

TÜRK CEZA HUKUKUNDA MEŞRU SAVUNMA*

Ar. Gör. Fehri Gökçen İANER*

Ceza hukukunun en eski kurumlarından biri olan meşru savunma, tarihin her döneminde ortaya çıkardığı olumlu ve olumsuz sonuçlarla ceza hukuku alanında güncelliğini koruyan ve tartışılan bir konu olmuştur. 5237 sayılı TCK'nın meşru savunma kurumunu yeniden ele alması, önemli bir gelişme olmakla birlikte, kurumun uygulama alanının genişletilmesinin uygulamada ciddi sorunlara yol açabileceği de öngörülebilmektedir.

Bu çalışmada salt teorik değer taşıyan tek kısım kuruma verilen ad ile ilgili tartışmadır. Bunun dışındaki başlıklar, konunun teorik kısmının uygulamaya ışık tutması umuduyla kaleme alınmış ve düşünsel alanda varılan sonuçların uygulamaya ne şekilde yansiyebileceği somut olarak ortaya koyulmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda kurumun hukuki niteliği ve şartları, sınırın aşılması ve hata hallerinde meşru savunmanın ne şekilde uygulanacağı, ilgili kurumlarla meşru savunmanın ilişkisi ve Cumhuriyet savcısının meşru savunmanın varlığı halinde dava açıp açamayacağı konuları incelenirken, bir yandan da uygulamada çıkması muhtemel sorunlar üzerinde akıl yürütmek, çalışmanın asıl amacıdır.

1. KURUMUN ADLANDIRILMASINDAKİ FARKLILIKLAR

Meşru savunma kurumuna öğretide çok çeşitli isimler verildiği görülmektedir. Kurumun özü incelenmeden önce, nasıl adlandırılması gerektiği konusunda bazı tespitler yapmayı gerekli görmekteyiz:

765 sayılı TCK'da "meşru müdafaa" olarak adlandırılan kurumun öğretide "yasal savunma"¹ ve "haklı savunma"² gibi farklı isimlerle de anıldığı göze çarpmaktadır. 5237 sayılı TCK ise aynı kurumu "meşru savunma" olarak adlandırmaktadır. Türkçe kökenli olan "savunma" kelimesinin, Arapça kökenli

* HAKEM DENETİMİNDEN GEÇMİŞTİR.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD Öğretim Elemanı.

¹ CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5. Bası, İstanbul 2008, s. 300; ER-SOY: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002, s. 92.

² YÜCE: Ceza Hukuku Dersleri C.1, Manisa 1982, s. 255 vd.; İÇEL-SOKULLU-AKINCI-ÖZGENÇ-SÖZÜER-MOLLAMAHMUTOĞLU-ÜNER: Suç Teorisi, 2. kitap, İstanbul 1999, s. 136.

olan "müdafaa" kelimesini tamamen ve kusursuz olarak karşıladığı konusunda kuşku yoktur³. Bu durumda sorun meşru, haklı, yasal kelimelerinin aynı anlamlara gelip gelmediği anlaşılmakla çözülebilecektir. Bu noktada belirtmek gerekir ki kanımızca bu tartışma sadece dilbilimcilerin yetkin olabileceği bir tartışma değildir. Zira terimler Türkçeleştirilirken yabancı kökenli kelimelerin yerine Türkçelerini koymak her zaman doğru sonuç vermemekte ve bu nedenle anlam bütünlüğünü bozulabilmektedir. Bu durum, söz konusu terimler Türkçeleştirilirken, ait oldukları teknik alanda çalışan kişilerce de değerlendirilmelerinin zorunlu olduğu gerçeğini açıkça ortaya koymaktadır. Böyle bir değerlendirmenin hukuk alanındaki önemi; ancak bu şekilde hem terimler bakımından tutarlı, hem de dil bakımından anlaşılabilir bir kanun yapmanın mümkün olduğunu ortaya koymasındır. Bir ülkede ceza kanununun dili kimseyi tereddüt içinde bırakmayacak kadar açık olmalıdır. Kanunu bilmemek mazeret sayılmadığına göre nelerin suç olduğunu bilmek, bir ülkede bulunan herkesin hakkıdır.

Türkçe sözlükte meşru kelimesinin karşılığı olarak "yasanın, dinin ve kamu vicdanının doğru bulduğu"⁴ ifadesi yer almaktadır. Buna göre laik bir hukuk düzeninde meşru savunmanın, yasanın ve kamu vicdanının uygun bulduğu bir fiil olduğu söylenebilir. Bu isim, söz konusu kurumun hem kanundan hem de kamu vicdanından kaynaklandığını belirtmesi nedeniyle önemlidir zira ilke olarak kanunlar kamu vicdanını uygun düzenlemeler olsalar da, bunun her duruma uyan bir genelleme olduğunu ileri sürmek mümkün değildir.⁵ Her kanun meşruluğunu kendi içerisinde taşımaktadır.

"Yasalık" kavramı, kurumun sosyal yönünü ifade etmek bakımından yetersiz kalmaktadır. Bu durumda, "yasal savunma" sadece yasa koyucunun tanıdığı bir yetkiden ibaretmiş gibi anlaşılmaktadır. Oysa bu kavram insanlık tarihi kadar eskidir ve kanun koyucunun tarih sahnesinde olmadığı dönemlerden beri bilinmektedir. Bu haliyle meşru savunma, yalnızca bir yetki olmaktan çok daha fazlasını içerisinde barındırmaktadır.

³ Bkz. Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu Yayınları 1992, s. 1051.

⁴ Türkçe Sözlük, s. 1014.

⁵ Şekli anlamda kanun olan ama kamu tarafından kabul edilmeyen kanunlar olduğu gibi, zamanla uymamanın bir alışkanlık haline gelmesi sonucu bazı kanunların etkinliğini kaybettiği de bilinmektedir. Bu duruma örnek olarak 55 sayılı Düşünlerde Men-i İsrifat Kanunu örnek olarak verilebilir. Söz konusu kanun 50 yılı aşkın süre yürürlükte kalmasına rağmen (söz konusu kanun 1918 yılında kabul edilmiş ve Anayasa Mahkemesi'nin 20.09.1966 tarih ve 1966/34 sayılı kararıyla iptal edilmiştir) günün şartlarının değişmesi sonucu halkın uymayı gerekli görmediği bir kanun haline gelmiş, kolluk güçleri de ihallere göz yumarak kanunun etkinliğini kaybetmesine kayıtsız kalmışlardır. Elbette bu kanun hiçbir zaman geçerliliğini kaybetmemiş ve iptal edilene dek mevzuatının bir parçası olarak yaşamıştır. Bu noktada anlatmak istediğimiz her yasanın kamu vicdanında meşru olmadığını anlatmak ya da bu meşruiyetin zamanla kaybedilebileceğini göstermektir. Meşruiyet ile hukukiliğin aynı anlamda olmadığı konusunda bkz. ATAY: "Hukukta Meşruiyet Kavramı", "GÜHFD, C.1 S.2, Aralık 1997, s. 122.

"Haklılık" kavramı, kamunun söz konusu savunma fiiline bakışını belirtme konusunda "yasallık" kadar yetersiz olmasa da, kanımızca eksik kalmaktadır. Türkçe sözlükte "haklı" kelimesinin karşılığı olarak "hakka uygun, doğru, yerinde"⁶ ifadesi yer almaktadır. "Hak" kavramının hukuk ile ilgili anlamı ise "hukukun gerektirdiği veya birine ayırdığı şey"⁷ olarak ifade edilmektedir. Elbette sadece sözlük anlamına bakarak, bir terimin doğru ya da yanlışlığı ile ilgili bir değerlendirme yapmak doğru olmaz. Bu nedenle hukuk felsefesinde hak kavramına verilen anlamı da incelemek gerekmektedir. Hukuk felsefesinde gerek hak kavramını kabul edenler gerekse reddedenler hak kavramını hukuk ile açıklamışlardır.⁸ Böylece hak kavramının özünün, hukukça verilen yetki olarak anlaşıldığı ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar "haklılık" kavramı konuşma dilinde doğru olmayı ifade etse de, görüldüğü üzere bu kavram da meşru savunmanın toplum tarafından kabul gördüğünü açıkça ifade etmekten uzaktır.

"Meşru" kelimesi Arapça kökenli⁹ olsa da gerek dilimizde tek kelimelik tam bir karşılığının bulunmaması, gerekse geçen zaman içinde dilimize yerleşmesi nedeniyle artık dil varlığımıza dahil kabul edilmelidir. Görüldüğü üzere söz konusu kelimenin yerine konulan diğer kelimeler, kavramın içeriğini tam olarak karşılamaktan uzaktır. Bu durum, yerleşmiş olan "meşru" kavramını değiştirmek için geçerli bir sebep olmadığını da göstermektedir. Öte yandan "müdafaa" kelimesinin artık eski ve kullanılmayan bir kelime olması nedeniyle, "savunma" kelimesiyle değiştirilmesinde bir sakınca yoktur. Böylece "meşru" kelimesinin eski dile ait olduğu oysa savunma kelimesinin daha modern bir Türkçe'nin ürünü olduğunu ileri sürerek, söz konusu birleşmenin uyumsuz olduğu yönünde yöneltile eleştirilere ilişkin cevabımız da ortaya çıkmış olmaktadır.¹⁰

Yaptığımız bu çıkarım karşısında, biçimsel kanunilik ilkesinin kabul edildiği bir ceza hukuku sisteminde hukukun tek kaynağı kanun olduğundan, toplumun neyi meşru kabul ettiğinin bu açıdan önemsiz olduğu ileri sürülebilir. Bu noktada ileri sürdüğümüz görüşlerin, hukukça tanınmış bir sosyal gerçeklik olan meşru savunma kurumuna özgü olduğunun altını çizmekte fayda görüyoruz. Benzer gerekçeler zorunluluk hali kurumu bakımından da ileri sürülebilir, fakat asla diğer ceza hukuku kurumları için genellenemez. Bu iki kurumun diğerlerinden farkı insanın kendisini koruma ihtiyacı gibi bir sosyal gerçektir doğmuş olmalarıdır. Bir hukuk düzeni, kişilerin kendilerine yapılan haksız saldırılara

⁶ Türkçe Sözlük, s. 598.

⁷ Türkçe Sözlük, s.596.

⁸ GÜRİZ: Hukuk Felsefesi, 6. Bası, s. 129 vd; KEYMAN: Hukuka Giriş, 3. Bası, Ankara 2005, s. 146.

⁹ Türkçe Sözlük, s. 1014.

¹⁰ Aksi görüşler için bkz. MAHMUTOĞLU: "TBMM Adalet Komisyonu'nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş", Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar, Der: Teoman Ergü, TBB Yayını, Ankara 2004, s. 357; ÖZBEK: TCK İzmir Şerhi, 2. Bası, Ankara 2005, s. 315; DONAY: Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul 2007, s. 40.

katlanmakla yükümlü olduklarına ilişkin bir kural koysaydı bile bu kurala zaten uyulmazdı, çünkü tehlike anında insanın kendisini koruma içgüdüsünün tüm sosyal kuralların önüne geçtiği bilinmektedir. Kanımızca Goib'in "Meşru savunmanın tarihi yoktur"¹¹ sözünde ya da Ciceron'un Pro Milone'sindeki "Meşru savunmanın insanlığın değil doğanın bir kanunudur"¹² ifadesinde saklı olan anlam budur. Bizim bu konu üzerinde ısrarla durmamızın nedeni ise öğretimizde bazı yazarların kullandığı "haklı" veya "yasal" sıfatlarının bu kurumun hukuk tekniğindeki anlamını açıkça ifade etmesine rağmen, kurumun sosyal yönünü ifade etme konusunda eksik kalmalarıdır. Söz konusu kurumun tarihteki tüm ceza kanunları tarafından tanınması¹³, kurumun bir sosyal gerçeklik olduğu yönündeki görüşü destekteler niteliktedir. Kısaca özetlemek gerekirse meşru savunmanın pozitif dayanağı kanundur ve kanun, kişilerin kendilerini korumalarını belli sınırlar içerisinde meşru kabul etmiştir. Öte yandan meşru savunma içerdiği sosyal değer sebebiyle hukukun verdiği sıradan bir yetkiden (hukuksal bir yaratımdan) çok daha fazlasını ifade etmektedir.

5237 sayılı TCK'nın bazı bölümlerinin dil açısından bozuk olduğu ve terimlerin özensiz kullanıldığı gerekçesiyle öğretimde eleştirilmektedir.¹⁴ Buna karşın yeni kanunda elbette doğru ifade ve düzenlemeler de yer almaktadır. Kanımızca bunlardan biri de, bu çalışmanın konusu olan ceza hukuku kurumunun, yukarıda açıkladığımız nedenlerle, "meşru savunma" olarak anılmasıdır.

II. MEŞRU SAVUNMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ VE 5237 SAYILI TCK'DA BENİMSENEN YAKLAŞIM

Öğretimde hâkim görüş, meşru savunmanın bir hukuka uygunluk nedeni olduğu yönündedir.¹⁵ Buna karşılık söz konusu kurumun kusurluluğu kaldıran bir

neden olarak incelenmesi gerektiği konusunda da düşünceler vardır.¹⁶ Meşru savunmanın hukuki niteliğini açıklayabilmek için hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluluğu kaldıran nedenler kavramları üzerinde kısaca durmak gerekmektedir.

Hukuka uygunluk nedenleri fiilin hukuka aykırı olmasını önleyen ve dolayısıyla onun hukuka uygun bir fiil olarak ortaya çıkmasını sağlayan nedenlerdir. Kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler ise kanuni tipe uygun olan ve dolayısıyla suç sayılan fiilin, failin kınanabilir olmaması dolayısıyla ona isnat edilememesine yol açmaktadır.¹⁷ Öyleyse kusurluluğu kaldıran nedenler suçun oluşumunu değil, faille ceza verilmesine etki eden hallerdir.¹⁸ Dolayısıyla birbirinden farklı olan bu kavramların¹⁹, sanki aynı şeyi ifade ediyormuş gibi TCK'da "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" başlığı altında düzenlenmesi yerinde olmamıştır.²⁰ Hukuka uygunluk nedenlerinin ve dolayısıyla meşru savunmanın kusurluluğu kaldırdığı gerekçesiyle bir cezazırlık sebebi olarak kabul edilmesi, savunma fiillerinin cezalandırmasına gerek görülme-yen suçlar olarak anlaşıldığı anlamına gelir. Oysa kanun koyucun bu görüşü paylaşmadığı 25. maddenin gerekçesinde yer alan "maddenin birinci fıkrasında bir hukuka uygunluk nedeni olarak meşru savunma düzenlenmiştir." ifadesinden açıkça anlaşılmaktadır. Öte yandan bağlayıcı olmayan bu tercihin ne madde metninden ne de kanunda yer alan bölüm başlığından anlaşılamıyor olması isabetli olmamıştır.

Biz, meşru savunma gibi zorunluluk hali, kanununun emrini ifa vb. hallerde aslında baştan itibaren hukuka uygun olarak doğmuş fiiller olduğu düşüncesinde olduğumuzdan bu kurumların hukuka uygunluk nedenleri olarak nitelendirilmesinden yanayız. Zira bu hallerde fiil hukuka uygun olarak doğduğundan kusurluluğun tartışılmasına gerek yoktur. Fakat bu kişinin kusurlu davranmadığı anlamına gelmemektedir. Nitekim meşru savunma halinde hareket eden kişi kast derecesinde kusurlu olmasına rağmen, bu fiille hukuk düzenince izin verildiği için, yapılan hukuka aykırı olarak kabul edilmemektedir.²¹ TCK'nın 25. maddesinin gerekçesi bir kenara bırakılırsa, hukuka uygunluk nedenlerinin kurum olarak halen var olduğu sonucu, CMK'nın 223\1-c bendindeki "hukuka uygun-

¹¹ Bkz. GARRAUD: Théorie et pratique du droit pénal français, T2, 3. édition, Paris 1914, s. 9.

