

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
DOKTORA TEZİ

MEŞRU SAVUNMANIN HUKUKİ ESASI
BAĞLAMINDA GEREKLİLİK VE ORANTILILIK

MELİK KARTAL

2502130179

TEZ DANIŞMANI

PROF. DR. ADEM SÖZÜER

İSTANBUL 2018



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



DOKTORA
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : MELİK KARTAL Numarası : 2502130179
Anabilim Dalı / Anasanat Dalı / Programı : KAMU HUKUKU Danışmanı : PROF.DR. ADEM SÖZÜER
Tez Savunma Tarihi : 05.12.2018 Saati : 14:00
Tez Başlığı : MEŞRU SAVUNMANIN HUKUKİ ESASI BAĞLAMINDA GEREKLİLİK VE ORANTILILIK

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin **50. Maddesi** uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜNE** OYBİRLİĞİ / **OYÇOKLUĞUYLA** karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF.DR. ADEM SÖZÜER		Kabul
2- PROF.DR. MAHMUT KOCA		Kabul
3- PROF.DR. HAKAN HAKERİ		Kabul
4- DR.ÖĞR.ÜYESİ SELMAN DURSUN		Kabul
5- DR.ÖĞR.ÜYESİ SERDAR TALAS		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- DR.ÖĞR.ÜYESİ A.BATUHAN BAYTAZ		
2- DR.ÖĞR.ÜYESİ ZAFER İÇER		

ÖZ

MEŞRU SAVUNMANIN HUKUKİ ESASI BAĞLAMINDA GEREKLİLİK VE ORANTILILIK

MELİK KARTAL

Bu çalışmanın temelini meşru savunmanın hukuki esası ve meşru savunmanın savunmaya ilişkin şartları olarak gereklilik ve orantılılık unsurları oluşturmaktadır. Ayrıca gereklilik ve orantılılık bağlamında hata ve sınırın aşılması halleri de bu çalışmanın bir parçasını teşkil etmektedir. Bu bağlamda çalışmanın birinci bölümünde meşru savunma kavramı, tarihsel gelişimi, hukuki esası ve hukuki niteliği; ikinci bölümde savunmanın temel şartı olarak gereklilik ve üçüncü bölümde ise savunmanın sınırlandırıcı fonksiyonu olarak orantılılık ile hata ve sınırın aşılması halleri detaylıca ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Meşru savunma, hukuki esas, gereklilik, zorunluluk, orantılılık, uygunluk.

ABSTRACT

THE NECESSITY AND PROPORTIONALITY IN THE CONTEXT OF SELF DEFENCE

MELİK KARTAL

The basement of this study is the legal basement of self defence and the elements of necessity and proportionality that are the conditions in relation to defence of self defence. Also the conditions of mistake and exceeding the limit within the context of necessity and proportionality are another parts of this study. In this context in the first chapter; the concept of self defence, its historical development, legal basement and legal character; in the second chapter; the necessity as a basic condition of defence and in the third chapter; the proportionality as the limiting function of the defence and the conditions of mistake and exceeding the limit were examined in detail.

Key words: Self defence, legal basement, necessity, imperativeness, proportionality, appropriateness.

ÖNSÖZ

Haksız bir saldırıyla karşı karşıya kalan bir kişinin kendini koruması, onun en doğal haklarından birini oluşturmaktadır. İşte bu temel düşünce ışığında geliştiği söylenebilecek olan meşru savunma müessesesi, bütün hukuk düzeni açısından son derece önemli bir yere sahiptir.

Meşru savunma hakkının varlığından ziyade, bu hakkın ne tür şartlar altında uygulama bulacağı ve bunun sınırlarının ne olacağı oldukça sorunlu bir meseledir. Nitekim tarihsel gelişim açısından bakıldığında meşru savunmanın varlığı her daim söz konusu olsa da, yakın zamana kadar uygulama alanı noktasında önemli değişiklikler yaşandığı görülmektedir. Nitekim 5237 sayılı yeni TCK'nın 25. maddesinde meşru savunma hakkı, saldırıya maruz kalan kişinin ayırım gözetmeksizin bütün hakları bakımından uygulama alanı bulurken, mülga 765 sayılı TCK'nın 49. maddesinde yalnızca nefis veya ırza yönelik saldırılara karşı uygulama alanı bulabilmekteydi.

İşte meşru savunmanın uygulama alanının belirlenmesi noktasında en önemli hususların, savunmaya ilişkin şartları oluşturan gereklilik ve orantılılık koşullarının olduğunu ifade etmek gerekir. Biz de çalışmamızda bu koşulları ve bunların hukuki esasını teşkil eden görüşleri detaylıca ele almaya çalıştık.

Bu vesileyle, akademik hayata adım attığım ilk andan itibaren üzerimde çok fazla emeği olan tez danışmanım sayın Hocam Prof. Dr. Adem SÖZÜER'e, tez konusunun belirlendiği andan itibaren çalışmamıza vermiş olduğu son derece yoğun ve önemli destek ve yardımlarından dolayı sayın Hocam Prof. Dr. Mahmut KOCA'ya, tez jürisi üyelerinden biri olan ve akademik hayatımda oldukça önemli bir yeri olan sayın Hocam Prof. Dr. Hakan HAKERİ'ye, keza tez konusunun belirlendiği andan itibaren çalışmamıza vermiş olduğu son derece yoğun ve önemli destek ve yardımlarından dolayı sayın Hocam Dr. Öğretim Üyesi Selman DURSUN'a, tez jürisi üyelerinden biri olan sayın Hocam Dr. Öğretim Üyesi Serdar TALAS'a ve tezin yazımı sırasında yurtdışı araştırmamı destekleyen TÜBİTAK'a teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	i
ABSTRACT.....	ii
ÖNSÖZ	iii
KISALTMALAR	viii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

MEŞRU SAVUNMA KAVRAMI, TARİHSEL GELİŞİMİ, HUKUKİ ESASI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

I. KAVRAM VE TARİHSEL GELİŞİM.....	3
II. MEŞRU SAVUNMANIN HUKUKİ ESASI.....	10
A. Subjektif Görüş	11
1. Genel olarak	11
2. Tabii Hak Görüşü.....	12
3. Psikolojik Görüş	15
4. Saikte Meşruluk Görüşü	16
5. Sözleşme Modeli Görüşü.....	17
6. Saldırgan ile Saldırıya Maruz Kalan Kişi Arasındaki Karşılıklılık İlişkisi Görüşü.....	18
7. Korunan Hukuki Değer Işığında Gelişen Görüş.....	19
8. Sorumluluğun Genişlemesi Görüşü	20
9. Saldırıya Maruz Kalanın Hareket Serbestisi ve Diğer Özel Durumları Işığında Gelişen Görüş.....	21
B. Objektif Görüş.....	23
1. Genel Olarak	23
2. Üstün Yarar Görüşü	25
3. Tali Kamu Savunması ve Yetki Devri Görüşleri.....	26

4. Hukuk için Mücadele Görüşü	27
5. Toplumsal Zararın Yokluğu Görüşü	28
6. Hukuk Düzeninin Ampirik Geçerliliği Görüşü.....	28
7. Hukuk Düzeninin Normatif Geçerliliği Görüşü	35
C. Karma Görüş	45
D. Değerlendirme ve Kanaatimiz	47
III. MEŞRU SAVUNMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ	50

İKİNCİ BÖLÜM

MEŞRU SAVUNMANIN SAVUNMAYA İLİŞKİN TEMEL ŞARTI OLARAK GEREKLİLİK

I. KONUYA İLİŞKİN ÖNEM ARZ EDEN KAVRAMLAR.....	53
A. Genel Olarak Savunma	53
B. Savunmada Zorunluluk ve Gereklilik	55
C. Savunmada Orantılılık ve Gereklilik.....	59
II. GEREKLİLİĞİN TEMEL PRENSİBİ OLARAK SOMUT OLAYIN ŞARTLARINA GÖRE EX ANTE DEĞERLENDİRME	64
III. SAVUNMAYA GERÇEK ANLAMDA İHTİYAÇ DUYULMASI BAKIMINDAN GEREKLİLİK	68
A. Saldırıya Maruz Kalan Hakkın Meşru Savunmaya Layık Olması.....	68
B. Mevcut veya Muhakkak Haksız Bir Saldırının Varlığı.....	71
C. Savunmaya Alternatif Haller.....	74
1. Saldırıdan Kaçma Meselesi.....	74
2. Savunmaya Yardım Meselesi	79
a. Resmi Bir Mercinin Yardımı Meselesi	80
b. Özel (Gayriresmi) Bir Kişinin Yardımı Meselesi	85
C. Saldırı Öncesinde Alternatif Savunma Araçlarıyla Teçhizatlanma Meselesi	87
IV. SAVUNMANIN ÖLÇÜLÜLÜĞÜ BAKIMINDAN GEREKLİLİK	89
A. Genel Olarak	89

B. Savunmanın Elverişliliği Meselesi.....	93
C. Gerekliliğin Temel Kriterleri Olarak Saldırıya Karşı En Ölçülü Aracın Seçilmesi ve Saldırıya Maruz Kalanın Maksimum Güvenliği	99
D. Yaşamsal Tehlikeliliği Haiz Savunma Araçlarının Kullanılmasına İlişkin Ölçütler	105
E. Savunmanın İstenmeyen Neticeleri.....	111
F. Kendiliğinden Harekete Geçen Savunma Mekanizmaları Aracılığıyla Savunma (Offendicula).....	117
V. SAVUNMANIN GEREKLİLİĞİ BAĞLAMINDA BAZI ÖZEL DURUMLAR.....	123
A. Savunmanın Bilinçli Olarak Yapılıp Yapılmadığı Meselesi.....	123
B. Üçüncü Kişi Lehine Meşru Savunma.....	126

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GEREKLİ SAVUNMAYI SINIRLANDIRICI BİR FONKSİYON OLARAK ORANTILILIK İLE GEREKLİLİK VE ORANTILILIK ŞARTLARININ GERÇEKLEŞMEDİĞİ DURUMLAR VE SONUÇLARI

I. GEREKLİ SAVUNMAYI SINIRLANDIRICI BİR FONKSİYON OLARAK ORANTILILIK	129
A. Genel Olarak	129
B. Önemsiz Saldırıya Karşı Savunma	130
C. Mal Varlığına Yönelik Saldırıya Bağlamında Saldırı ile Savunma Arasında Aşırı Orantısızlık Halleri.....	131
D. Saldırıya Savunmada Bulunan Kişinin Sebep Olduğu Haller Bakımından Savunma.....	148
1. Kasıtlı Provokasyon	149
a. Hukukun Korunması Teorisi.....	154
b. Hakkın Kötüye Kullanılması Teorisi	155
c. Actio Illicita in Causa Teorisi	157

d. Kendini Koruma Teorisi	158
e. Rıza Teorisi	160
2. Taksirli ve Diğer Provokasyon Halleri	164
E. Çocukların, Akıl Hastalarının, Aşırı Sarhoşların veya Diğer Bazı Özel Durumlara Sahip Kişilerin Saldırılarına Karşı Savunma	168
F. Yakın Aile İlişkisi İçerisinde Olan Kişiler Arasında Savunma	171
G. Hukuka Aykırı Hareket Eden Kamu Görevlilerine Karşı Savunma	175
H. Üçüncü Bir Kişinin Hayatını Kurtarmak Adına Savunma Amaçlı İşkence	181
II. GEREKLİLİK VE ORANTILILIK ŞARTLARININ GERÇEKLEŞMEDİĞİ DURUMLAR VE SONUÇLARI	186
A. Gereklilik ve Orantılılık Şartlarının Kasten Yerine Getirilmediği Durumlar	187
B. Hata Hali	187
1. Meşru Savunmanın Maddi Şartlarında Hata ve Hedefte Sapma	187
2. Haksızlık Hatası	192
C. Gereklilik ve Orantılılık Ölçütlerinde Sınırın Kast Olmaksızın Aşılması ..	193
D. Gereklilik ve Orantılılık Ölçütlerinde Sınırın Mazur Görülebilecek Heyecan, Korku veya Telaşla Aşılması	198
SONUÇ	201
KAYNAKÇA	205

KISALTMALAR LİSTESİ

a.c.i.i	: actio illicita in causa
a.g.e	: Adı geçen eser
AIHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Al.	: Alman
AÜEFHD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
BGH	: Bundesgerichtshof
bkz.	: Bakınız
C	: Cilt
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
Ed.	: Editör
GA	: Goldammer's Archiv für Strafrecht
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JA	: Juristische Arbeitsblätter
JURA	: Juristische Ausbildung
JuS	: Juristische Schulung
JZ	: Juristenzeitung
K	: Karar
kn.	: Kenar Numarası
Krşl.	: Karşılaştırınız
m.	: Madde

m	: Metre
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	: Neue Zeitschrift für Strafrecht
T	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TCK	: Türk Ceza Kanunu
tdk	: Türk Dil Kurumu
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve diğerleri
vd.	: Ve devamı
Vol.	: Volume
vs.	: Ve sair
Y1.CD	: Yargıtay 1. Ceza Dairesi
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
ZStW	: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

GİRİŞ

Ceza hukukunun en önemli müesseselerinden biri olan meşru savunma, tarihi itibarıyla da önemli bir geçmişe sahiptir. Genel olarak hak ile haksızlığın mücadelesi şeklinde özetleyebileceğimiz bu müessesenin varlığı noktasında herhangi bir tartışma bulunmasa da, bilhassa sınırlarının belirlenmesi hususu oldukça önemli ve bir o kadar da sorunlu bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim meşru savunma, yakın zamana kadar; varlığı, anlamı, sonuçları ve kendine has yapısıyla ceza hukuku müesseseleri arasında en açık ve şüphe götürmez bir müessese kabul edilmiş olsa da, yakın zamanda, bilhassa hukuki esası ve sınırlarına ilişkin olarak doktrinde ciddi tartışmalar baş göstermiş ve bu durum yasal düzenlemelere ve yargı kararlarına da yansımıştır¹. Ancak bu kadar ehemmiyet arz eden söz konusu hususlar Türk doktrininde detaylı bir çalışmanın konusu olmamıştır. İşte bu çalışmayla Türk doktrinindeki bu boşluğun doldurulup doktrine katkı sağlanması amaçlanmaktadır.

Türk Ceza Kanunu'nun meşru savunmayı düzenleyen 25. maddesinin 1. fıkrası, bu müessesenin uygulama alanını şu şekilde öngörmektedir: “Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hâl ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez”.

Görüldüğü üzere meşru savunmanın saldırı ve savunmaya ilişkin olmak üzere iki temel şartı bulunmaktadır. Savunmaya ilişkin koşullara bakıldığında ise burada da karşımıza iki temel şartın çıktığı görülmektedir: Savunmanın zorunlu (gerekli) ve orantılı (uygun) olması.

Çalışmamızın esasını oluşturan meşru savunmada gereklilik ve orantılılık koşullarının belirlenmesi ve hakkaniyete uygun sınırların çizilmesi bakımından en önemli dayanak noktalarından birini meşru savunmanın hukuki esası oluşturmaktadır. Gerçekten de; subjektif, objektif ve karma görüş şeklinde

¹ Reinhart Maurach, Heinz Zipf, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1992, §26 kn. 2. Nikolaos Bitzilekis, **Die Neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts**, Duncker/Humblot, Berlin, 1984, s. 15.

özetleyebileceğimiz bu görüşler, meşru savunmanın doğal ve hukuki yapısına uygun sonuçlar elde edilmesi açısından son derece önemli bir rol üstlenmektedir.

Meşru savunmanın hukuki esası bağlamında gereklilik ve orantılılık adlı çalışmamızın birinci bölümünde; ilk olarak kavram ve tarihsel gelişim açısından meşru savunmaya yer verip hemen akabinde ise meşru savunmanın hukuki esasını oluşturan görüşleri oldukça detaylı bir şekilde ele alıp, nihai olarak ise meşru savunmanın hukuki niteliği bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu vurgulamaya çalışacağız.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise; savunmanın temel şartı olarak gereklilik koşuluna yer verilecektir. Bu bölümde ilk olarak; savunma, gereklilik, zorunluluk ve orantılılık gibi kavramlara açıklık getirmeye gayret gösterip, bu bilgiler ışığında gereklilik koşulunu; savunmaya gerçek anlamda ihtiyaç duyulması ve savunmanın ölçülü olması şeklinde iki üst başlık altında detaylıca ele almaya çalışacağız.

Çalışmamızın son kısmını oluşturan üçüncü bölümünde ise; orantılılık koşulu ve somut olayın şartları uyarınca meşru savunmanın sınırlandırılması gereken halleri detaylı bir şekilde ele alıp, ayrıca bu kısımda gereklilik ve orantılılık koşullarının gerçekleşmediği haller olarak; hata ve meşru savunmada sınırın aşılması hallerini değerlendirmeye çalışacağız.

BİRİNCİ BÖLÜM

MEŞRU SAVUNMA KAVRAMI, TARİHSEL GELİŞİMİ, HUKUKİ ESASI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

I. KAVRAM VE TARİHSEL GELİŞİM

Meşru savunma, tarihin her döneminde varlığı kabul edilmiş olan bir müessese olup¹ ceza hukuku açısından oldukça büyük bir önemi haizdir. Bununla birlikte, saldırıya karşı yapılacak savunmaya meşruiyet kazandıran bu kurumun uygulanma sınırlarının ne olacağı, bilhassa ilgili yasal düzenlemeler ve doktrinin ona nasıl bir anlam yüklediği ile doğrudan ilgilidir².

Genel olarak meşru savunma; bir kimsenin, haksız bir saldırıyı kendisinden veya başkasından uzaklaştırmak amacı ile gösterdiği zorunlu ve doğal bir tepkidir³. Zira bir saldırıya maruz kalan kişi tabiatı gereğince, bu saldırıyı uzaklaştırmak için bir tepkide bulunur ve hukuk düzeni de böyle bir tepkiyi mazur değil, meşru yani haklı görmektedir. Çünkü saldırı, hukuk düzeninin korumak istediği bir hakkı ihlal etmekte ve buna karşı saldırıyı bertaraf etme amacı taşıyan kişinin fiili ise hukukun amacıyla örtüşmektedir. Nitekim, esasen haksızlığı ve adaletsizliği yenmek amacı

¹ Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C. II**, 10. Baskı, 1987, kn. 783.

² Krşl. Axel Montenbruck, **Thesen zur Notwehr**, Heidelberg, R.v. Decker&C.F.Müller, 1983, s. 1.

³ Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, kn. 782. Krşl. Tahir Taner, **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, İstanbul, Ahmet Sait Matb., 1949, kn. 292; Kayıhan İçel, Füsün Sokullu Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih Selami Mahmutoglu, Yener Ünver, **İçel Suç Teorisi 2. Kitap**, 3. Bası, İstanbul, Beta, 2004, s. 129; Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Ankara, Seçkin, 2017, s. 286; Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 17. Baskı, Ankara, Seçkin, 2017, kn. 407; İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Bası, Ankara, Seçkin, 2017, s. 346; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe; **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Ankara, Seçkin, 2017, s. 281; Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Ankara, Seçkin, 2017, s. 275, 276.

güden hukukun, aynı amaç doğrultusunda mücadele eden kişinin fiilini hukuka aykırı kabul etmesi beklenemez⁴.

Meşru savunma, yakın zamana kadar; varlığı, anlamı, sonuçları ve kendine has yapısıyla ceza hukuku müesseseleri arasında en açık ve şüphe götürmez bir müessese olarak kabul edilmiş olsa da⁵, yakın zamanda, bilhassa hukuki esası ve sınırlarına ilişkin olarak doktrinde ciddi tartışmalar baş göstermiş ve bu durum yasal düzenlemelere ve yargı kararlarına da yansımıştır⁶. Esasında 5237 sayılı TCK'nın meşru savunmayı düzenleyen 25. maddesinin 1. fıkrası ile, 765 sayılı mülga TCK'nın ona tekabül eden 49. maddesinin 2. fıkrası karşılaştırıldığında bu durum çok net bir şekilde görülmektedir.

Nitekim meşru savunma, 765 sayılı mülga TCK m. 49/2'de;

“Gerek kendisinin gerek başkasının nefesine veya ırzına vukubulan haksız bir taarruzu fihhal defî zaruretinin bais olduğu mecburiyetle işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez” şeklinde düzenlenmişken,

5237 sayılı mevcut TCK m. 25/1'de;

“Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hâl ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez” şeklinde düzenlenmektedir.

Görüleceği üzere, mülga TCK'da meşru savunma hakkı, kişinin yalnızca nefesine veya ırzına yönelik saldırılara karşı uygulama alanı bulmaktayken⁷, mevcut

⁴ Koca, Üzülmüş, **a.g.e**, s. 276; Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 21. Baskı, Ankara, Adalet, 2017, s. 330.

⁵ Reinhart Maurach, **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Baskı, Karlsruhe, 1971, s. 307.

⁶ Reinhart Maurach, Heinz Zipf, **a.g.e**, kn. 2; Bitzilekis, **a.g.e**, s. 15. Meşru savunma hakkının modern gelişim tarihinin; meşru savunmanın, somut olaylar bağlamında ve sosyal etik çerçevede birtakım sınırlandırmalara maruz bırakılmasına dayandığı noktasında bkz. Ines Fasten, **Die Grenzen der Notwehr im Wandel der Zeit**, Hamburg, Verlag Dr. Kovac, 2011, s. 1.

⁷ Mülga TCK'nın genel hükümler kısmında öngörülen 49. madde hükmünde, her ne kadar malvarlığına yönelik saldırılara karşı meşru savunma hakkı tanınmamış olsa da, aynı Kanunun özel hükümler

TCK'da bütün kişisel hakları içine alacak şekilde öngörülmüştür. Ayrıca mevcut düzenlemede eski düzenlemeden farklı olarak savunmanın orantılı olmasına da yer verilmiştir. Buna mukabil her iki düzenlemede de savunmanın zorunlu olması şartına yer verilmiş ve meşru savunma hakkının uygulama alanına, kişinin yalnızca kendisinin değil, üçüncü bir kişinin savunulması da dahil edilmiştir.

Karşılaştırmalı hukuk açısından bakıldığında, “meşru (haklı) savunma” kavramının Almanca karşılığı olarak “Notwehr ve Nothilfe”, İngilizce karşılığı olarak ise genel olarak “self defence”⁸’in kullanıldığı görülmektedir. İfade etmek gerekir ki, “meşru (haklı) savunma” kavramının, “Notwehr ve Nothilfe” ya da “self defence”e nazaran çok daha isabetli bir seçim olduğu söylenebilir. Zira acil

kısımında yer alan 461. maddesinde bu hususa ilişkin özel bir hükme yer verilmişti (Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 355, 356).

Madde 461- (1) Yukarıdaki iki fasılda beyan olunan fiillerden birini aşağıda gösterilen mecburiyetlerle yapanlara ceza verilmez. Bu mecburiyetler:

1- 495, 496, 497, 499’uncu maddelerde beyan olunan fiillerden birinin faillerine yahut nehbü garet yapanlara karşı malını savunma etmek,

2- Bir şahsın evine veya içinde adam oturur sair her türlü bina ve müstemilatına merdiven kurup çıkanları veya duvarını delenleri veya kapısını kıranları veya işbu mebani ve müstemilatına ateş koyanları; -bu fiiller gece vakti olmak veya gündüz olsa bile hane ve bina ve müstemilatı ücra bir mahalde bulunmak şartıyla- içinde ikamet edenlerin eminiyeti şahsiyetlerince aklen varit bir endişe ve havfi ciddi mevcut olduğu takdirde defetmektir.

Bu hükümde iki grup fiil göz önünde bulundurulurken, bunlardan birisi gasp (TCK m. 495, 496, 497) ve maddi bir menfaat elde etmek amacıyla bir kişiye karşı hürriyeti tahdit (adam kaldırma) (TCK m. 499); diğeri ise konut dokunulmazlığını ve dolayısıyla kişi güvenliğini ihlale yönelik fiillerdir. Bu hüküm uyarınca, belirtilen hallerde, mevcut saldırıyı defetmek için kasten öldürme veya yaralama suçlarını işleyen kişi cezalandırılmayacaktır. Görüleceği üzere her iki grup suç açısından öngörülen durum, meşru savunmanın özel bir şekli olarak karşımıza çıkmaktadır (Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 356, 357).

⁸ Bkz. Boaz Sangero, **Self Defence in Criminal Law**, Oxford and Portland, Oregon, Hart, 2006; Nicola Padfield, **Criminal Law**, 6. Baskı, Oxford University Press, 2008, kn. 5.30; R A A McCall Smith, **Scots Criminal Law**, 2. Baskı, Edinburgh, Butterworths, 1997, s. 145. Belirtelim ki doktrinde meşru savunmanın İngilizce karşılığı olarak “self defence” yerine “private defence” de kullanılmaktadır ki kanaatimizce özel (kişisel) savunma anlamına gelen bu kavram “self defence”e nazaran daha isabetli bir seçimdir. Zira “self defence”, kişinin kendini savunması anlamına geldiğinden, bu kavram üçüncü kişi yararına meşru savunmayı dışlamaktadır (Jonathan Herring, **Criminal Law –Text, Cases and Materials**, Oxford University Press, 2008, s. 631; David Ormerod, **Criminal Law**, 11. Baskı, Oxford University Press, 2005, s. 332).

savunma⁹ anlamına gelen “*Notwehr*” ile acil yardım anlamına gelen “*Nothilfe*”nin, ya da kişinin yalnızca kendisini savunma anlamına gelen ve üçüncü kişinin savunulmasını kavramsal açıdan dışlayan “*self defence*”in, söz konusu müesseseyi açıklamaktan aciz kaldığı aşikardır. Halbuki “*meşru savunma kavramı*”, söz konusu müessesenin yalnızca bir kısmına vurgu yapmamakta ve adeta kişinin savunmasına haklılık kazandıracak bütün noktaları kuşatmaktadır.

Meşru savunma hakkı Anayasamızda da karşılık bulmaktadır. Nitekim Anayasamızın “*yaşama hakkı*”nı düzenleyen 17. maddesinin 1. fıkrasında; herkesin yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu ifade edilirken, aynı maddenin son fıkrasında, meşru müdafaa hali kapsamında meydana gelen öldürme fiillerinin birinci fıkra hükmü dışında olduğu öngörülmektedir.

Keza meşru savunma hakkına AİHS m. 2/2(a)’da da yer verilmektedir. Nitekim AİHS m. 2/1’de; herkesin yaşam hakkının yasayla korunacağı ifade edilirken, aynı maddenin 2. fıkrasında; bir kişinin hukuka aykırı bir şiddete karşı savunulmasında, mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda ölüm meydana gelmişse, işte bu durumda yaşam hakkının ihlal edilmeyeceği öngörülmüştür¹⁰.

Meşru savunma müessesesinin tarihi oldukça eskiye dayanmaktadır. Nitekim Romalı hukukçuların, bu durumu; “*kuvvetin kuvvetle uzaklaştırılmasına bütün kanunlar ve hukuk düzenleri izin verir*” şeklinde özetlediği ve bu bakımdan Roma hukukunda; hayata, vücut bütünlüğüne, namus ve iffete, hatta kişisel bir tehlikeye yol açtığı takdirde mala karşı yapılan saldırılarda meşru savunma hakkının kabul edildiği ifade edilmektedir¹¹.

⁹ Carl Ogorek, **Die Begrenzung der Notwehr und des Notstandes**, Breslau Buchdruckerei H. Fleischman, 1904, s. 8.

¹⁰(çevrimiçi)http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf; http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 23.02.2018).

¹¹ Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, kn. 783.

Cermen hukukunda ise, meşru savunmanın, cermen toplumunun sosyal şartları gereği öç almanın derhal icrasını sağlayan bir müessese olarak kabul edildiği ve bu bağlamda; hayata, vücut bütünlüğüne, namusa, şerefe ve mala yönelik her türlü saldırıyı uzaklaştırmak amacıyla yapılan hareketlerin meşru kabul edildiği ifade edilmektedir¹².

Kanonik hukukta ise meşru savunmanın bir hak mahiyetinde olmasa da, hoşgörü ile karşılanan bir çeşit mazeret sebebi olarak kabul edildiği ve bu itibarla da Kanonik hukuka ait çeşitli metinlerde “*zaruret kanun tanımaz*” ve “*zaruret kanun bakımından meşru olmayan bir şeyi mubah kılar*” kurallarına yer verildiği ifade edilmektedir¹³.

İslam hukuku açısından bakıldığında ise, öncelikle Kuran-ı Kerim’in bazı ayetlerinde meşru savunmanın varlığı çok net bir şekilde görülmektedir. Nitekim Bakara suresi’nin 251. ayetinde; “*Allah insanlara kendilerini başkalarına karşı savunma gücü vermeseydi yeryüzü çürüme ve yozlaşmaya uğrardı*”. Keza aynı surenin 194. ayetinde; “*Size saldıranlara siz de karşılık verin. Zira saldırmazlık örfünün ihlali, adil karşılık (yassası)a tabidir Böylece eğer bir kimse size saldırıda bulunursa siz de onun saldırdığı gibi saldırın*”. Bunun yanı sıra, Şura suresinin 41 . ayetinde: “*Zulme uğradıklarında kendilerini savunanlara hiçbir suç isnat edilemez*” denilmek¹⁴ suretiyle meşru savunmanın varlığı ve önemi ortaya konulmaktadır.

Ayrıca Hz. Peygamber’in de meşru savunmanın varlığına dikkat çeken hadislerinin bulunduğu ifade edilmektedir¹⁵. Nitekim bunlardan birinde: “*Kim canını*

¹² Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa**, Ankara, Seçkin, 1995, s. 22. Esasında Cermen hukukunun meşru savunmaya yabancı kaldığı ifade edilmektedir (Dietrich Heinsius, “**Moderne Entwicklung des Notwehrrechts**”, Hamburg, 1965 (Yayınlanmamış doktora tezi), s. 3). Zira söz konusu hukuk sistemi; kan davası, adavet ve öç almaya dayalı olduğundan meşru savunmanın da bu durumun doğrudan sonucu olduğu söylenebilir (Carl Friedrich von Scherenberg, **Die sozioethischen Einschränkungen der Notwehr**, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2009, s. 10, 11).

¹³ Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, kn. 783.

¹⁴ Mustafa Avcı, **Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Baskı, Konya, Mimoza, 2014, s. 80.

¹⁵ Yaşar Yiğit, **İslam Ceza Hukuku Hükümlerinin Yürürlüğü**, Ankara, Sistem Ofset Yayıncılık, 2012, s. 232.

koruma uğrunda öldürülürse, şehittir; kim namusu uğrunda öldürülürse, şehittir; kim malı uğrunda öldürülürse, o şehittir” denilmek suretiyle haksız saldırıya karşı mücadelenin önemine dikkat çekilmektedir.

Keza başka hadislerinde ise üçüncü kişi lehine meşru savunmanın varlığının ortaya konulduğu ifade edilmektedir¹⁶: “*Sizden biriniz bir kötülük görürse, gücü yetiyorsa onu eliyle değiştirsin*”. “*Kim kardeşinin namusunu korursa Allah da kıyamet gününde onun yüzünü cehennem ateşinden korur*” ve “*müminler kötülük edenlere karşı birbirleriyle yardımlaşsınlar*”:

Saldırının cana veya ırza yönelik olması halinde meşru savunmanın bir görev olduğu noktasında İslam hukukçularının görüş birliği içerisinde olduğu, buna mukabil malvarlığına yönelik saldırılarda hanefi ve malikilere göre meşru savunmanın yine bir görev olduğu ve fakat şafi ve hanbelilerin baskın görüşüne göre ise bir hak olduğu ifade edilmektedir¹⁷.

