vorb. zu den §§32 ff., in Münchener Kommentar Band I, 2. Aufl., C.H Beck München, 2011.

SCHLUCKEBIER, Wilhelm, §240 StGB, in Satzger-Schluckebier-Widmaier, Strafgesetzbuch Kommentar, 2. Aufl., Carl Heymanns, 2014.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard, Strafrecht Allgeminer Teil, Zweite, neubearbeitete Aufl., J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1975.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl., Tübingen 1984.

SCHMIDT, Rolf, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl., Hannover 2013.

SCHMIDT, Rolf – PRIEBE, Klaus, Strafrecht Besonderer Teil 1, 12. Aufl., Berlin 2013.

SCHOLZ, Rupert, Sitzblockade und Verfassung - Zur neuen Entscheidung des BVerfG, NStZ 1995.

SCHROEDER, Friedrich Christian, Die Drei Arten der Nötigung, in Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag, C.F Müller, Heidelberg 2002.

SCHROEDER, Friedrich Christian, Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen Strafrecht im Vergleich zum Sowjetischen, in Rechtfertigung und Entschuldigung, Band I (Herausgegeben von Albin Eser, Editor by George Fletcher), Freiburg i. Br. 1987.

SCHROEDER, Friedrich Christian, Täter hinter dem Täter (Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft), Duncker Humblot, Berlin 1965.

SCHÜNEMANN, Bernd, StGB §25, in Leipziger Kommentar, Erster Band, 12., neu bearbeitete Aufl., De Gruyter Recht, Berlin 2007.

SCHÜRMANN, Frank, Der Begriff der Gewalt im schweizerischen Strafgesetzbuch, Helbing & Lichtenhahn, Basel 1986.

SCHUSTER, Eva Maria - SCHÄFER HOHMANN, Maria - MÜLLER GEIB, Werner, Gewalt Eine interdisziplinäre Betrachtung, EOS Verlag, St. Ottilien 2009.

SEILER, Robert, Die Gewalt als Mittel zur Nötigung, in Festschrift für Franz Pallin zum 80. Geburtstag, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 1989.

SEVÜK, Handan Yokuş, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, TBB Dergisi, S.57, 2005.

SHILLING, Georg, Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters, Carl Heymanns Verlag, Berlin 1975.

SIEBERG, Walter, Die Gewalt als Mittel zur Begehung strafbarer Handlungen, Köln 1929.

SINN, Arnd, §240, in Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band IV, 2. Aufl., C.H Beck München 2012.

SINN, Arndt, Die Nötigung im System des heutigen Strafrechts, Nomos, Baden-Baden, 2000.

SINN, Arndt, Die Nötigung, JuS 2009.

SINN, Arndt, Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten, Zurechnung und Freistellung durch Macht, Mohr Siebeck, Tübingen 2007.

SÖZÜER, Adem, "Yeni Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Sorular - Cevaplar", Hukuki Perspektifler Dergisi, S.6, Mayıs 2006.

SÖZÜER, Adem, Tehdit Suçu, İÜHFM, C. LIV (1994).

STERNBERG LIEBEN, Detlev – SCHUSTER, Frank, StGB §16, in Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. neubearbeitete Aufl., C.H.Beck 2014.

STRACKE, Martina Reuter, Gewalt oder Drohung gegen Dritte als (qualifizierte) Nötigung, Münster 1993.

STREE, Walter – KINZIG, Jörg, Vorb. zu den §§38 ff., in Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. neubearbeitete Aufl., C.H.Beck 2014.

SWOBODA, Sabine, Grundwissen-Strafrecht: Der Gewaltbegriff, JuS 2008.

TEZCAN, Durmuş – ERDEM, Mustafa Ruhan – ÖNOK, R.Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 11. Baskı, Seçkin, Ankara 2014.

TIMPE, Gerhard, Die Nötigung, Duncker&Humblot, Berlin 1989.

TOEPEL, Friedrich, §240, in Nomos Kommentar Strafgesetzbuch –Kindhäuser-Neumann-Paeffgen-, 4. Aufl., Nomos Verlag, Baden-Baden 2013.

TOROSLU, Nevzat, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Sevinç Matbaası, Ankara 1970.

TRÄGER, Ernst – ALTVATER, Gerhard, §240, in Leipziger Kommentar, Sechster Band, 11. Aufl., De Gruyter Recht, Berlin 2005.