¹² Bkz. GARRAUD: Théorie et pratique du droit pénal français, s. 9.

¹³ ANTOLISEI: Manuale di diritto penale parte generale, Milano 1997, s. 292.

¹⁴ TOROSLU-ERSOY: "Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı", TCK Tasarısı Hakkında Makaleler Görüşler Raporlar İkinci Kitap, TBB Yayını, Ankara 2004, s. 6. YARSUVAT-BAYRAKTAR-YÜZBAŞIOĞLU vd.: "Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi'nin Görüşü" TCK Tasarısı Hakkında Makaleler Görüşler Raporlar İkinci Kitap, TBB Yayını, Ankara 2004, s. 287; ÖZTÜRK: "Galatasaray Üniversitesi, İstanbul Kültür Üniversitesi ve İstanbul Barosu tarafından düzenlenen TCK Tasarısı Çalışma Grubu Toplantı Notları", TCK Tasarısı Hakkında Makaleler Görüşler Raporlar İkinci Kitap, TBB Yayını, Ankara 2004, s. 321; ALAGÖZ: "Türk Ceza Kanunu Tasarısı", TCK Tasarısı Hakkında Makaleler Görüşler Raporlar İkinci Kitap, TBB Yayını, Ankara 2004, s. 247; AVCİ: "Türk Ceza Kanunu, TCK Tasarıları ve Özellikle 2004 TCK Tasarısı'nın Genel Olarak Değerlendirilmesi", TCK Tasarısı Hakkında Makaleler Görüşler Raporlar İkinci Kitap, TBB Yayını, Ankara 2004, s. 210.

¹⁵ TOROSLU: Ceza Hukuku Genel Kısım, 12. Baskı, Ankara 2008, s. 141; DÖNMEZER-ERMAN: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.II, 12. Baskı, İstanbul 1999, s.105; DEMİRBAŞ: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2006, s. 240; HAFIZOĞULLAR-ÖZEN: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2.Baskı, Ankara 2010, s. 235 vd.

¹⁶ Meşru savunmanın kusurluluğu kaldıran bir sebep olduğu görüşü ve kusurluluğu kaldıran sebepler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EREM-DANIŞMAN-ARTUK: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 1997, sy. 550 vd.

¹⁷ ÖNDER: Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s. 340.

¹⁸ CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT: s. 345.

¹⁹ TEZCAN- ERDEM: "Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin TCK Tasarısı Hakkında Raporu", TCK Tasarısı Hakkında Makaleler Görüşler Raporlar İkinci Kitap, TBB Yayını, Ankara 2004, s. 343.

²⁰ Aynı görüş için bkz. ÜNVER: "YTCK'da Kusurluluk", CHD, Y. 1, S. 1, Ekim 2006, s. 57; HAFIZOĞULLAR-ÖZEN: s. 238; DONAY: s. 44; MAHMUTOĞLU: "5237 Sayılı TCK'da Hukuka Uygunluk Nedenleri", s. 44; ÖZBEK-DOĞAN: "Zorunluluk Halinin Hukuki Niteliği", DEÜHFD, C. 9, S. 2, Y. 2007, s. 195; ÖZBEK: TCK İzmir Şerhi, s. 303.

²¹ DÖNMEZER-ERMAN: s. 6.

luk nedenlerinin varlığı halinde sanık hakkında berat kararı verilir" hükmünden de çıkartılabilir. Her ne kadar böyle dolaylı bir çıkarımla doğru sonuca varılabiliyorsa da, mevzuatın sistematizmasının bozulmaması için yapılması gereken hukuka uygunluk nedenlerinin kendilerine özgü niteliği dikkate alınarak kanunda mutlaka "hukuka uygunluk nedenleri" adı altında bir başlık açılması, meşru savunma ve diğer hukuka uygunluk nedenlerinin bu başlık altına taşınmasıdır.

Bu noktada konuyla doğrudan bağlantılı olmamakla birlikte meşru savunmayla ilişkisi nedeniyle zorunluluk halinin hukuki niteliği üzerinde durmak istiyoruz. Öğretide, zorunluluk halinin kanunumuzdaki haliyle, kusurluluğu kaldıran bir mazere sebebi olduğu ileri sürülmektedir.²² Bu görüşün dayandığı Alman Hukuku'nda biri hukuka uygunluk nedeni diğeri ise kusurluluğu kaldıran neden olan iki farklı zorunluluk hali düzenlemesi bulunmaktadır.²³ Bu hukuk düzeninde hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hukuki değerler dengesine, kusurluluğu kaldıran zorunluluk hali ise failden tehlikeye katlanmasının talep edilemez olmasına dayanmaktadır.²⁴ TCK'daki düzenleme ise hem Alman Hukukunda hukuka uygunluk nedeni olan hem de kusurluluğu kaldıran zorunluluk halinin bazı özelliklerini bünyesinde bulundurmaktadır.²⁵ Korunan yararın zarar verilene eşit de olabilmesi, her türlü hakka karşı kural olarak zorunluluk halinden yararlanmanın mümkün olması ve korunan yararın faille veya başkasına ait olmasının önem taşımaması hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk haline ait özelliklerdir.²⁶ Bu durum dikkate alındığında, TCK'nın 25/2. madde-

²² ÖZGENÇ: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006, s. 347 vd. Yazar CMK m. 223/2'de yer alan "beraat" hükmünün ancak hukuka uygunluk nedeninin var olması halinde verilebileceğini, fakat 223/3'te zorunluluk halinin varlığı halinde öngörülen hüküm çeşidinin beraat değil "kusurun olmaması sebebiyle ceza verilmesine yer olmadığı" olduğunu ifade etmektedir. Yazar bu durumu zorunluluk halinin hukukumuzda bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmediğinin açık bir göstergesi olduğunu ileri sürmektedir. Eğer Alman hukukundaki kusurluluğu kaldıran zorunluluk hali hukukumuzda alınmış olsaydı bu görüşün doğruluğunu kabul etmek gerekirdi. Fakat bir alt dipnotta yer alan yazarların zorunluluk halinin hukuki niteliği konusundaki görüşleri doğrultusunda, hukukumuzda alınan zorunluluk halinin hukuka aykırılığı kaldıran zorunluluk hali olduğunun ve CMK'daki düzenlemenin TCK'da yapılmak istenene paralel olan fakat yerinde olmayan bir düzenleme olduğunun kabul edilmesinin daha doğru olduğu düşüncesindeyiz.

²³ Alman hukukunda biri hukuka aykırılığı diğeri kusurluluğu kaldıran iki tür zorunluluk hali olduğu, 5237 sayılı TCK'daki zorunluluk haline ilişkin düzenlemenin Alman hukukundaki hukuka aykırılığı kaldıran zorunluluk haline paralel bir düzenleme olmasına rağmen kusurluluğu kaldıran bir neden olarak düzenlenmesinin ve bir hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinin inkâr edilmesinin yerinde olmadığına dair eleştiriler için bkz. ÖZBEK: TCK İznir Şerhi, s. 322; TOROSLU: Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 149; ÜNVER: "YTCK'da Kusurluluk", s. 59; HAFIZOĞULLARI: "Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi", AÜHF, Y. 2008, C. 57, S. 3, s. 367 ve 368.

²⁴ Daha açık bir deyişle Alman Hukuku'nda hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinin uygulanabilmesi için, korunmak istenen hukuki yararın, zarar verildenden önemli ölçüde üstün olması aranmaktadır. Oysa kusurluluğu kaldıran zorunluluk halinde ise korunan değerlerin birbirine eşit olması mümkündür. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZBEK-DOĞAN: s. 207-215.

²⁵ ÖZBEK-DOĞAN: s. 218.

²⁶ ÖZBEK-DOĞAN: s. 218.

sinde yer alan zorunluluk haline ilişkin düzenlemenin, Alman Hukuku'ndaki hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk haline karşılık geldiği ve bir hukuka uygunluk nedeni niteliğinde olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.²⁷ Her ne kadar hukuka uygunluk nedenine dayanarak hareket eden kişinin hukuk düzenini ihlal etme yönünde bir kusuru olmadığından dolayı kusurluluğun kalktığı ileri sürülebilirse de, fiilin hukuka uygun olduğu ve dolayısıyla suçun oluşmadığı kabul edildikten sonra yerde kusurluluğun tartışılmasına gerek kalmamaktadır.

Hukuka uygunluk nedenlerinin suç genel teorisi içerisindeki yeri ve etkisi konusu da tartışmalıdır.²⁸ Üçlü veya dörtlü ayırımı benimseyenler, hukuka aykırılığı bağımsız bir unsur olarak kabul etmekte ve hukuka uygunluk nedeninin varlığı halinde, suçun hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmediği ve dolayısıyla suçun oluşmadığı sonucuna varmaktadır.²⁹ Biz, hukuka aykırılığı suçun özü olarak kabul eden ikili ayırımı benimsediğimizden, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurun içerisindeki olumsuz (olmaması gereken) bir unsur olarak kabul etmekteyiz.³⁰ Öte yandan hangi görüş benimsenirse benimsensin, hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı veya yokluğu suçun unsurları içerisinde mütalaa edilmekte ve hukuka uygunluk nedeninin varlığı halinde fiilin hukuka uygun olarak doğduğu ve dolayısıyla suçtan söz edilemeyeceği açıktır.

Son olarak belirtmek gerekir hukuka uygunluk nedenleri genel etkiye sahiptir. Bu nedenle meşru savunmanın varlığı halinde, şahısta hata ve sapma halleri de dahil olmak üzere fiil tüm hukuk düzeni bakımından hukuka uygun olarak doğar ve hiçbir halde³¹ tazminat ödenmesi gündeme gelmez. Borçlar Kanunu'nun 52. maddesi de, bu durumu teyit eder niteliktedir.

III. MEŞRU SAVUNMANIN ŞARTLARI VE 3. KİŞİ LEHİNE MEŞRU SAVUNMA

Öğretideki hâkim görüş meşru savunmanın şartlarını saldırıya ve savunmaya ilişkin şartlar olmak üzere ikiye ayırarak incelemektedir. Yargıtay da söz

²⁷ HAFIZOĞULLARI: "Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi", s. 368; TOROSLU: Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 149. Konuyu tartışmamakla birlikte zorunluluk halini hukuka uygunluk nedeni olduğunu ifade yazarlar da vardır. Bkz. CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT: s. 293; ŞEN: "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler", Türk Ceza Kanununun 2 Yılı, İstanbul 2008, s. 81.

²⁸ Hukuka uygunluk nedenleri ile hukuka aykırılık arasındaki ilişkiyle ilgili olarak bkz. TOROSLU: Ceza Hukukunda Zaruret Hali, Ankara 1968, s. 67 vd.

²⁹ Hukuka aykırılık ve üçlü anlayış ilişkisi ile ilgili olarak daha fazla bilgi için bkz. KATOĞLU: Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara 2003, s. 135.

³⁰ Hukuka aykırılık ve ikili anlayış ilişkisi ile ilgili olarak daha fazla bilgi için bkz. KATOĞLU: s. 134.

³¹ Üçüncü kişilere verilen zararların tazmin gerektiği yönünde bkz. HAKERİ: Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları, 3. Bası, s. 138.

konusu ayrımı alt başlıklarıyla birlikte kabul etmektedir.³² Öte yandan 765 sayılı TCK döneminde verilen kararlarda yer alan saldırının nefse veya ırza yönelik olması şartı, 5237 sayılı TCK döneminde her türlü hakka yönelik saldırı olarak değişmiştir. Bu farklılığın getireceği yansımalar dışında Yargıtay içtihatlarında önemli bir değişiklik olmayacağı düşüncesindeyiz.

1. Saldırıya İlişkin Şartlar

a. Saldırının Haksız Olması

Saldırının haksız olması konusuna ilişkin belirtilmesi gereken ilk husus, saldırının hukuka aykırı olmasının yeterli olduğu ve mutlaka suç teşkil etmesi ya da suça teşebbüs düzeyine ulaşmasının gerekmediğidir.³³ Haksızlığa ilişkin değerlendirme³⁴ tüm hukuk düzeni dikkate alınarak yapılmalıdır.³⁵ Bunlara ek olarak saldırının cehir ve şiddet içermesi de zorunlu değildir.

Saldırı icrai bir davranışla yapılabileceği gibi, pekâlâ ihmal de saldırı niteliği taşıyabilir. Öğretide ÖNDER, gerçek ihmali suçlarla, ihmal suretiyle icra suçları arasında ayırım yapılması gerektiğini ve gerçek ihmal suçları bakımından meşru savunmanın mümkün olmadığını ileri sürmektedir.³⁶ Bir evin kapısında durarak eve girişlerin önlenmesi³⁷ ya da belirli bir süre sonunda serbest bırakılması gerektiği bilinmesine rağmen kişinin sürenin sonunda serbest bırakılmaması³⁸ halleri, öğretide ihmal ile gerçekleştirilen haksız saldırıya verilen örnekler arasındadır. İhmal suretiyle icra suçu bakımından ise yaşlı ve muhtaç durumdaki babasını aklıktan ölmesi amacıyla ormanda terk etmeye çalışan çocuğa karşı, babanın silahla oğlunu kendisini orada bırakmaması için zorlaması hali örnek olarak verilebilir. Dolayısıyla hem sırf ihmal suçları bakımından hem de ihmal suretiyle icra suçları bakımından meşru savunmayı kabul etmek gerekir.

³² Yargıtay'ın meşru savunmanın şartlarını bir bütün olarak saydığı kararlardan bazıları için bkz. YCGK E. 2001/1-224 K. 2001/236 T. 6.11.2001; YCGK E. 1995/1-228 K. 1995/256 T. 26.9.1995; YCGK E. 1994/1-127 K. 1994/152 T. 30.5.1994; YGCK E. 1991/145K. 1991/172 T. 27.5.1991, Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası (SGT: 03.03.2009)

³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. ANTOLISEİ: s. 294; ALACAKAPTAN: Suçun Unsurları, Ankara 1973, s. 108; ÖZEN: Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Ankara 1995 s. 81, EREM-DANIŞMAN-ARTUK: s. 571 vd.

³⁴ Öğretide bir görüş, saldırı kelimesinin haksızlık unsurunu da içerisinde barındırdığı, burada haksızlık ifadesinin kullanılmasının meşru savunmada bulunan kişinin saldırının haksız olduğunu bilmesi gerektiğini ifade etmek için kullanıldığı ileri sürmektedir. Bkz. ÖZGENÇ: Genel Hükümler, s. 296. Biz hukuka uygunluk nedenlerinin objektif etkiye sahip olduğu yönündeki görüşe katıldığımızdan ve kanun koyucunun söz konusu kelimeyi bu anlamı içerecek şekilde kullandığına dair herhangi bir belirti olmadığından bu görüşe katılmıyoruz.

³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. İÇEL vd.: s. 142.

³⁶ ÖNDER: Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III, İstanbul 1992, s. 188.

³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEN: s. 75.

³⁸ ÖNDER: Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III, s. 188.

Saldırının haksız olması için mutlaka bir insan tarafından gerçekleştirilmesi gerekir çünkü haksızlık gibi bir değer hükmü, ancak bir insan davranışı hakkında verilebilir.³⁹ Öte yandan temyiz kudreti yerinde olmayanların, küçüklerin, diplomasi ve yasama dokunulmazlığına sahip olanların saldırılarına karşı meşru savunmanın mümkün olup olamayacağı konusu öğretide tartışmalıdır. Bir görüş, bu kişilerin saldırıları haksız olarak nitelendirilemeyeceğinden, bu durumların zorunluluk hali olarak değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.⁴⁰ Bizce de daha doğru olan görüşe göre ise önemli olan saldırganın yaptığı saldırının haksızlığının bilincinde olması ya da bu kişilerin fiillerinin soruşturulabilmesi değil, saldırı niteliği taşıyan fiilin objektif olarak hukuk normuyla çatışmasıdır.⁴¹ Bu nedenle, sözü geçen kişilerin saldırılarına karşı da meşru savunmanın mümkün olduğunu düşünmekteyiz. Ayrıca eklemek gerekir ki saldırganın zarar verilen bir zorunluluk hali hipotezi olamaz zira zorunluluk hali kurumunun özünde, saldırıyla ilgisi olmayan bir üçüncü kişiye zarara verilmesi yatmaktadır.⁴²

Saldırıya uğrayan kişinin saldırının haksız olduğunu bilmesi gerekmez.⁴³ Çünkü hukuka uygunluk nedenleri objektif etkiye sahiptir. Konuyla ilgili ayrıntılı açıklamalar aşağıda, "Meşru savunmanın sübjektif olarak varsayılması" başlığı altında yapılmıştır.