İslam hukukuna göre savunmanın meşruluğu açısından haksız bir saldırıya karşı yapılan savunmanın ölçülü olması gerektiği ve bunun da yukarıda yer verilen Bakara Suresinin 194. ayetine dayandığı ifade edilmektedir¹⁸.

Meşru savunmaya, Tanzimat dönemi kanunlarından biri olan 1858 tarihli Ceza Kanunnamesinde de yer verilmektedir. Nitekim bu Kanunun 42. maddesine göre¹⁹; “Gerek kendisinin ve gerek aharın nefesine veya ırzına vuku bulan ve tahharuz mümkün olmayan bir taarruz-ı na-hakkı filhal defî zaruretiyle ika edilen fiil cürüm addolunmaz”.

Meşru savunmanın tarihi gelişimi bağlamında özetle; eski dönemlerde meşru savunma hakkının bazı şartlar altında hırsızlığa da teşmil edildiği ve hatta XII Levha Kanunu’nun, gece vakti meşhut suç halinde yakalanan veya gündüzün yine

¹⁶ Yiğit, **a.g.e**, s. 232.

¹⁷ Avcı, **a.g.e**, s. 81.

¹⁸ Avcı, **a.g.e**, s. 84.

¹⁹ Avcı, **a.g.e**, s. 86.

meşhuden ve fakat silah kullanarak fiili işleyen hırsızın öldürülmesine müsaade ettiği ve hatta Vizigot'lar, Lombard'lar ve Anglosaksonlar'ın kanunlarında da buna benzer hükümlerin bulunduğu ifade edilirken, sonraları meşru savunma hakkının yalnızca şahsa ve hayata karşı yapılan taarruzlarda kabul edildiği ve hemen hemen bütün orta zamanda bu esasa sadık kalındığı, buna rağmen onsekizinci asrın sonlarına doğru meşru savunma sahasının tedrici surette genişlediği ve bu akımın hususiyetle Almanya'da geliştiği, zira o tarihlere kadar yalnız adam öldürme suçu dolayısıyla kabul olunduğu için ceza kanunlarının hususi kısmında yer alan meşru savunma kurumunun, *Feuerbach*'ın nüfuz ve etkisiyle bu sınırlamadan kurtularak ceza kanunların genel kısmında yer aldığı ve böylece hayat ve ırzdan başka diğer haklara ve hususiyetle mal varlığına yönelik saldırılara da teşmil edildiği ifade edilmektedir²⁰.

Son olarak meşru savunmaya ilişkin karşılaştırmalı hukuktaki mevcut durum kısaca özetlenecek olursa; bilhassa Avrupa ülkelerinin yasal düzenlemelerine bakıldığında; meşru savunma hakkının, kişinin hem kendisinin hem de başkasının bir hakkına yönelik saldırıların def'i noktasında uygulama alanı bulabilmesi ve Kanunumuzun savunmaya ilişkin şartları olarak öngörmüş olduğu savunmanın zorunluluğu ve orantılılığa ilişkin koşullara yer verilmesi bakımından çoğu Avrupa ülkesinin birbiriyle benzeşen yasal düzenlemelere yer verdiği söylenebilir. Buna mukabil bilhassa Almanya'nın, yasal düzenlemesinde savunmanın temel bir şartı olarak orantılılık koşuluna yer vermemiş olması onu bu noktada diğer ülkelerden farklı kılmaktadır²¹.

²⁰ Tahir Taner, “Meşru Müdafaa'nın Genişliği ve Mala Karşı Yapılan Tecavüzlerde Müdafaa”, **Ebül'ula Mardin'e Armağan**, İstanbul, Kenan Matbaası, s. 636.

²¹ Frank Wittemann, **Grundlinien und Grenzen der Notwehr in Europa**, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1997, s. 271 vd.

II. MEŞRU SAVUNMANIN HUKUKİ ESASI

Meşru savunmanın çok eski bir tarihe dayandığını ve bu müessesenin varlığı bakımından bir tartışma bulunmasa da, bilhassa sınırları noktasında zaman içerisinde oldukça fazla bir gelişim gösterdiğini ifade etmiştik. İşte bu sınırların ne olması gerektiği noktasında en belirleyici rolün meşru savunmanın hukuki esasına ait olduğu söylenebilir. Bu itibarla söz konusu hukuki esası oluşturan subjektif ve objektif görüşlerin detaylıca ele alınmasında büyük fayda bulunmaktadır.

Söz konusu görüşler ayrıntılı bir şekilde ele alınmadan önce, neden böyle bir ayrıma gidildiği, bir diğer ifadeyle bu görüşleri birbirinden ayıran hususların ne olduğu sorusunun cevaplandırılması yerinde olacaktır. Kısaca ifade etmek gerekirse; bunlardan subjektif görüş, meşru savunmanın merkezine saldırıya maruz kalan kişiyi koymaktadır. Zira bu görüşün dayanak noktasını, saldırıya maruz kalan kişinin; hareket serbestisinin sınırlandırılması, kalmış olduğu zor ve çaresiz durum, saldırıyı bertaraf etme tecrübesinin bulunmaması ve devletin mutlak yetkisinin istisnaları oluşturmaktadır²². Buna rağmen objektif görüş, meşru savunma ile kişinin kendisinden ziyade, hukuk düzeninin müdafaa edildiğini kabul etmektedir²³. Hatta bu düşünce bağlamında, kişinin kendisini ve hukuki menfaatini koruması, hukuk düzeninin korunmasının bir refleksinden ibarettir²⁴.

²² Heinz Wagner, **Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung**, Berlin, Duncker-Humblot, 1984, s. 88.

²³ Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 53.

²⁴ Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 73.

A. Subjektif Görüş

1. Genel olarak

Subjektif görüş, *Aristoteles* ve *Stoa*'nın merkezinde yer aldığı doğal hukukun temelinde yatmaktadır. Buna göre kanun, herkese saldırılara karşı kendi hayatını elverişli araçlarla korumaya müsaade etmiştir²⁵.

Bu anlayışa göre, saldırıyı defetmek suretiyle meşru savunmada bulunan kişi, öncelikli olarak hukuk düzenini korumak için değil, kendi menfaatini korumak için hareket etmekte olup, hukuk düzeninin korunması, meşru savunmanın doğal sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır²⁶.

Subjektif görüşün en önemli temsilcilerinden birinin *Kant*²⁷ olduğu ifade edilmiş ve bu görüş, onun düşünceleri ışığında izah edilmeye çalışılmıştır²⁸. Bu bakımdan ilk olarak *Kant*'ın düşüncelerine yer vermekte fayda bulunmaktadır: Özgürlük kavramını; salt akılcı ve en yüksek ahlak kuralı çerçevesinde, emredici bir kategoride ele alan *Kant*, bir kişinin özgürlüğünün başka bir kişinin özgürlüğüyle çatıştığı noktada birtakım sınırlandırmaların söz konusu olacağını ifade ederken, bu özgürlüğün insanın tecrübesinden bağımsız, doğuştan ve akıl yoluyla türemiş bir postulat olduğunu ileri sürmektedir²⁹. Bu bağlamda *Kant*'a göre haksızlık, özgürlüğün dışı vurumu olan fiillerin engellenmesi ya da onlara karşı konulmasıdır. Dolayısıyla özgürlüğe mani olan bu haksızlığa karşı bir icbarda bulunulması

²⁵ Rene Sengbusch, **Die Subsidiarität der Notwehr**, Berlin, Duncker-Humblot, 2007, s.125.

²⁶ Sengbusch, **a.g.e.**, s. 126.

²⁷ Dönmezer/ Erman ve Özen, meşru savunmanın hukuki esasının izah edilmesi noktasında *Kant*'ın görüşlerine değinirken, onun doğal hukuka dayanan meşru savunma anlayışından ziyade kusurlu ve fakat cezalandırılmayan hareket düşüncesini savunduğunu ileri sürmüşlerdir (Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, kn. 788; Özen, **a.g.e.**, s. 34). Bu bağlamda *Kant*'ın Türk doktrinde anlaşılamadığı ve buna, *Kant* hakkında hasıl olan bilgilere orijinal metinlerden ulaşılmamasının sebep olabileceği ifade edilmektedir (Özlem Özeydin, **Notwehr und Notstand im Deutsch-Türkischen Rechtsvergleich**, Nomos, Baden, 2013, s. 31-33).

²⁸ Michael Pawlik, “Die Notwehr nach Kant und Hegel”, **ZStW** 114 (2002) Heft 2, s. 259 vd.

²⁹ Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 29. Aynı yönde bkz. Robert Haas, **Notwehr und Nothilfe Zum Prinzip der Abwehr rechtswidriger Angriffe Geschichtliche Entwicklung und Heutige Problematik**, Frankfurt, Bern, 1978, s. 97 vd; Pawlik, **a.g.e.**, s. 266 vd. Özeydin, **a.g.e.**, s. 33.

özgürlüğün bir teminatını oluşturmaktadır³⁰. Ayrıca bu şekilde bir savunmayı aklın bir emri olduğunu ileri süren *Kant*'a göre meşru savunma, yalnızca bir hak değil, aynı zamanda ahlaki ve mantıki bir yükümlülüğü de oluşturmaktadır³¹.

Bu haksızlığın önlenmesi ve hukuk güvencesinin sağlanması adına hukuki icbarda bulunacak makamı öncelikle devlet olarak öngören *Kant*, devletin bunu vatandaşıyla birlikte gerçekleştireceğini ifade etmektedir. Ancak her ne kadar bu savunma yetkisi devletle birlikte vatandaşa da verilmiş olsa da, vatandaş bakımından bu hakkın sürdürülebilirliği, devletin vatandaş koruyamadığı hallerle sınırlıdır. Bir diğer ifadeyle kural olarak vatandaş, kendini korunma hakkını devlete devretmiş olup, yalnızca devletin bunu gerçekleştiremeyeceği acil hallerde bu tabii hakkını tekrar elde etmiş olacaktır³².

Bunların yanı sıra meşru savunmanın subjektif bir hak olduğu hususunun en önemli dayanak noktalarının özetle, saldırıya maruz kalan kişinin; hareket serbestisinin sınırlandırılması, kalmış olduğu zor (çaresiz) durum, saldırıyı bertaraf etme tecrübesinin bulunmaması ve devletin mutlak yetkisinin istisnaları olduğu ifade edilmektedir³³.

2. Tabii Hak Görüşü

Bu düşünce, tabii hukukçular ve toplum sözleşmecileri tarafından savunulmuş olup meşru savunmanın tabii bir hak olduğunu ve haksız bir saldırıya karşı savunmada bulunmanın, tabii haklardan biri olan kendini koruma hakkına

³⁰ Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 29. Aynı yönde bkz. Haas, **a.g.e.**, s. 97 vd; Pawlik, **a.g.e.**, s. 267 vd; Özaydın, **a.g.e.**, s. 33.

³¹ Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 29, 30.

³² Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 30. Aynı yönde bkz. Özaydın, **a.g.e.**, s. 33, 34.

³³ Wagner, **a.g.e.**, s. 88.

dayandığını ileri sürmektedir³⁴. *Cicero*'nun bu bağlamdaki düşüncesi, tabii hak düşüncesine dayalı meşru savunma anlayışını özetlemektedir:

“Meşru savunma yazılı değil, doğuştan beri var olan bir kanundur; onu öğrenmeyiz, ictibas etmeyiz, okumayız fakat tabiatın kendisinden doğru olarak alırız. Gerçekten silahlar arasında kanunlar susar”³⁵.

Meşru savunmayı tabii bir hak olarak kabul eden toplum sözleşmecilerin de, meşru savunmanın izahında genel olarak benzer bir yol izlediği ancak bunu detaylandırmada diğerlerinden farklı olarak şöyle bir açıklama getirdikleri ifade edilmektedir³⁶: Tabii halde yaşayan insanların, toplum haline geçtiğinde, kendilerini savunma haklarından toplum lehine vazgeçmesine karşılık, toplum da bireyleri korumayı taahhüt etmiş ise de, toplumun bu korumayı yapamadığı hallerde, kişinin kendini koruma hakkı kendisine dönecektir.

Birçok önemli düşünür, meşru savunmayı tabii hak düşüncesi kapsamında ele almıştır. Bunlardan; toplumun ve hukukun, insan doğası ve akıyla geliştiğini savunan *Grotius*, haksızlığı, bireysel akılla dizayn edilmiş toplum düşüncesiyle çatışan şey olarak tanımlamış ve bu bağlamda meşru savunmayı ele almaya çalışmıştır. Ona göre, herkes kendi doğası gereği kendisinin savunucusu olup, savunma hakkı, bir kimsenin saldırısından ziyade doğanın gereğinden doğmaktadır³⁷. Bunun yanı sıra, toplum sözleşmesi düşüncesine bağlı olan *Grotius*, meşru savunmayı; toplum sözleşmesi gereği, kişinin savunulması yükümlülüğünü üstlenen

³⁴ Özen, **a.g.e**, s. 30. Doktrinde *Hakeri*, kişinin kendisini savunmasının ilkel bir dürtü değil, doğal hukukun tanıdığı içsel bir hak olduğuna atıfta bulunarak, meşru savunmanın hukuki esasının, tabii hak görüşüne bakan yönüne vurgu yapmaktadır (*Hakeri*, **a.g.e**, s. 330). Meşru savunmanın belli bir teamülden ya da yasadın kaynaklanan bir hak olmadığı ve bu hakkın doğrudan Allah tarafından bahşedilen doğal bir hak olduğu noktasında bkz. Hans Schmitt-Lermann, **Die Lehre von der Notwehr in der Wissenschaft des Gemeinen Strafrechts**, Breslau-Neukirch, 1935, s. 17.

³⁵ Dönmezer, Erman, **a.g.e**, kn. 786; Özen, **a.g.e**, s. 30.

³⁶ Özen, **a.g.e**, s. 30, 31.

³⁷ Haas, **a.g.e**, s. 71-73.

toplumun, bu yükümlülüğünü yerine getiremediği hallerde topluma devredilmiş olan savunma hakkının tekrar elde edilmesi şeklinde tanımlamaktadır³⁸.

Meşru savunmayı tabii hak çerçevesinde ele alan bir diğer düşünür *Hobbes* ise gerekli araç ve fiillerle kişinin kendisini savunmasının kişinin en tabii hakkı olduğunu ileri sürmüştür. Hatta *Hobbes*'un, hukuk barışı için mücadeleye yardıma vurgu yaparak üçüncü kişi yararına meşru savunmanın da önünü açtığı ifade edilmektedir³⁹.

Bu bağlamdaki bir diğer düşünür olan *Locke* ise, esasen meşru savunmanın sınırlarını genişleterek, meşru savunmayı, saldırganın bizzat birey eliyle cezalandırıldığı bir noktaya taşımıştır. Ona göre; gerekli olduğunda ve belli sınırlar dahilinde, masumları korumak adına, suçlu kimseler bizzat birey eliyle yakalanıp cezalandırılabilir. Zira doğal bir hakkı çiğneyen kimse, diğerlerinin yaşam alanına ve genel hakkaniyet kurallarına aykırı hareket ettiğinden, tüm insanlık için tehlikelidir ve bu suç esasında herkese karşı işlenmiştir. Dolayısıyla ilgili sınırlara riayet etmek kaydıyla herkes, tüm insanlığı korumak için kötülük yapan (suç işleyen) kimseyi cezalandırabilir. Böylelikle bu kötülüğü yapan kimse nedamet gösterir ve diğer insanlar da benzer bir kötülüğü (suçu) işlemekten alıkonur⁴⁰. Ayrıca ifade edelim ki, *Locke*, cezaya varan meşru savunmanın uygulanması bakımından gereklilik şartını öngörmüş olsa da, tecavüz veya ağır cinayete varan saldırılar bakımından meşru saydığı ölüm neticesinin, bundan daha hafif suçlar bakımından da meşru olabileceğini ileri sürerek⁴¹ esasen orantılılığı bir mesele olmaktan çıkarmaktadır.

³⁸ Dönmezer, Erman, **a.g.e**, kn. 786.

³⁹ Haas, **a.g.e**, s. 76, 77.

⁴⁰ Haas, **a.g.e**, s. 80. Bu bilgiler ışığında, *Locke*'un meşru savunma anlayışının, meşru savunmanın anlamını ortadan kaldıracak mahiyette bir farklılık arz ettiği ve bu yönüyle esasen cezalandırmanın bir türü olarak karşımıza çıktığı söylenebilir.

⁴¹ Haas, **a.g.e**, s. 80, 81.

Meşru savunmayı tabii hak çerçevesinde ayrıntılı bir şekilde ele alan bir diğer düşünür *Pufendorf*⁴² ise meşru savunmayı yalnızca mevcut bir saldırıya karşı değil, ayrıca önleyici fonksiyonuyla izah etmektedir. Bu açıdan ona göre; mevcudun yanı sıra muhakkak saldırının varlığı halinde de, saldırıya maruz kalan kişi bu saldırıyı defetme hakkına sahiptir. Meğer ki, saldırganın pişmanlığı veyahut saldırının olmayacağını gösteren diğer emarelerin varlığı söz konusu olsun. *Pufendorf*, mevcut veya muhakkak bir saldırının varlığını şart koşmakla birlikte savunmada orantılılık şartını aramamaktadır⁴³. Ayrıca *Pufendorf*, meşru savunmanın kabul edilebilirliğini devletin savunmaya yardımının mümkün olmadığı hallerle sınırlandırmaktadır. Keza bu durumda da saldırıya maruz kalan kişi sadece saldırıyı bertaraf etmekle yetkilidir. Cezalandırma ve diğer hallerde ise devletin yetki ve yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır⁴⁴. Bunun yanı sıra, onun görüşüne göre, meşru savunma, toplumun korunması bakımından da önemli bir yere sahiptir. Bu bağlamda, kişinin kendisini savunması ile başka bir kişinin savunmasına yardımda bulunması arasında bir fark bulunmadığından, üçüncü kişi yararına meşru savunma da mümkündür. Ancak meşru savunma, toplumun korunması adına her şeye karşı genel bir mücadele yetkisi tanımamaktadır⁴⁵.

3. Psikolojik Görüş

Bu görüş ekseninde, yalnızca saldırıya maruz kalmak suretiyle kendisini çok zor bir durumda bulan ve çıkarı (menfaati) saldırgan tarafından tehlike altında olan

⁴² Dönmezer/ Erman ve Özen, meşru savunmanın hukuki esasının izah edilmesi noktasında Pufendorf'un görüşlerine değinirken, onun doğal hukuka dayanan meşru savunma anlayışından ziyade manevi cebir teorisini savunduğunu ileri sürmüşlerdir (Dönmezer, Erman, **a.g.e**, kn. 789; Özen, **a.g.e**, s. 31). Bu bağlamda Pufendorf'un Türk doktrinde anlaşılamadığı ve buna, Pufendorf hakkında hasıl olan bilgilere orijinal metinlerden ulaşılmamasının sebep olabileceği ifade edilmektedir (Özaydın, **a.g.e**, s. 31).

⁴³ Haas, **a.g.e**, s. 82, 83.

⁴⁴ Haas, **a.g.e**, s. 84.

⁴⁵ Haas, **a.g.e**, s. 87.

ve keza şiddetli korku altında bulunan kişi, meşru savunma hakkından faydalanacaktır⁴⁶.

Bunun yanı sıra, her canlıda bulunan, saldırıya karşı kişinin kendini koruma içgüdüsünün de bu görüş bağlamında meşru savunmaya hukuki değer kattığı söylenebilir⁴⁷.

Ayrıca söz konusu görüşe göre, psikolojik bakış açısıyla meşru savunmanın doğal hak karakteri arasında bir bağ kurulduğunda meşru savunmanın yalnızca kişisel haklar bağlamında uygulama alanı bulduğu görülecektir⁴⁸.

Ancak bu görüş, özellikle üçüncü kişi yararına meşru savunma hakkını ortadan kaldırdığı gerekçesiyle eleştirilmektedir⁴⁹.

4. Saikte Meşruluk Görüşü

Pozitivistlere göre, haksız bir saldırıya karşı koyan savunmacı, hukuki ve içtimai saiklere uygun davrandığı için meşru müdafaa bir haktır⁵⁰ ve bu saik altındaki bir kimse, topluma karşı bir tutum içerisinde olmak bir tarafa, her türlü intikam

⁴⁶ Frank Fechner, **Grenzen Polizeilicher Notwehr**, Frankfurt am Main, Bern, New York, 1991, s. 166.

⁴⁷ Özen'in manevi cebir ve kendini koruma iç güdüsü şeklinde iki farklı görüş olarak izah ettiği meseleler, tarafımızca psikolojik teori üst başlığı altında ele alınmaya çalışılmıştır (Özen, **a.g.e.**, s. 31-35). Psikolojik teori için ayrıca bkz. Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, kn. 789. Önemle vurgulamak gerekir ki meşru savunmanın hukuki esasının, kişinin kendisini koruma iç güdüsüne dayandığı hususu doktrinde oldukça geniş bir yer tutmaktadır. Bu bağlamda Centel/Zafer/Çakmut, meşru savunmanın hukuki esasını doğrudan kişinin kendisini koruma iç güdüsüne dayandırırken (Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, İstanbul Beta, 2014, s. 295), diğer bazı yazarlar ise kişinin kendisini koruma iç güdüsünü, meşru savunmanın, hukuki esasına dayalı çifte fonksiyonundan biri olarak görmektedir (İçel vd, **a.g.e.**, s. 131; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Ankara, Adalet, 2017, s. 418, 419; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 289; Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, kn. 422; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 275).

⁴⁸ Sengbusch, **a.g.e.**, s. 126.

⁴⁹ Fechner, **a.g.e.**, s. 166; Sengbusch, **a.g.e.**, s. 126.

⁵⁰ Tahir Taner, **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, İstanbul, Ahmet Sait Matb., 1949, kn. 292.

saikinden uzak, metanet ve adalet fikri ile hareket ederek⁵¹ hukuka uygun davrandığı için cezalandırılması mümkün değildir⁵².

Bunun yanı sıra, bu görüş ekseninde, saldırganın topluma zararlı, savunmacının ise saldırganı defetmek suretiyle topluma faydalı olduğu vurgulanarak zararlı ve tehlikeli kişinin yok edilmesinde ve fakat namuslu kişinin korunmasında toplumun yararı olduğu ifade edilmektedir⁵³. Ancak bu görüş, savunmada bulunan kişinin de topluma zararlı bir kişi olması halinde, cezalandırılması sonucunu doğurabileceğinden eleştirilmektedir⁵⁴.

5. Sözleşme Modeli Görüşü

Subjektif meşru savunma anlayışının bir diğer parçası olan sözleşme modelinin merkezinde, saldırıda başka bir kişinin menfaatinin ihlal edilmesi yatmaktadır. Esasen bu görüşün aydınlanma çağında gelişen toplumsal sözleşmeler tezinin üzerine inşa edildiği ifade edilmektedir⁵⁵.

Bu görüşe göre meşru savunma halinde; saldırgan, hukuk düzeni ve saldırıya maruz kalan bakımından üç yüzlü bir bağlayıcılık söz konusu olmaktadır. Bu bağlamda saldırgan, saldırıda bulunmama yükümlülüğü altındayken bu yükümlülüğü ihlal ettiği takdirde, artık hukuk düzeninin, saldırganın hukuki değerini koruma garantisi ortadan kalkmaktadır. Buna mukabil saldırgan, saldırıya maruz kalan kişiye karşı da haksız bir konuma düştüğünden, saldırıya maruz kalan kişi de kendisini savunma hakkı kazanmaktadır⁵⁶. Gerçekten de hukuk düzeni, ortaya koyacağı emir

⁵¹ Faruk Erem, **Umanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt II**, 12. Baskı, Ankara, Seçkin, 1985, s. 22.

⁵² Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, kn. 794.

⁵³ Özen, **a.g.e.**, s. 33, 34.

⁵⁴ Özen, **a.g.e.**, s. 34.

⁵⁵ Antje Kross, **Notwehr gegen Schweigegelderpressung**, Berlin, Duncker-Humblot, 2003, s. 41.

⁵⁶ Andreas Hoyer, “Das Rechtsinstitut der Notwehr”, **Jus** 1988, s. 89 vd.; krşl. Kross, **a.g.e.**, s. 42.

ve yasaklarla muhtemel saldırı mağdurlarına güven telkin edecek ve düzenin haksızlığa tepki vermeye muktedir olduğunu gösterecek bir içeriği haiz olmalıdır. Bu durumda olası mağdur, bir başka kişiden gelecek olası haksız saldırıları hesaba katmak zorunda değildir⁵⁷.

Söz konusu sözleşme modeli, meşru savunmanın, hangi tür hukuki değerlere yönelik saldırılara karşı uygulama bulacağı sorusuna cevap vermemesi ve üçüncü kişinin yararına meşru savunma alanı tanımaması itibarıyla eleştirilmiştir⁵⁸.

6. Saldırgan ile Saldırıya Maruz Kalan Kişi Arasındaki Karşılıklı İlişki Görüşü

Bu görüş, meşru savunmayı saldırı ile saldırıya maruz kalan kişi arasında karşılıklı bir ilişki şeklinde ele almaktadır. Keza bu görüşün çıkış noktasına göre bütün hukuk özneleri eşit haklara sahip olduğu gibi, hukuk düzeninin öngörmüş olduğu kurallara da karşılıklı olarak uymak durumundadır⁵⁹.

Bu itibarla hukuk öznelerinden biri yasak sınırını ihlal ettiğinde, esasında bir başkasının sınırına girmiş olacak ve bu durumda sınırı ihlal edilen kişi açısından da artık yasağın bir bağlayıcılığı olmayacaktır⁶⁰. Böylelikle birinin yükümlülüğünün ihlaliyle diğerrinin ortaya koyacağı tepkinin haksızlığı devre dışı kalmaktadır. Bir diğerr ifadeyle meşru savunma öyle koordineli bir ilişki temeline kuruludur ki bu ilişki, saldırıganın saldırısına karşı saldırıya maruz kalana tepki gösterme hakkını gerektirir⁶¹.

⁵⁷ Hoyer, **a.g.e.**, s. 89 vd.

⁵⁸ Kross, **a.g.e.**, s. 45, 46; Sengbusch, **a.g.e.**, s. 130, 131.

⁵⁹ Sengbusch, **a.g.e.**, s. 130.

⁶⁰ Kross, **a.g.e.**, s. 45.

⁶¹ Joachim, Hruschka “Extrasystematische Rechtfertigungsgründe”, **Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag**, Berlin, Walter de Gruyter, 1977, s. 192 vd; Kross, **a.g.e.**, s. 45.

Söz konusu görüş uyarınca, saldırı-savunma ilişkisi bunu gerçekleştiren taraflarla sınırlı kaldığından, burada üçüncü bir kişiden söz etmek mümkün değildir. Dolayısıyla bu görüş bakımından da üçüncü kişi yararına meşru savunma uygulama alanı bulamayacaktır⁶².

7. Korunan Hukuki Değer Işığında Gelişen Görüş

Subjektif görüş bağlamında ortaya çıkan teoriler içerisinde en sistematik ve tatmin edici teorinin *Wagner*'e ait olduğunu söylemek gerekir⁶³. Bu bağlamda diğer teorisyenlerden farklı olarak *Wagner*, öncelikle, meşru savunmanın sadece kişinin kendisini koruma hakkı tanımadığını ve böyle bir anlayışın subjektif görüşün zorunlu bir sonucu olmadığını ifade ederek asıl olanın, korunan hukuki değer olduğunu ve dolayısıyla subjektif görüşten, kişisel bir hakkın korunmasının anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedir⁶⁴. Bir diğer ifadeyle *Wagner*, meşru savunma hakkını, kişinin korunan hukuki değeri üzerine tesis etmekte olup ona göre meşru savunma yetkisi, saldırıya maruz kalan kişiyle sınırlı tutulamaz. O halde bu görüş ışığında üçüncü kişi yararına meşru savunma da pekala uygulama alanı bulabilecektir⁶⁵. Gerçekten de kişinin hukuki değerinin korunmasının, kişinin bizzat kendi eliyle yerine getirilmesinin bir dayanak noktası bulunmamaktadır. Meşru savunmanın amacı, kişinin hukuki değerine yönelen tehdidi ortadan kaldırmaksa, bu hakkın yalnızca saldırıya maruz kalan kişiye verilmesinin mantıklı bir izahı bulunmamaktadır⁶⁶.

Bunun yanı sıra, bu görüş uyarınca, meşru savunmanın subjektif bir hak olduğu hususunun dayanak noktalarını; saldırıya maruz kalan kişinin; hareket

⁶² Sengbusch, **a.g.e.**, s. 130.

⁶³ Wagner, **a.g.e.**, s. 9 vd.

⁶⁴ Wagner, **a.g.e.**, s. 35.

⁶⁵ Sengbusch, **a.g.e.**, s. 132.

⁶⁶ Kross, **a.g.e.**, s. 161; Sengbusch, **a.g.e.**, s. 132.

serbestisinin sınırlandırılması, kalmış olduğu zor (çaresiz) durum, saldırıyı bertaraf etme tecrübesinin bulunmaması ve devletin mutlak yetkisinin istisnaları oluşturmaktadır⁶⁷.

Keza *Wagner*, geliştirmiş olduğu bu teoriyi, meşru savunmanın bilhassa savunmaya ilişkin gereklilik ve orantılılık gibi tartışmalı meselelerine uyarlayarak, bu meselelere kendi penceresinden bakmaya çalışmıştır⁶⁸.

8. Sorumluluğun Genişlemesi Görüşü

Meşru savunma kavramına menfaatler çatışması ekseninde bakıldığında, savunanın menfaatinin saldırganınkinden daha ziyade korunmaya layık olduğu görülecektir⁶⁹. Esasen burada saldırgan aktif bir şekilde haksız bir saldırıda bulunmak suretiyle hukuk düzeninin kendisine çizdiği sınırı aşmaktadır. İşte tam da bu sebeple meşru savunmanın bir hukuki esası da saldırganın sorumluluğunun genişlemesi prensibine dayandırılmaktadır⁷⁰.

Belirtelim ki bu görüş, zorunluluk halinin hukuki esası açısından da kullanılmaktadır. Ancak meşru savunmada, zorunluluk halinden farklı olarak bir tehlike değil, haksız bir saldırı söz konusudur. Ayrıca burada saldırganın, zorunluluk halinden yararlanan kişiden daha katı bir sorumluluğa sahip olduğu gözlemlenmektedir. Çünkü, saldırgan burada açıkça hukuka aykırı bir pozisyonda olup bu sorumluluğu kendisi yaratmaktadır⁷¹. Zorunluluk halinde, bu zor durumdan

⁶⁷ Wagner, **a.g.e.**, s. 88.

⁶⁸ Wagner'in söz konusu meselelere karşı ortaya koymuş olduğu yaklaşımlar, çalışmamızın ileri safhasında ilgili kısımlara dercedilip ele alınmaya çalışılacaktır.

⁶⁹ Kross, **a.g.e.**, s. 46.

⁷⁰ Kross, **a.g.e.**, s. 46. Ayrıca bkz. Helmut Frister, “Die Notwehr im System der Notrechte”, **GA**, 1988, s. 301-303; Jan Helmrich, **Die Berufung gewerblicher Sicherheitskräfte auf Notwehr und Nothilfe (Zugleich ein Beitrag zu den Grundlagen des Notwehr und Nothilferechts)**, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2008, s.193-196.

⁷¹ Kross, **a.g.e.**, s. 47; Frister, “Die Notwehr im System der Notrechte”, s. 301 vd.; Helmrich, **a.g.e.**, s.193 vd.

kurtulmak isteyen kişinin, üçüncü bir kişinin menfaatine zarar vermekten başka çaresi olmamasına rağmen, saldırgan burada, harekette bulunmamak bir diğer ifadeyle saldırmamak suretiyle saldırının önüne geçme imkanına sahiptir. Dolayısıyla savunmada sınır aşılmış olsa dahi saldırgan kendi kusuruyla ortaya çıkan zararlara katlanmak durumundadır⁷².