Türk Hukuk Lügatı, 3. Baskı, Başbakanlık Basımevi, Ankara 1991.

ÜNVER, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003.

ÜZÜLMEZ, İlhan, Dolaylı Faillik (TCK m.37/2), Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2006, S.2.

ÜZÜLMEZ, İlhan, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, Turhan, Ankara 2007.

WEIGAND, Friedrich Ludwig Karl, Deutsches Wörterbuch, Erster Band, Verlag von Alfred Töpelmann, Gießen 1909.

WEIGEND, Thomas, §13, in Leipziger Kommentar, Erster Band, 12., neu bearbeitete Aufl., De Gruyter Recht, Berlin 2007.

WELZEL, Hans, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, Walter de Gruyter, 1975.

WELZEL, Hans, Das Deutsche Strafrecht -Eine systematische Darstellung-, Dritte Aufl., Walter de Gruyter, Berlin 1954.

WELZEL, Hans, Um die finale Handlungslehre (Eine Auseinandersetzung mit ihren Kritikern) in: Recht und Staat (146), Tübingen 1949.

WESSELS, Johannes – BEULKE, Werner – SATZGER, Hermut, Strafrecht Allgemeiner Teil, 43., neu bearbeitete Aufl., C.F Müller 2013.

WESSELS, Johannes – HETTINGER, Michael, Strafrecht Besonderer Teil 1, 37. neu bearbeitete Aufl., C.F. Müller 2013.

WESSELS, Johannes – HILLENKAMP, Thomas, Strafrecht Besonderer Teil 2 – Straftaten gegen Vermögenswerte-, 36., neu bearbeitete Aufl., C.F Müller 2013.

WINKLER, Ernst, Der Begriff der Gewalt im Strafrecht, Breslau 1908.

WOBST, Albrecht H. K., Hypnosis and Surgery in International Anesthesia Research Society, Vol. 104, No. 5, May 2007.

WOLF, Erik, Strafrechtliche Schuldlehre, Erster Teil: Die gegenwärtige Lage, die theorotischen Voraussetzungen und die methodologische Struktur der strafrechtlichen Schuldlehre, J.Bensheimer Mannheim/Berlin/Leipzig, 1928.

WOLMAN, Benjamin B., Psychosomatic Disorders, 1st Edit., Springer U.S. 1988.

WOLTER, Jürgen, Gewaltanwendung und Gewalttätigkeit (1.Teil), NStZ 1985.

WOLTER, Jürgen, Gewaltanwendung und Gewalttätigkeit (2.Teil), NStZ 1985.

WOLTER, Jürgen, Verfassungskonforme Restriktion und Reform des Nötigungstatbestandes, NStZ 1986.

WULFF, Agnes, Die Existenziale Schuld: Der fundamentalontologische Schuldbegriff Martin Heideggers und seine Bedeutung für das Strafrecht, Lit Verlag Dr. W.Hopf, Berlin 2008.

WÜRFEL, Christine, Freiheit als Grundlage der Schuld (Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien), Peter Lang, Frankfurt am Main 2012.

YURTCAN, Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2009.

ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Beta, İstanbul 2013.

ZIESCHANG, Frank, Der rechtfertigende oder der entschuldigende Notstand, JA 2007, Heft 10.

ZÖLLER, Alexander, Der Gewaltbegriff des Nötigungstatbestandes Zur Strafbarkeit sog. Sitzblockaden, GA 2004.

ÖZGEÇMİŞ

1982 yılında Afyonkarahisar'da doğdu. İlk ve orta eğitimini Edirne'de tamamladı. 2006 yılında Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun oldu. 2009 yılında Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde, "5237 Sayılı TCK'da Düzenlenen Güveni Kötüye Kullanma Suçu" başlıklı tezi ile yüksek lisans eğitimini tamamlamasının ardından, aynı tarihte Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı'na Araştırma Görevlisi olarak atandı.

Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde sürdürdüğü doktora eğitimi kapsamında, 2012 yılında doktora yeterlilik sınavını başarıyla geçtikten sonra, doktora tez araştırmalarını gerçekleştirmek üzere Kasım 2013 – Şubat 2015 tarihleri arasında misafir araştırmacı olarak, Almanya'nın Augsburg şehrinde bulunan Augsburg Üniversitesi'nde bulunmuştur.