Bazı istisnalar dışında⁴⁴, hukuka uygun hareket eden bir kişiye karşı hukuka uygunluk nedenlerinden yararlanılmaz, çünkü haksızlık unsuru bu hallerde gerçekleşmemektedir. Örneğin suçüstü halindeki failin, vatandaşlar tarafından yakalanması halinde meşru savunmadan yararlanması düşünülemez. Bunun sebebi CMK'nın 90. maddesinin bu hallerde herkesin yakalama yapmaya yetkili olduğu açıkça belirtmiş olmasıdır.⁴⁵

Bu başlık altında incelenmesi gereken son husus ise, savunma halinde bulunan şahsın saldırıya sebep olması halinde, meşru savunmadan yararlanıp yararlanamayacağıdır.⁴⁶ Bu halde ikili bir ayırma gitmek gerekir. Eğer kişi işleyeceği fiili hukuka uygun hale getirmek için karşısındakini kışkırtarak kendisini meşru savunma haline sokmaya çalışıyorsa, doğal olarak meşru savunmadan

³⁹ DÖNMEZER-ERMAN: s. 108.

⁴⁰ EREM-DANIŞMAN-ARTUK: s. 570; TOROSLU: Zaruret Halli, s. 85; ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEN: s. 93.

⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ALACAKAPTAN: s. 108; ÖZEN: s. 94; TOROSLU: Genel Kısım, s. 144

⁴² TOROSLU: Zaruret Halli, s. 88

⁴³ DÖNMEZER-ERMAN: 108; ÖNDER: Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III, s. 152 vd. Karşılıklı görüş için bkz. ÖZGENÇ: Gazi Şerhi, 2. Bası, Ankara 2005, s. 371.

⁴⁴ Zorunluluk haline karşı zorunluluk halinin mümkün olduğu yönündeki görüş için bkz. TOROSLU: Zaruret Halli, s. 89.

⁴⁵ Örnek için bkz. SOYASLAN: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, s. 374.

⁴⁶ Konuya ilişkin olarak öğretide savunulan görüşler hakkında bkz. ÖZEN: s. 85-88.

yararlanamaz zira burada amaç hukuk düzeninin ihlalini örtbas etmektir. Zaten bu hallerde saldırının haksız olması şartı da gerçekleşmemektedir.⁴⁷ ÖNDER, bu tür tahriki amaçlı tahrik⁴⁸ olarak adlandırmaktadır. Nitekim bu husus Yunan Ceza Kanunu'nda 24. maddesinde açıkça belirtilmiş ve "Meşru savunma görüşü altında tahrik ettiği kişiye karşı cezalandırılabilen bir fiil işlemek amacıyla, kendi aleyhine bir saldırı yapılmasını kasten tahrik eden kimse, kanunda belirlenen cezadan kurtulamaz" şeklinde hüküm altına alınmıştır.⁴⁹

İkinci durum ise, kişinin saldırı sayesinde meşru savunma haline geçeceğini düşünmeden karşısındakini tahrik ederek saldırıya sebep olmasıdır. Yukarıda belirtilen istisnai durum dışında ve karşısındaki kişiyi meşru savunma durumuna sokacak, başka bir deyişle saldırı olarak nitelendirilecek bir fiili icra etmemiş olmak kaydıyla, saldırıya sebebiyet veren kişi de meşru savunmadan yararlanabilir.⁵⁰ Karşılıklı ve devamlı tahriklerin var olduğu hallerde sorun karmaşık bir hal almaktadır. Böyle bir durumu yorumlayan kararlarından birinde İtalyan Temyiz Mahkemesi yerinde olarak "bu halde, saldırının haklı olup olmadığını tespit edebilmek için, karşılıklı saldırıların hangisinin önce yapıldığından çok, saldırının içeriğine ve oranına bakmak gerekir; şöyle ki, ilk olarak tahrikte bulunan kimsenin de, tahrik edilenin tepkisindeki aşırılık yüzünden meşru savunma halinde olması mümkündür" şeklinde görüş beyan etmiştir.⁵¹ Yargıtay da, kendi kusurlu davranışıyla saldırıya neden olan kişinin meşru savunmadan yararlanabileceği düşüncededir.⁵² Fakat bu hallerde savunmada bulunan kişinin önceki fiillerinin haksız tahrik olarak nitelendirilebileceği unutulmamalıdır.

b. Saldırının Gerçekleşmekte, Gerçekleşmesi veya Tekrarı Muhakkak Olması

Her ne kadar 765 sayılı TCK döneminde kanunda saldırının hangi andan itibaren savunmayla savuşturulabileceği ve hangi anda sona erdiği konusunda açık bir düzenleme olmasa da, gerçekleşmesi kesin ve tekrarlanabilir saldırılara karşı da meşru savunmanın mümkün olduğu sonucuna yorum yoluyla ulaşmakta ve Yargıtay da bu yorumu benimsemektedir.⁵³ 5237 sayılı TCK'da, sal-

⁴⁷ DÖNMEZER-ERMAN: s. 110; ÖZEN: s. 88.

⁴⁸ ÖNDER: Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III, s. 196; ÖZEN: s. 88.

⁴⁹ DÖNMEZER-ERMAN: s. 110.

⁵⁰ ÖZTÜRK-ERDEM: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 10. Bası, Ankara 2008, s. 199; ÖZEN: s. 88; DÖNMEZER-ERMAN: s. 109 ve 110.

⁵¹ Bkz. DÖNMEZER-ERMAN: s. 110.

⁵² Y. 1. C.D., T. 28.12.1995, 3894/3990. Bkz. Yargıtay Kararları Dergisi, Mart 1996, s. 470. ÖZEN de Yargıtay uygulamasının bu yönde olduğunu ifade etmektedir bkz. ÖZEN: s. 87.

⁵³ Yargıtay'ın 765 sayılı kanun döneminde gerçekleşmesi kesin ve tekrarlanması muhtemel saldırıları da mevcut kabul ettiği bazı kararlar için bkz. Y. 1.C.D., E. 1991/2556, K. 1991/2846, T. 26.11.1991; YCGK E. 1991/1-4 K. 1991/39 T. 18.12.1991; YCGK E. 1997/1-59 K. 1997/83 T. 8.4.1997; YCGK E. 1990/89 K. 1990/113 T. 9.4.1990 (Kazancı Bilişim İhtihat Bilgi Bankası, SGT: 03.03.2009).

dırının zamanı ile ilgili olarak yer verilen "gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırı" ifadesinin açıklığı karşısında, bu konuda herhangi bir tartışmaya yer kalmamıştır. Öte yandan yine de tartışmaya mahal vermemek açısından gerçekleşen ifadesinden; gerçekleşmiş olan değil, gerçekleşmekte olan saldırıların anlaşılmasının gerektiğinin altını çizmek gerekir. Saldırının gerçekleşmesinin veya tekrarının muhakkak olup olmadığı, her somut olayda kendisini savunan kişinin ruhsal durumu⁵⁴ da göz önüne alınmak suretiyle hâkim tarafından belirlenecektir.

5237 sayılı TCK döneminde saldırının var olup olmadığına ilişkin belirlemenin özellikle hırsızlık suçunda zorluk arz edeceği düşüncesindeyiz. Sorun bu hallerde saldırının malın alınmasıyla mı yoksa tamamen kişinin fiili hâkimiyetine geçmesi halinde mi sona erdiğine ilişkindir.⁵⁵ Biz, bu hallerde hırsızlık suçunun tamamlandığı anın belirlenmesinde "kişinin malı kendi nüfuz ve egemenlik alanına sokma" ölçütüne başvurulması gerektiği yönündeki görüşe⁵⁶ katılıyoruz. Bu durumda, hırsızlık suçunun kişinin malı kendi alanına soktuğu, böylece asıl zilyedin tasarruf alanından çıkarttığı ve asıl zilyedin mal üzerinde tasarruf etme olanağının kalmadığı anda tamamlandığı kabul edilmektedir.⁵⁷ Dolayısıyla, meşru savunma bakımından, mala yönelik saldırının suçun tamamlandığı ana dek sürdüğünün kabul edilmesinin ve bu andan sonra ise saldırı sona ermiş olduğundan meşru savunma yapılmasının mümkün olmadığı düşüncesindeyiz. Bu andan sonraki saldırganı yönelik hareketler ancak CMK m.90'da düzenlenen suçüstü halinde yakalamaya ilişkin hükümler kapsamında değerlendirilebilecektir.

Bu noktada açıkça belirtmek gerekir ki meşru savunma doğası gereği yalnızca savunma amaçlı fiilleri kapsamına almaktadır. Yani saldırının var olduğunun kabulünden önce, saldırı niteliğinde olduğu iddia edilen fiilin savunma hareketleriyle savuşturulmaya uygun olup olmadığının incelenmesi gerekir. Unutulmamalıdır ki başladıktan hemen sonra, savunma fiillerine imkân tanımadan sona eren kısa saldırılar artık var olmadığından bunlara karşı savunma yapılması mümkün değildir. Zaman bakımından yapılan bu ayrıma ek olarak saldırı ve savunma fiillerinin niteliklerinin de incelenmesi gerekir zira bazı fiiller nitelik olarak⁵⁸ meşru savunma ile savuşturulmaya uygun değildir.

⁵⁴ Yargıtay'ın kendisini savunan kişinin ruhsal durumunun da dikkate alınmasının gerektiğini ifade eden kararları için bkz. Y. 1. C.D., E.1991/2556, K. 1991/2846, T.26.11.1991; YCGK, E. 1983/278, K. 1983/395, T. 12.12.1983; YCGK E. 1995/1-80, K. 1995/158, T. 22.5.1995. (Kazancı Bilişim İhtihat Bilgi Bankası, SGT: 07.03.2009).

⁵⁵ Hırsızlık suçunun maddi unsurunun ne zaman tamamlandığı konusundaki çeşitli görüşler için bkz. DÖNMEZER: Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. Bası, İstanbul 2001, s. 346 vd; TEZCAN-ERDEM-ÖNOK: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 5. Bası, Ankara 2007, s. 485.

⁵⁶ DÖNMEZER: s. 351; ÖZBEK: Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, C. II, Ankara 2008, s. 984.

⁵⁷ DÖNMEZER: s. 351; ÖZBEK: Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, C. II, s. 984 ve 985.

⁵⁸ DÖNMEZER-ERMAN "kendisine elle sarkıntılık yapılan bir kadının saldırganı vurabileceğini" ifade etmektedir. HAKERİ ise aynı örnekte "kadının saldırganı vurabileceği gibi, ona hakaret de edebilece-

c. Saldırının Bir Hakka Yönelik Olması

5237 sayılı TCK'da, her türlü hakka ilişkin saldırıya karşı meşru savunma kabul edilerek kurumun uygulanma alanını genişletilmiştir. Nefse ve ırza yönelik saldırılar bakımından yeni kanunla eski kanun arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Eski kanun döneminde nefis ve ırz kelimelerinin, cinsel özgürlük ve benzeri kişinin yaşamıyla sıkı sıkıya ilgili hakları da kapsamına alacak şekilde yorumlanması gerektiği konusunda öğretide görüş birliği vardı.⁵⁹ Yeni kanunun her türlü hak ifadesi karşısında, bu konuda herhangi bir tartışmaya yer kalmamıştır. Bu duruma rağmen kanunun haklar arasında herhangi bir ayırım yapmaması, elbette ki tüm hakların aynı değerde olduğu anlamına gelmez. Savunma fiillerinin orantılılığı değerlendirilirken, saldırının hangi hakka yönelik olduğu, yine başvurulacak en önemli kıstas olacaktır. Bu kıstasın yanlış yorumlanması sonucu ortaya çıkacak değerlendirmeler, kişi hak ve özgürlükleri yönünden ciddi sorunlara yol açabilecek niteliktedir. Bu çekincemizi korumakla birlikte, meşru savunma kurumunun uygulama alanının tüm hakların korunmasına imkân verecek şekilde genişletilmesinin ve böylelikle mal için yapılan meşru savunmanın da genel hükümler kapsamına alınmasının, 765 sayılı TCK'nın 461. maddesi gibi özel hükümlerle parça parça yapılan düzenlemelere göre daha yerinde olduğu kanaatindeyiz.⁶⁰ Öte yandan meşru savunma ile korunabilecek haklar arasında bir derecelendirilmeye gidilerek, diğerlerine göre daha az önem eden arz eden haklar bakından meşru savunmayı daha nitelikli şartlara bağlamak daha uygun bir çözüm olabilirdi.

Mala karşı saldırılarda meşru savunma kurumunu tanınmasının doğurabileceği önemli bir sıkıntı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) açısından kendisini göstermektedir. Sözleşmenin 2/2. maddesinde, yaşam hakkının ihlal edi-

lebilceği istisnai haller sayılmaktadır.⁶¹ Eğer TCK'daki meşru savunma ile ilgili olarak halen var olan düzenleme mevzuatımızda kalacaksa, orantılılık konusunda yapılacak yorumda AİHS'nin ilgili maddesinin de önemli bir ölçüt olacağı gözden kaçırılmamalıdır. Özellikle ölümle sonuçlanan⁶² mal için meşru savunmanın AİHS'nin ikinci maddesi de dikkate alındığında hukuka uygun kabul edilemeyeceği unutulmamalıdır. Nitekim Fransız Ceza Kanunu'nun 122-5. maddesinde mal için meşru savunmanın saldırganın öldürülmesini meşru hale getirmeyeceği açıkça ifade edilmiştir. Bu konuda bir görüş ise AİHS'nin sadece üye devletler için bağlayıcı olduğunu, buna karşın vatandaşların sözleşmeyle bağlı olmadıklarını ileri sürmektedir.⁶³ Bu görüşe karşı, mal için meşru savunma sonucu ölüme sebebiyet verilmesi ve bu fiillerin cezasız bırakılması halinde AİHM önünde devletin sorumluluktan kurtulamayacağı düşüncesinde olduğumuzu belirtmek istiyoruz. Zira devlet, ahde vefa ilkesi gereği ulusal mevzuatı AİHS'ye uyumlu hale getirmekle yükümlüdür.

Saldırının bir hakka yönelik olması gerektiği ifade edildiğinde sorulması gereken bir soru da kime ait hakları korumak amacıyla meşru savunmada bulunulabileceğidir. Bireysel hakların korumanın kapsamında olduğu kuşkusuzdur. Sorun, devlete ve topluma ait değerlerin de meşru savunma ile korunup korunamayacağı noktasında ortaya çıkmaktadır. Devlete ve diğer kamu hukuku tüzel kişilerine ait hukuksal değerler, ancak bireysel hukuksal değerler söz konusu olduğunda meşru savunma yoluyla korunabilirler.⁶⁴ Toplumsal hukuksal değerler bakımından da aynı çözüm tarzını benimsemek gerekir.⁶⁵

765 sayılı TCK döneminde öğretide çokça tartışılan bir husus ise, kocanın zorla cinsel ilişkiye girme isteğine karşı kendisini savunan karının meşru savunma kurumundan yararlanıp yararlanamayacağıydı.⁶⁶ 5237 sayılı TCK'nın 102/2 fıkrasında, eşe karşı cinsel saldırı suçunun hüküm altına alınmasıyla bu

ğini" belirtmiştir. Verilen örnekte hakaret etmek ancak bir tepki olarak algılanabilir, savunma amaçlı bir fiil olarak nitelenmesi mümkün değildir. Bu nedenle HAKERİ'nin söz konusu örneğe eklediği kısmın, meşru savunma kapsamında değerlendirilmeyeceği düşüncesindeyiz. Örnekler için bkz. DÖNMEZER-ERMAN: s. 112; HAKERİ: Temel Kavramlar, s. 132; sövmeye karşı meşru savunma kabul edilemeyeceği yönünde görüş için bkz. ÖZGENÇ: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 295.