Bu bilgiler ışığında sorumluluğun genişlemesi görüşünü kısaca özetleyecek olursak, burada saldırgan hukuk düzeninin kendisine yüklediği yükümlülüğün dışına çıkarak sorumluluğunu genişletmekte, bu açıdan da kendisine karşı geliştirilecek savunmanın zararlarını ödemekle yükümlü hale gelmektedir.

Saldırganın ödeme yükümlülüğü altında olduğu savunma giderlerine yaşam hakkının dahil olup olmayacağı meselesi tartışmalıdır. Ancak bu noktada, meşru savunmayı düzenleyen kanun hükmünde buna ilişkin bir sınırın olmaması halinde, saldırganın bu bedele de katlanmak durumunda kalacağı, nitekim saldırganın bu sonuca kendi özgür iradesiyle ulaştığı ileri sürülmüştür⁷³.

9. Saldırıya Maruz Kalanın Hareket Serbestisi ve Diğer Özel Durumları Işığında Gelişen Görüş

Öncelikle belirtelim ki, bazı eserlerde⁷⁴ meşru savunmanın hukuki esası olarak karşımıza çıkan söz konusu durum, meşru savunmanın hukuki esasıdan ziyade meşru savunma bakımından ortaya çıkabilecek bir problem üzerinden geliştirilen bir fikri temsil etmektedir. Ancak burada bir probleme endeksli de olsa, meşru savunma, saldırıya maruz kalana bağlı olarak izah edildiği için bu görüşe değinmekte de fayda bulunmaktadır.

⁷² Kross, **a.g.e**, s. 47.

⁷³ Kross, **a.g.e**, s. 48.

⁷⁴ Wagner, **a.g.e**, s. 33 vd.; ayrıca bkz. Joachim Renzikowski, **Notstand und Notwehr**, Berlin, Duncker-Humblot, 1994, s. 118-120; Kross, **a.g.e**, s. 50 ve 52-54 vd; Helmrich, **a.g.e**, s. 196 vd.

Meşru savunma hakkı, genel olarak, hukuka aykırı bireysel bir saldırıya karşı savunmanın yanı sıra, hukuk düzeninin savunulmasını⁷⁵ da ihtiva etmektedir⁷⁶. Keza meşru savunmayla, kişinin sadece kendini savunma hakkı değil, kişisel menfaatini savunma hakkı da güvence altına alınmıştır. Bu açıdan da meşru savunmaya sebep olan saldırıyla; sadece yaşam, vücut dokunulmazlığı veya malvarlığı gibi somut değerler değil, aynı zamanda kişinin hareket serbestisi de ihlal edilmektedir⁷⁷.

Sadece somut değerlere yönelik olmayan hoyrat ve oldukça baskın bir saldırıda, saldırıya maruz kalan kişinin irade oluşumu ve irade tasarrufuna halel gelebilecek ve bu durumda kendisini savunmak durumunda kalan kişinin gerçek anlamda tasarruf serbestisinden bahsedilemeyecektir. Bu itibarla da kişinin hareket serbestisi, somut diğer hukuki değerler gibi kişinin önemli bir menfaati olarak karşımıza çıkmaktadır⁷⁸.

Esasında gerek bu durumu gerekse saldırı mağdurunun diğer özel durumlarını göz önünde bulundurarak ortaya atılan söz konusu düşünce, meşru savunmayı sadece saldırıya maruz kalan kişi üzerinden değerlendirmekte olup, bu kişinin içinde bulunacağı zor durumlarda orantılılık meselesini problem olmaktan çıkarmaya yönelik olarak geliştirilmiştir⁷⁹. Bu görüş çerçevesinde hareket serbestisi ortadan kalkacak şekilde zor bir durumda kalan saldırı mağdura güvence altına alınmalıdır⁸⁰.

Gerçekten de saldırı mağdurunun pozisyonu kişiden kişiye değişebilir olup herkesten aynı şekilde savunma yapması beklenemez. Öyle ki bu hususta çok tecrübesiz olan bir kişiden, ona karşı gerçekleştirilebilecek ani bir saldırıda, değil

⁷⁵ Belirtmek gerekir ki, bu başlık adı geçen eserlerde subjektif görüş üst başlığı altında ele alınmış olsa da esasen, meşru savunmayla hukuk düzeninin de korunduğu ileri sürülmek suretiyle objektif görüşe de yaklaşmaktadır. Objektif görüşe ilişkin açıklamalar aşağıda detaylıca ele alınmaktadır.

⁷⁶ Wagner, **a.g.e.**, s. 30 vd.

⁷⁷ Wagner, **a.g.e.**, s. 31 vd.; Kross, **a.g.e.**, s. 52, 53.

⁷⁸ Wagner, **a.g.e.**, s. 32 vd.; Kross, **a.g.e.**, s. 53.

⁷⁹ Renzikowski, **a.g.e.**, s. 120.

⁸⁰ Renzikowski, **a.g.e.**, s. 120.

böyle bir saldırıya karşı savunma gerçekleştirmesi, bu anda yaşadığı şaşkınlığı üzerinden atması bile beklenemeyebilir. İşte böyle bir kişinin saldırıya karşı gerçek anlamda bir savunma yapabilmesi daha uzun bir zaman aralığına tekabül etmektedir⁸¹. Keza saldırıdan hiç bir suretle kaçma imkanı olmayan veya saldırıyı savuşturmak için hiç kimseden yardım alma imkanı olmayan kişi bakımından da savunma imkanının çok zorlaştığı ve bu tip durumlarda savunmacıya daha geniş bir savunma yetkisi ve icabında orantılılıktan feragatin söz konusu olması gerektiği ileri sürülmektedir⁸².

Söz konusu görüş, üçüncü kişiye karşı meşru savunmayı açıklamaktan aciz kaldığı gerekçesiyle eleştirilmektedir⁸³.

B. Objektif Görüş

1. Genel Olarak

Bu görüş *Berner*'in '*hak, haksızlığa boyun eğmek zorunda bırakılamaz*' düşüncesi ekseninde etrafında geliştirilmiştir⁸⁴. Gerçekten de hukuk düzeninde, kendisine en üst mertebede yer bulan hak, hukuk düzenine aykırılık arz eden bir haksızlığa karşı mağlup edilmemelidir⁸⁵.

Her ne kadar objektif görüşün, söz konusu düşünce ekseninde etrafında gelişmiş olduğu ifade edilse de, bu görüşün esas dayanak noktasının ve en önemli temsilcisinin *Hegel* olduğu ifade edilmektedir⁸⁶. Bu itibarla *Hegel*'in meşru savunma anlayışına değinmekte fayda bulunmaktadır.

⁸¹ Helmrich, **a.g.e.**, s. 196.

⁸² Kross, **a.g.e.**, s. 51.

⁸³ Helmrich, **a.g.e.**, s. 197; Renzikowski, **a.g.e.**, s. 121; Kross, **a.g.e.**, s. 51.

⁸⁴ Sengbusch, **a.g.e.**, s. 134.

⁸⁵ Kross, **a.g.e.**, s. 27; Sengbusch, **a.g.e.**, s. 134.

⁸⁶ Pawlik, **a.g.e.**, s. 259.

Hegel, hak kavramını mantık ve gerçeklikle birlikte ele almakta olup, bu bağlamda mantıklı olan şeyin gerçek, gerçek olan şeyin ise mantıklı olduğunu ifade etmektedir. Bu itibarla hakkın varlığına kast etmiş olan haksızlık, mantık ve gerçeklikten uzak olup yok hükmündedir. Haksızlık yalnızca, haksızlığı icra edecek kişinin istek ve iradesinde varlık kazanmaktadır. Dolayısıyla, bir gereklilik arz eden hakkın gerçekleşmesi için, haksızlığı gerçekleştiren kişinin bu istek ve iradesinin ortadan kaldırılması gerekir. Bu itibarla hakkın tesisi, hak ihlaline sebep olan fiilin ortadan kaldırılmasıyla mümkün olacak ve dolayısıyla haksızlığın imhası, hakkın doğrulanması anlamına gelecektir⁸⁷.

Şunu ifade etmek gerekir ki Hegel'in meşru savunma anlayışı, onun kendi ifadeleriyle değil, kendisinin, hukuk sistemine dair diyalektik felsefesi ve devlete ilişkin idealist tezi üzerine inşa edilmiştir⁸⁸. Bu bağlamda; haksız bir saldırı hakkın inkarı olup, savunma ise hakkı red ve inkar eden saldırının red ve inkarıdır, yani hakkın doğrulanmasıdır. Bu itibarla meşru savunma kapsamında hareket eden kişi hukuka uygun bir durum içerisinde⁸⁹.

Ayrıca, Hegel'in anlayışına göre saldırının bertaraf edilmesi öncelikli olarak devletin ve onun organlarının görevi olup, kişinin meşru savunma hakkı/yetkisi, yalnızca, devletin bizzat kendisinin bu saldırıyı defedemeyeceği hallerle sınırlı olup, devlet tarafından kişiye devredilmiş tali bir yetkidir⁹⁰.

Objektif görüş uyarınca, meşru savunma ile, kişinin kendisini savunmasından ziyade, genel olarak hakkı/hukuk düzenini müdafaa söz konusu olmaktadır⁹¹. Hatta bu düşünce bağlamında, kişinin kendisini ve hukuki menfaatini koruması, hukuk

⁸⁷ Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 37. Krşl. Pawlik, **a.g.e.**, s. 259. Özaydın, **a.g.e.**, s. 34.

⁸⁸ Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 37. Krşl. Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, kn. 786; Özen, **a.g.e.**, s. 38; Özaydın, **a.g.e.**, s. 34.

⁸⁹ Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, kn. 786; Özen, **a.g.e.**, s. 37.

⁹⁰ Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 37. Aynı yönde ve detaylıca bilgi için bkz. Pawlik, **a.g.e.**, s. 295 vd.

⁹¹ Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 53; Sengbusch, **a.g.e.**, s. 134.

düzeninin korunmasının bir refleksinden ibarettir⁹². Bu bağlamda objektif görüş, meşru savunmanın uygulama alanına, kişisel hukuki değerlerin yanı sıra, genel hukuki değerleri de dahil etmektedir⁹³. Keza, Hegel'in meşru savunma anlayışında da bu sonuçla karşılaşmaktadır⁹⁴.

Bunun yanı sıra hukuk düzeninin korunması bakımından kişinin bizzat kendisini ya da üçüncü bir kişiyi savunmasının bir önemi bulunmamaktadır. O halde bu yaklaşım bağlamında sadece saldırıya maruz kalana değil, üçüncü kişiyi de içine alan genel bir savunma imkanı tanınmaktadır⁹⁵.

2. Üstün Yarar Görüşü

İki hak çatıştığı zaman birinin yaşaması, diğerinin feda edilmesine bağlı olduğundan bu haklardan üstün olanı korunmak zorundadır. Meşru savunma halinde de üstün hak sahibi saldırıya maruz kalan kişi olduğundan, saldırganın hakkı her daim feda edilecektir⁹⁶.

Söz konusu görüşün; yararların dengelenmesi teorisinin meşru savunmaya uyarlanması ibaret olduğu ve saldırganın hakkının her zaman feda edilmesiyle, meşru savunmada sınırın aşılması gibi kurumları anlamsızlaştırdığı gerekçeleriyle yerinde olmadığı ileri sürülmektedir⁹⁷.

⁹² Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 73; Sengbusch, **a.g.e.**, s. 134.

⁹³ Eberhard Schmidhäuser, **Strafrecht Allgemeiner Teil –Studienbuch–**, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 2. Baskı, 1984, 6/80 (s. 161, 162); Bitzilekis, **a.g.e.**, s.66-71; Rudolf Rengier, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 8. Baskı, München, C.H.BECK, 2016, §18, kn. 1.

⁹⁴ Özaydın, **a.g.e.**, s. 35.

⁹⁵ Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 73; Sengbusch, **a.g.e.**, s. 134.

⁹⁶ Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, kn. 793; Özen, **a.g.e.**, s. 38. Krşl. Erem, **a.g.e.**, s. 22, 23. Üstün yarar teorisini kabul eden diğer yazarlar için bkz. Eberhard Schmidhäuser, “Die Begründung der Notwehr”, **GA**, 1991, s.116; Walter Gropp, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Baskı, Berlin, Heidelberg, Springer, 2015, §5 kn. 125.

⁹⁷ Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, kn. 793, s. 103; Özen, **a.g.e.**, s. 39.

3. Tali Kamu Savunması ve Yetki Devri Görüşleri

Tali kamu savunması düşüncesine göre; bireysel savunma asli, kamusal savunma ise tali niteliği haizdir. Zira kamusal savunma, bireysel savunmanın yetersizliğini gidermeye ve onun aşırılığını engellemeye yöneliktir. Dolayısıyla kamusal savunmanın etkisiz ve yetersiz olması halinde, bireysel savunma etkinse artık kamusal bir savunmaya gerek kalmamakta ve tabii hak olan bireysel savunmanın üstünlüğü söz konusu olmaktadır. Bu durumda meşru savunma devlete tanınmış bir yetki olarak değil, asıl bireye ait tabii bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır⁹⁸.

Bu görüş; bugünkü hukuk sistemlerinde asıl olanın kamusal savunma olduğu ve bireysel savunmaya, ancak belli durumlarda sınırlı olarak izin verildiği gerekçesiyle eleştirilmektedir⁹⁹.

Yetki devri düşüncesine göre ise; devletin etkili bir şekilde müdahale etmesine imkan olmayan hallerde, birey bir zabıta yetkisini kazanmıştır. Zira devlet, bu aciz halinde, savunma zorunluluğunda kalan kişiye vekalet vermekte ve ona farazi ve şarta bağlı bir yetki tanımaktadır. İşte savunmada bulunan kişinin, sahip olduğu bu kamusal yetki sebebiyle cezalandırılması söz konusu olamaz¹⁰⁰.

Bu görüş de şu sebeplerle eleştirilmektedir: Öncelikle savunmada bulunan kişinin farazi ve şarta bağlı bir vekaletle istinaden hareket etmesi kabul edilemez. Zira böyle bir vekaletin varlığı şüphelidir. Bu görüş kabul edildiğinde, belirli bir durumda kalan kamu ajanı ne gibi hareketlerde bulunabilirse, meşru savunma halinde kalan kişinin de aynı davranışları sergilemesi beklenecek ve bundan daha fazla veya

⁹⁸ Özen, **a.g.e.**, s. 40. Krşl. Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, kn. 786; Erem, **a.g.e.**, s. 23. Ayrıca krşl. Schmidhäuser, “Die Begründung der Notwehr”, s. 120.

⁹⁹ Özen, **a.g.e.**, s. 41.

¹⁰⁰ Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, kn. 786; Özen, **a.g.e.**, s. 43. Krşl. Erem, **a.g.e.**, s. 23, 24. Yetki devri görüşünün tali kamu savunması görüşüyle aynı sonuca ulaştığı, aradaki tek fark olarak; tali kamu savunması görüşünde asıl olanın bireysel savunma, yetki devri görüşünde ise asıl olanın kamu savunması olduğu ve fakat bunun belli hallerde bireye devredildiği ileri sürülmektedir (Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, kn. 786).

şiddetli bir tepkide bulunması halinde meşru savunma kabul edilmeyecektir¹⁰¹. Halbuki, meşru savunma hakkını münferiden kullanan bir kişinin, saldırıyı defetmek bakımından, kamu ajanıyla kıyaslanabilecek bir gücünden söz etmek mümkün değildir¹⁰².

4. Hukuk için Mücadele Görüşü

Bu düşünceye göre meşru savunmanın hukuki esasını, hukuk düzeninin hakkın tecavüze uğramasına izin vermeyeceği gerçeği oluşturmaktadır¹⁰³. Hukuk, haksızlığı yenmek, adaletsizliği ve saldırıları yasaklamak amacı güttüğü gibi, hukukun yaşaması, üstünlük kazanabilmesi için haksızlıkla savaşması da gereklidir. Dolayısıyla, hukuku korumak adına ve haksızlığı yenmek için savaşan bir kimsenin hareketini hiçbir hukuk düzeni, hukuka aykırı kabul edemeyeceğinden, savunmanın meşruluğu, hukukun bizzat kendi görev kavramlarından doğmaktadır¹⁰⁴.

Önemle belirtmek gerekir ki bazı yazarlarca da ifade edildiği üzere¹⁰⁵, objektif görüşün en önemli dayanak noktası olarak gösterilen ‘‘hak, haksızlığa karşı

¹⁰¹ Dönmezer, Erman, **a.g.e**, kn. 787. Krşl. Özen, **a.g.e**, s. 43.

¹⁰² Krşl. Kross, **a.g.e**, s. 37; Sengbusch, **a.g.e**, s. 140.

¹⁰³ Dönmezer, Erman, **a.g.e**, kn. 796. Doktrinde kimi yazarlar, hukuk için mücadele/ ‘‘hak haksızlığa karşı boyun eğmemelidir’’ görüşünü, meşru savunmanın, hukuki esasına dayalı çifte fonksiyonundan biri olarak görmektedir (İçel vd., **a.g.e**, s. 131; Demirbaş, **a.g.e**, s. 289; Öztürk, Erdem, **a.g.e**, kn. 407; Hakeri, **a.g.e**, s. 330; Koca, Üzülmüş, **a.g.e**, s. 276)

¹⁰⁴ Dönmezer, Erman, **a.g.e**, kn. 796. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da vermiş olduğu bir kararında, ‘‘Yasal savunma halinde işlenen fiil hukuka uygundur. Çünkü hukuk düzeni, hakkın saldırıya uğramasına izin vermez. Hukuk, haksızlığı gidermek, adaletsizliği, saldırıları yasaklamak amacını güder. Bu nedenle hukuku korumak, haksızlığı önlemek için savaşan kimsenin hareketi hukuka aykırı olarak kabul edilip cezalandırılmaz’’ şeklinde bir karar vermek suretiyle esasen Dönmezer/Erman’ın görüşlerini aynen kabul etmiştir (YCGK, E. 1-4, K.39, 18.02.1991, Özen, **a.g.e**, s. 46, 47. Krşl. Erem, **a.g.e**, s. 24; Turhan Tufan Yüce, **Ceza Hukuku Dersleri C. I**, Manisa, Şafak, 1982, s. 255; Özen, **a.g.e**, s. 45, 46).

¹⁰⁵ Krşl. Özen, **a.g.e**, s. 46.

boyun eğmemelidir'' düşüncesi¹⁰⁶ de hukuk için mücadele görüşünün önemli bir görünümünü teşkil etmektedir.

5. Toplumsal Zararın Yokluğu Görüşü

Bu görüşe göre, meşru savunmanın hukuki esası, savunmanın toplumsal bir zararının bulunmamasına dayanmaktadır. Bu bağlamda, saldırıya maruz kalan kişinin hakkını korumak için saldırgana zarar vermek bir zorunluluk olup bu savunmaya bizzat hukuk düzeni tarafından izin verilmektedir. Keza toplum bakımından saldırıya maruz kalanın hakkı saldırganın hakkına nazaran daha üstün değere sahip olduğundan, savunmada, devletin ceza ile müdahalesini haklı kılan toplumsal bir zarar söz konusu değildir¹⁰⁷. O halde, bir fiilin icrasında, toplumsal bir zarar bulunmuyorsa, o fiil toplumun çıkarlarıyla çatışmadığından bu fiilin hukuka aykırılığından bahsedilemeyecektir¹⁰⁸.

6. Hukuk Düzeninin Ampirik Geçerliliği Görüşü

Schmidhäuser'in ortaya çıkarmış olduğu bu görüşün dayanak noktası, esasen bütün hukuka uygunluk sebepleri bakımından uygulama alanı bulan üstün yarar teorisidir¹⁰⁹.

Schmidhäuser, hukuk düzenini; devletçe vazedilmiş bir düzen olarak değil, aksine tek tek her bireyin, toplumsal birlikteliğin temel düzenine ait olan değerleri fikren taşımasıyla oluşabilen ve toplum içerisinde yaşayan bir düzen olarak kabul etmiştir. Şu halde hukuk düzeni salt normatif olana değil, aksine hukuka aidiyet

¹⁰⁶ Gerçekten de Berner tarafından ortaya atılan bu düşüncenin, objektif görüşün bir mihenk taşı olduğu ifade edilmektedir (Sengbusch, **a.g.e.**, s. 134).

¹⁰⁷ Özen, **a.g.e.**, s. 47. Krşl. Uğur Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, Ankara, Sevinç Matb., 1975, s. 107.

¹⁰⁸ Özen, **a.g.e.**, s. 47.

¹⁰⁹ Schmidhauser, "Die Begründung der Notwehr", s.116; Sengbusch, **a.g.e.**, s. 135; Kross, **a.g.e.**, s. 28.

bilinci içerisinde geçerli olana dayanır¹¹⁰. Keza bu hukuka aidiyet bilincine dayalı geçerlilik, somut olayda hukuk düzenince en yüksek değer olarak kabul eden değerlere karşı uygulama alanı bulur. Bu bakımdan vücut dokunulmazlığı, yaşam, özgürlük ve malvarlığı hakları, başka türlü defetme imkanı olmadığı müddetçe, hukuk düzeninin geçerliliğini korumak adına ihlal edilebilecektir¹¹¹. Bu bağlamda *Schmidhäuser* meşru savunmanın devlet tarafından bahsedilmiş bir yetki olduğu tezini epistimolojik değerden yoksun bir düşünce yapısı olarak addeder¹¹².

Hakkın kendi kendini doğrulaması görüşünü savunan *Schmidhäuser*, saldırganın menfaatine, daha elzem ve değerli gördüğü saldırıya maruz kalan kişinin menfaati karşısında geri adım attırmaktadır. Bunun bir sonucu olarak saldırıya karşı savunma hakkının tanınmasıyla savunmacıya, tabir-i caizse, hakkı, hukuk rayına oturtma imkanı sağlamaktadır. Yani kendi ifadesiyle, böyle bir durumda hakkın kendini doğrulaması söz konusu olmaktadır. Aksi hal ise, saldırıda bulunan ve bu suretle bir hakkı ihlal eden kişinin hiçbir engele maruz kalmadan ulaştığı zafer anlamına gelecektir¹¹³.

Bu görüş kapsamında meşru savunma, an itibarıyla; tehlike hali, tehlikeye karşı müdahale ihtiyacı ve müdahale yetkisi olmak üzere üç ana unsurdan oluşmaktadır. Esasında mevcut tehlike, müdahale ihtiyacını doğurmaktadır¹¹⁴. Burada mevcut tehlikeden, ağır bir hak ihlalini içeren haksızlık anlaşılmaktadır¹¹⁵. Tehlikeye maruz kalan kişinin hukuki değerinin tehlikeye sebep olan kişinin

¹¹⁰ Schmidhäuser, “Die Begründung der Notwehr”, s. 120.; Sengbusch, **a.g.e.**, s. 139.

¹¹¹ Eberhard Schmidhäuser, **Strafrecht Allgemeiner Teil –Lehrbuch-**, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 2. Baskı, 1975, s. 340.

¹¹² Schmidhäuser, “Die Begründung der Notwehr”, s. 120.; Sengbusch, **a.g.e.**, s. 139.

¹¹³ Schmidhäuser, “Die Begründung der Notwehr”, s. 121; Kross, **a.g.e.**, s. 29; Sengbusch, **a.g.e.**, s. 136.

¹¹⁴ Schmidhäuser, “Die Begründung der Notwehr”, s. 116.

¹¹⁵ Schmidhäuser, “Die Begründung der Notwehr”, s. 118.

değerine üstün gelmesi hasebiyle, kendi hukuki değerini korumak adına, herkes bu değeri tehlikeye düşüren kişiye karşı, müdahale hakkını/müdafaa yetkisini haizdir¹¹⁶.

Keza bu anlayışa göre, meşru savunmanın uygulanabilmesi için, savunmada bulunan kişinin, saldırıya maruz kalan kişi olması gerekmediğinden, üçüncü kişi lehine meşru savunma da pekala mümkündür¹¹⁷. Bunun yanı sıra, *Schmidhäuser*, meşru savunmaya layık hukuki değeri, bütün haklara teşmil ettiği için, kişisel hakların söz konusu olmadığı, örneğin devlet düzenine karşı işlenen suçlarda dahi meşru savunma uygulama alanı bulabilecektir¹¹⁸. Önemle belirtmek gerekir ki, *Schmidhäuser*, hukuk düzenine karşı gerçekleştirilecek saldırılar bakımından genel kuralın, yetkili devlet organlarının durumdan haber edilmesi olduğunu ifade etse de, istisnaen de olsa, savunmanın gereklilik koşuluna da riayet edilmek suretiyle devlet düzenine karşı gerçekleştirilecek saldırılara karşı da meşru savunmanın varlığını kabul etmektedir¹¹⁹. Keza bu bağlamda, çok nadiren karşılaşılabilecek bu tür bir istisnaya örnek olarak; devletin sınır bölgesinde, تنها bir yerde ajanlık faaliyeti yürüten kişinin özel bir kişi tarafından etkisiz hale getirilmesinin gösterildiğini ileri sürmektedir¹²⁰.

Belirtmek gerekir ki söz konusu meşru savunma modelinin merkezinde ağır bir haksız saldırı bulunmaktadır. İşte bu saldırıdan ötürüdür ki obje konumuna indirgenmiş olan mağdura, saldırganın yararına karşı üstünlük tanınmaktadır¹²¹. Bu itibarla, söz konusu önceliğin savunmacıya tanınabilmesi için, saldırının ağır hak ihlali içeren bir niteliği haiz olması gerekir. Zira yalnızca bu şart altında, saldırganın

¹¹⁶ Schmidhäuser, “Die Begründung der Notwehr”, s. 116.

¹¹⁷ Rafael van Rienen, **Die Sozialistischen Einschränkungen des Notwehrrechts**, Bonn, Nomos, 2009, s. 55.

¹¹⁸ Schmidhäuser, **Strafrecht Allgemeiner Teil –Studienbuch–**, 6/80 (s. 161, 162). Ayrıca bkz. Rienen, **a.g.e.**, s. 55.

¹¹⁹ Schmidhäuser, **Strafrecht Allgemeiner Teil –Studienbuch–**, 6/80 (s. 161, 162).

¹²⁰ Schmidhäuser, **Strafrecht Allgemeiner Teil –Studienbuch–**, 6/80 (s. 161, 162).

¹²¹ Sengbusch, **a.g.e.**, s. 136.

menfaatine karşı bir menfaat üstünlüğünden bahsedilebilecektir¹²². Söz konusu görüş, meşru savunmayla savunmacının hukuki değerinin korunmasının, hakkın kendi kendini doğrulamasının bir refleksi olarak tanımlamaktadır¹²³.

Schmidhäuser, tezini hukuk düzeninin ampirik geçerliliğinin savunulması esasına dayandırmakta olup burada gözleme dayalı olay grupları üzerinden meşru savunmanın hukuki esasını ortaya koymaya çalışmaktadır¹²⁴.

Bu itibarla da saldırganın akli veya ruhi durumu gereğince ağır bir hak ihlalinin gerçekleşmediği davranışlar bahsi geçen saldırı kapsamında değerlendirilmemektedir. Çocuklar, akıl hastaları, aşırı derecede sarhoşlar, ciddi şekilde hataya düşmüş insanlar, davranışları belli bir olgunluğa ulaşmamış gençler söz konusu saldırıyı teşkil etmeyen davranışlara ilişkin sınıflandırmayı oluşturmaktadır. Bunun yanı sıra bilinçsizce ve cebir ya da tehdit altında işlenen fiillere karşı meşru savunma meselesi de bu kapsamda değerlendirilmektedir. Keza karşılık verilmesi zorunlu olmayan haksız fiiller de söz konusu teorisin kapsamı dışındadır¹²⁵.

Bununla birlikte meşru savunmanın uygulama alanı bulamadığı ve ağır haksız saldırının söz konusu olmadığı diğer sınırlamalar bakımından ise *Schmidhäuser*'in bu teorisi geçerli değildir¹²⁶.

Bunun yanı sıra, *Schmidhäuser*, hukuk düzeninin ampirik geçerliliğinde hukuka aidiet bilinci şartını aramak suretiyle esasen savunmada bulunan kişinin meşru savunma iradesini göstermesi gerektiğini, bir diğer ifadeyle meşru savunmanın subjektif yönünü ortaya koymaktadır. Ancak *Schmidhäuser* burada, bu iradenin bizzat saldırıya maruz kalan tarafından gösterilmesinin bir şart olmadığını,

¹²² Schmidhäuser, “Die Begründung der Notwehr”, s. 121, 122. Ayrıca bkz. Kross, **a.g.e.**, s. 28.

¹²³ Kross, **a.g.e.**, s. 29; Sengbusch, **a.g.e.**, s. 136.

¹²⁴ Kross, **a.g.e.**, s. 29.

¹²⁵ Kross, **a.g.e.**, s. 29.

¹²⁶ Sengbusch, **a.g.e.**, s. 136.

savunma hareketini gerçekleştiren her kimse, onun tarafından böyle bir iradenin ortaya konulmasının yeterli olduğunu ileri sürerek, kendi görüşünün üçüncü kişi yararına meşru savunma bakımından da uygulanabilirliğini sağlamıştır¹²⁷.

Schmidhäuser, meşru savunmayla korunan menfaatin yapısını ele alırken, somut olayda zarara uğrayan menfaatlerin değerlendirilmesi suretiyle yalnızca kendisine üstünlük tanınacak menfaatin hukuk düzeninin ampirik geçerliliğine konu olacağını ileri sürmektedir¹²⁸.

Keza bu anlayışa göre, meşru savunmanın ampirik geçerliliği devletsel bir mesele olarak değil, mevcut hukuk düzeninin toplumsal kılıfa geçirilmiş hali olarak görülmektedir. Herkesin toplumsal yaşama ve anayasa düzene ait değerleri taşıyor olması, bu görüşün fikir taşlarından birini oluşturmaktadır¹²⁹.

Schmidhäuser'in görüşüne aykırı olarak meşru savunma hakkının devlet tarafından bireye verilmiş bir yetki olduğu varsayıldığında, ilgili bireyin, söz konusu yetkisini, aynı yetkiyi kullanan devlet görevlilerinin bu hususta göstermek zorunda olduğu dikkat ve özene göre yerine getirmesi gerekmektedir. Aksi halde devredilmiş bir yetkiden değil bağımsız bir haktan söz etmek gerekecektir. Bu açıdan da meşru savunma hakkının devlet tarafından sağlanan bir yetki devri olduğu kabul edildiğinde, bunun katı bir orantılılık şartını doğurması kaçınılmaz olacaktır¹³⁰. İşte bu itibarla objektif görüşün temsilcilerinin, meşru savunmanın geçerliliği bakımından orantılılık şartına yer vermemiş olmaları makul bir sonuç olarak karşımıza çıkmaktadır¹³¹.

¹²⁷ Schmidhäuser, **Strafrecht Allgemeiner Teil –Studienbuch–**, 6/80 (s. 161).

¹²⁸ Schmidhäuser, “‘Über die Wertstruktur der Notwehr’”, **Festschrift für Richard M. Honig**, Göttingen, Verlag Otto Schwartz&Co, 1970, s. 193. Ayrıca bkz. Wagner, **a.g.e.**, s. 13.

¹²⁹ Özeydin, **a.g.e.**, s. 38, 39.

¹³⁰ Sengbusch, **a.g.e.**, s. 139.