⁵⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEN: s. 104 vd.; DÖNMEZER-ERMAN: s. 112; EREM-DANIŞMAN-ARTUK: s. 573.

⁶⁰ 765 sayılı TCK'nın 461. maddesinde bazı hallerde, mal için meşru savunma özel bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmekteydi. Bu konuda unutulmaması gereken 765 sayılı TCK'da düzenlenen hallerin saf birer mal için meşru savunma hali olarak nitelendirilemiyor olmasıdır. Korunan hukuki değer açısından bakıldığında özellikle 461/1 de ifade edilen saldırıların öncelikle cana ve bununla birlikte mala yöneldiği açıkça görülmektedir (aynı görüşte DÖNMEZER: Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 169). 461/2'de düzenlenen hallerde ise saldırının daha hangi değere yöneldiği belli değilken kişiye kendisini savunma imkanı verilmektedir. TEZCAN-ERDEMİN de eserlerinde belirttikleri üzere 765. sayılı TCK'nın 461. maddesi, aynı kanunun 49. maddesinde genel bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenen meşru savunma kurumunun varlığı karşısında fazla bir anlam ifade etmemekteydi (bkz. TEZCAN-ERDEM: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2. Bası, İzmir 2002, s. 450). 461. maddeye korunan tek değer mal varlığı olmadığı konusunda bkz. TANER: Ceza Hukuku Umumi Kısım, İstanbul 1953, s. 643.

⁶¹ Antolisei de, İtalyan Hukukunda her türlü hak bakımından meşru savunmanın mümkün olduğunu ifade ederken, AİHS'nin 2. maddesine dikkat çekmektedir. Bkz. ANTOLISEI: s. 293.

⁶² Mal için meşru savunma sırasında failin öldürülmesinin hukuka uygun sayılmasının AİHS'nin 2. maddesine aykırı olacağı hakkında bkz. SOYER: Droit pénal et procédure pénale, 17^{ème} édition, Paris 2003, s. 120; TEZCAN-ERDEM: "Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Raporu", s. 343. AİHS'de meşru savunmanın düzenleniş şekli için bkz. TEZCAN-ERDEM-SANCAKDAR: AİHS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2. Bası, s. 216 vd.

⁶³ GROPP: "Alman Bakışına göre Türk Ceza Kanunu 1989 Ön Tasarısında Hukuka Uygunluk Sebepleri", (çev. Faruk Turhan) Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler içinde, Konya 1998, s. 214.

⁶⁴ ÜNVER: Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003, s. 991.

⁶⁵ ÜNVER: s. 991; ÖZBEK: Organize Suçlulukla Mücadelede Kullanılan Gizli Görevin Gerektirdiği Suçlar Bakımından Cezalandırılabilirliği, Ankara 2003, s. 220 vd.

⁶⁶ Konuyla ilgili 765 sayılı TCK uygulamasıyla ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZTÜRK-ERDEM-ÖZBEK: Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Bası, Ankara 2004, s. 154.

konudaki tartışmalara son verilmiş olmaktadır.⁶⁷ Eşe karşı cinsel saldırı fiillerin suç olarak belirlenmesiyle, bu fiillere karşı meşru savunmanın mümkün olacağı da dolaylı olarak tespit edilmiştir.

2. Savunmaya İlişkin Şartlar

Öğretideki genel eğilim doğrultusunda savunmaya ilişkin şartlar, savunmanın zorunluluğu ve orantınlılığı olmak üzere iki başlık altında incelenecektir. Bir şart olarak nitelendirmemekle beraber, savunmanın saldırgana karşı yapılması gerektiğini⁶⁸ de herhangi bir tereddüde yer bırakmamak açısından belirtmek istiyoruz.

a. Savunmanın Zorunlu Olması

Savunma fiillerinin meşru olarak algılanmasının en önemli nedenlerinden biri, kişinin o anda içerisinde bulunduğu çaresiz durumdur. Zira böyle bir durumda, devletin sahip olduğu şiddet tekeli beraberinde üstlendiği koruma yükümlülüğü zaafla uğrar. Kişinin kendini savunmasının hukuka uygun olmasının en önemli nedenlerinden biri budur. Bundan çıkarılabilecek en hasıl sonuç, böyle bir zorunluluğun olmaması halinde savunma fiillerinin hukuka uygun kabul edilemeyeceğidir. Zira hukuk yersiz kabadayılıkları korumaz. Burada zorunluluktan anlaşılması gereken, saldırıya uğrayanın mevcut saldırıya tepki göstermek veya ona katlanmak seçenekleri ile karşı karşıya kaldığında, saldırgana zarar vermeden saldırıdan kurtulmasının mümkün olmamasıdır.⁶⁹ Savunmanın zorunlu olup olmadığı, her somut olay açısından nisbi olarak incelenmelidir.⁷⁰ Konuya bu açıdan bakıldığında kolluk güçlerini saldırıdan zarar görmeden çağırma imkânı varsa⁷¹ veya saldırının yapıldığı yerden onurlu bir şekilde uzaklaşmak mümkünse savunmanın mecburi olduğu söylenemez.⁷² Saldırıdan bir şekilde kurtulma imkânının olmadığı, hukukun kişiye bir kaçma yükümlülüğü yükleyip yüklenmediği sorunu da içerisinde barındırmaktadır. Belirtmek gerekir ki bu konu ceza hukukçularını yüzyıllardır uğraştırmıştır ve hala kesin bir çözüme ulaşıldığı söylenemez. Kanımızca bu konuda ileri sürülen ölçütlerin en tutarlısı, sorunu menfaatler dengesine göre çözümlüyendir. Bu ölçüte göre, eğer kaçmanın faile veya başkasına vermesi muhtemel olan zarar, failin savunma yaparak saldırgana vereceği zarara eşit veya ondan daha ağır ise fail kaçmak

⁶⁷ Aynı görüşte bkz. ÖZTÜRK – ERDEM: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 8. Bası, Ankara 2008, s. 143.

⁶⁸ DEMİRBAŞ: Genel Hükümler, s. 278.

⁶⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEN: s. 114; TOROSLU: Genel Kısım, s. 144.

⁷⁰ DÖNMEZER-ERMAN: s. 115; ÖZEN: s. 114 vd. Yargıtay bir kararında sarhoş saldırganın saldırısı kolaylıkla savuşturulabileceğinden bahisle olayda meşru savunmanın şartlarının oluşmadığına karar vermiştir. YCGK E. 1997/1-59 K. 1997/83 T. 8.4.1997 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, SGT: 03.03.2009).

⁷¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. EREM-DANIŞMAN-ARTUK: s. 576; ALACAKAPTAN: s. 110.

⁷² TOROSLU: Genel Kısım, s. 144.

zorunda değildir.⁷³ Yargıtay da kaçma imkânının varlığının araştırılmayacağı görüşündedir.⁷⁴

b. Savunmanın Orantılı Olması

Savunmanın orantılı olmasına ilişkin şart, özellikle 5237 sayılı TCK'nın meşru savunmayı her türlü hakkın korunması bakımından kabul etmesinden sonra büyük önem kazanmıştır.

765 sayılı TCK döneminde nefis ve ırzın korunması yaşam hakkının korunmasıyla aynı düzeyde olduğundan savunmanın tehlikeyle orantılı olması halinde yaşam hakkının ihlali bile meşru kabul edilmekteydi. 5237 sayılı TCK'nın meşru savunma kapsamına giren hakları sınırlamaması, aynı değerde olmayan hukuki varlıklar savunmanın konusu olduğunda savunmanın nereye kadar meşru sayılacağı sorunu ortaya çıkartacaktır. Bu sorunun çözümündeki en etkin ölçüt kuşkusuz saldırıya uğrayan hukuki varlık ile savunma sırasında ihlal edilen hukuki varlık arasındaki orandır.⁷⁵ Söz konusu oranın tespiti, her bir hakka hukuk düzence verilen önem göz önüne alındıktan sonra, ortaya çıkan zararın karşılaştırılması suretiyle yapılacaktır.⁷⁶ Burada mutlak bir eşitlik aranması söz konusu değildir.⁷⁷ Bu şekilde, savunma fiilleri ile savunma amacını aşan saldırı nitelikli fiiller birbirlerinden ayrılabilir. Kanımızca mal için meşru savunmanın farklı esaslara tabii tutulmaksızın, diğer haklarla aynı şekilde savunulabilecek olması uygulamada ciddi sıkıntılara yol açacaktır. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar yukarıda, saldırının bir hakka ilişkin olması şartı incelenirken yapılmıştır.

Saldırıya uğrayan hukuki varlık ile savunma sırasında ihlal edilen hukuki varlık arasındaki oranın tespitinde, kendini savunan kişinin kastını belirleme konusunda⁷⁸ bir yardımcı ölçüt olarak saldırıda ve savunmada kullanılan araçların da dikkate alınması mümkündür.⁷⁹ Burada önemli olan söz konusu araçların niteliği değil, ne şekilde kullanıldığıdır. Örneğin bir tabanca ateşli silah olarak kullanıla-

⁷³ Ayrıntılı bilgi için bkz. TOROSLU: Genel Kısım, s. 148.

⁷⁴ YCGK E.1991/145 K.1991/172 T. 27.5.1991; YCGK E.1994/1-127 K.1994/152 T.30.5.1994; YCGK E. 1995/1-228 K. 1995/256 T. 26.9.1995 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, SGT: 05.04.2009).

⁷⁵ ALACAKAPTAN: s. 110.

⁷⁶ TOROSLU: Genel Kısım, s. 147.

⁷⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. EREM-DANIŞMAN-ARTUK: s. 577; DÖNMEZER-ERMAN: s. 119.

⁷⁸ Yargıtay bir kararında sanığın belinde silah olmasına rağmen, maktulün dirgenle yaptığı saldırıya ilk anda tabancayı kullanmaksızın karşı koyduğunu fakat maktul tarafından ağır yaralanması üzerine tabancayla maktulü öldürdüğünü belirterek sanığın ilk anda tabancasını kullanmamasının onda öldürme kastı olmadığını gösterdiğine hükmetmiştir. YCGK E. 1978/1-313 K. 1978/411 T. 20.11.1978 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, SGT: 05.04.2009).

⁷⁹ İtalyan uygulamasında her iki ölçütten birlikte yararlanıldığı hakkında bkz. PRADEL-CADOPPI: Droit pénal général comparé, Paris 2005, s. 18.

bileceği gibi, künt cisim olarak da kullanılabilir. Bu nedenle hâkim her somut olayda kendisini savunanın o aracı kullanırken neyi amaçladığını tespit etmeli ve sonrasında ortaya çıkan sonucun orantılı olup olmadığını değerlendirmelidir.

3. Üçüncü Kişi Lehine Meşru Savunma

Kural olarak meşru savunma durumunda bulunan kişinin kendisini ya da başkasını savunuyor olması bu kurumun uygulanması açısından bir farklılık yaratmaz. Bu nedenle yukarıda meşru savunma hakkında söylenenler, savunmanın bir üçüncü kişi lehine olması halinde de geçerlidir. Üçüncü kişi lehine meşru savunma halinin, diğer meşru savunma halleriyle arasında fark doğabilecek en önemli husus, kanunun 27/2. maddesinde düzenlenen sınırın aşılması ile ilgili hükümlerdir. Sınırın aşılması bir sonraki başlığın konusu olduğundan bu konuya orada ayrıntılı olarak değinilecektir. Burada sınırın aşılması konusunda üzerinde durmayı gereği gördüğümüz tek husus, kişinin kendisine yönelik bir saldırıda kendisini savunurken hissedeceği korku telaş ve heyecan ile bir başkasını savunurken hissedeceklerinin aynı olmayabileceğidir. Bu nedenle üçüncü kişi lehine meşru savunma halinde bulunan bir kişi için sınırın aşılması ile ilgili olan 27. maddeyi uygulamak gerektiğinde, somut olayın koşulları dikkate alınarak dikkatli bir değerlendirme yapılması yerinde olacaktır.

Bu konuda ortaya çıkabilecek başka bir sorun ise mağdurun rıza gösterdiği bazı davranışların, üçüncü kişiler tarafından saldırı zannedilerek savunma yapılması halinde ortaya çıkabilir. Mağdurun rızasının meşru hale getiremeyeceği davranışlar bakımından ise bir sorun yoktur,⁸⁰ zira bu davranışlar haksız olma niteliklerini koruduklarından saldırı olarak nitelendirileceklerdir. Öte yandan savunma yapan şahsın saldırı zannettiği davranış mağdurun rıza gösterebileceği bir hak üzerindeyse ortada bir saldırı olduğundan söz edilemez. Bu hallerde hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında hataya düşüldüğü kabul edilmelidir.⁸¹ Konu aşağıda, meşru savunmanın varlığında hata başlığı altında incelenmiştir.

IV. MEŞRU SAVUNMANIN ŞÜPHELİ KALMASI, MEŞRU SAVUNMADA SINIRIN AŞILMASI VE HATA

1. Meşru Savunmanın Şüpheli Kalması

Bir davada kanıtların yeterli olmadığı durumlarda, meşru savunmanın şartlarının oluşup oluşmadığı konusunda şüphe oluşabilir. Bu durum bir kişi için söz konusu olabileceği gibi, karşılıklı da olabilir. Burada çözüme ulaşmanın yolunun, şüpheden sanık yararlanır ilkesinin, bu hallerde geçerli olup olmaya- cağıyla ilgili sorunun çözümünden geçtiği düşüncesindeyiz.

⁸⁰ YÜCE: Ceza Hukuku Dersleri C.1, s. 258.

⁸¹ DEMİRBAŞ: Genel Hükümler, s. 279; ÖNDER: Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III, s. 197.

Ceza muhakemesine hâkim olan ilkelerin en önemlilerinde biri, re'sen araştırma ilkesidir. Bu ilke, sanığın hem lehine hem de aleyhine olan delillerin toplanmasını gerektirir. Buna karşın delillerin yetersiz olduğu davalarda hukuka uygunluk nedeninin var olup olmadığının belirlenmesi ciddi sorunlara yol açabilir. Bu tespiti konumuza uyarlısak, saldırıyı kimin başlattığının anlaşılacağı bir olayda, her iki sanığın da birbirlerine karşı meşru savunma halinde oldukları iddiasını ileri sürmeleri olağandır ve bu durum bizi çözülmesi zor bir durumun içinde sürüklemektedir. Bir yandan, sanıklardan en azından birinin masum olma ihtimali karşısında, belki de bir masum haksız cezalandırılma tehdidi altındadır. Öte yandan aslında suçlu olan sanığın, kendisini kasten meşru savunma durumundaymış gibi göstermeye çalışıyor olması hiç de uzak bir olasılık değildir. Öyleyse birbirleri kadar güçlü bu iki olasılık karşısında çözüm ne olmalıdır?

Aslında ideal çözüm, mahkemenin hangi sanığın saldırgan olduğunu tespit edemediği hallerde “bir masum mahkûm olacağına, birkaç suçlu cezasız kalsın”⁸² vecizesine uygun olarak her iki sanığın da şüpheden yararlanması ve meşru savunma halinde kabul edilmesidir. Öte yandan böyle bir kabul, delil bırakmadan profesyonelce saldırılar yapan faillerin cezasız kalması sonucunda kamu düzenin ciddi şekilde yara almasına yol açabilir. Burada vicdanları asıl rahatsız eden, meşru savunma durumunda olmasına rağmen bunu ispat edemeyen masum kişinin durumudur. Her bir olayın kendine özgü niteliği karşısında, tüm sorunları çözecek bir formül vermek ne yazık ki mümkün olmayacaktır. Zira çözüm eninde sonunda ispat faaliyetine ve hâkimin vicdani kanaatine dayanmaktadır. Bu görüş karşısında, suçsuzluk karinesinin yalnızca suça ilişkin isnat bakımından geçerli olduğu, bu ilkenin hukuka uygunluk nedenleri açısından da genişletilmesinin herkes için meşru savunmanın varlığının karine olarak kabul edilmesi gibi aşırı sonuçlara yol açacağı ve istisnai durumlar olan hukuka uygunluk nedenleri bakımından herkesin iddiasını ispatla yükümlü olması gerektiği görüşü de ileri sürülmektedir.⁸³ Bu görüş uzun tartışmalardan sonra, mal için meşru savunma bakımından belli şartların varlığı halinde meşru savunmanın varlığına ilişkin bir adi karinenin varlığının kabul edildiği Fransız Hukukunda hem öğreti,⁸⁴ hem de uygulama⁸⁵ tarafından kabul edilmiştir. Buna göre Fran-

⁸² Vecizenin katı biçimde uygulanmasının yol açabileceği zararlı sonuçlar hakkında bkz. FEYZİOĞLU: Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara 2002, s. 198.

⁸³ MERLE-VITU: Traité de droit criminel, T. I, 7^{ème} édition, Paris 1997, s. 585; PRADEL: Manuel de droit pénal général, Paris 2006, s. 319; SOYER: s. 120; BEZİZ-AYACHE: Dictionnaire de Droit Pénal et Procédure Pénale, 3^e édition, Paris 2005, s. 162; CONTE-MAISTRE DU CHAMBON: Droit pénal général, Paris 2004, s. 155.

⁸⁴ Fransız Hukukunda meşru savunmanın varlığını sanığın ispat etmesi gerektiğini açıklamak için birbirini destekleyen iki gerekçe ileri sürülmektedir. Bunlardan ilki hukuka uygunluk nedenlerinin istisnai haller olmasından dolayı, bu nedenlerin varlığını ispat edenin ispatlaması gerektiğidir. Buna ek olarak Fransız Ceza Kanunu'nda belli hallerde meşru savunma karinesinin kabul edilmesini, aksiyle kanıt

sa'da söz konusu karinenin var olmadığı durumlarda, Cumhuriyet savcısından yalnızca maddi unsurunun olumlu kısmını ve manevi unsuru ispat etmesi beklenmekte, hukuka uygunluk nedeninden yararlandığını ispat etmek ise bunu iddia edene düşmektedir.⁸⁶ Mal için meşru savunmaya ilişkin Fransa'dakine benzer bir adi karine, Belçika Ceza Kanunu'nda da yer almaktadır.⁸⁷ Buna karşın hukukumuzda hem re'sen araştırma ilkesine hem de şüpheden sanık yararlanır ilkesine dayanarak tali uyuşmazlıkların çözümü haricinde ceza muhakemesinde ispat külfeti diye bir sorun olmadığı ve mahkumiyet için savunmanın değil iddianın sabit olması gerektiği kabul edilmektedir.⁸⁸

Yukarıda yer verilen her ki düşünce de dikkate alındığında, bu konudaki daha doğru anlayış sanırız, şüphe sanık lehine yorumlanır ilkesinin hukuka uygunluk nedenleri açısından da geçerli kabul edilmesidir. Kabul ettiğimiz çözüm tarzı, yukarıda da belirttiğimiz üzere bazı suçluların cezasız kalacağı ileri sürülerek eleştirilebilir. Bu eleştiriye ilişkin ilk yanıtımız, masumların hapse girmesinin suçluların cezasız kalmasından daha vahim sonuçlara yol açacağı yönündeki klişe olacaktır. İkinci cevap ise, re'sen araştırma ilkesi gereği mahkemenin tüm delilleri toplamakla yükümlü olduğu gerçeğidir. Bu gerçek, savcılığın hazırladığı iddianamenin, mahkeme tarafından deliller bakımından eksiksiz hale getirilmesi gereğini ifade etmektedir.⁸⁹ Uygulamada, delillerin özensiz toplanması, personelin yetersiz ama iş yükünün aşırı olması gibi gerekçeler, hiç kimsenin haksız yere cezalandırılmasının gerekçesi olamaz zira bir işin eksik yapılmasının sorumlusu onun muhatabı değil, işi yapan olmalıdır. Hukuk sisteminde bir eksiklik ya da yanlışlık varsa görevimiz bunun düzeltilmesi için çaba göstermektir, bahanelerin ardına sığınmanın ceza hukukunda asla seçilmemesi gereken bir yol olduğu düşüncesindeyiz. Öte yandan Yargıtay istikrarlı uygulamasında meşru savunmanın şüpheli kalması halinde kurumun hiçbir fail için uygulanamayacağını kabul etmektedir.⁹⁰ Yargıtay, benzer gerekçelerle karşılıklı meşru savunma halini de kabul etmemektedir.⁹¹ Karşılıklı meşru savunma halinin kabul edilmemesi ilk bakışta

yöntemine dayanarak bu şartların gerçekleşmediği haller bakımından meşru savunmanın varsayılamayacağı ve kanıtlanmasının zorunlu olduğu şeklinde yorumlanmaktadır. Bkz. **PRADEL**: s. 319.

⁸⁵ Crim., 19 février 1959, Reminiac. Karar metni ve yorumu için bkz. **PRADEL-VARINARD**: Les grands arrêts du droit pénal général, 5^{ème} édition, Paris 2005, s. 299 vd.

⁸⁶ **DESPORTES- LE GUNHEC**: Droit pénal général, Paris 2006, s. 729.

⁸⁷ **HENNAU-VERHAEGEN**: Droit pénal général, Bruxelles 2003, s. 216.

⁸⁸ **KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU**: Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2006, s. 584-587; **CENEL-ZAFER**: Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2008, s. 651.

⁸⁹ Hukuka uygunluk nedenini ispatlama yükümlülüğünün yalnızca sanık üzerinde bırakılmaması, re'sen araştırma ilkesinin hayata geçirilmesi ve gerekiyorsa daha derin araştırma yapılması gerektiği konusundaki görüşler için bkz. **FEYZİOĞLU**: s. 208.

⁹⁰ Yargıtay'ın konuyla ilgili kararları için bkz. **MOLLAMAHMUTOĞLU-VURAL**: Yargısal ve Blimsal içtihatlarla TCK Yorumu C. II, Ankara 1985 s 786 ve 787; **YKD**. 1985, S.6, s. 274.

⁹¹ **ÖZEN**: s. 91.

mantığa uygun gözükmemektedir, zira bir saldırı haksız ise karşıdaki kişinin savunması meşru olacağından, iki kişinin birbirlerine karşılıklı haksız saldırılarda bulunması olası gözükmemektedir. Fakat meşru savunmanın şüpheli kalması ve kimin saldırgan olduğunun belirlenememesi durumunda, her bir fail için aksi ispat edilemeyen karşılıklı haksız saldırılar ve iki meşru savunma hali karşılıklı olarak söz konusu olacaktır. Bu durumda yukarıda belirttiğimizi görüşler çerçevesinde karşılıklı meşru savunmanın da kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüşe⁹² katılıyoruz. Zira tüm araştırmalara rağmen şüphenin yenilememesi durumunda şüpheden sanığın yararlanması gerekir.⁹³

2. Meşru Savunmada Sınırın Aşılması

DEMİRBAŞ konuyla ilgili makalesinde sınırın aşılması konusunu, sınırın oranda-araçta aşılması ve zamanda aşılması şeklinde ikiye ayırarak incelemektedir.⁹⁴ Sınırın zamanda aşılması, meşru savunmaya yol açan saldırı sona erdikten sonra dahi savunma hareketlerinin sürdürülmesidir. Bizim burada inceleyeceğimiz kısım ise sınırın oranda -araçta aşılması ile ilgilidir. Sınırın zamanda aşılması bakımından ise şu şekilde bir çözüm benimsiyoruz:

Saldırı sona erdikten sonra, failin yeniden saldırıya başlayacağı konusunda bir belirti olmadığı hallerde saldırı ile birlikte meşru savunma da sona ermiştir.⁹⁵ Bu aşamadan sonra meşru savunma ile ilgili hükümler uygulama alanı bulamaz. Bu noktada saldırının nitelik değiştirmesi önemli sorunlara yol açabilir. Örneğin silahla bankada bulunanları tehdit ederek bankayı soyduktan sonra kaçmaya çalışan failin, güvenlik görevlisi tarafından ateş edilerek vurularak öldürülmesi halinde, yaşam varlığına yönelik saldırı sona ermişse de, mal varlığına yönelik saldırı devam etmektedir. Bankanın güvenlik görevlisinin kaçan faili vurarak öldürmesi halinde somut olayı şartlarına göre hem mal için meşru savunmada sınırın aşılmasına ilişkin hükmün hem de CMK m. 90'da yer alan suçüstü halinde yakalamaya ilişkin hükmün uygulama alanı bulması mümkündür. CMK m.90'da herkese yönelik olarak verilen⁹⁶ bu yetkinin kullanımında sınır aşılmış ise, bu davranış kanunun emrinin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninde sınırın aşılması olarak nitelendirilmelidir. Aynı olayda mal için meşru savunmada sınırın aşıldığına hükmedildiği takdirdeyse, 27/2. maddede yer alan sınırın heyecan, telaş veya korku sebebiyle aşılmasını düzenleyen hükmün de uygulama alanı bulması mümkündür. Aşağıda TCK'nın 27/2. maddesi incelenirken, konuya ilişkin daha ayrıntılı bilgi verilecektir.

⁹² **DÖNMEZER-ERMAN**: s. 111.

⁹³ **FEYZİOĞLU**: s. 208.

⁹⁴ **DEMİRBAŞ**: "Türk Ceza Kanununda Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması", Hayri Domanlı'ya Armağan içinde, İstanbul 1995, s. 280.

⁹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **DEMİRBAŞ**: "Sınırın Aşılması", s. 280.

⁹⁶ **DÖNMEZER-ERMAN**: s. 84.

a. Sınırın Kasıtlı Olarak Aşılması

765 sayılı TCK döneminde sınırın aşılmasını düzenleyen 50. maddenin sınırın kasıtlı aşılması halinde uygulanıp uygulanmayacağı konusunda tartışmalar vardı. 5237 sayılı TCK, düzenlemesiyle 765 sayılı TCK'daki sorunu bir ölçüde açıklığa kavuşturmuş ve 27. maddenin sınırın kast olmaksızın aşıldığı hallerde uygulanabileceğine ilişkin bir düzenleme getirmiştir. Kanımızca bu düzenleme yerindedir, eskiden öğretide yorum yoluyla ulaşılan sonuç, açık bir şekilde kanun hükmü haline getirilmiştir. Böylece sınırın kasıtlı olarak aşılması halinde bu fiiller meşru savunma kapsamında değerlendirilemeyecek, hatta yeni bir saldırı olarak nitelendirilebilecektir. Açık düzenleme karşısında, artık sınırın kasıtlı olarak aşılmasının ceza kanunu tarafından himaye edilebilir bir hal olduğunu ileri sürmek de mümkün olmayacak, sınırı kasıtlı olarak aşanlar, fiilleri hangi suça vücut veriyor ise o fiilden dolayı yargılanacaklardır. Öte yandan sınırı kasıtlı aşan kişiyi savunma durumuna sokan hareket saldırı olma niteliğini koruduğundan, somut olayın koşulları da dikkate alınarak, gerekli nitelikleri taşıması halinde haksız tahrik olarak nitelendirilmesi mümkündür.

b. Sınırın Taksirli Olarak Aşılması

Önceki alt başlıkta belirtildiği üzere 5237 sayılı kanunun 27/1. maddesi, sadece sınırın taksirli olarak aşıldığı hallerde uygulama alanı bulacaktır. Kanunda açıkça ifade edildiği üzere, söz konusu fiililin taksirli halinin de cezalandırılabilir olması gerekmektedir. Bu ifade sayesinde öğreti tarafından da eleştirilen,⁹⁷ 765 sayılı kanun döneminde kasıtlı suçun cezasında indirim giderek cezayı belirleme uygulamasına son verilmesi amaçlanmaktadır.

Öğretide bir görüş, hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması halinde, artık hukuka uygunluktan söz edilemeyeceğinden, bu hareketlerin haksız saldırı olarak değerlendirilebileceğini ve bu hareketlere karşı meşru savunmanın mümkün olduğunu ileri sürmektedir.⁹⁸ Sınırın hangi noktadan itibaren aşıldığının kesin olarak belirlenmesinin çok zor olduğunu düşünmekle beraber, teorik olarak biz de bu görüşün doğru olduğu düşüncesindeyiz.

c. Sınırın Kusursuz Olarak Aşılması

Aslında bu hallerde sınırın aşıldığından söz etmek mümkün değildir fakat failin kusurluluğuna ilişkin tüm olasılıkların bir arada değerlendirilmesi gerekli gördüğümüz için, sınırın kusursuz olarak aşılması hususunu da ayrı bir başlık altında incelemeyi uygun görüyoruz. Sınırın kusursuz olarak aşıldığı hallerde sınırın aşan kişiye

ceza vermek mümkün olmayacaktır. 27/1. maddede sınırın kast olmaksızın aşılması halinde ancak kanunda o fiilin taksirli hali de cezalandırılıyorsa ceza verilebileceği belirtilmiştir. Bu durumda sınırın kusursuz olarak aşılması halinde kişi meşru savunma halinde sınırı aşmamış kabul edilecek ve cezalandırılmayacaktır.

d. Sınırın mazur görülebilecek heyecan, korku veya telaştan dolayı aşılması

5237 sayılı TCK'nın 27/2. maddesinde "*meşru savunmada sınırın mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmesi halinde faille ceza verilmez*" hükmü yer almaktadır. Hukukumuzda 5237 sayılı TCK ile giren söz konusu hükmün benzerleri Alman, İsviçre, Avusturya Ceza Kanunları'nda yer almaktadır.⁹⁹ Hollanda Hukuku'nda ise sınırın şiddetli bir heyecan dolayısıyla aşılması halinde, ceza sorumluluğunun doğmayacağına ilişkin bir hüküm yer almaktadır.¹⁰⁰

Söz konusu hüküm pek çok tartışmaya yol açacak ve uygulamada ciddi sorunlara yol açacak niteliktedir. Bir görüş, bu hislerin saldırganın haksız eyleminden kaynaklandığını ileri sürerek, bu duyguların etkisi altında savunmada aşırıya kaçan kişiye ceza verilmemesi gerektiğini ileri sürmektedir.¹⁰¹ Buna yakın başka bir görüş ise, bu hallerde failin içinde bulunduğu istisnai psikolojik durumun ona kusur isnadı engellediğini, bu nedenle failin isnat yeteneğini ortadan kaldıran geçici bir sebebin var olduğunu şeklindedir.¹⁰² Yargıtay uygulamasında ise kusurluluğun ortadan kalktığı kabul edilmemekte, fakat failin psikolojik durumu meşru savunmanın halinin var olup olmadığı araştırılırken dikkate alınmaktadır.¹⁰³ Meşru savunmanın suça etkisini açıklamaya çalıştığımız bölümde, kusurluluğun ortadan kalktığını ileri süren görüşlere katılmadığımızı açıklamıştık. Görüşlerimiz sınırın aşılması ile ilgili hükümler bakımından da geçerlidir.

⁹⁹ Benzer hükümlerin madde metinleri için bkz. HAKERİ: Sorularla Ceza Hukuku, TBB Yayınları Eylül 2005, s. 77.

¹⁰⁰ Hükmün Fransızca tercümesi için bkz. PRADEL-CADOPPI: s. 20.