¹³¹ Sengbusch, **a.g.e.**, s. 140. Meşru savunmada orantılılık şartına yer verilmemesine ilişkin özetle şu şekilde bir izahat yapılmaya çalışılmıştır. Devlet, sahip olduğu güç ve yetkisiyle saldırıyı defetmek için gerekli savunmayı orantılı bir şekilde yerine getirmek zorundadır. Halbuki, meşru savunma hakkını münferiden kullanan bir kişinin, saldırıyı defetmek bakımından, devletle kıyaslanabilecek bir

Keza bu bağlamda, meşru savunmanın uygulanabilmesi için değerler arasında denge mahiyetinde bir orantılılık şartından da söz etmek mümkün değildir. Eğer böyle bir şart aransaydı; örneğin kendisine karşı yağma suçunu işleyen birini öldüren kişinin hiçbir surette meşru savunmadan yararlanması söz konusu olamazdı. Zira yağma suçu ile korunan başlıca hukuki değer malvarlığı hakkıyken diğer tarafta ondan çok daha üstün bir konumda olan yaşam hakkı durmaktadır¹³².

Ancak önemle ifade etmek gerekir ki, *Schmidhäuser*'in de aralarında bulunduğu görüş her ne kadar orantılılığın genel bir şart olarak öngörülemeyeceğini savunsa da, aynı görüş, somut olayın şartlarına göre örneğin; meyve bahçesindeki ağaçlardan birinden meyve çalıp hızla kaçan bir çocuğun bu saldırısının sona erdirilmesi adına arkasından bir el ateş edilmesi gibi aşırı orantısız savunmalar bakımından meşru savunmanın uygulanamayacağını ileri sürmektedir¹³³.

Schmidhäuser'in ortaya koymuş olduğu bu teoriye ciddi eleştiriler getirilmektedir. Bu eleştirilerin esas dayanak noktasını ise, söz konusu yazarın objektif bir görüş olarak ileri sürdüğü bu teorinin, meşru savunmaya ilişkin problemlerin çözümünde subjektif bir çözüm yolunu takip etmesi oluşturmaktadır¹³⁴.

Bu eleştirileri kısaca özetleyecek olursak;

Öncelikle söz konusu yazarın, meşru savunmanın uygulanabilmesi için bir şart olarak ileri sürdüğü savunma isteğinin (meşru savunmanın subjektif unsuru), hukuk düzeninin savunulmasına yönelik olmadığı ve fakat subjektif görüşün bir parçası olarak, kişinin hukuki değerinin korunmasına yönelik olduğu ileri sürülmektedir¹³⁵.

gücünden söz etmek mümkün değildir. Bu itibarla özel kişilerden böyle bir orantılılık şartının talep edilmesine gerek bulunmamaktadır. Kross, **a.g.e.**, s. 37; Sengbusch, **a.g.e.**, s. 140.

¹³² Schmidhäuser, **Strafrecht Allgemeiner Teil –Lehrbuch-**, 9/86 (s. 340).

¹³³ Schmidhäuser, “Über die Wertstruktur der Notwehr”, s. 187.

¹³⁴ Wagner, **a.g.e.**, s. 17, 21.

¹³⁵ Wagner, **a.g.e.**, s. 17. Belirtmek gerekir ki, her ne kadar *Wagner* bu eleştiriyi ileri sürmüş olsa da, *Wagner*'in atıf yapmış olduğu ilgili kısma bakıldığında, bu savunma iradesinin yöneliminin objektif ya da subjektif niteliği haiz olduğunu net bir şekilde ortaya koymak mümkün değildir. Zira

Bunun yanı sıra, *Schmidhäuser*'in meşru savunmanın uygulanabilmesi bakımından bir şart olarak ileri sürmüş olduğu, ağır bir hak ihlali içeren saldırının varlığı meselesinin, ilgili kanuni düzenlemenin izin vermediği ölçüde meşru savunmayı sınırlandırdığı ve keza bunun teorik izahının da yapılmadığı yönünde bir eleştiri getirilmektedir¹³⁶. Ayrıca bu bağlamda yapılan saldırının meşru savunma bakımından elverişsiz olduğu izahatının, objektif değil subjektif bir anlayışa dayandırıldığı ifade edilmektedir¹³⁷. Keza meşru savunmanın şartlarından biri olan mevcut saldırının tanımlanmasında, kullanılan “*bir kişinin hukuki değerine yönelik saldırı*” ibaresinin de subjektif anlayışın bir parçası olduğu dile getirilmektedir¹³⁸.

Bunların yanı sıra, devlet tarafından gelen saldırıya karşı bireyin meşru savunma durumunun değerlendirilmesinde, bu saldırının devletsel olarak nitelendirilemeyeceği, sonuç itibarıyla bir birey eliyle gerçekleştiği için söz konusu saldırının da bireysel kapsamda ele alınması gerektiği tezinin de, yazarın benimsemiş olduğu objektif görüşle tutarlı olmadığı ileri sürülmektedir¹³⁹.

Nihai olarak, kaynağı; çocuklar, reşit olmayan gençler, ruh hastaları ya da aşırı sarhoşlar olan saldırıların, meşru savunma kapsamına girmeyeceği iddiasının, netice itibarıyla haklılık payı olsa da, izahatının yanlış temele dayandırıldığı ifade edilmektedir. Bu eleştiriye göre, her ne kadar *Schmidhäuser*'in meşru savunma anlayışında, çocukların ruhsal veya fikişel anlamda hukuka aidiyet bilincinin olmadığı gerekçesiyle onlara karşı meşru savunmanın uygulanamayacağı savunulmuş olsa da, söz konusu bilinç bakımından keskin bir yaş sınırının çizilmesi yerinde değildir. Zira küçük yaşta bir çocuk, söz konusu hukuka aidiyet bilincini

Schmidhäuser, ilgili kısımda, sadece savunma isteğine vurgu yapmış ve bu isteğin bulunmaması durumunda meşru savunmanın uygulanamayacağını ifade etmiştir (Schmidhäuser, **Strafrecht Allgemeiner Teil –Lehrbuch-**, 9/106). Keza meşru savunmanın subjektif yönünün hukuka aidiyet bilinci kapsamında olduğu noktasında bkz. Schmidhäuser, “Die Begründung der Notwehr”, s. 120.; Sengbusch, **a.g.e.**, s. 139).

¹³⁶ Sengbusch, **a.g.e.**, s. 140.

¹³⁷ Wagner, **a.g.e.**, s. 17.

¹³⁸ Wagner, **a.g.e.**, s. 17, 18.

¹³⁹ Wagner, **a.g.e.**, s. 18.

kazanmış olsa dahi, doğru olan; ona karşı meşru savunmanın yapılmaması, bunun yerine çocuğun eğitilmesi ya da zararın tazmin edilmesi gibi yaptırımlar olacaktır¹⁴⁰. Keza bu eleştiri uyarınca, *Schmidhäuser*'in “reşit olmayan gençlerden” ne kast ettiğini ortaya koyamadığı ve bu kavramın oldukça soyut kaldığı ve bunun yanı sıra, *actio libera in causa* ile izahatı gereken aşırı sarhoşların durumunun da netleştirilemediği ve teorik temelinin zayıf kaldığı ileri sürülmektedir¹⁴¹.

7. Hukuk Düzeninin Normatif Geçerliliği Görüşü

Hukuk düzeninin normatif geçerliliği kuramınca; bir hakkın varlığı, hukuk düzenini belirleyen kuralların içerisinde kendisine yer bulmasına ve bu hakkın gerçek ve meselenin özüne uygun olmasına bağlıdır¹⁴². Görüldüğü üzere bu bilgi ışığında, bir hakkın mevcudiyeti, ancak, hukuki bir düzlem üzerindeyse ve gerçekten de hayatın olağan akışına uygun bir mahiyetteyse söz konusu olabilecektir.

Meşru savunmanın hukuki esasını objektif görüş başlığı altında izah eden “*hukuk düzeninin normatif geçerliliği*”, esas itibarıyla iki temel görüşün üzerine bina edilmiştir¹⁴³. Bunlardan ilki, objektif görüşün genel olarak dayanak noktalarından biri olan “*hakkın haksızlığa karşı boyun eğemeyeceği*” prensibidir. Diğeri ise, ceza hukukunda devletin tekel yetkisinin bulunması görüşüdür. Bu görüş uyarınca devlet, özellikle fiziksel bir kuvvetin başvurulduğu bir yetkinin mutlak sahibidir. Onun dışında, örneğin bir bireyin bu yetkisinden söz edilebilmesi için, devletin mutlaka buna izin vermesi gerekir. Zira kural, bireyin ihkak-ı hakkı olmayıp, mahkemelerden hakkını talep etmesidir¹⁴⁴.

¹⁴⁰ Wagner, **a.g.e.**, s. 19.

¹⁴¹ Wagner, **a.g.e.**, s. 20.

¹⁴² Renzikowski, **a.g.e.**, s. 87.

¹⁴³ Wagner, **a.g.e.**, s. 21-29.

¹⁴⁴ Wagner, **a.g.e.**, s. 26.

Ancak vurgulamak gerekir ki, “hukuk düzeninin normatif geçerliliği” kuramı *Bitzilekis* tarafından oldukça geliştirilmiş ve meşru savunmaya dair birçok mesele bu görüş kapsamında ele alınmaya çalışılmıştır¹⁴⁵.

Schmidhäuser’den farklı olarak *Bitzilekis*, meşru savunmanın hukuki esasını, hukuk düzeninin normatif geçerliliği üzerinde açıklamaktadır¹⁴⁶. Yazar, bu terimi sosyal değer düzeni üzerinde tanımlamakta olup, ona göre söz konusu düzen, normlar aracılığıyla bireylerin davranışlarına doğrudan tesir edecek ve hukuken korunması gereken değerlerin korunmasını sağlayacak bir alanı tesis etmektedir¹⁴⁷. Bir hukuk öznesi konumundaki saldırgan, meşru savunmaya sebep olan ve korunan hukuki değere yönelik saldırısıyla, esasen hukuk düzenine meydan okumaktadır. Saldırıya maruz kalanın bu saldırıya karşı kendisini koruması ise, kendisine karşı tehdit unsuru olan bu saldırıyı bertaraf etmesiyle mümkün olacaktır. İşte bu itibarla da mevcut veya muhakkak bir saldırının defedilmesi her kişiye karşı devlet tarafından verilmiş bir yetki olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁴⁸.

Bitzilekis’e göre meşru savunma, bizzat bireyler eliyle kullanılsa da kayıtlı bir koruma imkanı sunmaktadır. Bir diğer ifadeyle, hukuk düzeni meşru savunma hakkını kullanan bireylere, hakkın ihlal edilmesini veya haksızlığa karşı hakkın savaşını öngören genel bir yetkiyi tanımaz. Burada meşru savunmaya uygulama alanı açan acil durum gereğince, savunmada bulunan kişi, tehdit saçan haksızlığı önlemek adına devletin koruyucu fonksiyonunu üstlenmektedir¹⁴⁹. Elbette ki bu savunma yalnızca mevcut veya muhakkak saldırılar açısından geçerli olup, sona ermiş veya muhtemel olmayan saldırılar bakımından geçerli olmayacaktır¹⁵⁰.

¹⁴⁵ Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 55-81.

¹⁴⁶ Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 57 vd.

¹⁴⁷ Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 55 vd.; Kross, **a.g.e.**, s. 36.

¹⁴⁸ Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 55, 58; Kross, **a.g.e.**, s. 37.

¹⁴⁹ Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 58.

¹⁵⁰ Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 58.

Bu görüş uyarınca, haksızlığının tespiti, normatif bir düzlem üzerinde yapılmakta ve haksızlık kriteri, hukuk düzeninin izin vermediği bir davranış ya da saldırıya maruz kalan kişinin tahammül edemeyeceği bir fiil üzerine inşa edilmektedir¹⁵¹.

Schmidhäuser ise *Bitzilekis*'ten farklı olarak, bugünkü meşru savunma anlayışında, somut olaya göre meşru savunmanın sınırlandırılabilmesinin kabul edildiğine dayanarak, her haksızlığı meşru savunma kapsamına sokma düşüncesine karşı çıkmıştır¹⁵². İlk bakışta, gerçekten de, hakkın haksızlığa karşı boyun eğmek zorunda bırakılamayacağı anlayışının, sınırsız bir meşru savunma alanını doğurabileceği akla gelse de, ilgili kanuni düzenlemelerde orantılılık ve gereklilik gibi şartların öngörülmesiyle bu durumun sakıncalarının giderilebileceği ifade edilmiştir¹⁵³.

Bir hukuk düzeninde sadece haksız fiillerin cezalandırılmasının öngörülmesi elbette ki anlamsız olacaktır. Bunun yanı sıra, hukuk düzeni, haksız bir saldırının engellenmesine imkan tanıyacak düzenlemeleri de ihtiva etmelidir. Kaldı ki hukuk düzenine gerçekleştirilecek bir saldırının bertaraf edilmesi, devletin yetki ve yükümlülüklerinden birini oluşturmaktadır¹⁵⁴.

Ancak sadece devlet değil, bireylerin de bu minvalde bir yetkisi bulunmaktadır. Şöyle ki hukuk düzeni, haksız ve bertaraf edilmesi şart olan bir saldırının varlığı halinde, önleyici -koruyucu- olmak kaydıyla, herkese savunma hakkı/yetkisi tanımaktadır. Bu hak, kişinin kendisinin ve hukuk düzeninin savunulması birliği ışığında icra edilmektedir¹⁵⁵.

¹⁵¹ Wagner, **a.g.e.**, s. 21, 22.

¹⁵² Wagner, **a.g.e.**, s. 22.

¹⁵³ Wagner, **a.g.e.**, s. 22.

¹⁵⁴ Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 58; Sengbusch, **a.g.e.**, s. 141, 142.

¹⁵⁵ Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 58; Sengbusch, **a.g.e.**, s.142.

Bir kişinin hukuki değerinin ihlali, hukuk düzeninin ihlali anlamına geleceği gibi; bir kişinin hukuki değerinin korunması da hukuk düzeninin korunmasını doğrudan etkileyecektir. Bu açıdan da meşru savunma, hukuk düzeninin muhafaza edilmesinde önemli bir araç fonksiyonu gstermektedir¹⁵⁶.

Meşru savunmanın bizzat saldırıya maruz kalan kişi tarafından gerçekleştirilmesi hali gibi, üçüncü kişi yararına meşru savunma hali de haksızlığı engellemek ve hukuk düzenini savunmak amacına hizmet etmektedir. Bu bağlamda söz konusu meşru savunma hali, kişinin kendini savunduğu meşru savunma halinin yanında müstakıl bir hak olarak durmaktadır. Buna karşılık, üçüncü kişi yararına meşru savunma hali, kişinin kendini savunduğu meşru savunma halinden ne tamamen bağımsızdır ne de ona göre tali bir konumdur¹⁵⁷.

Bitzilekis'in meşru savunma modeli de, savunma gerektiren tehlikeliliği, genel bir hakkın engellenmesi hakkı bünyesinde öngörmektedir. Bu itibarla, kişisel hakların yanı sıra, genel haklar da meşru savunmayı kabildir¹⁵⁸. Bununla birlikte genel hakların meşru savunmayı kabil olması mutlak olmayıp, onlara uygulama alanının aılması, dolaylı da olsa kişisel bir hakkın ihlalinin de gerçekleşmesiyle mümkün olmaktadır. Dolayısıyla korunan hukuki değerin, yalnızca devlete dair bir yetkinin inşası, icrası veya sürdürülmesine ilişkin olması durumunda meşru savunmayı kabil bir halden söz edilemeyecektir. Zira bu durumda söz konusu olacak saldırının bertaraf edilmesi yalnızca devletin yetki ve yükümlülüğü dahilindedir¹⁵⁹.

Bu görüş kapsamında, ayrıca, meşru savunmanın hukuki esasının daha iyi bir şekilde ortaya konulması adına, meşru savunmanın, ceza ile ilişkisi izah edilmektedir¹⁶⁰. Bu bağlamda ilk olarak, gerek meşru savunmanın gerekse cezanın, hukuk düzeninin korunması için önemli bir araç fonksiyonu gördüğü ileri

¹⁵⁶ Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 60, 61; Sengbusch, **a.g.e.**, s.142.

¹⁵⁷ Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 72; Sengbusch, **a.g.e.**, s.142.

¹⁵⁸ Bitzilekis, **a.g.e.**, s.66-71; Sengbusch, **a.g.e.**, s.142.

¹⁵⁹ Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 68-69; Sengbusch, **a.g.e.**, s.143.

¹⁶⁰ Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 62, 66; Renzikowski, **a.g.e.**, s. 88, 94.

sürülmektedir¹⁶¹. Gerçekten de bu açıdan bakıldığında, meşru savunmada, tıpkı ceza gibi, karşı tarafın haksızlığına karşı bir yaptırımın uygulanması söz konusu olduğundan, meşru savunma- ceza ilişkisinin ele alınmasının faydalı olacağı söylenebilir.

İlk olarak, meşru savunma ve ceza, mahiyeti itibarıyla birbirinden birtakım farklılıklar göstermektedir. Zira cezanın söz konusu olduğu durumda, suç işleyen kişi, sona ermiş fiilinin karşılığını alırken; meşru savunmada, haksızlığı gerçekleştiren saldırgan, sona ermiş bir saldırısının değil, mevcut veya muhakkak saldırısının karşılığını almaktadır. Keza devletin cezalandırmadaki en önemli amaçlarından biri, kişinin işlemiş olduğu suçun karşılığını vermekken, meşru savunmada esas amaç, saldırgandan gelen tehlikeliğin bertaraf edilmesidir¹⁶². Dolayısıyla meşru savunmada bulunan kişi, devletin yerine geçerek ve tamamen kendi inisiyatifinde hareket etmek suretiyle, saldırgana, işlediği haksızlığın bedelini ödetmemekte, bilakis muhakkak bir saldırıya karşı bir savunma refleksi göstermektedir¹⁶³.

Bunun yanı sıra her iki kurumun, önleyici etkileri bakımından da benzer ve farklı yönler bulunmaktadır¹⁶⁴. Öncelikle meşru savunmanın da ceza gibi, genel önleme amacı bulunmaktadır¹⁶⁵. Şöyle ki, nasıl ki öngörülen yüksek cezalar, bireylerin bu hususta bilinçlenmesini ve bu cezaya karşılık gelen fiili işlemekten alıkoymayı sağlayabiliyorsa¹⁶⁶, bunun gibi, meşru savunmanın varlığı da, saldırganın olası bir saldırısında, bunun sonucunu göze almasına ve ona geri adım attırmaya neden olabilecektir¹⁶⁷. Buna karşılık meşru savunmanın, cezanın özel önleme

¹⁶¹ Haas, **a.g.e.**, s. 162; Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 62.

¹⁶² Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 63.

¹⁶³ Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 63.

¹⁶⁴ Renzikowski, **a.g.e.**, s. 88 vd.; Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 63 vd.

¹⁶⁵ Renzikowski, **a.g.e.**, s. 89, 90; Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 65.

¹⁶⁶ Renzikowski, **a.g.e.**, s. 89, 90.

¹⁶⁷ Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 65.

amacına benzer bir özel önleme etkisinden bahsetmek mümkün değildir. Zira meşru savunmada, saldırgandan gelen tehlikeliliğin önlenmesi dışında, saldırganın şahsına yönelik bir etkiden söz edilememektedir¹⁶⁸.

Ayrıca, cezanın varlığı için, tipik bir fiil ile hukuka aykırılık ve kusurluluk unsurlarının mevcudiyeti şartken, meşru savunmanın oluşması bakımından haksız bir saldırının varlığı yetmekte ve bu saldırının bir suç teşkil etmesine dahi gerek bulunmamaktadır. Keza meşru savunmada, savunmanın orantılılığına ve saldırganın kusuruna ilişkin keskin bir çizgi çizilmemiş ve bu orantılılığın her somut olayın şartlarına göre değerlendirilmesi öngörülmüştür¹⁶⁹

Bunların yanı sıra cezanın türü¹⁷⁰ ve belirlenme usulü de meşru savunmadan farklılık göstermektedir. Zira cezanın belirlenmesi, işlenen suçun karşılığı olarak, tarafsız mahkemelerce gerçekleştirilirken; meşru savunmayı tesis eden, saldırıya maruz kalan kişinin bizzat kendisidir. Burada mahkemelerin fonksiyonu ise, saldırıya maruz kalan kişi tarafından icra edilen meşru savunmanın, gerçekten meşru olup olmadığını belirlemektir¹⁷¹.

Keza cezanın belirliliği ilkesi gereğince hangi suça ne tür ve ölçüde ceza verileceğinin kanunda öngörülmüş olmasına rağmen, meşru savunma bakımından genel uygulama şartları dışında, saldırıyı bertaraf edecek davranışların belirliliğinden bahsetmek mümkün değildir¹⁷².

Söz konusu görüş bağlamında tartışılan meselelerden bir diğerini, bir saldırının varlığı anında, devlet ve birey yetkisinin çatışması hali oluşturmaktadır. Bir diğer ifadeyle, meşru savunmayı doğuracak bir saldırının gerçekleşmesi halinde, kişinin bizzat kendisini savunmasının yanı sıra, kolluk kuvvetlerinin de olaya hemen

¹⁶⁸ Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 66.

¹⁶⁹ Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 64.

¹⁷⁰ Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 63.

¹⁷¹ Renzikowski, **a.g.e.**, s. 92.

¹⁷² Renzikowski, **a.g.e.**, s. 92.

müdahilliği söz konusu olduğunda birey adına meşru bir savunmadan bahsedilebilecek midir? Burada meşru savunmanın savunmaya ilişkin bir şartı olan gereklilik koşulunun, bu soruya cevap veremediği ve burada meşru savunmanın hukuki esası ve hukuk düzeninin fonksiyonu üzerinden gidilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁷³. Bu bilgi ışığında, her ne kadar, hukuk düzeni herkese, hukuki değerine tehdit oluşturan saldırıya karşı savunmayı bir hukuka uygunluk sebebi olarak öngörmüş olsa da, bu hak, kendisine uygulama alanı açan şartların, herhangi bir kontrol mekanizmasından geçirilmesinden veya gerçekleştiği somut olaya göre bir değerlendirmeye tabi tutulmasından izole edilmiş değildir¹⁷⁴.

Bu bağlamda, hukuk güvenliği ve barışının sağlanması öncelikli olarak devletin görevi olup, mevcut bir saldırının varlığı halinde savunma bakımından devlet ve birey yetkisinin çatışmasından (yarışmasından) bahsetmek doğru olmayacaktır. Bireye tanınan meşru savunma yetkisi, devletin yetkisiyle paralellik arz edip devletin yetkisini ortadan kaldırmaz. Ancak saldırıya hem devletin hem de bireyin müdahale imkanı söz konusuysa artık burada bireyin yetkisi tali olup devletin yetkisi ön plana çıkmaktadır¹⁷⁵.

Bu teori kapsamında tartışılan bir diğer meseleyi ise saldırıdan kaçma imkanı oluşturmaktadır. Bu bağlamda öncelikle, saldırıya maruz kalan kişinin saldırıdan kaçınma imkanının, kendi hukuki değerinden vazgeçmesiyle ya da birtakım riskleri alarak bu saldırıya karşı koymasıyla mümkün olacağı ve her hâlükârda saldırıya katlanma yükümlülüğünün söz konusu olmadığı ve bunun meşru savunmanın anlamına aykırı olduğu ifade edilmektedir¹⁷⁶.

¹⁷³ Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 76.

¹⁷⁴ Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 76.

¹⁷⁵ Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 76, 77.

¹⁷⁶ Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 77.

Bunun yanı sıra, devlet tarafından bireylere saldırıdan kaçınma¹⁷⁷ yükümlülüğü yüklenecekse, bu bağlamda, saldırıya maruz kalan kişiden kendi hakkını feda etmesinin beklenemeyeceği ve keza bireylere, saldırıdan kaçma imkanının varlığına istinaden, kaçma yükümlülüğünün yüklenmesinin, insan onuruna aykırı olacağı ileri sürülmektedir¹⁷⁸. Bununla birlikte, Alman Federal Yüksek Mahkemesinin bazı kararlarında saldırıdan kaçma yükümlülüğünün, savunmanın gereklilik şartının bir unsuru olduğuna istinaden, bu yükümlülüğü yerine getirmeyen kişinin meşru savunmadan yararlanamayacağı sonucuna ulaşılmıştır¹⁷⁹. Buna karşılık olarak ise, gereklilik şartının; saldırının, onu defedebilecek en hafif araçlarla savunulmasını ifade ettiği, ancak saldırıdan kaçmanın bir savunma değil, ondan vazgeçme ve uzaklaşma olduğu bu itibarla da, saldırıdan kaçmanın, meşru savunmayı düzenleyen hükümlerde kendisine yer bulan gerekliliğin bir unsuru olarak değerlendirilemeyeceği ifade edilmektedir¹⁸⁰.

Bu bağlamda son olarak, saldırıya maruz kalan kişiye, genel bir saldırıdan kaçma yükümlülüğünün yüklenip yüklenemeyeceği meselesinin, “*hukuk düzeninin geçerliliği*” düşüncesiyle aydınlığa kavuştuğu ileri sürülmektedir. Bu iddiaya göre, hakkın, haksızlığa mağlup edilemeyeceği prensibi, bireylere; saldırıya karşı, tehlike yoğunluğu az da olsa, insan onuruna aykırı ve onu aşağılayıcı bir niteliği haiz kaçma yükümlülüğü yüklenmesine izin vermez¹⁸¹.

¹⁷⁷ Saldırıdan kaçınma ve saldırıdan kaçma, farklı anlamları haiz kavramlardır. Hiç kuşkusuz, saldırıya maruz kalan kişi, saldırıdan, kaçmayarak da kaçınabilecektir.

¹⁷⁸ Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 77-79.

¹⁷⁹ BGH 3 StR 64-68 20.03.1968; **GA**, 1969, s. 117, Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 78.

¹⁸⁰ Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 77.

¹⁸¹ Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 78.

Subjektif ve Objektif Görüşün Birbirinden Temel Farklarına İlişkin Tablo

	Subjektif Görüş	Objektif Görüş
Hukuki esasın dayanak noktası bakımından ¹⁸²	Saldırıya maruz kalan kişinin hukuki değeri korunmaktadır.	Esas itibarıyla hukuk düzeninin bizatihi kendisi korunmaktadır.
Meşru savunmaya layık hak bakımından	Yalnızca kişisel haklara yönelik saldırılar bakımından meşru savunma uygulama alanı bulmaktadır ¹⁸³ .	Salt kişisel hakların yanı sıra, dolaylı bir şekilde kişiyi etkileyen hakka yönelik saldırı bakımından da meşru savunma uygulama alanı bulmaktadır ¹⁸⁴ .
Üçüncü kişi yararına meşru savunma bakımından ¹⁸⁵	Amaç, saldırıya maruz kalan kişinin korunması olduğu için genel olarak üçüncü kişi yararına meşru savunmayı izah edememektedir.	Hukuki esasın izahı, kişiye değil hukuk düzenine bağlı olarak yapıldığı için, üçüncü kişi yarına meşru savunma mümkündür.

¹⁸² Rienen, **a.g.e.**, s. 63, 64.

¹⁸³ Claus Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, 4. Baskı, München, Verlag C.H.Beck, 2006, §15 kn. 30.

¹⁸⁴ Schmidhäuser, **Strafrecht Allgemeiner Teil –Studienbuch–**, 6/80, s. 161, 162; Bitzilekis, **a.g.e.**, s.66-71.

¹⁸⁵ Rienen, **a.g.e.**, s. 70, 71.

Meşru savunmanın bir şartı olarak gereklilik bakımından	Genel olarak, saldırıya karşı en elverişli ve tehlikesi en az olan savunma anlamını haiz gerekliliği, meşru savunmanın uygulanması için bir şart olarak öngörmektedir ¹⁸⁶ .	Meşru savunmanın bir ön koşulu olarak kabul etmekle birlikte; özellikle, meşru savunmayı bu görüş ekseninde sistematik bir şekilde ele alan <i>Schmidhäuser</i> ve <i>Bitzilekis</i> de gereklilik unsuruna vurgu yapmaktadır ¹⁸⁷ .
Meşru savunmanın bir şartı olarak orantılılık bakımından	Genel olarak bir orantılılık şartına yer vermemektedir ¹⁸⁸ .	Her ne kadar esas aldığı ‘ <i>hak, haksızlığa karşı mağlup edilmemelidir</i> ’ düşüncesi gereğince, hukuki değerler arasındaki oranı (Guterabwägung) kabul etmediği söylenebilse de ¹⁸⁹ , somut olayın şartlarına göre orantılılık/uygunluk bağlamında meşru savunma alanına birtakım sınırlar çizdiği ifade edilebilir ¹⁹⁰ .

¹⁸⁶ Wagner, **a.g.e.**, s. 54, 55.

¹⁸⁷ Schmidhäuser, ‘‘Die Begründung der Notwehr’’, s. 132, 133; Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 94, 95.

¹⁸⁸ Wagner, **a.g.e.**, s. 39-41.

¹⁸⁹ Bernd Heinrich, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Baskı, Stuttgart, Kohlhammer, 2014, kn. 335; Krşl. Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, §15, kn. 2. Rienen, **a.g.e.**, s. 68. Krşl. Helmut Frister, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Baskı, München, C.H.Beck, 2015, §16 kn. 2.

¹⁹⁰ Rengier, **a.g.e.**, §18, kn. 1; Wagner, **a.g.e.**, s. 39-41.

Meşru savunma iradesi (meşru savunmanın subjektif unsuru) bakımından	Meşru savunmanın subjektif unsuru, genel olarak subjektif görüşün mihenk taşlarından birini oluşturmaktadır ¹⁹¹ . Zira subjektif görüş üst başlığı kapsamında ele alınan görüşlere bakıldığında, meşru savunmanın özünün savunmacının istek ve iradesinin oluşturduğu görülmektedir.	Bu görüş kapsamında geliştirilen görüşlere bakıldığında <i>Schmidhäuser</i> dışında, meşru savunmanın subjektif unsuruna vurgu yapan bir görüşle karşılaşılmamıştır. Esasen bu görüşün dayanak noktası hukuk düzeninin korunması olduğu için, bu görüşle tutarlı olan sonuç da budur.
---	---	---

C. Karma Görüş

Günümüz açısından Alman¹⁹², ve Türk¹⁹³ Hukukuna hakim olan karma görüş, genel olarak meşru savunmanın çifte fonksiyonunu kabul etmektedir. Bu görüş, meşru savunma ile, kişinin hem kendisinin hem de hukuk düzeninin korunduğunu savunmaktadır¹⁹⁴. Dolayısıyla karma görüş, varlığı itibarıyla hem subjektif hem de objektif görüşten beslenmektedir.

¹⁹¹ Wagner, **a.g.e.**, s. 64.

¹⁹² Bkz. Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, §15, kn. 1; Rengier, **a.g.e.**, §18, kn. 1; Heinrich, **a.g.e.**, kn. 337; Urs Kindhäuser, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 8. Baskı, Baden, Nomos, 2016, §16, kn. 1; Pawlik, **a.g.e.**, **ZStW**, s. 259.

¹⁹³ İçel vd., **a.g.e.**, s. 131; Artuk, Gökçen, **a.g.e.**, s. 418, 419; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 289; Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, kn. 407; Hakeri, **a.g.e.**, s. 330; Koca, Üzülmöz, **a.g.e.**, s. 276.

¹⁹⁴ Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, 15/1, kn.1; Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 45.

Daha önce de ifade edildiği üzere, subjektif görüş, meşru savunmayı esas itibarıyla, kişinin kendisinin korunması üzerine bina ederken, objektif görüş ise hukuk düzeninin korunması üzerine inşa etmektedir. Bu açıdan, her iki görüşün de faydalı ve sakıncalı yönleri bulunmaktadır. Örneğin, hukuki esasını sadece saldırıya maruz kalan kişiye göre belirleyen subjektif görüş, genel olarak üçüncü kişi yararına meşru savunmayı açıklamaktan aciz kalırken, hukuki esasını hukuk düzeninin korunmasına oturtan objektif görüş ise kişisel hakların dışındaki haklar bakımından da meşru savunmaya uygulama alanı açmak suretiyle, normal bir vatandaşla, her türlü saldırıya karşı, kamu bekçisi rolü yükleyerek, belki de saldırıdan çok daha tehlikeli sonuçlara kapı aralamaktadır¹⁹⁵.

Bu itibarla karma görüşün, her iki görüşün sakıncalı noktalarından arındırılarak, olumlu yönlerinin bir sentezi olduğu söylenebilir. Zira karma görüşün subjektif görüşe bakan kısmı, meşru savunmanın uygulama alanını kişisel haklarla sınırlandırırken; objektif görüşe bakan tarafı ise hem üçüncü kişi lehine meşru savunmayı izah etmekte hem de birtakım objektif koşullarla meşru savunmanın sınırını ortaya koymaktadır¹⁹⁶.

Şunu önemle belirtmek gerekir ki, her ne kadar söz konusu iki görüşü içinde barındırsa da, karma görüş, meşru savunmanın hukuki esasını genel olarak subjektif görüşe dayandırmakta ve fakat objektif görüşle de onu tamamlamaktadır¹⁹⁷. Bir diğer ifadeyle karma görüşün; özünü subjektif görüşün oluşturduğu, bununla birlikte meşru savunmanın uygulanma şartları vs. bakımından objektif görüşten beslendiği söylenebilir.

Bu bağlamda gerek Alman Ceza Kanununun meşru savunmayı düzenleyen 32. maddesine ve gerekse de TCK'nın 25. maddesine bakıldığında karma görüşün etkisi görüldüğü söylenebilir. Zira Al. CK'nın 32. madde hükmünde; meşru savunma ile uygunluk arz eden bir fiili icra eden kişinin hukuka aykırı hareket etmeyeceği

¹⁹⁵ Özaydın, **a.g.e.**, s. 37, 38.

¹⁹⁶ Rengier, **a.g.e.**, §18, kn. 1.

¹⁹⁷ Özaydın, **a.g.e.**, s. 37.

öngörülürken, meşru savunma ise, kişinin kendisine veya başkasına yönelik mevcut bir saldırıyı defetmek için yapılan gerekli bir savunma şeklinde tanımlanmaktadır¹⁹⁸. Keza TCK'nın 25. maddesinde meşru savunma; gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hâl ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiiller şeklinde tanımlanmaktadır.

Gerçekten de bu perspektiften bakıldığında, kanun koyucunun; “kişinin kendisine” yönelik bir saldırı ifadesinin, kişisel haklara vurgu yaptığından bahisle subjektif görüşten¹⁹⁹; “başkasına” yönelik saldırı ve “meşru savunmayla uygunluk arz eden (orantılı fiiller)²⁰⁰” ifadeleriyle de objektif görüşten beslendiği ileri sürülebilir²⁰¹. Nitekim yukarıdaki tabloda da belirtildiği üzere, saldırıyı “*defetme zorunluluğu*”, bir diğer ifadeyle savunmanın gerekli olması şartı, hem subjektif hem de objektif görüşün olmazsa olmaz koşuluyken²⁰², “*saldırısı o anda hâl ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde*” ifadesi, yalnızca objektif görüşte karşılık bulmaktadır²⁰³.

D. Değerlendirme ve Kanaatimiz

Meşru savunmanın hukuki esasının ortaya konulması gerçekten de büyük önem taşımaktadır. Zira bu soruya verilecek cevap, meşru savunmanın hukuki niteliği ve şartlarının belirlenmesi noktasında, doğrudan etkisini göstermektedir. Örneğin meşru savunmanın hukuki esası yalnızca, subjektif görüşün bir parçası olan

¹⁹⁸ Alman Ceza Kanununun öngördüğü meşru savunma düzenlemesi hakkında bkz. Feridun Yenisey, Gottfried Plagemann, **Alman Ceza Kanunu**, İstanbul, Beta, 2015.

¹⁹⁹ Özeydin, **a.g.e.**, s. 37.

²⁰⁰ Rengier, **a.g.e.**, §18 kn. 1.

²⁰¹ Friedrich von Scherenberg, **a.g.e.**, s. 47.

²⁰² Wagner, **a.g.e.**, s. 54, 55; Schmidhäuser, “Die Begründung der Notwehr”, s. 132, 133; Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 94, 95.

²⁰³ Rengier, **a.g.e.**, §18 kn. 1; Wagner, **a.g.e.**, s. 39-41.

psikolojik teoriye dayandırıldığında, meşru savunma, kendisini, kişinin kusur yeteneğini etkileyen bir durum şeklinde gösterecek ve dolayısıyla, meşru savunmanın hukuki niteliği, hukuka uygunluk nedeni olarak değil, kusurluluğu kaldıran bir neden olarak karşımıza çıkacaktır. Keza bu yaklaşım, üçüncü kişi lehine meşru savunmanın varlığına da engel olacaktır.

Buna karşılık, meşru savunmanın hukuki esası salt objektif görüşe dayandırıldığında, meşru savunma, yalnızca kişisel haklar bakımından değil, diğer genel haklar bakımından da uygulama alanı bulabilecektir.

Bu ön değerlendirmeler ışığında, subjektif ve objektif görüşler, genel olarak ele alınacak olursa; öncelikle başta *Kant* olmak üzere, diğer tabii hukukçuların da dile getirdiği gibi, meşru savunmanın doğal bir hak olduğunu ifade etmek gerekir. Gerçekten de, örneğin bir yaşam ya da mülkiyet hakkı, nasıl doğal bir haksızlığa, kişiye yönelik saldırılara karşı kendisini koruması da onun en doğal hakkı olmalıdır. Bunun yanı sıra, meşru savunma hakkı, kişiye, devlet ile yapılan bir yetki devri sözleşmesine istinaden tali bir yetki bahşetmez; zira onun bizzat kendisi asli bir yetki niteliğini haizdir.

Ancak kişinin doğal hakkı dahi olsa, diğer doğal haklarda olduğu gibi, kişinin kendisini savunma hakkının sınırlarının ortaya konulması büyük ehemmiyet arz etmektedir. Zira burada, bir kişinin hukuki değerinin korunmasının yanı sıra, hukuk düzeninin korunması da söz konusu olmaktadır. Hatta ne tür saldırılara karşı, ne tür savunmalarla karşılık verilebileceği meselesi hukuk barışı ve güvenliği açısından da büyük önem taşımaktadır.

Bu açıdan da gerek subjektif gerekse objektif görüş başlığı altında ortaya atılan fikirler, tek başlarına, meşru savunmanın hukuki esasının izahatında aciz kalmaktadır²⁰⁴. Bu bağlamda, subjektif görüş kapsamında ele alınan *Wagner*'in korunan hukuki değer ışığında geliştirdiği teorisi ve objektif görüş bağlamında değerlendirilen hukuk düzeninin ampirik geçerliliği ve hukuk düzeninin normatif geçerliliği görüşleri dışındaki diğer görüşlere bakıldığında, bunların; haklılık payları

²⁰⁴ İçel vd., a.g.e, s. 132.

olsa da, özellikle meşru savunmaya ilişkin problemlerin çözümü noktasında yetersiz kaldıkları görülmektedir. Hariç tutulan söz konusu görüşlerin ise, eksik ve kabul etmediğimiz yönleri olsa da, yukarıda da ayrıntılı şekilde ele alındığı üzere, meşru savunmanın hukuki esas meselesine bütüncül bir yaklaşım gösterilmesi ve geliştirilen görüşler ışığında, sorunlara sistematik olarak çözüm yolları araştırılması, gerçekten de onlara özel bir vurgu yapılmasını ve onların diğer görüşlerden ayrı bir yere konulmasını haklı kılmaktadır. Bununla birlikte, konuya ilişkin kendi kanaatimizin oluşmasında her bir görüşün önemli bir etken olduğunu da belirtmek gerekir.

Tekrar vurgulayalım ki, meşru savunmanın hukuki esasının salt subjektif ya da objektif görüşle izah edilmesi, söz konusu meselenin ortaya konulması bakımından bir noksanlık oluşturacağından, bu hususa karma görüş perspektifinden yaklaşılması daha doğru olacaktır. Bu itibarla, meşru savunmaya öncelikle tarihsel süreç perspektifinden bakıldığında, meşru savunma hakkının doğuşu ve birincil amacı olarak kişinin kendisini korumasına imkan tanıyan doğal bir hak olmasına istinaden menşei itibarıyla subjektif bir hak olduğu ileri sürülebilir. Buna karşılık, bu hakkın hukuk düzenine doğrudan bakan yönleri de bulunmaktadır. İlk olarak, saldırgan tarafından yöneltilen saldırı savuşturulurken, sadece saldırıya maruz kalan kişi için değil, aynı zamanda hukuk düzeni için de bir tehlike söz konusu olduğu için, hukuk düzeninin kendisi de korunmaktadır. Bunun yanı sıra, genel olarak, diğer doğal hakların merkezi, bizzat ilgili hakkı kullanan kişinin alanırken ve söz konusu hakkın sınırları, diğer kişilerin haklarına müdahale edildiği noktaya göre belirlenirken; meşru savunma hakkı ise doğrudan, başka bir kişinin hakkının da dahil olduğu bir alanda doğmaktadır. Bir diğer ifadeyle meşru savunmanın merkezinde, en az iki kişi bulunmaktadır. Dolayısıyla meşru savunmanın sınırlarının çok iyi bir şekilde çizilmesi meselesi, diğer doğal haklardan çok daha elzem bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. İşte bu yönüyle de hukuk düzenini doğrudan ilgilendirmektedir. O halde meşru savunmanın subjektif görüşle varlık kazandığı ve fakat objektif görüşten de beslendiğini ifade etmek yerinde olacaktır. Kaldı ki meşru savunmanın bir hukuka uygunluk nedeni olduğu hususu hukuk düzeninin korunması esasına dayanan objektif görüşle bilhassa anlam kazanmaktadır.

Bu bağlamda ele alınması gereken bir diğer önemli mesele de, meşru savunmaya layık hak meselesidir. Yukarıda da ifade edildiği üzere subjektif görüş, meşru savunmanın uygulama alanını doğrudan kişisel haklarla sınırlandırırken, objektif görüş, dayanak noktasını hukuk düzenine dayandırdığı için, diğer genel hakları da meşru savunmanın alanına dahil etmektedir. Hemen belirtelim ki doktrinin çok büyük bir kısmı -karma görüşü savunanlar dahil- meşru savunmanın alanını kişisel haklarla sınırlı tutmaktadır²⁰⁵. Kanaatimizce, *Bitzilekis*'in de ifade ettiği üzere²⁰⁶ savunulacak hukuki değerin; yalnızca devlete dair bir yetkinin inşası, icrası veya sürdürülmesine ilişkin olması hali hariç tutulmak üzere, bireyleri dolaylı olarak da olsa ilgilendirmesi ihtimalinde de meşru savunmaya uygulama alanı doğabilmelidir²⁰⁷.

III. MEŞRU SAVUNMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Meşru savunmanın hukuki esasının karma niteliği haiz olduğunu ifade etmiştik. Bu bakımdan meşru savunma ile hem bireyin hukuki değeri hem de hukuk düzeninin bizatihi kendisi korunmaktadır. Her ne kadar 19. yüzyıla kadar liberal düşünce akımlarının da etkisiyle subjektif görüş ön plana çıkmış olsa da, sonrasında objektif görüşün de meşru savunmanın hukuki esasının izahında oldukça söz sahibi olduğunu vurgulamak gerekir²⁰⁸. Gerçekten de bugün gelinen noktada, saldırıya maruz kalan kişinin, hakkını bizzat savunarak aynı zamanda hukuk düzenine ve hukuk düzeninin korunmasına da hizmet ettiği ve bu durumda böyle bir savunma

²⁰⁵ Artuk, Gökçen, **a.g.e.**, s. 428; Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, kn. 418; Koca, Üzülmmez, **a.g.e.**, s. 279; Özbek vd., **a.g.e.**, s. 288; Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu 1. Cilt**, 3. Baskı, Ankara, Seçkin, 2010, s. 443. Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, §15 kn. 30; Rönnau, Hohn, **a.g.e.**, §32 kn. 78, 79; Volker Erb, **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch-Band I §§ 1-37 StGB**, Yay. Haz.: Bernd von Heintschel-Heinegg, 3. Baskı, C.H. Beck, 2017, §32 kn. 83.

²⁰⁶ Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 68, 69.

²⁰⁷ Krşl. Koca, Üzülmmez, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 279.

²⁰⁸ Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §10 kn. 481.

içerikli fiilin de hukuk düzeni tarafından caiz sayıldığı kabul edilmektedir²⁰⁹. Bir diğer ifadeyle meşru savunma adeta haksızlığı geri püskürtmek suretiyle bir fiili hukuka uygun hale getirmektedir²¹⁰.

Bunun yanı sıra, hukuk esasen haksızlığı yenmek, adaletsizliği, saldırıları yasaklamak amacını güttüğü gibi, hukukun yaşaması, üstünlük kazanabilmesi için haksızlıkla, saldırılarla savaşıması gereklidir. Hukuku korumak, haksızlığı yenmek için savaşan kimsenin hareketini ise hiçbir hukuk düzeni hukuka aykırı olarak kabul edemez. İşte bu sebeptir ki savunmanın meşruluğu hukukun kendi görev kavramlarından doğmaktadır²¹¹. Bu itibarla meşru savunmanın bir hukuka uygunluk nedeni olduğu noktasında herhangi bir tartışma bulunmamaktadır²¹².

Nitekim Ceza Muhakemesi Kanunumuzun 223. maddesinin ikinci fıkrasında, beraat kararının verilebileceği hallere yer verilirken, aynı maddenin üçüncü fıkrasında kusurun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilebileceği haller gösterilmektedir. Söz konusu ikinci fıkrada bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması durumunda beraat kararı verileceği öngörülürken, üçüncü fıkrada öngörülen kusurluluğu etkileyen haller arasında meşru savunmaya yer verilmemiştir. Dolayısıyla bu fıkra hükümleri de göz önünde bulundurulduğunda

²⁰⁹ Aykut Ersan, **Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması**, İstanbul, XII Levha, 2013, s. 6.

²¹⁰ Alev Dilber, **“Amerikan Ceza Hukukunda Meşru Savunma”**, İstanbul 2014 (Özyeğin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 51.

²¹¹ Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, kn. 796.

²¹² Doktrinde *Erem* tarafından kabul edilen bir görüşe göre ise meşru savunma bir mazeret sebebidir (Erem, **a.g.e.**, s. 24 vd). Esasında *Erem*, mazeret sebeplerinin subjektif yönüne önem atfetmeyip onu tamamen objektif nitelikte kabul etmekte ve hatta hukuka aykırılığı kaldırarak sebep olarak görmektedir (Erem, **a.g.e.**, s. 1). Belirtmek gerekir ki *Erem* ve bu görüşü savunan diğer yazarlar, hukuka aykırılığı suçun bir unsuru olarak kabul etmediğinden, onlara göre meşru savunma bir hukuka uygunluk nedeni değildir. Keza bu görüşün taraftarları suçun ancak kusur yeteneği bulunan bir kişi tarafından işlenebileceğini kabul etmektedir. Dolayısıyla kusur yeteneği olmayan kişinin fiili haksızlık olarak nitelendirilmemektedir. Bu itibarla da söz konusu yazarlar hukuka uygunluk sebepleri ile mazeret sebepleri arasında bir ayırım yapmamaktadır (Erem, **a.g.e.**, s. 26-28).

Kanunumuzca meşru savunmanın bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiği çok net bir şekilde görülmektedir²¹³.

Kanaatimizce de meşru savunma bir hukuka uygunluk nedenidir. Zira bu müessesenin varlığı yalnızca saldırıya maruz kalan kişinin psikolojik durumu ya da hareket özgürlüğüyle açıklanamaz. Gerçekten de bilhassa devletin vatandaşını koruyamadığı durumlarda, haksız bir saldırıya maruz kalan kişinin kendisi ya da üçüncü bir kişi tarafından korunması, hukukun korunması anlamına geleceğinden, hukuk düzeninin bu savunmayı meşru görmesi gerekmektedir. Kaldı ki bu, yukarıda da ifade edildiği üzere saldırıya maruz kalan kişinin en doğal hakkıdır.

Görüldüğü üzere, meşru savunmanın hukuki esası oldukça tartışmalı bir mesele olmakla beraber, onun hukuki niteliği, yani meşru savunmanın bir hukuka uygunluk nedeni olduğu konusunda doktrinde görüş birliği bulunmaktadır²¹⁴.

²¹³ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 348.

²¹⁴ Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, kn. 796; Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt: II-III**, İstanbul, 1992, s. 186; İçel vd, **a.g.e.**, s. 131; Nevzat Toroslu, Haluk Toroslu, **Ceza Hukuku**, 18. Baskı, Ankara, Savaş, 2018, s. 162; Zeki Hafızogulları, Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Ankara, 2017, s. 218; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 286; Artuk, Gökçen, **a.g.e.**, s. 419; Özbek vd, **a.g.e.**, s. 281; Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, kn. 407; Özbek vd, **a.g.e.**, s. 281; Hakeri, **a.g.e.**, s. 330; Mahmut Koca, “YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Ankara, Seçkin, Yıl: 1, Sayı: 1, Ekim 2016, s. 140; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 276; Hamide Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75**, 6. Bası, İstanbul, Beta, 2016, s. 325; Berrin Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Ankara, Adalet, 2017, s. 432; Ali Emrah Bozbayındır, “Grundlagen und Grenzen des Notwehrrechts im türkischen Strafrechts, **ZSTW** 2015; 127 (4), s. 1099.

İKİNCİ BÖLÜM

MEŞRU SAVUNMANIN SAVUNMAYA İLİŞKİN TEMEL ŞARTI OLARAK GEREKLİLİK

I. KONUYA İLİŞKİN ÖNEM ARZ EDEN KAVRAMLAR

A. Genel Olarak Savunma

Alman Ceza Kanununun meşru savunmayı düzenleyen 32. maddesinde, meşru savunma tanımında bulunulurken; “*gerek kişinin kendisine gerekse başkasına yönelik haksız bir saldırının bertaraf edilmesi için gerekli bir savunma*” denilmek suretiyle savunma kavramına doğrudan vurgu yapılmaktadır. Buna mukabil TCK’nın meşru savunmayı düzenleyen 25. maddesine bakıldığında ise savunma kavramı yerine “*defetmek zorunluluğu ile işlenen fiiller*” ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. Ancak söz konusu farklılığın meşru savunmanın uygulanma alanı bakımından bir öneminin bulunduğu söz edilemez. Zira, zaten kavramsal açıdan savunma; saldırının bertaraf (defedilmesi) adına saldırgana yöneltilen hareketleri ifade etmektedir¹.

Bir hareketin savunma niteliği arz etmesi için en önemli hususlardan biri bu hareketin saldırgana yöneltilmiş olmasıdır. Zira herhangi bir surette saldırıya yol açmayan masum bir üçüncü kişiye yöneltilen fiil, kural olarak savunma kapsamında kabul edilmemektedir². Bu bağlamda ele alınması gereken bir mesele de hamile bir kadından sadır olan saldırılara karşı yapılan fiillerin, ceninin de zarar görme ihtimaline binaen, savunma niteliğinde kabul edilip edilemeyeceğidir. Belirtelim ki böyle bir durumda, saldırıya maruz kalan kişiden cenine zarar vermeyecek mahiyette bir savunmada bulunması kural olarak beklense de, somut olaydaki saldırıyla, saldırıya maruz kalan kişinin kendi hukuki değeri büyük bir tehlike altına giriyorsa işte burada, ceninin zarar görmesi kaçınılmaz olsa dahi, söz konusu hareket savunma

¹ Rolf Schmidt, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 19. Baskı, Berlin, Verlag, 2016, kn. 346.

² Thomas Rönnau/Kristian Hohn (Bölüm Yazarları), *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar Zweiter Band §§ 32 bis 55*, 12. Baskı, Berlin, De Gruyter Recht, 2006, §32 kn. 155.

niteliği gösteren bir hareket olarak kabul edilecek ve bunun sorumluluğunun bizzat saldırıyı gerçekleştiren annenin taşınması gerekecektir³.

Savunma hareketi kural olarak aktif davranışlarla gerçekleştirilmektedir. Ancak savunmanın ihmal suretiyle gerçekleşmesi de mümkündür⁴. Örneğin saldırıya maruz kalan bir kişi, yanında gezdirdiği köpeğini saldırgana karşı kışkırtmasa da kendiliğinden ona saldırmasına göz yumduğunda, bu kişinin kendisini ihmal suretiyle savunduğu söylenebilecektir⁵.

Keza savunma hareketi, kendisini defansif savunma (Schutzwehr) şeklinde gösterebileceği gibi ofansif savunma (Trutzwehr) şeklinde de gösterebilir⁶. Bu bağlamda saldırıya maruz kalan kişinin saldırgana belindeki tabancayı bir tehdit aracı olarak göstermesi defansif savunmaya; bu tabancayı ona karşı kullanması ise ofansif savunmaya örnek olarak gösterilebilir⁷.

Bunun yanı sıra, hareketin savunma niteliği gösterip göstermediği noktasında doktrinin bir kısmı tarafından⁸; saldırıdan kaç(ın)ma davranışının savunma niteliği arz eden fiillerle uyuşmadığı, zira saldırıdan kaçan bir kişinin, kendisini savunduğundan söz edilemeyeceğinden bu tür hareketlerin savunma olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir.

Bu bağlamda son olarak ele alınması gereken husus, örneğin; saldırıya maruz kalan kişinin saldırganı meşru savunma kapsamında yaraladıktan sonra onu o halde bir kenarda bırakıp gitmesinin meşru savunma hakkını ihlal edip etmeyeceği, bir diğer ifadeyle böyle bir durumda bulunan saldırı mağdurundan, icra edeceği savunma hareketi kapsamında yaraladığı saldırganı hastaneye vb. bir yere götürme

³ Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 128.

⁴ Rönna, Hohn, **a.g.e**, §32 kn. 156; Walter Perron (Bölüm Yazarı), **Strafgesetzbuch Kommentar**, Yay. Haz.: Albin Eser, 29. Baskı, C.H.Beck, 2014, §32 kn. 34.

⁵ Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 121.

⁶ Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 8. Baskı, München, Verlag Franz Vahlen, 2017, §7 kn. 79.

⁷ Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, §7 kn. 79; Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 120.

⁸ Rönna, Hohn, **a.g.e**, §32 kn. 157; Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, §7 kn. 78.

yükümlülüğünün bulunup bulunmadığıdır. Belirtelim ki bizim de kabul ettiğimiz görüşe göre⁹; saldırıya maruz kalan kişinin yapmış olduğu savunma, bünyesinde saldırganı kurtarmak gibi bir hareketi barındırmamaktadır. Zira meşru savunma kapsamında hareket eden bu kişinin ön gelen tehlikeli fiilden kaynaklı bir garantörlüğü söz konusu değildir¹⁰. Çünkü garantörlük yükümünün kaynaklarından olan ön gelen tehlikeli fiil hukuka aykırıyken, meşru savunma kapsamındaki ön gelen tehlikeli fiil ise hukuka uygundur. Dolayısıyla söz konusu savunma kavramına böyle bir yükümlülüğün dahil edilmesi mümkün gözükmemektedir. Kaldı ki meşru bir savunmada bulunan kişiyi bir de garantörlük ile mükellef tutmak, meşru savunmanın ruhuna da uygun düşmeyecektir¹¹.

B. Savunmada Zorunluluk ve Gereklilik

Türk Ceza Kanununun meşru savunmayı düzenleyen 25. maddesine bakıldığında, madde metninde ‘*haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden...*’ denilmek suretiyle saldırının defedilmesi için bir zorunluluğa yer verildiği görülmektedir. Keza 765 sayılı mülga Ceza Kanununda da ‘*haksız bir taarruzu flihal defî zaruretinin bais olduğu mecburiyetle*’, denilmek suretiyle mevcut düzenlemeyle bu yönde benzer bir ifadeye yer verilmiştir.

Zorunluluğun sözlükteki karşılığına bakıldığında; olması gerekme, olduğundan başka olmama, zorunlu olma, mecburilik, mecburiyet, zaruret, ıztırar gibi anlamlarla karşılaşılmaktadır¹².

⁹ Klaus Pfeleiderer, *Die Garantenstellung aus Vorangegangenenem Tun*, Berlin, Duncker&Humblot, 1968, s. 149.

¹⁰ Hakan Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, Ankara, Seçkin, 2003, s. 174. Ancak böyle bir durumda yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçu gündeme gelir (Pfeleiderer, *a.g.e.*, s. 149). Zira bu suç, ön gelen tehlikeli fiil ya da meşru savunma kapsamında hareket edilip edilmediği meselesinden bağımsız olarak vücut bulabilmektedir.

¹¹ Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, s. 174.

¹² (çevrimiçi) <http://www.tdk.gov.tr> (Erişim Tarihi: 16.11. 2017).

Savunmada zorunluluk ise doktrinde genel olarak; saldırıya uğrayan kimsenin başka şekilde hareket etmesinin imkansız olduğu hal şeklinde tanımlanmaktadır¹³. Bu açıdan savunmada bulunma mecburiyeti olmadan saldırıyı defetme olasılığı olduğu müddetçe meşru savunmadan söz edilemeyecektir¹⁴.

Her ne kadar madde metninde “zorunluluk” kavramına yer verilmiş olsa da, kanaatimizce buradaki zorunluluktan, savunmanın gerekliliği anlaşılmalıdır. Zira savunma hareketi saldırıyı derhal sona erdirecek mahiyetteyse gerekli bir harekettir ve böyle bir hareketin zorunlu olup olmadığının araştırılmasına gerek yoktur. Dolayısıyla mevcut veya muhakkak bir saldırıya karşı meşru savunma durumunda kalan kişinin, saldırının defî için yapmış olduğu savunmanın gerekli ve ölçülü olup olmadığı araştırılmalıdır¹⁵. Bunun yanı sıra, savunmada zorunluluğun keskin bir şekilde kabul edilmesi halinde, doktrinin çoğunluğu tarafından savunulan, savunmacıya kaçma yükümlülüğü yüklenemeyeceği meselesi de izah edilemeyecektir. Halbuki kaçma imkanı bulunmasına ve bu itibarla savunmada zorunluluk olmamasına rağmen, meşru savunmanın varlığı söz konusu olabilmektedir¹⁶.

Buna karşılık doktrinde, madde metninde yer verilen zorunluluk ibaresinden savunmanın gerekliliği çıkarımında bulunulmasının isabetli olmadığı ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre savunmanın zorunluluğu, maruz kalınan saldırının başka suretle bertaraf edilme imkanının bulunmamasından ötürü, icra edilen şekilde bir savunmaya kesin olarak gereksinim duyulması ve bir savunmada bulunulmaktan

¹³ Dönmezer, Erman, **a.g.e**, kn. 808; Taner, **a.g.e**, kn. 299; Özen, **a.g.e**, s. 113; Hakeri, **a.g.e**, s. 344; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 280; Özbek vd., **a.g.e**, s. 288; Ersan, **a.g.e**, s. 38; Cengiz Apaydın, **Meşru Savunma**, İstanbul, Acar Matb., 2016, s. 102. Öztürk/Erdem’e göre savunmada zorunluluk, savunma hareketinin saldırıyı bertaraf etmeye elverişli ve başvurulacak araçların da başvurulacak araçlar içerisinde en uygun olmasını ifade etmektedir (Öztürk, Erdem, **a.g.e**, kn. 422). “TCK’nın 25. maddesi gereğince saldırı karşısında başkaca kurtulma imkanı olmayan halde yapılan saldırı ve fiillerin meşru müdafaa kapsamında değerlendirilebileceği, somut olayda sanığın karşı taraftan gelen saldırı bittikten, taraflar ayrıldıktan sonra saldırısını gerçekleştirdiği...” Y3.CD 20.03.2012, 2011/14899-2012/10562, Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e**, s. 747.

¹⁴ Dönmezer, Erman, **a.g.e**, kn. 808.

¹⁵ Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 280.

¹⁶ Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 281.

kaçınılmasının imkansız olmasından mütevellittir. Dolayısıyla bu ibarenin savunmanın gerekliliği şeklinde anlaşılması durumunda, savunmada bulunma noktasında, zorunlulukta olduğu gibi yoğun bir gereksinim ve imkansızlık hali değerlendirmesi mevzubahis olmayacaktır¹⁷.

Bu hususa ilişkin görüşlerimizin, gereklilik kavramının açıklığa kavuşturulmasıyla ortaya konulmasında fayda bulunmaktadır. “Gereklilik” ibaresinin sözlükteki karşılığına bakıldığında; yapılması, olması veya bulunması uygun olan, yerinde olan ve lüzumlu olan bir durumu ifade ettiği görülmektedir. Bu açıdan gereklilik ile zorunluluk kavramları karşılaştırıldığında, gerekliliğin, zorunluluk kadar kesin ve olmazsa olmaz bir durumu ihtiva etmediği bir hakikat olarak karşımıza çıkmaktadır.

Savunmanın gerekliliği ise; alternatif savunma araçları arasından saldırıya karşı koyacak en sağlam, en acil ve en kesin ya da somut olayın şartlarına göre mümkün olan en iyi ve son tahlilde en hafif aracın seçilme zorunluluğunu öngörmektedir¹⁸. Diğer bir görüşe göre gereklilik; birden fazla savunma aracından, saldırıya maruz kalan kişinin hukuki değerine doğrudan zarar verme riski oluşturmayacak en hafif aracın seçilmesidir¹⁹. O halde gereklilik; bir taraftan saldırganın hukuki değerine yönelik olarak en özenli bir savunmayı, öte yandan da bu savunmanın saldırıya maruz kalan kişinin güvenliğini ihlal etmemesini öngörmektedir²⁰. Bunlara paralel olarak kanaatimizce gereklilik kavramının anlam bulduğu hususlardan bir diğerini ise, -kanunumuzda yer verilen savunmanın

¹⁷ Ersan, **a.g.e.**, s. 41.

¹⁸ Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 129.

¹⁹ Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, kn. 42.

²⁰ Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 34. Ayrıca bkz. Jürgen Baumann, Ulrich Weber, Wolfgang Mitsch, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 12. Baskı, Bielefeld, Giesecking, 2016, §15 ln. 39; Heinrich, **a.g.e.**, kn. 355; Klaus Hoffmann-Holland, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3. Baskı, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, kn. 235; Kindhäuser, **a.g.e.**, §16 kn. 29; Johannes Wessels, Werner Beulke, Helmut Satzger, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 45. Baskı, C.F. Müller Verlag, 2015, §10 kn. 498; Reiniger, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, §18 kn. 33. Yukarıda Öztürk/Erdem tarafından savunmanın zorunluluğuna dair yapılan izahat esasen savunmanın gerekliliğine dair bir muhtevadan ibarettir (Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, kn. 422).

zorunluluğu ifadesinin bir karşılığı olarak kullanacağımız- savunmaya gerçek anlamda ihtiyaç duyulması oluşturmaktadır²¹.

Bu bilgiler ışığında söz konusu kavramsal tartışma ele alındığında, öncelikle ifade edilmelidir ki, özellikle kanunilik ilkesinin bilhassa önem taşıdığı ceza kanununda, doğru kavramların doğru yerde kullanılması ayrı bir ehemmiyet arz etmektedir. Bu itibarla bir hukuki kurumun kanuni tarifinde, o kurumun hukuki esasıyla örtüşmeyen yanlış bir kavrama yer verilmesi halinde, söz konusu kavramın, doğru bir şekilde yorumlanması gerekmektedir. Elbette ki bu yorumlamada bulunulurken, özellikle kanunilik ilkesinin çizmiş olduğu sınırlara riayet edilmelidir.