¹⁰¹ YÜCE: s. 260.

¹⁰² Ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİRBAŞ: "Sınırın Aşılması", s. 280 vd.

¹⁰³ "Dolayısıyla, belirleyici olan maruz kalınan saldırının kişiyi içine düşürdüğü psikolojik durumdur. Zira, kişi sırf maruz kaldığı saldırının tesiriyle 'heyecan, korku ve paniğe' kapılarak meşru müdafaaanin sınırlarını aştığında bu maddeden yararlanabilecek, buna karşılık; sırf saldırının etkisiyle değil de, (velev ki saldırıdan kaynaklanmış olsa dahi) öfke ve gazap gibi nedenlerle sınır aştığında ise aynı korumadan faydalanamayacaktır." YGCK, E. 2007/1-281, K. 2008/37, T. 26.2.2008, Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası (SGT: 03.03.2009) "Sanığın aksi sabit olmayan 13.05.2005 tarihli kolluk ifadesinin oluşa uygun olduğu ve maddi bulgularla örtüştüğü, sanığın kendisine yönelik cinsel saldırıyı defetmek maksadıyla elindeki bıçağı rastgele salladığı ve maktüle isabet eden darbelerden sadece birinin öldürücü nitelikte bulunduğu, sanığın mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaş nedeniyle meşru savunmada sınırı aştığı..." Y. 1. C.D, E. 2007/6072, K. 2008/5146, T. 18.6.2008, Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası (SGT: 03.03.2009). Bu konudaki diğer kararlar için bkz. dn. no.38.

⁹⁷ Konuyla ilgili eleştiriler için bkz. DEMİRBAŞ: "Sınırın Aşılması", s. 285; DÖNMEZER-ERMAN: 141 vd.

⁹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖNDER: Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III, s. 155; YÜCE: s.260.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, özellikle yaşam varlığına yönelik saldırılarda insan, doğası gereği “heyecan, korku ve telaş” duyar, zira her an yaşamını kaybedebilecek şekilde yaralanma tehdidi altındadır. Bu konudaki bir görüş, içine düşülen “korku, heyecan ve telaş”ın mazur görülüp görülemeyeceğini araştırmaya dahi gerek olmadığı yönündedir.¹⁰⁴ Söz konusu psikolojinin, saldırı tehdidi altında kalan her insanın normal ruh hali¹⁰⁶ olduğu dikkate alınır, kanımızca ikinci görüşe itibar edilmesi halinde 27. maddenin sınırın taksirle aşılmasını düzenleyen birinci fıkrası tamamen uygulanmaz hale gelecektir. Zira yaşamı tehlike altında olan bir insanın, o ruh hali içerisinde, taksirli hareket etmesi gayet doğaldır. Buna ek olarak kanunilik ilkesinin hâkim olduğu bir ceza hukuku sisteminde, kanuna bu şekilde içeriği belirsiz ve muğlak ifadeler koymanın, kişilerin hukuki güvenliğini tehlikeye düşürebilecek sonuçlara yol açabileceğinin de unutulmaması gerektiği düşüncesindeyiz.¹⁰⁶

Hüküm yalnızca “şaşkınlık, korku veya panik” hallerine özgüdür. Bu nedenle örneğin kendisini tahrik eden kişiye karşı aşırı derecede sinirlenen kişiye, bu hükmün uygulanması mümkün değildir.¹⁰⁷ Her ne kadar ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan haller bakımından kıyas yapılması mümkünse de, söz konusu hüküm yukarıda belirtilen ciddi sorunlara gebe olduğundan dar yorumlanması gerektiği düşüncesindeyiz.

3. Meşru Savunmanın Varlığına İlişkin Şartlarda Hata

a. Şahısta Hata ve Sapma Hallerinde

765 sayılı TCK döneminde öğretide, meşru savunmada şahısta hata ve sapma hallerinde sapmayı düzenleyen 52. maddenin uygulanması ve fiil saldırı-gana karşı işlenmiş gibi kabul edilerek savunma yapana ceza verilmemesi gerektiği ileri sürülmekteydi.¹⁰⁸ Yargıtay da meşru savunma halinde sapmaya ilişkin bir kararında, her ne kadar zarar verilen üçüncü bir kişi de olsa meşru savunma kurumunun olayda uygulama alanı bulacağına karar vermiştir.¹⁰⁹

5237 sayılı TCK’da, sapma ile ilgili herhangi bir hükme yer verilmemiş, kanunun gerekçesinde öğretide ve uygulamada sapma halinde fikri içtima hükümlerinin uygulanacağı yolunda görüş birliği olduğu ifade edilmiş ve durum örneklerle açıklanmaya çalışılmıştır. Bu noktada açıkça belirtmek gerekir ki;

¹⁰⁴ ÖZGENÇ-ŞAHİN: Uygulamalı Ceza Hukuku, 3. Bası, Ankara 2001, s. 281.

¹⁰⁵ Aynı görüşte TOROSLU-ERSOY: s. 12.

¹⁰⁶ Aynı görüşte bkz. DONAY: s. 44.

¹⁰⁷ PRADEL-CADOPPI: s. 9.

¹⁰⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEN: s. 152.

¹⁰⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖNDER: Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III, s. 198.

öğretide genellikle hareket teorisine üstünlük veren yazarlar sapma halinde fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiğini ileri sürmekteyseler de¹¹⁰, bu hükümlerinin uygulanması konusunda görüş birliği yoktur. Zira sonuç teorisini benimseyerek bu görüşe karşı çıkan yazarlar¹¹¹ olduğu gibi, hareket teorisini benimsemelerine rağmen, çok sonuçlu sapmada her halde fikri içtima hükümlerinin uygulanamayacağına işaret eden yazarlar¹¹² da vardır. Yargıtay’ın söz konusu hallerde fikri içtima olduğunu kabul eden kararları vardır, fakat bu kararlar da yerinde olarak öğretide eleştirilmektedir.¹¹³

5237 sayılı TCK’nın 44. maddesinde fikri içtima, bir fiil ile birden fazla suç oluşması hali olarak tanımlanmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki biz fiil sayısının sonuca göre belirlenmesini savunan görüşe taraftarız. Çünkü her sonucun hukuk düzeninin bağımsız bir ihlali olduğu düşüncesindeyiz. Bu durumda her ne kadar tek davranışın sonucu da olsalar, sonuç sayısı kadar suç oluştuğu kabul edilmelidir. Hareket tek bile olsa, eğer iki sonuç ortaya çıkmış ise burada iki fiil ve dolayısıyla en az iki suç vardır.¹¹⁴ Bu şekilde düşünüldüğünde zaten bir fiille birden fazla suç işlenmesi mümkün değildir. Bu durum ancak tek davranış ile mümkün olabilir. 765 sayılı TCK’daki 52. maddeyi karşılayan bir hüküm, 5237 sayılı TCK’da bulunmadığına göre, 5237 sayılı TCK döneminde tek sonuçlu sapma hallerinde dahi iki en az iki sonucun ve dolayısıyla iki suçun gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerekir. Bunlardan biri teşebbüs aşamasında kalan diğeri ise gerçekleşen suçtur. Gerçekleşen sonuç ve suç tek olabileceği gibi, birden fazla olması da mümkündür.

Meşru savunma bakımından ise 765 sayılı kanunda yer alan 52. madde hükmüne benzer bir hükmün eksikliği hissedilmektedir. Meşru savunma halinde bulunan fakat kusuru olmaksızın sapma sonucu üçüncü bir kişiye zarar veren kişinin fiilini suç saymak, hukuku uygunluk nedenlerinin yapısıyla bağdaşmaz. Çünkü bu nedenlerin varlığı halinde kişinin tüm fiilleri hukuka uygundur. Hatta üçüncü kişi lehine meşru savunma hallerinde, kişinin savunmak istediği şahsa zarar vermesi ve bu yüzden cezalandırılması gibi tezat bir sonuç ortaya çıkabilir ki bu meşru savunma kurumunun kabul edilme amacıyla da bağdaşmaz. Bu nedenle meşru savunmada halinde şahısta hata ya da sapma hallerinde de fiilin hukuka uygun sayılmasının doğru olacağını fakat bunun için bir kanuni düzenlemenin şart olduğu düşüncesindeyiz.

¹¹⁰ ÖZBEK-KANBUR-BACAĞSIZ-DOĞAN-TEPE: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010, s. 415; ÖZGENÇ: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 494; KOCA-ÜZÜLMEZ: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 120.

¹¹¹ TOROSLU: Genel Kısım, s. 320; HAFIZOĞULLARI-ÖZEN: s. 202.

¹¹² CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT: s. 237 ve 433.

¹¹³ DÖNMEZER: s. 40; CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT: s. 433.

¹¹⁴ TOROSLU: Genel Kısım, s. 321.

b. Meşru Savunmanın Algılanmasında Hata (Meşru Savunma Halinde Fiili Hata)

aa. Meşru Savunmanın Sübjektif Olarak Varsayılması (sözde <meşru> meşru savunma)

Meşru savunma ile savuşturulması gerçeken bir saldırı gerçekte var olmasına rağmen, kişinin kendisini böyle bir saldırı tehdidi altında hissederek savunma yapması halinde sözde meşru savunmadan söz edilir. Bu halde failin hatası kaçınılmaz ise, 5237 sayılı TCK'nın 30/3. maddesi uyarınca fail bu hatasından yararlanır ve ceza sorumluluğu doğmaz. Hatanın kaçınılmaz olması, failin gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen hataya düşmekten kurutulmamış olmasını ifade etmektedir.¹¹⁵

Kaçınılmaz hata kavramı belirsiz olması nedeniyle eleştirilmektedir.¹¹⁶ Madde gerekçesinde hatanın kaçınılabilir olması halinde bu hatanın cezanın belirlenmesinde dikkate alınacağı belirtilmektedir. Söz konusu hususun gerekçede değil, madde metninde yer alması gerektiği konusundaki eleştiriye¹¹⁷ biz de katılıyoruz. Öte yandan kanunda metnindeki asıl eksiklik, sorumluluğun türüne ilişkindir. 30. maddenin birinci fıkrasının aksine üçüncü fıkrasında, hataya düşen kişinin fiilinin manevi unsuruna ilişkin herhangi bir belirleme yapılmamıştır. Oysa kaçınılmaz bir hata olmasa bile, bir kişinin hataya düştüğü kabul edildikten sonra kasıtlı davrandığından söz edilemez zira kişinin gerçek durumu yanlış algılaması, olayı doğru algılasaydı yapmak istemeyeceği bir fiile neden olmaktadır.¹¹⁸ Bu nedenle, 30. maddenin üçüncü fıkrasına da, birinci fıkraya benzer şekilde kaçınılabilir hata halinde söz konusu olabilecek tek sorumluluk türünün taksirli sorumluluk olduğuna dair bir cümle eklemenin gerekli olduğu yönündeki görüşe¹¹⁹ katılmaktayız. Nitekim İsviçre Ceza Kanunu 192. maddesi ile İtalyan Ceza Kanunu'nun 59/4. maddesi de aynı anlayışı yansıtmaktadır.

bb. Meşru Savunmanın Objektif Olarak Var Olması

Hatanın başka bir türü ise, faille yönelik bir saldırı olmasına rağmen failin bunun farkında olmaması ve saldırgana karşı aslında suç teşkil eden bir fiili işlemesi halinde ortaya çıkar. Kanun koyucunun gerçekleştirebilmesi çok ender durumları göz önüne alarak hukuka uygunluk sebeplerinin sübjektif varlığını aradığı düşünülemez.¹²⁰ Bu nedenle her ne kadar öğretide ve bazı ülkelerin uy-

gulamalarında¹²¹ karşıt görüşler olsa da biz, hukuka uygunluk nedenlerinin objektif etkiye sahip olduğu yönündeki görüşe¹²² katılıyoruz ve bu hallerde faille ceza vermenin mümkün olmadığını düşünüyoruz. CMK'nın 223/2-d maddesi de hukukumuzda hukuka uygunluk nedenlerinin objektif niteliğinin kabul edildiğini ilişkin görüşü desteklemektedir.¹²³ Söz konusu nedenlerin objektif olarak var olması fiili hukuka uygun hale getirmek için yeterlidir, failin durumu bilip bilmemesinin ya da suç işleme yönündeki iradesinin hukuken bir önemi yoktur. Taksirli suçlar bakımından da hukuka uygunluk nedenlerinin objektif nitelikte olduğu yönündeki görüşe katılıyoruz.¹²⁴

Hukuka aykırılık ile ilgili değerlendirme sonradan yapılır (ex post), bunun ifade ettiği anlam hukuka aykırılığın sonuca göre belirlenmesidir.¹²⁵

Bu konuyu sonlandırmadan önce, 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinin ardından öğretilde taraftar bulmaya başlayan bir görüşten söz etmek istiyoruz. Bu görüş, failin hukuka uygunluk nedeninin varlığından haberdar olmamasına rağmen o nedenden yararlanabileceği hallerde, işlemeyi kast ettiği suça teşebbüsten dolayı cezalandırılması gerektiğini savunmaktadır.¹²⁶ Olayı bir örnekle açıklarsak A, B'yi öldürmek üzere ateş etmek için silahını ona doğrulttuğu sırada, silahın doğrultulduğunu görmeyen ve A'ya içten içe kin besleyen B, ateş ederek A'yı öldürürse, B'nin adam öldürmeye teşebbüs suçundan sorumlu olacağı ileri sürülmektedir.

Bu görüşün kabul edilmemesi gerektiği düşüncesindeyiz. Bu görüşe karşı olmamızın ilk nedeni savunma durumunda bulunan failin kastı her ne olursa olsun hukuka uygunluk nedeninin objektif niteliğinin bu kastı bertaraf etmesidir. İkinci itirazımız ise failin sorumluluğuna yöneliktir. Söz konusu olayda ölüm sonucu gerçekleşmiştir. Oysa bu görüşün taraftarları failin teşebbüsten sorumlu tutulmasını öngörmektedirler. Anlayabildiğimiz kadarıyla buna sebep olarak sonucun, hukuka uygunluk nedeninin objektif olarak var olmasından dolayı haksız olmadığını ileri sürmekte, bundan dolayı fiilin hareket unsurunu gerçekleştirmiş sonuçtan ayırarak, sadece teşebbüs olarak cezalandırılmasını istemektedirler. Bizce söz konusu ayırım tamamen yapaydır ve gerçekleşmiş bir sonucu

¹²¹ İspanyol Yüksek Mahkemesi'nin, failin meşru savunma durumunda bulunduğunu bilmesi gerektiğine ilişkin kararları olduğuna ve bu kararların tarihlerine ilişkin olarak bkz. **PRADEL-CADOPPI**: s. 12.

¹²² **DÖNMEZER-ERMAN**: s. 21; **TOROSLU**: Genel Kısım, s. 136; **DEMİRBAŞ**: Genel Hükümler, s. 228 vd. Hukuka uygunluk nedenlerinin niteliğinin objektif mi yoksa sübjektif mi olduğu konusunda ayrıntılı bir tartışma için bkz. **ÖNDER**: Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III, s. 151.

¹²³ **GÜNGÖR**: s. 63.

¹²⁴ **ÖNDER**: Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III, s. 153.

¹²⁵ **ÖNDER**: Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III, s. 154.

¹²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖZGENÇ-ŞAHİN**: s. 217.

¹¹⁵ **ÖZBEK**: TCK İzmir Şerhi, s. 352.

¹¹⁶ **ÖZBEK**: TCK İzmir Şerhi s. 352.

¹¹⁷ **MAHMUTOĞLU**: "5237 Sayılı TCK'da Hukuka Uygunluk Nedenleri", s. 59; **ÖZBEK-KANBUR-BACAĞSIZ-DOĞAN-TEPE**: s. 411.

¹¹⁸ Aynı görüşte bkz. **GÜNGÖR**: Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara 2007, s. 70-71.

¹¹⁹ **MAHMUTOĞLU**: "5237 Sayılı TCK'da Hukuka Uygunluk Nedenleri", s. 59; **ÖZBEK**: TCK İzmir Şerhi, s. 352.

¹²⁰ **ÖNDER**: Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III, s. 153.

yok saymayı her ne sebeple olsun gerektirmez. Öte yandan hukuka uygunluk nedeni objektif olarak var olduğundan fiil zaten hukuka uygundur ya da hukuka uygunluk nedeni yoktur ve fiil hukuka daha en baştan aykırıdır.

Hukuka uygunluk nedeninin olduğu yerde fiilin bir kısmının hukuka uygun bir kısmının aykırı olması gibi bir şey söz konusu olamaz. Fakat failin bir hareketi hukuka uygun olsa dahi bununla doğal bağ içerisinde bulunan hukuka aykırı hareketler bu niteliklerini korurlar. Meşru savunma halinde saldırganı öldüren failin silahı ruhsatsız ise, hukuka uygunluk nedeninin varlığı ruhsatsız silah taşımaktan dolayı faile ceza verilmesini engellemez.¹²⁷

Son olarak belirtmek gerekir ki olası kast ile hareket eden fail, meşru savunma halinin objektif olarak bulunmaması halinde bu hukuka uygunluk nedeninden yararlanamaz.¹²⁸ Kanımızca bunun nedeni, şüphe eden bir kişinin hata ettiğinden söz edilemeyeceğidir. Bu halde fail hukuka uygunluk nedeninin var olmayabileceğinin farkında olduğundan, bu yönde bir şüpheye sahiptir. Olayda hukuka uygunluk nedeninin objektif olarak var olmaması halinde olası kast ile hareket eden fail, kabullendiği sonuca katlanmak durumunda kalacaktır.

V. MEŞRU SAVUNMANIN DİĞER HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİYLE VE HAKSIZ TAHRİKLE İLİŞKİSİ

Meşru savunma kurumunun diğer hukuka uygunluk nedenleriyle ilişkisi incelenirken her bir kurumun şartları ve özel nitelikleri üzerinde durulmayacak, sadece farklar dikkate alınacaktır. Ayrıca bu kurumlar ile meşru savunmanın bir arada bulunup bulunamayacağı konusunda da tespitler yapılacaktır. Her ne kadar hukukumuzda yeni TCK ve CMK döneminde zorunluluk halinin kusurluluğu kaldırılan bir neden olduğu yönünde bir eğilim varsa da, yukarıda¹²⁹ açıkladığımız görüşler doğrultusunda biz TCK'da yer alan zorunluluk halinin bu şekliyle bir hukuka uygunluk nedeni olduğu görüşündeyiz. Bu nedenle söz konusu kurumu diğer hukuka uygunluk nedenleriyle birlikte incelemeyi uygun buluyoruz.

1. Zorunluluk Hali ile İlişkisi

İki kurum arasındaki temel fark saldırı niteliği taşıyan davranışlara karşı meşru savunma kurumunun, tehlikeye karşı ise zorunluluk halinin uygulama alanı bulmasıdır. Buna göre, ilke olarak meşru savunma ancak bilinçli insan saldırıları karşısında söz konusu olabilir. Öte yandan iki kurumun birlikte bulunduğu hallerde, fail tarafından bilerek sebebiyet verilmeyen ve başkasının

¹²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖNDER: Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III, s. 154 vd. ve s. 198.

¹²⁸ ÖNDER: Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III, s. 159.

¹²⁹ Bkz. 23 ve 24. numaralı dipnotlar.

ceza kanunları tarafından korunan bir hakkına zarar vermeksizin önlenemeyen şahsa karşı ağır ve mevcut bir tehlikenin varlığı halinde; eğer fiil tehlikeyi yaratan kişiye yöneliyorsa meşru savunma, üçüncü bir kişiye yöneliyorsa zorunluluk hali söz konusu olur.¹³⁰ Öte yandan öğretide meşru savunma yoluyla saldırıyı defetmek mümkün ise, masum üçüncü kişilere zarar verilerek zorunluluk halinden yararlanılamayacağı zira bu hallerde, zorunluluk halinin şartlarından biri olan tehlikenin başka türlü önlenememesi şartı gerçekleşmediği ifade edilmektedir.¹³¹ Kanımızca, bu görüşü mutlak olarak kabul etmek yerinde olmaz. Zira saldırganla çarpışmak yerine, ondan kaçarak üçüncü bir kişinin evine giren ve dolayısıyla konut dokunulmazlığını ihlal eden kişinin zorunluluk halinden yararlanması gerekir. Tehlikenin başka türlü önlenememesi şartının kişiye çarpışma yükümlülüğü yüklediği söylenemez. Bu nedenle, bunun gibi tehlikenin başka türlü önlenememesi şartının geniş yorumlanması gerektiği düşüncesindeyiz.

Bu konuda tartışılan başka bir sorun insan tarafından yönlendirilen hayvanların saldırıları karşısında hangi kurumun uygulama alanı bulacağıdır. Öğretide bu durumda saldırı insandan kaynaklanıyorsa, zarar hayvana verilse bile meşru savunma kurumunun uygulama alanı bulması gerektiği ileri sürülmüştür.¹³² Gerçekten dağda saldıran bir ayıdan kaynaklanan tehlike ile bir insan tarafından hasmının üzerine saldırtılan köpek arasında ciddi fark vardır. Kanımızca saldırının kaynağının insana bağlanıp bağlanamamasına ilişkin ölçüt saldırı ile tehlike arasındaki farkı ortaya koymak bakımından yeterlidir.

Meşru savunma ile zorunluluk hali arasındaki bir başka fark ise saldırıya sebebiyet verip vermeme yönündendir. Saldırıya kendisi sebebiyet veren kişi zorunluluk halinden yararlanmaz fakat meşru savunma bakımından, amaççı tahrik hali dışında, böyle bir şart söz konusu değildir.¹³³

Meşru savunma halinde zarar verilen kişi saldırgan iken, zorunluluk halinde zarar gören, tamamen ilgisiz üçüncü bir kişidir.¹³⁴

Meşru savunmada başka şekilde hareket etme imkânının olup olmadığı konusunda katı bir tutum söz konusu değildir. Özellikle kaçma konusunda, meşru savunmayla ilgili olarak kişiye bir yükümlülük yüklenemeyeceği kabul edilmektedir. Oysa zorunluluk halinde zarar veren davranış kelimenin tam anlamıyla "son çare" olmak durumundadır.¹³⁵

¹³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. TOROSLU: Zaruret Hali, s. 82 ve s. 85.

¹³¹ TOROSLU: Zaruret Hali, s. 86.

¹³² TOROSLU: Genel Kısım, s. 146.

¹³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEN: s. 170.

¹³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEN: s. 168.

¹³⁵ TOROSLU: Genel Kısım, s. 134; DÖNMEZER-ERMAN: s. 107 vd.

Her ne kadar kural olarak hukuka uygun hareket eden kişiye karşı hukuka uygunluk nedeninde yaranılamazsa¹³⁶ da, yukarıda da ifade edilen bazı olayların varlığı karşısında, istisnai olarak hukuka uygunluk nedenlerinin karşılıklı olarak var olabileceğini kabul etmek zorunlu olmaktadır. Aksi halde zorunluluk halinde bulunan kişinin, tehlikeyi defetmek için üçüncü bir şahsa zarar vermesi halinde, bu şahsın kendini korumasının, hukuken meşru kabul edilmesi imkânsız olur. Bu hallerde bir görüşe göre meşru savunma, diğer görüşe göre ise zorunluluk hali söz konusu olmaktadır.¹³⁷ Kanımızca bu hallerde kişinin kendini korumaya yönelik fiillerinin saldırıya yöneldiği hallerde, meşru savunmanın varlığının kabul edilmesi gerekir.¹³⁸

2. Kanunun Hükmünün ve Amirin Emrinin Yörine Getirilmesi ile İlişkisi

Kanunun hükmünü ya da amirinden aldığı hukuka ve usulüne uygun bir emri yerine getiren kişiye karşı, meşru savunma halinde bulunulması düşünülemez zira söz konusu kanun hükmü yapılan müdahalenin haksızlık unsurunu ortadan kaldırır ve saldırı olarak nitelenmesini önler. Fakat yerine getirme için yapılacak eylemler hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılmasının da ötesinde yeni ve bağımsız bir saldırı olarak nitelenebiliyorsa, karşı tarafın meşru savunma halinde bulunduğundan söz edilebilir.

3. Hakkın Kullanılması ve Mağdurun Rızası ile İlişkisi

Hakkını kullanan ya da ilgiliden aldığı hukuka ve usulüne uygun rızaya uygun işlem yapan kişiye karşı meşru savunmadan söz edilemez, zira bu eylemler haksızlık unsurunu içermemektedirler. Öte yandan bir üst başlıkta belirtildiği üzere burada da söz konusu eylemler hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılmasının da ötesinde yeni ve bağımsız bir saldırı olarak nitelenebiliyorsa karşı tarafın meşru savunma halinde bulunduğundan söz edilebilir. Üçüncü kişi lehine meşru savunma halinde mağdurun rızasıyla ilgili olarak ortaya çıkabilecek sorunlar üçüncü kişi lehine meşru savunma başlığı altında incelendiğinden, burada tekrarına gerek görülmemiştir.

4. Haksız Tahrik ile İlişkisi

Meşru savunma ile haksız tahrikin aynı olayda uygulama alanı bulması mümkündür. Bunun en tipik örneği, yukarıda da belirtildiği üzere bir kişinin işlemek istediği suçu hukuka uygun gibi göstermek isteyen failler hariç - saldırıyı meşru savunma durumuna sokmayacak şekilde tahrik ederek, saldırıya sebep

olması halidir. Her somut olayda davranışlardan hangisinin saldırı teşkil ettiği belirlendikten sonra, savunma halinde bulunan şahsın, tahrik olarak nitelendirilebilecek davranışları varsa bunlar da hâkim tarafından dikkate alınacaktır.

Yargıtay uygulaması bakımından meşru savunma ile haksız tahrik bakımından ilgi çekici olan bir husus ise, Yargıtay'ın sözde (mefruz) haksız tahriki kabul etmemesine karşın, sözde meşru savunmayı hukuka uygun saymasıdır.¹³⁹

VI. MAHKEMENİN MEŞRU SAVUNMANIN VARLIĞINA KARAR VERMESİ HALİNDE VERİLECEK HÜKÜM

CMK'nın 223/2-d hükmü uyarınca meşru savunmanın varlığı halinde verilecek hükmün beraat olduğu malumdur. Bu konuya değinmemizin nedeni ise Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 2006 tarihli bir kararında¹⁴⁰ verilmesi gereken hükmün "ceza verilmesine yer olmadığına ve beraate" olması gerektiğini ifade etmiş olmasıdır. Bilindiği üzere ceza verilmesine yer olmadığı kararı CMK 223/3-4. fıkralarında düzenlenmiş ve beraatten farklı bir hüküm çeşididir. Bu nedenle ayrı bir terim ve hüküm çeşidi olan "ceza verilmesine yer olmadığı" ifadesinin, beraatle birlikte kullanılması yerinde değildir. Zaten beraat eden kişiye ceza verilemeyeceği malumdur.

VII. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNİN İDDIANAMEYİ HAZIRLAYAN CUMHURİYET SAVCISI TARAFINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığına yalnızca mahkeme tarafından mı hükmedilebileceği yoksa Cumhuriyet savcısının da bu nedenlerin varlığını ileri sürerek kovuşturmaya yer olmadığına karar verip veremeyeceği konusu, uygulama açısından büyük önem taşımaktadır. Bu noktada yukarıda¹⁴¹ açıkça ifade edildiği üzere hukuka uygunluk nedenlerinin varlığının veya yokluğunun, hem ikili hem üçlü hem de dördü anlamlı tarafından suçun unsurları içerisinde mütalaa edildiğini ve bu nedenlerin varlığı halinde fiilin hukuka uygun olarak doğduğunun bir kez daha altını çizmeyi gerekli görüyoruz.

Uygulamada, savcının delil değerlendiremeyeceği ve delilleri takdir etmenin mahkemenin görevi olduğu yönündeki kanaat, 1412 sayılı CMUK döneminden bu yana, Cumhuriyet savcılarının hukuka uygunluk nedenlerinin varlığına kanaat getirirler dahi, dava açmak zorunda oldukları şeklindeki yanlış uygulamanın ortaya çıkmasına neden olmuştur.¹⁴² Cumhuriyet savcıları uygulamada delil aracı

¹³⁶ DEMİRBAŞ: Genel Hükümler, s. 242.

¹³⁷ Görüşler için bkz. TOROSLU: Zaruret Halli, s. 95.

¹³⁸ Bu görüşe karşı olarak zorunluluk haline karşı ancak zorunluluk halinin söz konusu olabileceği görüşü için bkz. TOROSLU: Zaruret Halli, s. 88 ve 89.

¹³⁹ ÖZTÜRK-ERDEM: Uygulamalı Ceza Hukuku, 8. Bası, s. 143.

¹⁴⁰ Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E. 2005/4611, K. 2006/5436, T. 05/12/2006. (www.hukukturk.com)

¹⁴¹ II. numaralı başlık.

¹⁴² CENTEL-ZAFER: s. 425; FEYZİOĞLU: Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ankara 1996, s. 12; EREM: Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku, Ankara 1986, s. 358. ÖZTÜRK-TEZCAN-ERDEM-SIRMA-SAYGILAR-ALAN da Cumhuriyet savcısının delil değerlendirebile-

değerlendirme yetkilerine sahip çıkmadıkları için, önlerine getirilen olayların büyük çoğunluğunu, iddianamelerine “delilerin takdiri mahkemeye ait olmak üzere” ibaresini de eklemek suretiyle mahkemeye havale edilmektedir.¹⁴³ Hatta 1412 sayılı CMUK’da çok önemli değişiklikler yapan 3206 sayılı Kanun’un gerekçesinde¹⁴⁴ ve kanun mecliste görüşülürken,¹⁴⁵ Cumhuriyet savcısının delil takdiri edebileceği ifade edilmişse de, geçen 25 yıla yakın zaman diliminde de değişen bir şey olmamıştır. Tarihsel gelişime uygun olarak 5271 sayılı CMK’da ise 170/2. maddede Cumhuriyet savcısının, yeterli şüphe olması halinde kamu davası açacağı, 172. maddede ise yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememişse kovuşturmayaya yer olmadığı kararı vereceği ifade edilmektedir. Yeterli şüphenin varlığı ya da yokluğuna karar vermenin tek yolu ise toplanan delilleri değerlendirmektedir. 174. maddede ise suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan deliller olmadan iddianamenin düzenlenmesi, bir iade nedeni olarak kabul edilmiştir.¹⁴⁶ Bir delilin suçun sübutuna etki edip etmediğini belirlemek, hiç şüphesiz ki bir değerlendirmeyi gerektirir. Bu değerlendirme sonucunda sübuta ilişkin olarak varılacak sonuç elbette içerisinde bulunan evreye göre farklılık arz edecektir.¹⁴⁷ Soruşturma aşamasının sonunda aranan kriter yeterli şüphe iken, kovuşturmanın sonucunda mahkumiyet hükmü için aranan “işlenen suçun sabit olduğu” yönündeki kanaattir. Dolayısıyla şüpheden sanık yararlanır ilkesi sadece kovuşturma aşamasında delillerin takdiri yönünden geçerli olup, ilkenin soruşturma aşamasında uygulanması mümkün değildir.¹⁴⁸

Buna göre, soruşturma aşamasında CMK m.170/2 anlamında yeterli şüphenin varlığına kanaat getiren Cumhuriyet savcısı kamu davasının mecburiliği ilkesi gereği dava açmak zorundadır.¹⁴⁹ Bu ilke bağlamında Cumhuriyet savcısı olayda hukuka uygunluk nedeninin şartlarının gerçekleşmediğinden eminse veya

ceği düşüncesindedir. Bkz. ÖZTÜRK, Bahri – TEZCAN, Durmuş – ERDEM, Mustafa Ruhan – SİRMA, Özge – SAYGILAR, Yasemin – ALAN, Esra: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2009, s. 500.