Bu açıdan, bilhassa meşru savunmanın hukuki esasını izah eden subjektif görüşlere bakıldığında sorumluluğun merkezinde saldırganın olduğu görülecektir. O halde hukuk düzenine meydan okuyan bir kişiye karşı kendini savunmak durumunda kalan kişinin savunma ihtiyacını; olabilecek en ağır kriter olan zorunluluğa göre değil, savunmaya belli esaslar ve ölçütler sunan gerekliliğe göre belirlemek hakkaniyete daha uygun olacaktır.

Bu bağlamda meşru savunma ile kanunumuzda bir mazeret sebebi olarak öngörülen zorunluluk halinin birlikte ele alınması bu hususun daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır: Bilindiği üzere meşru savunmadan farklı olarak zorunluluk halinde, bir saldırı değil, ağır ve muhakkak bir tehlike söz konusudur²². Burada söz konusu tehlike halinde olan kişinin, bu tehlikeden kurtulabilmesi adına, kendisine yönelik hiçbir saldırıda bulunmayan ve olaydan tamamen bağımsız üçüncü bir kişinin hukuki değerine zarar verebilmesi, tehlikeden kurtulma zorunluluğunun bulunması şartına bağlanmıştır. Keza zorunluluk haline paralel şekilde, meşru savunma bakımından da kanunda, saldırının defedilmesi zorunluluğundan bahsedilmektedir. Halbuki tehlikeli bir halden mütevellit masum bir insanın hukuki değerine zarar verilmesi ile masum

²¹ Krşl. Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 280, 281.

²² Zorunluluk haline ilişkin detaylı bilgi için bkz. Elif Bekar, **Türk ve Amerikan Hukukunda Zorunluluk Hali**, Ankara, Seçkin, 2013.

bir kişiye yönelik saldırının def'i bakımından aynı ölçüde yer verilmiş olması kabul edilebilir bir durum değildir²³.

Bunun yanı sıra, savunmanın meşruiyeti için, başlamış bir saldırının defedilmesi zorunluluğunu aramak, savunmayı son çare olarak kabul etmek anlamına gelir ki kuşkusuz bu durumda, saldırıya maruz kalan kişiden ilk beklenen tepkilerden biri, onun bu saldırıdan kaçması olabilecektir. Halbuki meşru savunmanın en temel hukuki esaslarından biri olan objektif görüşün dayanak noktasını “*hak haksızlığa boyun eğmek zorunda bırakılamaz*” düşüncesi oluşturmaktadır²⁴. Dolayısıyla saldırıya maruz kalan kişiye savunmada bulunulmadan önce kaçma yükümlülüğünün yüklenmesi, meşru savunmanın hukuki esasıyla örtüşmemektedir. Buna mukabil savunmada zorunluluk yerine gereklilik kriteri arandığında, meşru savunmaya ve ilgili somut olaya bütüncül bir yaklaşımda bulunularak belli ölçütleri içinde barındıran bir savunma anlayışının ortaya çıkması kaçınılmazdır. Nitekim aşağıda, savunmada gereklilik unsurunun içeriğine ilişkin ayrıntılı açıklamalarda bulunulacaktır.

Bütün bu değerlendirmeler ışığında kanaatimizce kanunda geçen “zorunluluk” ibaresinin gerekliliğin bir alt unsuru olan savunmaya gerçek anlamda ihtiyaç duyulması²⁵ şeklinde yorumlanması ve ölçütlerin bu kavrama göre belirlenmesi meşru savunmanın doğal ve hukuki yapısına daha uygun olacaktır.

C. Savunmada Orantılılık ve Gereklilik

Türk Ceza Kanununun meşru savunmayı düzenleyen 25. maddesine bakıldığında, madde metninde “*haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre*

²³ Krşl. Hakeri, **a.g.e.**, s. 350.

²⁴ Ingeborg Puppe, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3. Baskı, Baden-Baden, Nomos, 2016, §12 kn. 1; Schmidt, **a.g.e.**, kn. 324; Peter Bringewat, **Grundbegriffe des Strafrechts**, 2. Baskı, Baden-Baden, Nomos, 2008, kn. 480.

²⁵ Krşl. Koca, Üzülmez, **a.g.e.**, s. 280, 281.

saldırı ile orantılı biçimde defetmek ...'' denilmek suretiyle savunmanın saldırıyla orantılı olması şartının arandığı görülmektedir.

Orantılılığın sözlükteki karşılığına bakıldığında, bir şeyi oluşturan parçaların kendi aralarında ve parçalarla bütün arasında bulunan oran, tenasüp ve uygunluk hali olduğu görülmektedir²⁶.

Savunmanın saldırıyla orantılı olması ise doktrinde genel olarak; saldırı ve savunmada kullanılan araçlar ile saldırıya uğrayan hak (konu) ile savunma ile ihlal edilen hak (konu) arasında orantı şeklinde ifade edilmektedir²⁷.

Saldırı ve savunmada kullanılan araçlar arasındaki orantılılığa ilişkin doktrindeki izahatlara bakıldığında doktrinin şu hususta birleştiği görülmektedir: Saldırı ve savunmada kullanılan araçlar arasındaki orantılılıktan, araçlar arasında mutlak bir eşitlik veya denklik değil²⁸, savunmanın saldırıyı bertaraf edecek ölçüde olması gerekliliği anlaşılmaktadır²⁹.

Keza doktrinin büyük bir çoğunluğu, saldırıya uğrayan hak (konu) ile savunma ile ihlal edilen hak (konu) arasındaki orantılılık bakımından da benzer sonuca varmaktadır. Buna göre söz konusu orantılılıktan anlaşılması gereken haklar arasında mutlak bir eşitlik ya da denklik değil, haklar arasında aşırı bir dengesizliğin bulunmamasıdır³⁰. Bununla birlikte söz konusu orantılılık gereğince haklar arasında bir dengenin bulunması gerektiği ileri sürüldüğü gibi³¹, haklar arasında bir oranın

²⁶ (çevrimiçi) <http://www.tdk.gov.tr> (Erişim Tarihi: 03.12.2017).

²⁷ Zafer, **a.g.e.**, s. 331; Özen, **a.g.e.**, s. 123-133; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 295; Artuk, Gökçen, **a.g.e.**, s. 425; Hakeri, **a.g.e.**, s. 347; Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökçen, Mustafa Artuç, **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 1. Cilt**, 2. Baskı, Ankara, Adalet, 2014, s. 712-715; Özbek vd., **a.g.e.**, s. 292; Ersan, **a.g.e.**, s. 44; Apaydın, **a.g.e.**, s. 114-116.

²⁸ Demirbaş, **a.g.e.**, s. 295; Özbek vd., **a.g.e.**, s. 292; Zafer, **a.g.e.**, s. 331; Özen, **a.g.e.**, s. 123; Ersan, **a.g.e.**, s. 45; Apaydın, **a.g.e.**, s. 116, 117.

²⁹ Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, kn. 424; İçel vd., **a.g.e.**, s. 151, 152; Hakeri, **a.g.e.**, s. 348; Koca, Üzülmmez, **a.g.e.**, s. 281, 282; Ersan, **a.g.e.**, s. 45; Apaydın, **a.g.e.**, s. 116.

³⁰ Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, s. 118; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 295; Özen, **a.g.e.**, s. 127; Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 303; Yaşar, Gökçen, Artuç, **a.g.e.**, s. 714; Apaydın, **a.g.e.**, s. 114; benzer yönde bkz. Ersan, **a.g.e.**, s. 46.

³¹ Artuk, Gökçen, **a.g.e.**, s. 436; Zafer, **a.g.e.**, s. 331.

aranamayacağı da ifade edilmektedir³². Gerçekten de bir hak meşru savunmanın konusu ise, bu hakkın korunması için daha değerli bir hakkın zarara uğratılmış olması, değerler arasında dengesizlik olmadığı gibi, değerleri bir derecelendirmeye tabi tutmak birçok halde meşru savunma müessesesinin uygulanabilmesini engelleyecektir. Bu bakımdan değerler arasındaki derecelendirmenin çoğunlukla nisbi bir nitelik taşıdığı göz ardı edilmemelidir³³.

Türk doktrininin, meşru savunmanın düzenlendiği madde metninde yer verilen “*orantılılık*” kavramına yaklaşımına bakıldığında, gerçekten de doktrinin tamamına yakınının, katı bir orantılılık anlayışından uzak olduğu ve bundan da öte, araçlar ve haklar arasında mutlak bir eşitlik ya da dengeyi öngeren bir anlayışı kabul etmediği, dolayısıyla orantılılıktan anlaşılması gerekenin esasen savunmanın saldırıyı bertaraf edecek ölçüde bir gerekliliği haiz olması görüşünü benimsediği ileri sürülebilir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da yeni tarihli vermiş olduğu bir kararında benzer değerlendirmelerde bulunmuştur³⁴.

Önemle belirtelim ki, bilhassa haklar (değerler) arasında bir derecelendirmenin öngörüldüğü orantılılık anlayışı, kaynağını üstün yarar teorisinden

³² Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 353; Hakeri, **a.g.e**, s. 350; Koca, Üzülmöz, **a.g.e**, s. 282.

³³ Önder, **a.g.e**, s. 195.

³⁴ “Saldırı ile savunma arasında oran bulunması; yasal savunmanın uygulanması için savunmanın saldırı ile orantılı biçimde olması, daha doğrusu saldırının ölçülü bir savunma ile uzaklaştırılması veya etkisizleştirilmesi gerekmektedir. Fail saldırıyı etkisiz hale getirirken, saldırı veya tecavüze karşı ölçülü bir savunma gerçekleştirdiği takdirde hukuka uygunluk nedeni olan yasal savunma hakkından yararlanacaktır. Araçlar bakımından orantılılık; saldırganın saldırıda kullandığı araç ile savunma yapanın savunmada kullandığı araç arasında bir oran veya ölçü bulunmalıdır. Bu kural, saldırıyı yapanın elindeki aracın aynısının, kendini savunmak zorunda bulunan kişide bulunması olarak anlaşılmamalıdır. Kendisine bıçakla saldıran kişiye karşı savunma yapanın tüfekle ve sopa ile kendini koruması mümkündür. Araçlar arasındaki oran durumu özellikle aracın ölçülü olarak kullanılması bakımından göz önünde tutulmalıdır. Hak ve korunan yararlar bakımından orantılılık; hakların veya değerlerin bir derecelendirmeye tabi tutulması halinde, birçok durumda yasal savunma halinin uygulanması mümkün olmaz. Burada önemli olan, yasal savunma konusu hakkın veya faydanın var olup olmadığıdır. Bir hakkın korunması için, ondan daha değerli bir hakka veya yarara zarar verilebilir. Irza geçmek isteyen saldırganı başka türlü uzaklaştırma olanağı bulamayıp öldüren kişinin yasal savunma kapsamında hareket ettiği kabul edilir. Burada cinsel dokunulmazlık hakkı karşılığında hayat hakkının feda edilemeyeceği, dolayısıyla fayda veya yarar bakımından oran bulunmadığı söylenemez” (YCGK 2017/841 E., 2017/440 K. (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 25.05.2018).

almaktadır³⁵. Halbuki hakların veya yükümlülüklerin çatışması halinde üstün hakka/yükümlülüğe öncelik tanıyan bu teorinin meşru savunma bakımından uygulanabilirliği bulunmamaktadır. Bunun daha iyi izah edebilmesi adına yukarıda olduğu gibi bir karşılaştırma üzerinden gidilecek olursa, örneğin haklar arasında gerçek bir derecelendirmenin öngörüldüğü zorunluluk halinde bir yükümlülük çatışması söz konusu olup burada tehlikeye maruz kalan kişi zarar vereceği üçüncü bir kişinin hakkı/değeri ile kurtarmak istediği kendi hakkı/değeri bakımından bir hesaplama yapmak zorundadır³⁶. Buna mukabil meşru savunmada, böyle bir yükümlülük çatışması değil, hak ile haksızlığın mücadelesi söz konusu olduğu için böyle bir derecelendirme meşru savunmanın doğal ve hukuki yapısına aykırı olacaktır³⁷.

Meşru savunmada orantılılığı savunan görüşün bir diğer dayanak noktasını da meşru savunmanın hukuki esası oluşturmaktadır. Buna göre meşru savunma asli değil tali bir hak olup meşru savunma halinde devletin koruma yetkisi bireye geçmektedir. Keza birey bu savunmayı, kendi yararından önce kamu yararına yapmaktadır. Bu itibarla gerçekleştireceği savunmada resmi merciler bakımından öngörülen orantılılık koşuluna riayet etmek zorundadır³⁸.

Ancak bu görüşü de kabul etmek mümkün değildir. Zira meşru savunma, devlet tarafından bireye devredilen tali bir savunma yetkisi değil; doğal ve asli bir haktır. Ayrıca birey kendisine ya da üçüncü kişiye karşı yöneltilen saldırıda öncelikle kamu yararına değil, saldırıya maruz kalanın yararına hareket etmek durumundadır³⁹.

³⁵ Krşl. August Pott, **Die Verhältnismässigkeit bei Notwehr**, Witten, 1934.

³⁶ Johannes Vordemann, **Die Zulässige Mass der Verteidigung bei der Notwehr und der neue Strafgesetzentwurf**, Druck von Gebr. Fikuart, Hildesheim, 1928. Krşl. Artur Uttelbach, **Die Verhältnismässigkeit bei der Notwehr**, 1935, s. 66 vd; Hakeri, **a.g.e**, s. 350.

³⁷ Meşru savunmayı zorunluluk halinden ayıran en esaslı noktanın Berner tarafından ortaya atılan “hak haksızlığa boyun eğmek zorunda bırakılamaz” düşüncesi olduğu noktasında bkz. Heiko Hartmut Lesch, **Notwehrrecht und Beratungsschutz**, Paderborn, Ferdinand Schöningh, 2000, s. 24.

³⁸ Von Buri, **Notstand und Notwehr**, Der Gerichtssaal, Stuttgart, 1878, s. 463, 464, 466; Von Buri, **Beiträge zur Theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuche: Notstand und Notwehr**, Leipzig, 1894, s. 133. Ayrıca bkz. Pott, **a.g.e**, s. 21 vd.; Vordemann, **a.g.e**, s. 47 vd.

³⁹ Pott, **a.g.e**, s. 21, 22.; Vordemann, **a.g.e**, s. 47, 48.

Kaldı ki aksi kabul edilecek olsa dahi bireyden, örneğin bir kolluk görevlisinin göstereceği dikkat ve özeni beklemek hakkaniyete uygun olmayacaktır⁴⁰.

Bunların yanı sıra ifade edilmektedir ki, meşru savunma yalnızca saldırgan ve saldırıya maruz kalan arasındaki bir ilişkiden ibaret olmayıp hukuk düzenini de doğrudan ilgilendirmektedir. Bir diğer ifadeyle meşru savunma hakkı yalnızca kişinin kendisini ya da üçüncü bir kişinin korunmasını değil aynı zamanda hukuk düzeninin korunması anlamını da haizdir. Hatta hukuk düzeninin korunmasında öyle bir menfaat vardır ki bu menfaat, meşru savunma halinde, saldırgana karşı saldırıya maruz kalana üstünlük tanımakta ve kural olarak orantılılık şartını da devre dışı bırakmaktadır⁴¹.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, savunmanın meşruiyetini belirleyen temel kriterler, esasen saldırı ve savunmaya ilişkin hukuki değerler arasında bir orantılılık mecburiyetini öngörmemektedir. Ancak elbette ki aşırı orantısız vs. durumlar bunun istisnasını oluşturmaktadır⁴². Bir diğer ifadeyle, saldırgan tarafından gerçekleştirilen, gerçekten de savunmayı gerektirmeyecek ölçüde lüzumsuz saldırılara karşı orantısız bir savunmada bulunulamayacağı bir hakikatken; saldırıya maruz kalan kişinin korunan hukuki değer ölçütünü saldırganla aynı seviyeye indirmek, meşru savunmanın ağır sonuçlarını saldırganla birlikte savunmacıya yüklemek anlamına geleceğinden, savunmacıya böyle bir yükümlülük yüklenmemelidir⁴³. Kaldı ki meşru savunmanın doğal ve hukuki yapısı, buradaki orantılılığın, zorunluluk halinde olduğu gibi katı bir şekilde yorumlanmasına izin vermemektedir.

⁴⁰ Meşru savunmada resmi merciler bakımından öngörülen orantılılık koşuluna yer verilemeyeceği görüşü için bkz. Felix Herzog (Bölüm Yazarı), **Nomos Kommentar Strafgesetzbuch Band I**, 3. Baskı, Nomos, 2010, §32 kn. 62.

⁴¹ Frister, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, §16 kn. 2. Bu hususun vurgulandığı Alman Eyalet Mahkemesi kararı için bkz. BGH 25.04.2013- 4StR 551/12; **NJW**, 2013, s. 2135.

⁴² Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 129.

⁴³ Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 129.

Bütün bu bilgiler ışığında biz de çalışmamızda orantılılığı iki yönüyle ele alırken; ilk olarak kanunumuzda savunmanın temel şartlarından biri olarak öngörülen orantılılığı; savunmanın saldırıyı bertaraf edecek ölçüde bir gereklilik arz etmesi şeklinde yorumlayıp buradaki orantılılığı esasen gereklilik üst başlığı altında, onun bir parçası şeklinde inceleyeceğiz⁴⁴. Bunun yanı sıra, savunmanın sınırlandırıcı bir fonksiyonu olarak -orantılılığın sözlükteki bir diğer karşılığı olan- uygunluk kapsamında, orantılılığın bir diğer yönünü ortaya koymaya çalışacağız.

Son olarak vurgulamak gerekir ki, orantılılık kavramının yorumlanmasında benimsediğimiz yöntem, bu kavramın meşru savunmada bulduğu anlamın, onun şart olarak öngörüldüğü ve uygulanması noktasında oldukça katı bir yoruma tabi tutulması gereken diğer hukuki kurumlardan farkının ortaya konulmasını sağlayacak ve meşru savunmanın hukuki esasına aykırı şekilde ortaya çıkabilecek uygulamaların önüne geçecektir.

II. GEREKLİLİĞİN TEMEL PRENSİBİ OLARAK SOMUT OLAYIN ŞARTLARINA GÖRE EX ANTE DEĞERLENDİRME

Meşru savunmanın, saldırıyı defetmeye yönelik ileriye dönük özelliği nazara alındığında, gereklilik meselesinin, objektif üçüncü bir kişinin gözüyle ex ante değerlendirme⁴⁵ ışığı altında çözüme kavuşturulması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁶. Keza söz konusu bakış açısı, doktrinin büyük çoğunluğu tarafından da savunulmaktadır⁴⁷.

⁴⁴ Savunmanın zorunluluğu (gereklilik) koşulunun saldırı ile savunma arasında orantılılık bulunması koşulu ile yakın ilişki içerisinde olduğu görüşü hakkında bkz. Ersan, **a.g.e.**, s. 86.

⁴⁵ Bu hususa ilişkin oldukça detaylı bir çalışma için bkz. Katharina Böhm, **Die Ex ante-Betrachtung beim Merkmal der Erforderlichkeit (§32 StGB)**, Wanne-Eickel, 1996.

⁴⁶ Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 129.

⁴⁷ Hans-Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, **Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil**, Berlin, Duncker-Humblot, 1996, §32 II 2b; Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, §15 kn. 46; Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 34; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, §15 kn. 40; Kindhäuser, **a.g.e.**, §16 kn. 29; Heinrich, **a.g.e.**, kn. 355; Fritjof Haft, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 9. Baskı, München, C.H.BECK,

Nitekim TCK'nın meşru savunmayı düzenleyen madde hükmüne bakıldığında “*o anda hâl ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu*” denilmek suretiyle savunmanın meşru olup olmayacağının, savunma hareketinin yapıldığı ana göre değerlendirilmesi gerektiğinin vurgulandığı görülmektedir⁴⁸. Ancak görüldüğü üzere burada yalnızca değerlendirmenin ex ante yapılması gerektiğine vurgu yapılmış ve fakat bu değerlendirmenin subjektif mi yoksa objektif mi yapılacağı belirtilmemiştir. Halbuki bu bağlamda ortaya çıkan tek sorun değerlendirmenin hangi zamana göre yapılacağı olmayıp bunun yanı sıra nasıl bir bakış açısıyla yapılacağıdır⁴⁹. Bu bağlamda ifade edilmektedir ki, savunmada gereklilik, fiili⁵⁰ bir durum olduğu için, ex ante bir değerlendirmenin yanı sıra objektif bir gözlemi de gerektirmektedir⁵¹. Ayrıca yine bu yönde, meşru savunma gibi kişi özgürlüklerine oldukça ağır müdahale oluşturan bir durumun failin kişisel tercihi ve ölçülerine göre belirlenmesinin mümkün olmadığı ileri sürülmektedir⁵².

Önemle belirtmek gerekir ki, objektif üçüncü bir kişinin gözüyle ex ante değerlendirme, kanun metninde yer alan savunmanın orantılılığı ve zorunluluğu kavramlarını birlikte karşılayan gerekliliğin temel prensibi olduğu için, söz konusu değerlendirme, hem savunmaya gerçekten ihtiyaç duyulup duyulmadığı hem de

2004, s. 89; Önder, **a.g.e.**, s. 192 vd.; Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, kn. 422; Ersan, **a.g.e.**, s. 42; Apaydın, **a.g.e.**, s. 105. Krşl. Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, kn. 808; İçel vd., **a.g.e.**, s. 153; Özen, **a.g.e.**, s. 113 vd.; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 294; Artuk, Gökcen, **a.g.e.**, s. 434; Zafer, **a.g.e.**, s. 329; Hakeri, **a.g.e.**, s. 346; Koca, Üzülmöz, **a.g.e.**, s. 282; Özbek vd., **a.g.e.**, s. 292.

⁴⁸ Bozbayındır, **a.g.e.**, s. 1105. Alman mahkemesi kararlarına bakıldığında da gereklilik değerlendirmesinin, savunmacının subjektif tasavvuruna göre değil, objektif gerçeklik kriterlerine göre yapıldığı görülmektedir (BGH 26.02.1969- 3StR 322/68; **NJW**, 1969, s. 802; BGH 24.06.1998- 3StR 186/98; **StV**, 1999, s. 145; Rönna, Hohn, **a.g.e.**, §32 kn. 180).

⁴⁹ Böhm, **a.g.e.**, s. 154.

⁵⁰ Ex ante ve objektif değerlendirmenin finalist hareket teorisiyle ilişkisi için bkz. Böhm, **a.g.e.**, s. 116 vd.

⁵¹ Önder, **a.g.e.**, s. 192.

⁵² Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, kn. 422.

savunmanın saldırının defî açısından en uygun (hafif) araç olup olmadığı noktasında temel dayanak noktası olarak karşımıza çıkacaktır⁵³.

Ex ante yapılan sağlıklı bir değerlendirmeye gerekli olarak addedilen bir savunma, olayın şartlarından bağımsız bir şekilde sonrasında yapılan başka bir değerlendirmeye göre, daha hafif araçlarla saldırının bertaraf edilebileceği gerekçesiyle, sınırın aşıldığı ya da şartların gerçekleşmediği bir savunmaya dönüşebilir. İşte bu itibarla, öncesinde herhangi bir kişi için tahmin edilebilir olmayan ve ileriye dönük güvensiz (belirsiz) gelişmelerin sorumluluğunu doğrudan meşru savunmada bulunan kişiye yüklemek doğru olmayacaktır. Bir diğer ifadeyle gereklilik kıstası belirlenirken savunma araçlarına duyulan güvensizlik ya da ileriye dönük gelişmelerin belirsizliği gibi riskler doğrudan saldırıya maruz kalan kişiye yüklenmemelidir⁵⁴.

Gerçekten de objektif üçüncü kişinin gözüyle gereklilik meselesi değerlendirilirken, olay sonrasında ortaya çıkan bilgilerle donatılmış bir perspektiften değil, yine olay anındaki durumların göz önünde bulundurulduğu bir pencereden bakmak gerekir. Zira örneğin, oldukça gerçek bir görünüme sahip maket bir silahla saldırıda bulunan saldırgana karşı, silahlı bir savunmanın gerçekleştiği olayda, saldırının yoğunluğu gerçek bir silahla yapılan saldırıya göre oldukça az olsa da, objektif gözlemci değerlendirmede bulunulurken mutlaka somut olayın şartları da dikkate alınmak zorundadır⁵⁵. Ayrıca bu durum tersten de cereyan edebilir. Şöyle ki

⁵³ Gerekliliğin ex ante bir değerlendirme ışığı altında ele alınmasına örnek olarak bkz. Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 130; Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 34; Volker Krey, Rober Esser, **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6. Baskı, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 2016, §14 kn. 504; Önder, **a.g.e.**, s. 192 vd.

⁵⁴ Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 131; Kristian Kühn, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, §7 kn. 107, 108. “Katılan sanık L....’nın da H....’den başlayan, devam eden ve artarak devam etmesi de muhakkak olan cinsel davranışlar şeklindeki haksız saldırıyı, o andaki hal ve şartlara göre kilerin içindeki çuvalların arasında bulunan ve içerisinde iki adet mermi olan tabancayla bitişik atış mesafesinden yalnızca bir kez ateş etmek suretiyle defetmeye çalışması karşısında, katılan sanık L....’nin kendisini başka türlü savunmasının imkansız olduğu, saldırının bir sonucu olan ve saldırgana karşı gerçekleştirilen fiilde meşru müdafaa şartlarının bulunduğu kabulü gerekmektedir” (YCGK 2014/572 E., 2015/2 K. (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 02.06.2018)).

⁵⁵ Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 131. Krşl. Krey, Esser, **a.g.e.**, §14 kn. 504. Krşl. Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, §15 kn. 46.

meşru savunmada bulunan kişinin saldırganı ya da saldırıya karşı özel bir bilgisi varsa, objektif üçüncünün kişinin gözüyle yapılacak değerlendirmede bu husus da göz önünde bulundurulacaktır⁵⁶. Bu bağlamda saldırıya maruz kalan kişinin örneğin bir polis⁵⁷ ya da aikido ustası⁵⁸ olması halinde, yapılacak objektif değerlendirmede, normal bir vatandaşın değil, normal bir polis ya da aikido ustasının ölçüt olarak alınması gerekecektir. Keza saldırgan ve saldırıya maruz kalan kişinin farklı cinsiyette olması halinin de bu değerlendirmede dikkate alınması gerekir⁵⁹.

Önemle ifade edilmektedir ki, bilhassa saldırının varlığına ya da yoğunluğuna ilişkin eksik/hatalı bir değerlendirmeye dayalı riski doğrudan saldırıya mağduruna yüklemek hakkaniyete uygun olmayacak ve bunun sorumluluğunu kural olarak saldırganın taşıması beklenenecektir⁶⁰.

Gerekliliğe ilişkin değerlendirme, meşru savunmayı doğuran ve değerlendirilmesi ex post ölçütlere tabi olan saldırıya ilişkin koşullara göre daha esnek ölçütlere tabidir. Burada esas mesele özen yükümlülüğüne uygun davranan objektif bir savunmacının gözüyle, savunma aracının, gereklilik ölçütüne uygun bir şekilde kullanılıp kullanılmadığının tespit edilmesidir. Bu bakış açısıyla örneğin, saldırı yoğunluğu ne ölçüye kadar artacak ve savunma aracının oluşturacağı etki nasıl olacak gibi sorulara da cevap aranacaktır⁶¹.

⁵⁶ Sengbusch, **a.g.e.**, s. 209; Erb, **Münchener Kommentar**, 32 kn. 131; Christian Schröder, “Angriff, Scheinangriff und die Erforderlichkeit der Abwehr vermeitlich gefährlicher Angriffe”, **JuS 2000**, s. 235.

⁵⁷ AİHM’in, meşru savunmaya ilişkin kuralların kolluk görevlilerine tatbiki bakımından meşru savunma kriterlerinin daha sıkı uygulanmasına dair kararı için bkz: Bennett v. Birleşik Krallık, Başvuru No. 5527/08, (Hudoc); Tuba Kelep Pekmez, **AİHM İçtihatları Bağlamında Türk ve Anglo Sakson Hukukunda Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi**, İstanbul, XII Levha, 2015, s. 89 (Dipnot).

⁵⁸ Bu örnek için ve benzer yönde bkz. Ersan, **a.g.e.**, s. 79.

⁵⁹ “Sanık, elinde bulunan bıçak ile müştekinin kalçasına tek darbe vurmuştur, saldıran kişinin güçlü bir erkek, sanığın ise kadın olduğu gözetildiğinde saldırı ile savunma arasında oran vardır...” (YCGK 10.03.1998, 2-370/75; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 710).

⁶⁰ Krey, Esser, **a.g.e.**, §14 kn. 505. Rönnau, Hohn, **a.g.e.**, §32 kn. 180. Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, §15 kn. 46.

⁶¹ Rönnau, Hohn, **a.g.e.**, §32 kn. 180.

III. SAVUNMAYA GERÇEK ANLAMDA İHTİYAÇ DUYULMASI BAKIMINDAN GEREKLİLİK

Yukarıda da ifade edildiği üzere, çalışmamızın özünü oluşturan gereklilik koşulunun; biri, savunmaya gerçek anlamda ihtiyaç duyulması, diğeri ise savunmanın saldırıyla ölçülü olması şeklinde iki yönü bulunmaktadır. Her ne kadar Türk doktrininde Kanunda geçen savunmanın “zorunluluğu”, savunmaya gerçek anlamda ihtiyaç duyulması şeklinde yorumlanmayıp, kanuni ifadeye bağlı kalınmak suretiyle saldırıdan, savunma hareketi dışında kurtulma imkanının olmaması şeklinde yorumlansa da, bu yorumun meşru savunmanın hukuki esasıyla örtüşmeyeceğini tekrar vurgulamak gerekir⁶². Zira salt zorunluluk şartı ile somut olaya bakıldığında gerekli olan bir savunmanın hakkaniyete aykırı bir şekilde sınırlandırılması söz konusu olacaktır. Bunun en tipik örneğini de saldırıdan kaçma meselesi oluşturmaktadır. Gerçekten de saldırıya maruz kalan kişiye kaçma yükümlülüğü yüklenememesine rağmen, savunmada zorunluluk şartının aranması halinde savunmanın meşru olması için bütün alternatiflerin tüketilmesi gerekeceğinden saldırıdan kaçmayıp ona karşı koyan kişinin savunmanın zorunluluk şartını gerçekleştirdiğinden bahsedilemeyecektir⁶³.

Bu konu aşağıda yer verilen başlıklar altında izah edilmeye çalışılacaktır.

A. Saldırıya Maruz Kalan Hakkın Meşru Savunmaya Layık Olması

Mülga 765 sayılı TCK’da meşru savunma hakkının yalnızca nefis ve ırza yönelik saldırılar bakımından uygulanacağı öngörülmüşken⁶⁴, 5237 sayılı TCK’da bütün haklar bakımından uygulanabileceği öngörülmektedir⁶⁵.

⁶² Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm 2, II. Ayrıca Krşl. Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 280. Aksi yönde bkz. Ersan, **a.g.e**, s. 41.

⁶³ Ayrıca bkz. Bölüm 2, I-B.

⁶⁴ Söz konusu dönemde nefis ve ırz terimlerinin geniş yorumlanması suretiyle bu hakkın sınırları genişletilmeye çalışılsa da bazı hakların –örneğin malvarlığı hakkı- buraya dahil edilmesi yine de mümkün olmamıştır (Özen, **a.g.e**, s. 97).

⁶⁵ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 352.