¹⁴³ FEYZİOĞLU: Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, s.12.

¹⁴⁴ Kanun genel gerekçesinin son paragrafı şu şekildedir “ Cumhuriyet savcılarının delileri takdir ederek kamu davası açmak yetkisi tanınmakta da, mahkemelerimizin sonunda kesinlikle delil yetersizliğinden beraatle sonuçlandırabileceği davalarla uğraşmalarının önlemek ve iş hacmini hafifletmek amacı güdülmüştür”. Gerekçe, TBMM Tutanak Dergisi, Y. 1985, C: 16, 21.05.1985 tarihli birinci oturum tutanaklarına ekli durumdadır.

¹⁴⁵ Görüşme tutanakları için bkz. TBMM Tutanak Dergisi, Y. 1985, C: 16, 21.05.1985 tarihli birinci oturum, s. 391 vd.

¹⁴⁶ CENTEL-ZAFER: s. 425. Yazartar, delileri takdir etmenin mahkemenin görevi olduğu yönündeki görüşün açılmaması gereken davaların sayısını çoğalttığını ve bu nedenle Türk Hukukuna iddianamenin iadesi kurumunun getirildiğini ifade etmektedir.

¹⁴⁷ FEYZİOĞLU: Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, s.10.

¹⁴⁸ TOROSLU-FEYZİOĞLU: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s. 174; CENTEL-ZAFER: s. 425.

¹⁴⁹ TOROSLU-FEYZİOĞLU: s.31.

hukuka uygunluk nedeninin şartlarının gerçekleşmediği yönündeki şüphesi, gerçekleştiği yönündeki düşüncesinden kuvvetliyse davayı açmalıdır. Öte yandan Cumhuriyet savcısı, hukuka uygunluk nedeninin şartlarının gerçekleştiğinden ve dolayısıyla fiilin hukuka uygun olduğundan eminse¹⁵⁰ veya hukuka uygunluk nedeninin gerçekleştiği yönündeki düşüncesi, gerçekleşmediği yönündeki şüphesinden kuvvetli ise CMK’nın 172. maddesi uyarınca kovuşturmayaya yer olmadığına karar vermekle yükümlüdür. İlk halde ortada zaten suçun işlendiği yönünde değil yeterli, en ufak şüphe dahi yoktur ve Cumhuriyet savcısı olaya ilişkin kararını vermiştir. İkinci halde ise savcının şüphesi, CMK’nın 170/2. maddesi uyarınca kamu davasının açılması için gerekli yegane şart olan “suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe”ye varacak ölçüde güçlü değildir. Zira savcılık makamının hukuka uygunluk nedeninin büyük olasılıkla gerçekleşmiş olabileceği yönündeki düşüncesi, yeterli şüphenin varlığına engeldir. Bu noktada savcının kovuşturma aşamasına geçmeden, hukuka uygunluk nedeninin gerçekleşmesinden emin olamayacağı da ileri sürülemez.

Bu şartlar altında hukuka uygunluk nedenlerinin yalnızca mahkeme tarafından değerlendirilebileceğini ileri sürerek, Cumhuriyet savcısını inanmadığı bir davayı açmaya mecbur etmenin, hukuk düzenine hiçbir faydasının olmayacağı, aksine masum olduğuna inanılan kişilerin hiç gereği olmadığı halde yargılanmalarına yol açacağı düşüncesindeyiz. Üstüne üstlük yeterli delil olmadan veya toplanmadan kamu davasının açılması hem adli makamların kendilerini haksız olarak görevsiz saydıklarını hem de delil toplama görevinin gereği gibi yapılmadığını gösterir.¹⁵¹ Masum biri için, cezalandırılmak bir yana, yalnızca soruşturulmak veya haksız yere yargılanmak dahi yıpratıcıdır.¹⁵² Bu nedenle Cumhuriyet savcısı, masum olduğuna inandığı kişiye teminat oluşturmak ve dava açmamak zorundadır. Bu durum kamu davasının mecburiliği ilkesiyle de bir tezat oluşturmamaktadır zira bu ilke yeterli şüphe varsa, dava açmanın mecburi olduğu ifade etmektedir.

5237 sayılı TCK’yla eskiden suç olan bir kısım fiillerin suç olmaktan çıkarıldığı, bazılarının Kabahatler Kanunu’na alınarak kabahate dönüştürüldüğü, CMK’yla kamu davasının açılmasının ertelenmesi ve uzlaşma gibi kamu davasının hiç açılmamasını veya açılmış ise mahkumiyetle sonuçlanamamasını sağlamaya yönelik kurumların getirildiği ve önödeme kurumunun varlığını koruduğu görülmektedir. Bir yandan sistemdeki kamu davası sayısını azaltmaya çalışırken, bir yandan Cumhuriyet savcısının hukuka uygunluk nedeninin varlığı dolayısıyla kovuşturmayaya yer olmadığı kararı veremeyeceğini ileri sürmek ciddi bir çelişki teşkil etmektedir. Son olarak eklemek gerekir ki, kamu davasının açılmaması kararına karşı, ağır ceza mahkemesi hâkimliğine başvuruda bulun-

¹⁵⁰ CENTEL-ZAFER: s. 425.

¹⁵¹ EREM: s. 358.

¹⁵² FEYZİOĞLU: “Yargılanmak Yıpratıcıdır”, Cumhuriyet, 22.01.2009, s. 7.

labilmesi (CMK m. 173), diğer adıyla kovuşturma davası, söz konusu kararın hâkim tarafından denetlenmesini mümkün kılmakta ve böylece soruşturmanın keyfi bir şekilde sona erdirilmesinin önüne geçmektedir.

VIII. DEĞERLENDİRME

Meşru savunma için öğretilerde her ne kadar farklı terimler kullanılmakta ise de, 5237 sayılı TCK'nın kullandığı "meşru savunma" terimi kanımızca yerindedir. Kanunun, kurumun uygulama alanını her türlü hakkın korunmasını mümkün kılacak şekilde genişletmesi de yerinde olmuştur. Öte yandan bu durum, her türlü hakkın hakkın hukuk düzeni önünde aynı değerde olduğu anlamına gelmez. Bu nedenle orantılılık ölçütü, özellikle mal için yapılan meşru savunmada, kurumun uygulama alanının belirlenmesi bakımından çok daha önemli hale gelmiştir. Anayasa, AİHS ve kanunlar kişi haklarına verdiği önem, hakların derecelendirilmesinde ve orantılık ölçütünün uygulanmasında yol gösterici olacaktır.

Yapılacak bir kanun değişikliğinde meşru savunmanın diğer hukuka uygunluk nedenleriyle birlikte, hukuka uygunluk nedenleri başlığı altında toplanması sistematik bakımından daha doğru olacaktır. Yapılması gereken diğer iki değişiklik ise kaçınılabilir hata ve sapma konularındadır. Hukuka uygunluk nedenlerinin gerçekleştiği hususunda kaçınılabilir hataya düşen failin, ancak fiilin takrirli şekli de suç olarak belirlenmiş ise sorumlu olacağına dair bir cümle 30. maddeye mutlaka eklenmelidir. Her ne kadar benzer bir ifade gerekçede yer alıyorsa da, gerekçe bağlayıcı bir metin değildir. Ayrıca kanunilik ilkesinin varlığı da dikkate alınarak, meşru savunma sırasında sapma halinde failin sorumlu olamayacağına dair bir ifadenin kanuna eklenmesinin hukuka uygunluk nedenlerinin yapısına daha uygun olacağı düşüncesindeyiz.

Burada son olarak vurgulamak istediğimiz husus ise Cumhuriyet savcılarının hukuka uygunluk nedenlerinin varlığını değerlendirerek dava açılmasına yer olmadığına karar verip veremeyecekleridir. Kanaatimizce Cumhuriyet savcılarının, meşru savunmanın tüm şartlarının gerçekleştiği kanaatine varmaları halinde dava açmaması gerekir zira bu hallerde ortada herhangi bir suç şüphesi bulunmamaktadır ve CMK'ya göre yeterli şüphe dava açabilmenin tek şartıdır.

KAYNAKÇA

- ALACAKAPTAN, Uğur: Suçun Unsurları, Ankara 1973.
- ALAGÖZ, Mehmet: "Türk Ceza Kanunu Tasarısı", Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar, TBB Yayını, Ankara 2004.
- ANTOLISEI, Francesco: Manuale di diritto penale parte generale, Milano 1997.
- ATAY, Ethem: "Hukukta Meşruiyet Kavramı", "Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. I, S. 2, Aralık 1997.
- AVCI, Mustafa: "Türk Ceza Kanunu, TCK Tasarıları ve Özellikle 2004 TCK Tasarısı'nın Genel Olarak Değerlendirilmesi", Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar, TBB Yayını, Ankara 2004.
- BEZİT-AYACHE, Annie: Dictionnaire de droit pénal et procédure pénal, 3^e édition, Paris 2005.
- CENTEL Nur - ZAFER, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2008.
- CENTEL, Nur - ZAFER, Hamide - YENERER ÇAKMUT, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5. Bası, İstanbul 2008.
- CONTE, Philippe - MAISTRE DU CHAMBON, Patrick: Droit pénal général, Paris 2004.
- DEMİRBAŞ, Timur: "Türk Ceza Kanununda Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması", Hayri Domaniç'e Armağan, İstanbul 1995.
- DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2006.
- DESORTES, Frédéric - I.E GUNEHEC, Francis: Droit pénal général, Paris 2006.
- DONAY, Sühey: Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul 2007.
- DÖNMEZER, Sulhi - ERMAN, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.II, 12. Bası, İstanbul 1999.
- DÖNMEZER, Sulhi: Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. Bası, İstanbul 2001.
- EREM, Faruk: Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku, Ankara 1986.
- EREM, Faruk - DANIŞMAN, Ahmet - ARTUK, Mehmet Emin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 1997.
- ERSOY, Yüksel: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002.
- FEYZİOĞLU, Metin: "Yargılanmak Yıpratıcıdır", Cumhuriyet, 22.01.09, s. 7.
- FEYZİOĞLU, Metin: Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara 2002.
- FEYZİOĞLU, Metin: Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ankara 1996.
- GARRAUD, René: Théorique et pratique du droit pénal français T2, 3. édition, Paris 1914.
- GROPP, Walter: "Alman Bakışına göre Türk Ceza Kanunu 1989 Öntasarısında Hukuka Uygunluk Sebepleri" (çev. Faruk Turhan) Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler içinde, Konya 1998.

- GÜNGÖR, Devrim:** Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara 2007.
- GÜRİZ, Adnan:** Hukuk Felsefesi, 6. Baskı, s. 129 vd.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki:** "Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi", AÜHFD, Y. 2008, C. 57, S. 3, s. 337-370.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki – ÖZEN, Muharrem:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2010.
- HAKERİ, Hakan:** Sorularla Ceza Hukuku, TBB Yayınları Eylül 2005, s. 77.
- HAKERİ, Hakan:** Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları, 3. Baskı, s. 138.
- HENNAU, Christiane - VERHAEGEN, Jacques:** Droit pénal général, Bruxelles 2003.
- İÇEL, Kayhan – SOKULLU-AKINCI, Fisun, ÖZGENÇ, İzzet, SÖZÜER, Adem – MOLLAMAHMUTOĞLU, Fatih S – ÜNVER, Yener:** Suç Teorisi 2. Kitap, İstanbul 1999.
- KATOĞLU, Tuğrul:** Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara 2003.
- KOCA, Mahmut – ÜZÜLMEZ, İlhan:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008.
- KUNTER, Nurullah - YENİSEY, Feridun - NUHOĞLU, Ayşe:** Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2006.
- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami:** "TBMM Adalet Komisyonu'nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş", Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar, TBB Yayını Ankara 2004, TBB Yayını Ankara 2004.
- MERLE, Roger - VITU, André:** Traité de droit criminel, T. I, 7^{ème} édition, Paris 1997.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık - VURAL, Savaş:** Yargısal ve Bilimsel İçtihatlarla TCK Yorumu C. II, Ankara 1985.
- ÖNDER, Ayhan:** Ceza Hukuku Genel Hükümler C. II-III, İstanbul 1992.
- ÖZBEK, Veli Özer:** TCK İzmir Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2005.
- ÖZBEK, Veli Özer:** Organize Suçlulukla Mücadelede Kullanılan Gizli Görevin Gerek-tirdiği Suçlar Bakımından Cezalandırılabilirliği, Ankara 2003.
- ÖZBEK, Veli Özer – KANBUR, Nihat – BACAKSIZ, Pınar – DOĞAN, Koray – TEPE, İlker:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010.
- ÖZEN, Muharrem:** Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Ankara 1995.
- ÖZGENÇ, İzzet – ŞAHİN, Cumhur:** Uygulamalı Ceza Hukuku, 3. Bası, Ankara 2001.
- ÖZGENÇ, İzzet:** Gazi Şerhi, 2. Bası, Ankara 2005.
- ÖZGENÇ, İzzet:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006.
- ÖZTÜRK, Bahri:** "Galatasaray Üniversitesi, İstanbul Kültür Üniversitesi ve İstanbul Barosu tarafından düzenlenen TCK Tasarısı Çalışma Grubu Toplantı Notları", Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar, TBB Yayını Ankara 2004.
- ÖZTÜRK, Bahri – ERDEM, Mustafa Ruhan:** Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2008.

- ÖZTÜRK, Bahri – ERDEM, Mustafa Ruhan, – ÖZBEK, Veli Özer:** Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2004.
- ÖZTÜRK, Bahri – TEZCAN, Durmuş – ERDEM, Mustafa Ruhan – SİRMA, Özge – SAYGILAR, Yasemin – ALAN, Esra:** Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2009.
- PRADEL, Jean - CADOPPI, Alberto:** Droit pénal général comparé, Paris 2005.
- PRADEL, Jean - VARINARD, André:** Les grands arrêts du droit pénal général, 5^{ème} édition, Paris 2005.
- PRADEL, Jean:** Manuel de droit pénal général, Paris 2006.
- SOYASLAN, Doğan:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı.
- SOYER, Jean-Claude:** Droit pénal et procédure pénal, 17^e édition, Paris 2003.
- TANER, Tahir:** Ceza Hukuku Umumi Kısım, İstanbul 1953.
- TEZCAN Durmuş – ERDEM, Mustafa Ruhan:** "Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin TCK Tasarısı Hakkında Raporu", Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar, TBB Yayını Ankara 2004.
- TEZCAN Durmuş – ERDEM, Mustafa Ruhan:** Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2. Bası, İzmir 2002.
- TEZCAN Durmuş – ERDEM, Mustafa Ruhan-SANCAKDAR, Oğuz:** AİHS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2. Baskı, Ankara 2004.
- TOROSLU, Nevzat – ERSOY, Yüksel:** "Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı", Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar, TBB Yayını Ankara 2004.
- TOROSLU, Nevzat – FEYZİOĞLU, Metin:** Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006.
- TOROSLU, Nevzat:** Ceza Hukuku Genel Kısım, 12. Baskı, Ankara 2008.
- TOROSLU, Nevzat:** Ceza Hukukunda Zaruret Hali, Ankara 1968.
- Türkçe Sözlük,** Türk Dil Kurumu Yayınları 1992.
- ÜNVER, Yener:** "YTCK'da Kusurluluk", Ceza Hukuku Dergisi, Y. 1, S. 1, Ekim 2006.
- ÜNVER, Yener:** Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003.
- YARSUVAT, Duygun – BAYRAKTAR, Köksal – YÜZBAŞIOĞLU, Necmi vd.:** "Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi'nin Görüşü", Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar, TBB Yayını Ankara 2004.
- YÜCE, Turhan Tufan:** Ceza Hukuku Dersleri C.I, Manisa 1982, s. 255 vd.