Bugün gelinen noktada, meşru savunmanın tüm kişisel haklar bakımından uygulanabileceği hususunda bir tartışmanın bulunmadığı söylenebilir. Bununla birlikte saldırının kişisel hak dışında başka bir hakka -örneğin devlet düzenine-yönelik olması halinde meşru savunmanın uygulanıp uygulanamayacağı meselesi tartışmalıdır. Belirtelim ki meşru savunmanın hangi haklar bakımından uygulama alanı bulacağı meselesi esasen subjektif görüş ile izah edildiğinden bu durum, kişisel hakları ön plana çıkarmaktadır⁶⁶. Nitekim doktrindeki çoğunluk görüşüne göre meşru savunma yalnızca kişisel haklara yönelik saldırılar bakımından uygulama alanı bulacaktır⁶⁷.

Buna mukabil meşru savunmanın, sırf hukuk düzeninin korunmasını esas alan objektif görüşe göre izah edilmesi halinde, yalnızca kişisel haklar değil, tüm haklar bakımından meşru savunmaya uygulama alanı açılacak ve bu durumda normal bir vatandaşa, her türlü saldırıya karşı kamu bekçisi rolü yüklenerek, belki de saldırıdan çok daha tehlikeli sonuçlara kapı aralanabilecektir⁶⁸.

Bununla birlikte kanaatimizce, meşru savunmaya konu olan kişisel hakların dar yorumlanmaması gerekir. Bu açıdan saldırının, kişilerin haklarını dolaylı olarak ihlal etmesi halinde de meşru savunma mümkün olmalıdır. Nitekim doktrinde önemli bir görüşe göre, aynı zamanda bireysel hukuki değer bakımından da önem arz eden devlete ve diğer kamu hukuku tüzel kişilerine ya da topluma ait hukuksal değerler de meşru savunma yoluyla korunabilecektir⁶⁹. Buna mukabil savunulacak hukuki değer; yalnızca devlete ait bir yetkinin inşası, icrası veya sürdürülmesine ilişkin olması halinde meşru savunma uygulama alanı bulamayacaktır⁷⁰.

⁶⁶ Krşl. Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, §15 kn. 30.

⁶⁷ Artuk, Gökçen, **a.g.e.**, s. 428; Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, kn. 418; Hakeri, **a.g.e.**, s. 331; Koca, Üzülmüş, **a.g.e.**, s. 279; Özbek vd., **a.g.e.**, s. 288; Parlar, Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 443. Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, §15 kn. 30; Rönnau, Hohn, **a.g.e.**, §32 kn. 78, 79; Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 83.

⁶⁸ Özyıldın, **a.g.e.**, s. 37, 38.

⁶⁹ Yener Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Ankara, Seçkin, 2003, s. 991.

⁷⁰ Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 68-69. Bu bağlamda; örneğin yasak dergiyi marketten uzaklaştırma ya da ehliyetsiz

Elbette bizim de katıldığımız bu görüşün dahi, meşru savunmanın uygulama alanını çok genişleteceği ve bireye, devlet fonksiyonu yüklenebileceği tehlikesinin söz konusu olduğu eleştirisinde bulunulabilir⁷¹. Ancak bu eleştirilere karşı ifade etmek gerekir ki, öncelikle meşru savunmanın tarihsel gelişim süreci açısından bakıldığında, kişinin en tabi hakkı olarak, kendini koruma hakkının yanı sıra, başka bir kişinin hakkının da meşru savunmanın uygulama alanına dahil edilmesi, esasen söz konusu süreç içerisinde ortaya çıkan ihtiyacın bir sonucu olarak anlaşılmalıdır. Bu bağlamda, bilhassa zaman içerisinde suç çeşidindeki artış ve suçun işleniş biçimindeki farklılıkların, doğrudan bir kişinin hakkına yönelik olmasa da, dolaylı olarak, bir kişinin hakkına yönelik saldırılarda da - örneğin topluma karşı işlenen bir suçta- meşru savunma ihtiyacını doğuracağı pekala savunulabilir.

Ayrıca bireyin bir devlet organı gibi hareket etme tehlikesi, kişinin kendini ya da başka birini savunduğu anlarda da pekala mevcut olmaktadır. Esasen burada asıl meseleyi, korunan hukuki değerin niteliğinden çok savunmanın gerekliliği ve ilgili saldırının meşru savunmayla örtüşebilirliği oluşturmaktadır⁷². Örneğin, yüzlerce dönümlük devlete ait bir ormanın pek çok yerine benzin döken ve elindeki çakmağı benzine doğru götürmek üzere olan bir kişinin, oradan geçmekte olan bir vatandaş tarafından uzaktan atılan bir taşla etkisiz hale getirilmesi durumunda, saldırı doğrudan kişisel bir hakka yönelik olmadığı için meşru savunma uygulama alanı bulamayacak mıdır? İşte biz, özellikle bu gibi haksızlık içeriğinin oldukça ağır olduğu, dolaylı da olsa kişilerin haklarının saldırıya uğradığı ve devlet organlarına da

ve alkollü sürücüyü trafikten men etme gibi eylemlerin, kişisel savunma kapsamında olmayıp devlet organlarının yetkisinde olduğu (Ersan, **a.g.e.**, s. 27; Ömer Demirci, “**Meşru Savunma**”, Ankara, 2014 (Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 66); ancak kamu düzenini ihlal eden bu davranışların kişisel haklara zarar vermeye başladığı anda kişi açısından savunma hakkını doğuran bir saldırı niteliğinde olacağı ifade edilmektedir. Bu itibarla örneğin, ehliysiz ve alkollü olarak araç süren kişi, trafik güvenliğini tehlikeye sokarak kişinin hayatı, sağlığı veya malvarlığı yönünden somut bir tehlike yaratmışsa artık tehlikeye uğrayan kişi açısından savunma hakkı doğacağı ve böyle bir saldırı karşısında saldırganı durduramayan kişinin aracın hareketini engellemek için kontak anahtarını alması ya da arabanın lastiğini indirmesi eylemlerinin meşru savunma kapsamında kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir (Demirci, **a.g.e.**, s. 66, 67).

⁷¹ Bu eleştiri için bkz. Ersan, **a.g.e.**, s. 27.

⁷² Krşl. Ersan, **a.g.e.**, s. 26.

ulaşmanın mümkün olmadığı acil hallerde de meşru savunmanın uygulanabileceğini savunmaktayız⁷³. Kaldı ki kanundaki “*başkasına ait bir hak*” ibaresinin de bu sonucun önünde bir engel olmadığını ifade etmek gerekir. Zira kanun metninde, kişiye ait hakkın doğrudan ya da dolaylı olmasına ilişkin bir ayırımdan söz edilmemektedir. Hatta bir görüşe göre, kanundaki “*başkasına ait hak*” ifadesi kişisel haklarla diğerk haklar arasındaki ayırımı ortadan kaldırmakta olup bu haklar bakımından da meşru savunmaya doğrudan uygulama alanı açmaktadır⁷⁴.

B. Mevcut veya Muhakkak Haksız Bir Saldırının Varlığı

Savunmanın gerekliliğinden söz edilebilmesi için öncelikle haksız bir saldırının varlığı gerekmektedir⁷⁵. Burada saldırıdan anlaşılması gerekenin, korunan hukuki değere zarar verme tehlikesi taşıyan veya zarar veren iradi insan davranışları olduğu ifade edilmektedir⁷⁶. Ancak kanaatimizce, iradi olmayan hareketler bakımından da meşru savunma mümkündür. Bu bakımdan örneğin uyurgezer bir kimsenin saldırısına karşı da meşru savunma uygulama alanı bulabilecektir⁷⁷.

Saldırının bir insandan kaynaklı olması saldırının varlığı için yeterli olup çocuklar ve akıl hastalarına karşı da kural olarak meşru savunma mümkündür⁷⁸.

Ayrıca, saldırının varlığı noktasında; saldırı teşkil eden davranışın icrai ya da ihmalî⁷⁹ nitelikte olması veya bu davranışın kasten veya taksirle işlenmiş olması

⁷³ Krşl. Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 7.

⁷⁴ Maurach, Zipf, **a.g.e.**, §26 kn. 12.

⁷⁵ Koca, Üzülmöz, **a.g.e.**, s. 277; Özbek vd., **a.g.e.**, s. 290.

⁷⁶ Koca, Üzülmöz, **a.g.e.**, s. 276.

⁷⁷ Hakeri, **a.g.e.**, s. 334. Aksi yöndeki başka bir görüşe göre ise uykuda yapılan hareketler, refleks hareketleri gibi davranışlar iradi insan davranışı olarak kabul edilemeyeceğinden bu davranışların herhangi bir saldırı oluşturması da mümkün değildir (Ersan, **a.g.e.**, s. 12).

⁷⁸ Özürk, Erdem, **a.g.e.**, kn. 410.

⁷⁹ Hakeri, **a.g.e.**, s. 334. Ayrıca bu hususta detaylı bilgi için bkz. Andre Stahl, **Notwehr gegen Unterlassen**, Baden-Baden, Nomos, 2015.

arasında bir fark bulunmamaktadır⁸⁰. Keza her ne kadar doktrinde aksi iddia edilse de⁸¹, ilgili şartların varlığı halinde sözlü saldırılara karşı da meşru savunma mümkündür. Bu itibarla somut olayın şartlarına göre hakaret⁸², tehdit⁸³, şantaj⁸⁴ vb. içerikli saldırılara karşı da meşru savunma söz konusu olabilecektir⁸⁵.

Saldırının haksızlığı için fiilin hukuka aykırı olması yani hukuk düzeninin ilkeleri ile çatışması yeterli olup ayrıca suç teşkil etmesine gerek bulunmamaktadır. Bu itibarla suç teşkil etmeyen ve fakat yükümlülük gerektiren ya da yetki veren herhangi bir normun dışına çıkılması mahiyetindeki saldırılar haksızdır⁸⁶.

⁸⁰ Koca, Üzülmmez, **a.g.e.**, s. 277.

⁸¹ Doktrindeki bazı yazarlara göre maddi nitelikte olmayan sözlü saldırılara karşı meşru savunma mümkün değildir (Hakeri, **a.g.e.**, s. 334; Koca, Üzülmmez, **a.g.e.**, s. 277).

⁸² Örneğin hakaret edeceği muhakkak olan bir kişinin ağzının zorla kapatılması (kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu), masa üzerinde duran hakaret içerikli bir mektubun başkası görmeden yırtılması (mala zarar verme suçu) meşru savunma kapsamında kabul edilebilecektir (Ersan, **a.g.e.**, s. 14)

⁸³ YCGK tarafından verilen bir kararda; hakaret, tehdit ya da şantaj suçlarına muhatap olan ve o an konuşmaları kayıt altına alan mağdurun elde ettiği delillerin öğretide meşru savunma olarak kabul edildiği ve bu tür eylemlerin bu sebeple haberleşmenin gizliliğini ihlal, kişiler arası konuşmaların kayda alınması ya da benzeri başka bir suça vücut vermediği ve eylemin hukuka uygun olduğu noktasında bkz. YCGK 2010-5/187 E. 2011/131, K. 21.06.2011; Demirci, **a.g.e.**, s. 67. Ancak önemle vurgulamak gerekir ki, Yargıtay Kararına konu olan böyle bir olayda meşru savunmanın söz konusu olabilmesi için yapılan hareketin mutlak surette saldırıyı bertaraf edecek mahiyette olması gerekir. Dolayısıyla yalnızca, saldırganın işlemiş olduğu suçun ispat edilmesini sağlayan fiillerin meşru savunma olarak kabul edilmesi mümkün değildir (Krşl. Demirci, **a.g.e.**, s. 67, 68).

⁸⁴ Şantaj içerikli bir saldırıya karşı her türlü savunmaya izin verilemeyecekse de, örneğin şantajda bulunan kişinin sesi ondan habersizce kaydedilmek suretiyle benzeri bir savunmada bulunulması meşru olarak kabul edilebilecektir (Gropp, **a.g.e.**, §5 kn. 173). Alman Eyalet Mahkemesi tarafından verilen bir kararda; şantajda bulunan kişinin isteğinin sus payını geçtiği ve mala ve cana yönelik karmaşık bir tehdit halini aldığı durumlarda meşru savunmayı gerektiren bir saldırının olduğu sonucuna ulaşıldığı ifade edilmektedir (BGH 12.02.2003 1 StR 403/02, **JZ 2003**, s. 961; Gropp, **a.g.e.**, §5 kn. 174). Ayrıca bu hususta detaylı bilgi için bkz. Tino Seesko, **Notwehr gegen Erpressung durch Drohung mit Erlaubtem Verhalten**, Berlin, Duncker-Humblot, 2004.

⁸⁵ Yargıtay 4. Ceza Dairesi ise vermiş olduğu yeni tarihli bir kararında, tehdit suçuna karşı tehditte bulunan kişinin bu hareketinin meşru savunmaya vücut vermeyeceği sonucuna ulaşmıştır: “...*Burada meşru savunma halini kabul ettiğimiz takdirde insanlar sözlü olarak yapılan tüm saldırılarda kendileri ihkak-ı hak yoluna başvuracaklar; bu durumda hukuk düzeninin tesisi zorlaşacaktır. Herkesin aklına gelen şekilde hakaret edebileceği ve bu durumun kamu düzeninin bozulmasına yol açacağı gözden kaçırılmamalıdır*”. (Y4.CD 2017/13735 E., 2016/12928 K. (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 30.05.2018).

⁸⁶ Özen, **a.g.e.**, s. 81.

Saldırıya maruz kalan kişi kendi haksız hareketiyle saldırıyı tahrik etmiş olabilir. Provokatif bir eylem olarak nitelendirilen böyle bir hareketi yapmak kural olarak kişinin meşru savunma hakkını ortadan kaldırmaz. Zira saldırganın bir tahrik altında kaldığı kabul edilse de işlediği fiil haksızlık vasfını devam ettirmektedir⁸⁷. Buna mukabil saldırganın işlediği fiil hukuka uygunsa, hukuka uygun bir fiile karşı meşru savunma söz konusu olamaz⁸⁸.

Kavga, duello gibi karşılıklı saldırı hallerinde önce kimin saldırıda bulunduğu belirlenmesi koşuluyla meşru savunma hükümleri uygulanabilecektir. Buna mukabil hangi tarafın daha önce saldırıda bulunduğu tespit edilemediği durumlar tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre bu tür durumlarda taraflar meşru savunma hükümlerinden yararlanamaz⁸⁹. Keza Yargıtay'ın da, söz konusu hallerde meşru savunmanın uygulama alanı bulamayacağı ve her iki taraf açısından da haksız tahrik hükümlerinin uygulanacağı yönünde kararları bulunmaktadır⁹⁰. Ancak Yargıtay'ın bu yaklaşımı doktrinin önemli bir kısmı tarafından eleştirilmektedir. Nitekim bu görüşe göre; önce kimin saldırdığının belirlenemediği durumlarda, her iki tarafın da şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince meşru savunma hükümlerinden yararlanması mümkün olabilecektir⁹¹. Kanaatimizce de şartlarının varlığı halinde bu tür durumlar bakımından meşru savunma hükümleri uygulama alanı bulabilecektir.

Son olarak belirtmek gerekir ki Kanunda da ifade edildiği üzere, yalnızca mevcut veya muhakkak bir saldırıya karşı meşru savunma mümkün olacağından, muhtemel ya da sona ermiş bir saldırının varlığı halinde meşru savunma hükümleri

⁸⁷ Koca, Üzülmmez, **a.g.e.** s. 278; Özgenç, **a.g.e.** s. 350; Artuk, Gökçen, **a.g.e.** s. 426; Öztürk, Erdem, **a.g.e.** kn. 415; Hakeri, **a.g.e.** s. 342; Özbek vd., **a.g.e.** s. 287; Akbulut, **a.g.e.** s. 437. Bu hususta detaylı bilgi için bkz. Bölüm III, I-D.

⁸⁸ Koca, Üzülmmez, **a.g.e.** s. 278; Özgenç, **a.g.e.** s. 351; Zafer, **a.g.e.** s. 328; Akbulut, **a.g.e.** s. 437.

⁸⁹ Önder, **a.g.e.** s. 188; Özen, **a.g.e.** s. 92.

⁹⁰ YCGK, 12.11.1984-335/375; Y1.CD, 06.04.1982-844/1334; Y1.CD, 14.06.2004-23155, Y2.CD, 28.11.2007-15961, Y1.CD, 23.03.2007-1916; Zafer, **a.g.e.** s. 328. Yargıtay ile aynı yönde bkz. Öztürk, Erdem, **a.g.e.** kn. 379.

⁹¹ Zafer, **a.g.e.** s. 328; Hakeri, **a.g.e.** s. 335; Koca, Üzülmmez, **a.g.e.** s. 278; Ersan, **a.g.e.** s. 22.

uygulama alanı bulamayacak⁹² ve şartlarının varlığı halinde haksız tahrik hükümleri devreye girecektir⁹³.

C. Savunmaya Alternatif Haller

1. Saldırıdan Kaçma Meselesi

Bir saldırıyla karşı karşıya kalan kişinin bu saldırıdan kurtulması için akla gelen ilk yollardan birinin saldırıdan kaçmak olduğu söylenebilir. Esasında saldırgana herhangi bir zarar vermeksizin etkinlik gösteren bu yol, savunmanın en uygun (hafif) araçlarla gerçekleşmesi temel prensibinin öngörüldüğü gereklilikle bu

⁹² Artuk, Gökçen, **a.g.e**, s. 430.

⁹³ Saldırının varlığı hususu, bu açıdan önemli bir ayrım noktasını oluşturmaktadır. Dolayısıyla saldırının varlığı bakımından yapılacak değerlendirmenin bütüncül ve somut olayın şartlarına uygun bir şekilde yapılması gerekmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise yeni tarihli vermiş olduğu bir kararında, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazına rağmen, meşru savunma ya da meşru savunmada sınırın aşılması müesseselerini layıkıyla ele almadan haksız tahrik merkezli bir sonuca ulaşmıştır: *‘‘Maktul ... ile sanık ...'nin kardeş oldukları, İstanbul ilinde ikamet eden maktul ile Nizip ilçesinde ikamet eden sanık arasında İkizce köyündeki arazinin kullanımından kaynaklanan anlaşmazlık bulunduğu, anlaşmazlığın zaman içerisinde husumet boyutuna ulaştığı, olaydan bir gün önce maktulün, eşi ve çocuklarıyla birlikte Nizip'e geldiği, olay günü yanına av tüfeğini alan sanığın traktörüne binerek fıstık bahçesinde olduğunu düşündüğü maktulün yanına gittiği, fıstık bahçesinde maktul, maktulün eşi Döne, kızları ve.... ile oğlu.... ve tarım işçilerinin fıstık topladığını gören sanığın cep telefonu ile jandarmayı arayarak fıstığının çalındığını bildirip suç ihbarında bulunduğu, telefonu kapattıktan sonra henüz maktul ve aile fertlerine yaklaşmadan ilk önce tüfekle bir el havaya ateş ettiği, sanığın tüfekle havaya ateş ettiğini gören maktulün, yanında taşıdığı tabancasını çıkarıp sanığa doğru koşmaya başladığı, sanığa yaklaştığı sırada, birkaç metre mesafeden tabanca ile sanığın bacaklarını hedefleyerek ateş edip sanığı sağ uyluk bölgesinden yaraladığı, bacağından vurulan sanığın av tüfeğini maktule doğrultarak bir el ateş edip maktulü öldürdüğü olayda; aralarında fıstık bahçesinin kullanımından kaynaklanan anlaşmazlık bulunan sanık ile maktulün olay günü, ihtilafa konu bahçede karşı karşıya geldikleri sırada, ilk önce sanığın tehdit kastıyla tüfekle bir el havaya ateş etmesi üzerine maktulün, silahla tehdit eylemine tepki olarak, sanığın da aşamalarda belirttiği üzere, yaralama kastıyla bel altı bölgesini hedefleyerek sanığa ateş edip bacağından ağır şekilde yaraladığı, maktul tarafından yaralama kastıyla ateş edildiğini, bu amaçla özellikle vücudunun bel altı kısmının hedeflendiği bilincinde olan ve haksız tahrikte etki-tepki dengesi lehine bozulan sanığın, arazi uyuşmazlığından kaynaklanan husumet ve olay esnasında maktul tarafından silahla ağır bir şekilde yaralanmasının doğurduğu öfke ve gazabın etkisiyle hareket edip, av tüfeği ile yaklaşık 2 metre mesafeden sanığın doğrudan göğüs bölgesini hedefleyerek ateş etmek suretiyle maktulü öldürdüğüünün anlaşılması karşısında; meşru savunma veya meşru savunmada sınırın aşılması hükümlerinin uygulanma imkânının bulunmadığının, sanığın eyleminin yoğun haksız tahrik altında nitelikli öldürme suçunu oluşturduğunun kabulü gerekmektedir’’ (YCGK 2017/1051 E., 2018/69 K. (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 30.05.2018)).*

açından örtüşmektedir. Bununla birlikte saldırıya maruz kalan kişiye saldırıdan kaçma/kaçınma yükümlülüğünün yüklenip yüklenemeyeceği tartışmalıdır.

Alman doktrininde kabul edilen bir görüşe göre; saldırıdan kaçmak ya da kaçınmak, kanunda öngörülen “*savunma*” kavramının muhtevasına dahil olmadığından, yani kaçmak fiili kanunda öngörülen bir savunma hareketi niteliğini haiz olmadığından, böyle bir yükümlülüğün saldırıya maruz kalan kişiye yüklenmesi mümkün değildir⁹⁴. Bu bağlamda önemle belirtmek gerekir ki her ne kadar Alman Ceza Kanununun meşru savunmayı düzenleyen 32. maddesi meşru savunmayı tanımlarken hukuka aykırı bir saldırıyı defetmek için gerekli olan savunma şeklinde bir ifadeye yer vermiş olsa da bizim kanunumuzda, meşru savunma tanımlanırken, haksız bir saldırıyı defetmek zorunluluğu ile işlenen fiiller ifadesi kullanılmış ve esasında savunmadan ziyade saldırının defedilmesine vurgu yapılmıştır. Bu açıdan kanaatimizce Alman doktrininde bazı yazarlarca kabul edilen bu görüş TCK’nın meşru savunma düzenlemesine uygun düşmemektedir.

Bir diğer görüşe göre saldırıdan kaçmak/kaçınmak meşru savunmanın hukuki esaslarından birini oluşturan objektif görüşün temel dayanak noktası olan “hak haksızlığa karşı boyun eğmek zorunda bırakılamaz” düşüncesiyle bağdaşmadığından böyle bir yükümlülük kişiye yüklenemez⁹⁵. Keza böyle bir yükümlülüğün objektif görüşlerden biri olan hukuk için mücadele görüşüyle de bağdaşmayacağı ileri sürülmektedir⁹⁶.

Bir diğer görüşe göre ise, kişiye saldırıdan kaçma yükümlülüğünün yüklenmesi; onu korkak ve alçak bir şekilde hareket etmeye zorlayıcı, bir diğer

⁹⁴ Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, §15 kn. 49; Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, §7 kn. 78; Herzog, **a.g.e.**, §32 kn. 69; Krey, Esser, **a.g.e.**, §14 kn. 508.

⁹⁵ Rönau, Hohn, **a.g.e.**, §32 kn. 182; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §10 kn. 506. Krşl. Ersan, **a.g.e.**, s. 40; Apaydın, **a.g.e.**, s. 109.

⁹⁶ Erem, **a.g.e.**, s. 34.

ifadeyle da onun şeref ve onurunu kırıcı, aşağılayıcı bir durum olduğundan kural olarak buna izin verilemez⁹⁷.

Buna karşılık saldırıya maruz kalan kişinin hukuk düzenince koruduğu haklarından herhangi bir fedakarlık yapmaksızın kaçarak saldırıdan kurtulabilmesinin mümkün olduğu hallerde savunmanın gereklilik unsurunun gerçekleşmeyeceğini genel kural şeklinde kabul eden bir görüş⁹⁸ olduğu gibi, somut olayın şartlarına göre bir değerlendirmede bulunularak sonuca gidilmesi gerektiği yönünde görüşler de bulunmaktadır⁹⁹.

Kişiye kaçma yükümlülüğünün somut olayın şartlarına göre yüklenebileceği görüşüne göre; kanun kimseyi korkak ve alçak bir şekilde hareket etmeye zorlamayacağı gibi, gereksiz kabadayılıkları ve meydan okumaları da korumaz. Bu nedenle örneğin saldırıya maruz kalan kişi saldırganın pusu kurup gizlendiği yoldan geçmemek ya da köşeyi dönmek veya yol değiştirmek gibi bir suretle saldırıdan şerefli bir şekilde kaçınabilecek bir halde ise, savunmada gereklilikten bahsedilemez¹⁰⁰.

Bu minvalde ileri sürülen bir diğer düşünce ise söz konusu sorunun menfaatler dengesine göre çözülmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Buna göre, eğer kaçmanın faile veya başkasına vermesi muhtemel olan zarar, savunma yaparak saldırgana verdiği zarara eşit veya ondan daha ağır ise fail kaçmak zorunda değildir.

⁹⁷ Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, kn. 810; Erem, **a.g.e.**, s. 34; Özen, **a.g.e.**, s. 118 vd.; İçel vd., **a.g.e.**, s. 148; Özbek vd., **a.g.e.**, s. 290, 291. Eski yazarların bu bağlamda soylu olanlarla olmayanlar arasında bir ayrıma gittikleri ve saldırıya uğrayan kişi soylu bir kimse ise kaçmanın onun için bir küçüklük teşkil edeceği, dolayısıyla kaçma imkanı bulunduğu halde kendisini savunan soylunun fiilinde gerekliliğin bulunduğu ve fakat halk tabakasından olanlar hakkında aynı düşüncenin geçerli olmayacağını ileri sürdükleri; keza benzer bir ayrım olarak; saldırıya maruz kalan bir asker kişi ya da benzer bir kimse ise, kaçmak üniformanın onurunu lekeleyeceğinden kaçma imkanı varken savunmaya geçen kişi bakımından savunmada gereklilik bulunduğu ve fakat bunlar dışında kalan kişilerin ise kaçmak suretiyle şereflerinde bir eksilme meydana geleceğinin düşünölemeyeceği yönünde bir görüşün de bulunduğu ifade edilmektedir (Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, kn. 809). Ancak kanaatimizce saldırıya maruz kalanın sıfatına bağlı olarak öngörölen bu ayrımlar kesinlikle kabul edilemez.

⁹⁸ Önder, **a.g.e.**, s. 193.

⁹⁹ Taner, **a.g.e.**, kn. 299; Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, kn. 810.

¹⁰⁰ Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, kn. 810; Özen, **a.g.e.**, s. 118, 119.

Buna rağmen böyle bir zarar olmamasına ya da bu zarar daha hafif olmasına rağmen kaçmayan fail meşru savunmadan faydalanamayacaktır¹⁰¹.

Bu bağlamda ortaya atılan bir diğer düşünce ise; saldırıdan kaçma yükümlülüğünün, ileride gerekli bir savunmanın sınırlandırıcı fonksiyonu olarak ele alacağımız uygunluğun bir parçası olarak -bilhassa- sosyal etik sınırlamalar kapsamında ortaya çıkabileceğini ileri sürmektedir. Buna göre örneğin saldırının kaynağı bir akıl hastası, çocuk vb. bir kişi ise, saldırıya maruz kalan kişiden bu kişilerin saldırısından kaçması beklenebilecektir¹⁰². Zira böyle gayri mesul kimselere karşı kahramanlık göstermeye yer olmadığı gibi bu kişilerden kaçıldığı zaman da kimsenin ayıplanması söz konusu olmayacaktır¹⁰³.

Yargıtay kararlarına bakıldığında ise, doktrinin oldukça büyük bir çoğunluğunca kabul edildiği gibi, kaçma imkanı bulunmasına karşın, savunmayı tercih eden kişinin meşru savunmanın gereklilik koşuluna aykırılık oluşturmadığı

¹⁰¹ Özen, **a.g.e**, s. 119.

¹⁰² Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, §15 kn. 49; Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, §7 kn. 78. Roxin'e göre böyle bir olayda savunmanın gereklilik koşulu ihlal edilmese de birtakım sosyal etik sebepler meşru savunma hakkından feragatı gerektirmektedir (Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, §15 kn. 49). Koca/Üzülmez'e göre saldırıda bulunan kişinin akıl hastası veya küçük olup olmadığına göre yapılarak kaçma yükümlülüğünün olup olmadığının belirlenmesi doğru değildir (Koca, Üzülmez, **a.g.e**, s. 281).

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun da bu bağlamda vermiş olduğu bir kararı bulunmaktadır: “*Topal Şeref adıyla anılan maktul... elinde bastonla birlikte tuttuğu tabancası ile küfrederek yaklaştığı, börekçiye kaçan sanığın, üzerine gelme vururum ihtarına aldırmayarak bir el ateş ettiği, ölenin kişiliği ve bir önceki olay (sanığın yaralanması) 49. maddenin uygulanmasını önleyici bir gerekçe sayılamayacağı gibi -ölen topaldır, o halde sanığın kaçıp kurtulması icap ederdi gibi- bir düşünceyle de sanığın meşru savunmada bulunmadığı ileri sürülemez. Zira silahlı, hele tabanca gibi uzak mesafelere müessir ve öldürmeye elverişli bir aletle haksız bir tecavüze uğrayan kimsenin, hayatı ve nefsi için tehlike meydana gelmiş olur. Bu halde şahsın kaçıp kurtulması beklenmez. İnsiyakları onu savunmaya zorlayacaktır. Böylece sanığın meşru savunma halinde eylemi işlediği kabul edilmelidir*” (YCGK 22.09.1975 217, 199; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e**, s. 710; Hakeri, **a.g.e**, s. 344, 345). Bu bağlamda önemle ifade etmek gerekir ki YCGK bu şekilde bir sonuca vararak, her ne kadar yukarıda saldırganın niteliğine bağlı olarak meşru savunma hakkının sınırlandırılması gerektiği görüşüne aykırı bir konumda yer alıyor görünse de, esasen YCGK’nın vermiş olduğu bu kararı; saldırgan topal biri de olsa karşı tarafa kaçma mükellefiyeti yüklenemeyeceğine değil, saldırgan topal da olsa elindeki saldırı aracının, ondan kaçmanın bir kurtuluş olamayacağı bir tabanca olmasına dayandığını ifade etmek gerekir.

¹⁰³ Taner, **a.g.e**, kn. 299.

görülmektedir¹⁰⁴. Buna karşın Yargıtay'ın bir kararında, kaçma imkanı varken kaçılmamış olmasının meşru savunma hakkını ihlal edeceği sonucunu doğurabilecek bir ifadeye yer verilmektedir¹⁰⁵.

Kanaatimizce, yukarıda da ifade edildiği üzere, saldırıya maruz kalan kişiye kaçma yükümlülüğünün yüklenmesi, meşru savunmanın hukuki esaslarından objektif görüşün temelini oluşturan “*hak haksızlığa boyun eğmek zorunda bırakılamaz*” düşüncesiyle bağdaşmayacağından, kural olarak saldırıya maruz kalan kişinin bu saldırıdan kaçmaması savunmada gereklilik koşuluna aykırılık oluşturmamalıdır. Bununla birlikte saldırganın niteliğine bağlı olarak, örneğin; aşırı sarhoş, küçük bir çocuk ya da akıl sağlığı yerinde olmayan vb. biri tarafından gerçekleştirilen saldırıların bulunduğu istisnai durumlarda, saldırıya maruz kalan kişiden saldırıdan uzak durması, ya da kaçması somut olayın şartlarına göre beklenebilecek ve bu

¹⁰⁴ Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 710. “*Meşru savunma bir kimsenin kendisine veya bir başkasına yöneltilen haksız bir saldırıyı uzaklaştırmak için gösterdiği zorunlu tepkidir. Ancak, saldırının var olmasını geniş manada anlamak, başlayacağı muhakkak olan ve başladığı takdirde savunmayı olanaksız kılacak veya güç hale getirecek bir saldırıyı başlamış, keza bitmiş olmasına rağmen tekrarından korkulan bir saldırıyı da henüz sona ermemiş saymak zorunludur. Meşru savunmada hiçbir zaman ve hiçbir durumda sanığa kusur yüklenemez ve sanıktan kaçarak kurtulması istenemez. Bu nedenle failin kaçma olanağının bulunup bulunmadığı her olayın özelliğine göre saptanmalıdır*” (YCGK 16.04.2013, 2013/1-26 esas ve 2013/150 sayılı kararı; Apaydın, **a.g.e.**, s. 108, 109). Meşru savunmada bulunan kişiye kaçma yükümlülüğü yüklenemeyeceği hususunda ayrıca bkz. YCGK 2017/841 E., 2017/440 K. (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 14.10.2018). “*Yasal savunmada sanığa kaçma mükellefiyeti yüklenemeyeceği gibi, sanıktan kaçarak kurtulması istenemez. Failin kaçma olanağının bulunup bulunmadığı da dikkate alınmaz*” (YCGK 08.04.1997, 1-59/83; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 710).

“*TCK’nun 49 ve 50. maddelerinin uygulanabilmesi için tecavüze uğrayan sanığa kaçma mecburiyeti yükletilemeyeceği gibi, kaçmaya kalksa bile 31 yaşında bulunan maktulün 55 yaşındaki sanığı bir hamlede yakalayabileceğinden kaçmaya teşebbüs etse dahi sanığın hayatını tehlikeden kurtaracak bir tedbir niteliği taşımaz*” (Y1.CD 29.01.1969, E. 2001, K. 250; Özen, **a.g.e.**, s. 120).

“*Kaçabilmek imkanının mevcudiyeti halinde dahi, haksız bir tecavüze karşı kendisini koruyan kimse meşru müdafaa halinde bulunur*” (Y1.CD, 04.07.1953, E. 1592, K. 2368; Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, kn. 809).

¹⁰⁵ Dönmezer/Erman’a göre; aşırı derecede içkili olan kocanın karı ve kızını dövmek istediği, kadın ve kızın kaçarak yatak odasına sığınıp kapıyı sürgülemekle beraber, kadının dolaptaki tabancayı da eline alıp kapının kırılması ihtimaline karşı da balkona çıktığı ve kocanın sürgülenen kapıyı kırarak içeri girip balkondaki kadın ve kızını, elindeki tabanca ile tehdit ettiği (sizi vursam ne olur) olayda 1. Ceza Dairesi her ne kadar “başka hiç bir yere kaçma imkanı bulunmayan” sanığın meşru savunma dahilinde hareket ettiğini kabul etse de, esasında burada zımnen, söz konusu kişilere kaçma yükümlülüğü yüklemektedir (Y1.CD, 18.06.1981, E. 1981/1669, K. 1981/2957; Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, Dipnot s. 116).

saldırganlarla mücadele yoluna girmemesi onun haksızlığa boyun eğmesi ya da onur veya şerefini aşağılayıcı bir duruma düşmesi anlamına gelmeyecektir¹⁰⁶.

Bunun yanı sıra her ne kadar saldırıdan bütünüyle kaçma/kaçınma, geri çekilme saldırıya maruz kalan kişiden kural olarak beklenemeyecekse de, saldırıdan kaçınma bir stratejinin anlamlı bir parçası olarak kendini gösterebilecektir. Örneğin savunmacı, boş bir yere tokat savurarak ya da süratli hareketlerinden faydalanarak saldırıdan kaçınabilir. İşte bu gibi durumlarda söz konusu taktiksel kaçınma hareketleri daha hafif bir araç olarak gereklilik kapsamına dahil olabilecektir¹⁰⁷.

2. Savunmaya Yardım Meselesi

Saldırıya maruz kalan kişinin kolluk kuvvetleri veya özel bir şahıstan yardım alarak bu saldırıdan kurtulmasının mümkün olduğu durumlarda, bu kişinin saldırıya kendi müdahaleleriyle karşılık vermesinin savunmada gerekliliği ihlal edip etmeyeceği hususu, tartışmalı ve bir o kadar da önemli bir meseleyi oluşturmaktadır¹⁰⁸. Bu bakımdan bu sorun farklı ihtimaller üzerinde ele alınmaya çalışılacaktır.

Ancak bu farklı ihtimaller üzerinde durmadan önce ifade etmek gerekir ki, söz konusu yardım; daha baştan, yani aktuel olmayan bir saldırıya karşı saldırganın üstünlüğü anlamına gelecek bir destek çağrısı niteliğindeyse, bu mahiyette bir yardım isteme yükümlülüğü savunmacıya yüklenemez. Zira böyle bir hal, haksızlığa karşı katlanma yükümlülüğü anlamına gelir ki bu da meşru savunmanın hukuki esasıyla

¹⁰⁶ Amerikan Hukukunda 2007 yılına kadar kaçma zorunluluğunun bulunduğu benimseniyorken bu tarihte Texas Ceza Kanununa yapılan bir ek ile bu eyaletin kaçma zorunluluğunu açık bir hüküm ile kaldırdığı belirtilmektedir (Hakeri, **a.g.e.**, s. 345). Ayrıca söz konusu kanuni değişiklikten önce de uygulamada “kale teorisi” gereğince, bir kimsenin kendi hatası olmaksızın evinde kendisine saldırılması durumunda da kaçma zorunluluğuna tabi tutulamayacağı, zira evin, bir kimsenin kendi kalesi olduğu ifade edilmektedir (Hakeri, **a.g.e.**, s. 345).

¹⁰⁷ Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 119.

¹⁰⁸ Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 140.

örtüşmez¹⁰⁹. Nitekim Alman Eyalet Mahkemesi de bu bağlamda gelişen bir olayda vermiş olduğu kararda benzer sonuca varmaktadır: Şöyle ki uzun zamandan beri sınıf arkadaşı tarafından cebre maruz kalan gencin, yine böyle bir çaresizlik anında kendisini savunmak adına kamayla arkadaşını yaraladığı olayda, Alman Eyalet Mahkemesi, alışlagelmiş olay öncesinde öğretmenden yardım istenmemesini, savunmanın gerekliliğine aykırı görmemiştir. Ancak mahkemenin kararı; bu mahiyette bir yardım talebinin, saldırıdan kaçmada olduğu gibi insan onuruna aykırı olmasına değil, tedhişe düşürülen gencin hayatının her alanına dahil edilen bu zorbalıktan kurtulmasında bu yardımın etkisinin olmayacağı gerekçesine dayanmaktadır¹¹⁰.

a. Resmi Bir Mercinin Yardımı Meselesi

Genel olarak kolluk kuvvetleri şeklinde karşımıza çıkan resmi bir mercinin savunmaya yardım meselesi ele alınırken öncelikle farklı ihtimallere değinmek gerekir. Bu ihtimalleri şu şekilde sınıflandıracak olursak¹¹¹;

- Mevcut veya muhakkak bir saldırı ile eş zamanlı olarak kolluk kuvvetinin saldırıya müdahalesinin mümkün olduğu durumlar,
- Söz konusu saldırı anında var olmayan ama kolluk kuvvetlerine ulaşılabilir ve onlardan yardım talebinde bulunulabilecek haller,
- Kolluk kuvvetlerine ulaşmanın çok zor olduğu veya ulaşılsa bile saldırıya müdahalede geç kalınacak haller.

Öncelikle ilk ihtimal göz önüne alındığında; yani saldırının gerçekleştiği olay mahalinde kolluk kuvvetleri var olmasına rağmen, saldırıya maruz kalan kişinin

¹⁰⁹ Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 141. Krşl. Kristian Kühl, Martin Heger, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 28. Baskı, München, C.H.BECK, 2014, §32 kn. 11a; Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 41; Sengbusch, **a.g.e.**, s. 225.

¹¹⁰ BGH 24.07.1979-1 StR 249/79; Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 140.

¹¹¹ Krşl. Rönna, Hohn, **a.g.e.**, kn. 183-186.

kolluk kuvvetlerinden yardım istememesi savunmanın gereklilik koşuluna aykırılık oluşturacak mıdır? Önemle belirtmek gerekir ki bu sorunun cevaplandırılabilmesi için izaha kavuşturulması gereken bir diğer mesele ise meşru savunma hakkının kişiye, asli mi yoksa tali bir yetki mi tanıdığıdır. Şöyle ki, meşru savunma hakkının, ancak devletin vatandaşını koruyamadığı hallerde tali bir yetki olarak ortaya çıktığı kabul edildiğinde, saldırıya maruz kalan kişinin doğrudan savunma hakkından feragat etmesi beklenecek ve koruma yetkisi devlete geçecektir. Buna mukabil, meşru savunma hakkının kişiye asli bir yetki kazandırdığı kabul edildiğinde ise kişiden doğrudan savunma hakkından feragat etmesi beklenemeyecek ve fakat genel gereklilik koşullarına uygun hareket etmesi beklenecektir.

Tarihsel gelişim süreci içerisinde bakıldığında, özellikle Hegel'in haksızlığın değersizliği teorisi kapsamında gelişen görüşe göre, vatandaş koruma yetkisi devletin asli bir yetkisi olup devlet bu yetkisini ilgili organları aracılığıyla gerçekleştirmektedir. Dolayısıyla bir kişinin kendisini koruma yetkisi yalnızca devletin bunu o kişiye bıraktığı durumlarda ortaya çıkmaktadır. Bir diğer ifadeyle bu düşünceye göre, devletin, kişinin kendisini bizzat savunmasına göre önceliği bulunmaktadır¹¹².

Buna mukabil özellikle zaman içerisinde liberal-bireysel düşüncenin gelişmesiyle, meşru savunmanın devletin varlığından türetilen bir hak değil de, asli bir hak olduğu görüşü önem kazanmıştır¹¹³. Ancak buna rağmen bazı istisnalar dışında, doktrinin oldukça büyük bir çoğunluğu, saldırı anında kolluk kuvvetlerinin olay mahalinde bulunduğu veya saldırıya maruz kalan kişiye herhangi bir riski olmaksızın saldırıya müdahalesinin mümkün olduğu durumlarda kolluk kuvvetlerinin yardımına müracaatı savunmada gerekliliğin bir koşulu olarak kabul etmektedir¹¹⁴.

¹¹² Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 74, 75.

¹¹³ Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 75.

¹¹⁴ Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 75; Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, §7 kn. 119 vd; Kühl, Heger, **a.g.e.**, kn. 11a; Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 41; Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 34; Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 142; Rönnau, Hohn, **a.g.e.**, kn. 183; Krey, Esser, **a.g.e.**, §14 kn. 524; Rengier, **a.g.e.**, §18 kn. 50; Irene Sternberg-Lieben, "Voraussetzungen der Notwehr", **JA** 1996 Heft 4, s. 306; Erem, **a.g.e.**, s. 33; Özen, **a.g.e.**, s. 116; Artuk, Gökçen, **a.g.e.**, s. 434; Zafer, **a.g.e.**, s. 329; Apaydın, **a.g.e.**, s. 109.

Kanaatimizce de kolluk kuvvetlerinin saldırı mahalinde hazır bulunduğu veya olay yerine hemen ulaşabilir durumda olduğu hallerde kural olarak kişiyi koruma yetkisi devlete geçmektedir. Ancak bunun sebebini kişinin korunması noktasında devletin tekel yetkisinin bulunduğu ya da bireyin kendini savunma hakkının tali nitelikte olduğu oluşturmamaktadır. Buna mukabil kolluk kuvvetlerince saldırıya karşı yapılacak savunmanın orantılılık sınırları dahilinde gerçekleşme zorunluluğu, bir diğer ifadeyle savunmanın en uygun (hafif) bir araçla gerçekleşeceği karinesi ve keza bireysel savunmaya nazaran saldırgana karşı daha zorlayıcı ve garanti bir yol olması hasebiyle devlet eliyle gerçekleşecek savunma, gereklilik kriterlerine daha uygun bir araç olarak karşımıza çıkmaktadır¹¹⁵.

Görüleceği üzere kolluk kuvvetlerinin gerçekleştireceği yardımın gereklilik açısından daha uygun (hafif) ve güvenilir bir araç olduğu ön kabulüyle hareket edildiğinde ve ilgili olayın da bu şekilde cereyan ettiği durumlarda zaten herhangi bir problem bulunmamaktadır¹¹⁶. Bununla birlikte kolluk kuvvetinin saldırıya maruz kalan kişiye derhal yardım etmesi söz konusu olmasına rağmen, bu yardım savunmacının kendi başına yapacağı savunmaya göre daha az elverişli ise, burada da saldırıya maruz kalan kişinin meşru savunma yetkisinin sınırlandırılmasından söz edilemez¹¹⁷. Zira burada devlet, vatandaşını koruma noktasında gerçek anlamda bir

¹¹⁵ Wagner, **a.g.e.**, s. 61; Volker Erb, “Notwehr bei präsenter staatlicher Hilfe”, **Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag**, s. 189. Bir görüşe göre; mevcut saldırının kolluk kuvvetleri tarafından bertaraf edilmesi mümkünse, saldırıya maruz kalan kişinin onların yardımını beklemesi (talep etmesi), savunmanın gerekliliği açısından kural olarak zorunluluk teşkil etmektedir. Aksi halde devlet, halkın güvenliğini yeterince garanti altına alamamış olur ki bu da büyük bir güvenlik boşluğuna sebep olur. Bununla birlikte, resmi bir mercinin yardımına başvurmaksızın gerekli bir savunmadan söz edilecekse, resmi yardım alınması halinde ortaya konacak savunmaya göre, saldırgana eşit ya da daha az külfetin yüklenmiş olması gerekir (Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 145).

¹¹⁶ Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 76.

¹¹⁷ Rönna, Hohn, **a.g.e.**, §32 kn. 183; Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 41; Andreas Hoyer, **Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch Band I §§1-37 StGB**, 9. Baskı, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2017, §32 kn. 67; Manfred Seebode, “Gesetzliche Notwehr und staatliches Gewaltmonopol”, **Festschrift-Wilhelm Krause zum 70. Geburtstag**, Bonn, 1990, s. 386 vd; Knut Amelung, “Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten”, **JuS** 1986, s. 332; Wagner, **a.g.e.**, s. 61; Sengbusch, **a.g.e.**, s. 266; Alacakaptan, **a.g.e.**, 1975, s. 110; Faruk Erem, Ahmet Danışman, Mehmet Emin Artuk, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin, 1997, s. 576; Hilal Düzenli, “**Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma**”, Ankara 2017 (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 115.

fonksiyon eda edememektedir. Dolayısıyla devletin bu noktada söz konusu olabilecek herhangi bir eksikliğinden mütevellit husule gelen riski savunmacının taşıması beklenemez. Keza kolluk kuvvetinin yardımı saldırının defi bakımından, savunmacının kendi başına yapacağı savunmaya oranla, saldırgana daha fazla zarar verecekse işte bu durumda şahıs eliyle gerçekleşen savunmanın taliliği kural olarak ortadan kalkmaktadır. Tekrar vurgulamak gerekir ki saldırının bizzat vatandaş eliyle mi yoksa devletin ilgili merciinin görevi kapsamında mi savuşturulacağına dair gereklilik sorunu; esasen, kolluk kuvvetinin saldırıyı önlemek bakımından özel kişiye göre daha elverişli araçlara sahip olduğu ve ayrıca ilgili mercinin, özellikle orantılılık gibi meselelerden mütevellit bir sınırlandırmaya tabi tutulmadığı durumlarda ortaya çıkmaktadır. Zira aksi hallerde, zaten özel kişinin savunma önceliği bulunmaktadır¹¹⁸.

Bu bağlamda ortaya çıkabilecek asıl problem ise savunma araçlarının gerekliliği /elverişliliği açısından kolluk kuvvetleri ile saldırıya maruz kalan kişi arasında herhangi bir farkın bulunmadığı ve her ikisi bakımından da risklerin eşit olduğu hallerde ortaya çıkmaktadır. Zira böyle bir ihtimalde genel gereklilik kriterlerinin sorunun çözümünde yetersiz kaldığı ifade edilmektedir¹¹⁹. Gerçekten de öncelik olarak, devletin bir yetkili organına mı yoksa bizzat ilgili kişiye mi savunma yetkisinin verileceği tartışması esasen burada anlam kazanmaktadır. Bu tür durumlarda devletin savunma yetkisine öncelik tanıyan görüşe göre; hakkın yerine getirilmesi öncelikli olarak devletin görevidir. Bu itibarla somut olayda devlet görevlisi, ilgili kurumun izni veya hukuka uygun bir karar kapsamında bu görevi üstlenmişse, artık normal bir vatandaşın meşru savunma hakkını kullanarak devletin bu yöndeki tekel yetkisine müdahale etmesi kabul edilemez¹²⁰. Bununla birlikte, ancak polise ulaşılamayan veya ulaşılmaya rağmen bu yardım talebinin hukuka aykırı bir şekilde reddedildiği hallerde savunmada bulunulmasında bir beis

¹¹⁸ Rönnau, Hohn, **a.g.e.**, §132 kn. 185.

¹¹⁹ Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 76; krşl. Wagner, **a.g.e.**, s. 61.

¹²⁰ Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 147. Krşl. Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 41; Reniger, **a.g.e.**, §18 kn. 50; Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, §7 kn. 121.

bulunmamaktadır¹²¹. Kanaatimizce de söz konusu durumda, kişiyi savunma yetkisi öncelikli olarak devlete aittir. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, bunun altında yatan sebep devletin bu hususta asli bir yetkiye sahip olduğu değil, devlet eliyle gerçekleştirilecek savunmanın daha güvenilir ve elverişli araçlarla olacağı karinesidir.

Kolluk kuvvetleri saldırıya derhal müdahale edebilecek bir pozisyonda değil de ulaşılabilir konumdaysa burada, saldırıya maruz kalan kişiden, saldırıya cevap vermeyip bu süre içerisinde, özellikle meşru savunmaya göre daha az etkin olacak bir kolluk kuvveti yardımı talebinde bulunmasını beklemek doğru olmayacaktır¹²². Zira saldırıya maruz kalan bir kişiden gelecekteki bir saldırı tehdidinden önce alternatif savunma araçlarıyla teçhizatlanması beklenemeyeceği gibi, saldırı anında resmi merci yardımı inşa etmesi de beklenemeyecektir. Bu itibarla da böyle bir ihmal gösteren kişinin meşru savunma yetkisinin sınırlandırılmasından bahsedilemeyecektir¹²³. Keza saldırıya maruz kalan kişinin, kolluk kuvvetinin yardımını beklemesinde ortaya çıkacak gecikme, biraz da olsa onun korunan hukuki değerini tehlikeye düşürecek olursa, artık burada o kişiden savunmanın elverişliliği bakımından söz konusu yardım hususunda bir değerlendirmesi yapması beklenemez¹²⁴.

Son ihtimal olarak, kolluk kuvvetlerine ulaşmanın çok zor olduğu veya ulaşılsa bile saldırıya müdahalede geç kalınacak hallerde savunmanın bizzat saldırıya

¹²¹ Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 145; Erb, “Notwehr bei präsenter staatlicher Hilfe”, 182, 183.

¹²² Nitekim Wagner’e göre meşru savunma hakkı subjektif bir hak olup bu hak, saldırıya maruz kalan kişiye, derhal özgürlüğüne kavuşması adına kendi kaderini tayin etme imkanı tanımaktadır. Buna mukabil bireyi savunma yetkisinin öncelikle devletin tekelinde olduğu kabul edildiğinde, kişinin elinden bu hakkının alındığı durumlar ortaya çıkabilecektir. Bu açıdan belli bir zaman aralığı dahi olsa, söz konusu kişiye, hareket özgürlüğünü kısıtlayıcı böyle bir yükümlülüğün yüklenmesi meşru savunmanın subjektif bir hak olduğu görüşüyle bağdaşmayacaktır (Wagner, **a.g.e.**, s. 61, 62).

¹²³ Rönna, Hohn, **a.g.e.**, kn. 184. Aynı yönde bkz. Erem, **a.g.e.**, s. 33; Özen, **a.g.e.**, s. 116; Apaydın, **a.g.e.**, s. 109.

¹²⁴ Rönna, Hohn, **a.g.e.**, kn. 184.

maruz kalan kişi tarafından gerçekleştirilmesinde savunmanın gerekliliği açısından bir sorun olmayacağını belirtmek gerekir.

b. Özel (Gayriresmi) Bir Kişinin Yardımı Meselesi

Saldırıya maruz kalan kişiye, resmi bir sıfatı olmayan üçüncü bir kişinin yardımı meselesi esasen üçüncü kişi yararına meşru savunmanın tipik bir görünümünü teşkil etmektedir¹²⁵. Bu bağlamda ifade edilmektedir ki, saldırıya maruz kalan kişinin savunulmasının bizzat kendi eliyle ya da üçüncü bir kişi aracılığıyla yapılmasının hukuk düzeninin korunması açısından herhangi bir farkı bulunmamaktadır. Zira her iki hal de, haksızlığın defedilmesi düşüncesinin bir tezahüründen ibarettir. Bu bakımdan üçüncü bir kişinin yardımı söz konusu olduğunda kişinin kendisini bizzat savunması kural olarak tali bir nitelik göstermeyecektir¹²⁶. Kaldı ki burada yukarıda izah edildiği üzere resmi mercinin yardımı söz konusu olduğunda ortaya çıkabilecek asli-tali yetki tartışması da bulunmamaktadır.

Görüldüğü üzere üçüncü kişinin yardımı söz konusu olduğunda saldırıya maruz kalan kişinin kendisini savunması ikincil bir konuma indirgenmediğinden, bu kişiden yalnızca genel gereklilik kriterlerine göre, üçüncü kişinin yardım talebini kabul etmesi ya da yardım arayışına girmesi beklenebilecektir. Ancak böyle bir zorunluluktan bahsedebilmek için öncelikle mevcut bir yardımın varlığı şart olduğu gibi, bu yardımla yapılacak savunmanın saldırının bertaraf edilmesi için daha uygun (elverişli) ve saldırgana daha az zarar verecek bir niteliği haiz olması gerekir¹²⁷.

¹²⁵ Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 72.

¹²⁶ Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 72, 73.

¹²⁷ Rönna, Hohn, **a.g.e.**, kn. 184. Benzer yönde bkz. Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, §7 kn. 123; Krey, Esser, **a.g.e.**, §14 kn. 524; Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 41; Sengbusch, **a.g.e.**, s. 221; Herzog, **a.g.e.**, §32 kn. 71. Örneğin mevcut üçüncü kişi bir boksörse ve saldırıya maruz kalan kişi, bu boksör yardımıyla, bıçak kullanmadan saldırıyı defedebilecekse bu kişiden yardım talep etmesi gereklidir (Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 142). Buna rağmen Yargıtay kararına konu bir olayda; maktulün sanığa karşı mütecaviz olmaya başlaması üzerine ailece görüşmeyi bıraktıkları, maktulün telefonla çirkin tekliflerde bulunduğu, eve geldiği bir gün komşusu bayanın yardımıyla olayı geçiştirdiği, olay

Üçüncü bir kişinin yardımı meselesi değerlendirilirken; saldırıya maruz kalan kişiye doğrudan yardım teklifinde bulunulması ya da bu kişiden böyle bir yardım arayışına girmesinin beklenmesi şeklinde iki farklı ihtimal üzerinde durmak gerekir:

İlk olarak saldırıya maruz kalan kişiye, saldırıya karşı açıkça ve sonuç doğurmaya yönelik olarak yardım teklifinde bulunulduğunda, bu birliktelikle yardımcı konumundaki kişi potansiyel bir savunma aracı rolünü üstlenecek ve bilhassa bu yardım olmaksızın ortaya çıkacak alternatif savunma araçları saldırganın külfetini artıracaksa işte bu durumda saldırıya maruz kalan kişinin yardım teklifini kabul etmesi, savunmanın gerekliliği açısından zorunludur¹²⁸. Bununla birlikte söz konusu kişinin bu yardım teklifini reddinin kabul edilebilirliği ancak önemli bir gerekçenin varlığında söz konusu olabilir. Örneğin yardım teklifinde bulunan kişinin teklifi, saldırının mahiyeti itibarıyla yardım edecek kişiyi tehlikeye sokmamak adına reddedilmişse, bu durumda geçerli bir sebebin varlığından söz edilebilir¹²⁹. Bununla birlikte saldırıya maruz kalan kişi sadece kendi gücünü göstermek veya ispatlamak adına bu yardım teklifini geri çeviriyorsa işte bu durumda savunmanın gerekliliği tehlikeye düşecektir¹³⁰.

Buna mukabil, mevcut bir saldırı anında, saldırıya maruz kalan kişiden; o yer ve zamanda mevcut olan üçüncü kişilerden yardım arayışına girerek savunmadan feragat etmesini beklemek hayatın olağan akışına uygun değildir¹³¹. Zira saldırıya

günü alkollü olan maktulün yine sanığın evine gelmesi, kapıya yüklenerek kırmak suretiyle içeri girmeye kalkışması ile sanığın namusuna yönelik isteği için faaliyete geçmiş olması ile meşru savunma şartlarının başladığına, içeride uyumakta olan boksör akrabasından yardım istememesinin meşru savunma şartlarının oluşmadığı anlamına gelmeyeceğine karar verdiği ifade edilmektedir (Y1.CD, 09.10.2000, 2571); Hakeri, **a.g.e**, s. 345.

¹²⁸ Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 143. Benzer yönde bkz. Perron, **a.g.e**, §32 kn. 41; Krey, Esser, **a.g.e**, §14 kn. 524; Sengbusch, **a.g.e**, s. 221; Reniger, **a.g.e**, §18 kn. 50; Bitzilekis, **a.g.e**, s. 73.

¹²⁹ Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 143.

¹³⁰ Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, kn. 50. Ayrıca bkz. Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, §7 kn. 123.

¹³¹ Bitzilekis'e göre savunmanın gerekliliği değerlendirilmesinde üçüncü bir kişinin yardım teklifinde bulunmasıyla saldırıya maruz kalan kişinin yardım çağrısında bulunması arasında pek bir fark bulunmamaktadır. Nitekim ona göre bir yardım çağırısı saldırının defedilmesi bakımından daha etkin ve garanti bir yol ise kişinin bu yola başvurusu gerekir (Bitzilekis, **a.g.e**, s. 73, 74).

maruz kalan kişi ne kadar çaresiz de kalsa, orada mevcut olan üçüncü kişilerin böyle bir olaya dahil olmaları günlük hayatta nadiren karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda özellikle pasif konumda olan üçüncü kişinin saldırı karşısında nasıl bir refleks göstereceği saldırıya maruz kalan kişi açısından hesap edilebilir bir durum değildir. Bu yüzden de savunmacıdan, savunma araçlarına bir alternatif olarak üçüncü kişiyi dahil etmesi beklenebilir bir durumu oluşturmamaktadır. Hatta söz konusu üçüncü kişi, saldırıya maruz kalanın bir tanıdığı olsa dahi, bu kişinin saldırıya karşı yardımını gösteren somut emareler olmadan savunmanın gerekliliğine tesir etmesi söz konusu olamaz¹³².

Alman Eyalet Mahkemesi de bu bağlamda vermiş olduğu bir kararında; somut olayda, çevredeki kişilerin olaya müdahalesinin tespit edilmemesine atıfta bulunarak, temel prensip olarak, saldırıya maruz kalan kişinin böyle bir yardım talebine girişmiş olmamasının savunmanın gereklilik koşulunu ihlal etmeyeceğine hükmetmiştir¹³³.

O halde üçüncü bir kişinin yardımının, savunmanın gerekliliğine etkisine ilişkin tüm bu bilgileri kısaca özetlemek gerekirse; saldırıya maruz kişiye açıkça ve doğrudan bir yardım teklifinin varlığı halinde, kural olarak bu kişinin bu teklifi kabul etmesi beklenebilecekken, söz konusu kişinin saldırı anında bir yardım arayışı içerisine girmesi kural olarak beklenemeyecektir.

C. Saldırı Öncesinde Alternatif Savunma Araçlarıyla Teçhizatlanma Meselesi

Gereklilik değerlendirilmesi yapılırken yalnızca ex ante olmayan yani saldırı sonrası ortaya çıkan durumlar saf dışı bırakılmaz; bunun yanı sıra, saldırı öncesinde

¹³² Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 143. Bu hususa ilişkin detaylı bilgi için bkz. Sengbusch, **a.g.e.**, s. 185 vd.

¹³³ Krşl. BGH 21.12.1977- 2StR 421/77; BGH 24.7.1979-1StR 249/7; BGH 11.1.1984-2 StR 541/83 (Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 143).

mevcut olan alternatif fiiller de kural olarak bu değerlendirmenin dışında tutulmaktadır¹³⁴.

Gerçekten de saldırıya maruz kalan kişi, beklenen ama henüz mevcut olmayan bir saldırı öncesinde halihazırdaki tehlikeyle yüzleşmek adına bir hazırlık yapmışsa bu hazırlığın saldırı anında yapacağı savunmayı sınırlandırması doğru olmayacağı gibi¹³⁵; böyle bir saldırı öncesinde, özellikle etkin ve fakat saldırganı karşı daha özenli bir araçla teçhizatlanma noktasında ihmal göstermişse, burada da herhangi bir sınırlandırmadan bahsedilemeyecektir¹³⁶ (örneğin saldırıya maruz kalan kişinin, yanına biber gazı yerine bıçak alması gibi)¹³⁷. Hatta gerçekleşmesi kesin olan

¹³⁴ Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 143. Aynı yönde bkz. Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 36.

¹³⁵ Rönna, Hohn, **a.g.e.**, kn. 189. Krşl. Herzog, **a.g.e.**, §32 kn. 119. Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise vermiş olduğu yeni tarihli bir kararında; silah taşıdığını bildiği bir saldırganın bulunduğu yere, evdeki av tüfeğini alarak giden kişinin saldırganla kavga etmek amacıyla hareket ettiğine ve bu durumda savunma mecburiyetinin bulunmadığına yani savunmanın zorunluluğu şartının gerçekleşmeyeceğine istinaden meşru savunmanın gerçekleşmeyeceğine hükmetmiştir: “*Aralarındaki husumet nedeniyle maktulün sürekli sanığa hakaret ettiği ve sanık ile ailesine rahatsızlık verdiği, olaydan iki gün önce de sanığı silahla tehdit ettiği, olay günü ise görgü tanıklarınca alkollü olduğu söylenen maktulün harman yerindeki dut ağacının altında sanığa yönelik tehdit ve hakaretlerde bulunduğu, sanığın babasının maktulü yatıştırması için tanıklar İsmail ve İrfan'ı çağırdığı, tanıkların olay yerine gelmesine rağmen maktulün hakaretlerine devam ettiği, olayları evinin penceresinden izleyen sanığın babasına ait av tüfeğini alarak olay yerine gelmesi üzerine sanığın tüfekle, maktulün ise tabanca ile karşılıklı ateş etmeleri sonucu maktulün öldüğü, sanığın ise hayati tehlikeye neden olacak derecede yaralandığı anlaşılmaktadır. Bu şekilde gerçekleşen olayda, sanığın hukuka uygunluk nedenlerinde sınırı aşıp aşmadığının belirlenebilmesi için öncelikle meşru savunma şartlarının oluşup oluşmadığının belirlenmesi gereklidir. Maktulün, sanığın evinde olduğu sırada, sanığın evine yaklaşık 60 metre mesafedeki harman yerinden sanığa yönelik hakaret ve tehditlerde bulunduğu sabit ise de, sanığın evine doğru saldırı amaçlı gittiğine veya evinde bulunan sanığa yönelik fiili bir eylem gerçekleştirdiğine ilişkin herhangi bir iddianın olmadığı, bu durumda sanığın savunmada zorunluluk bulunmadığı halde ve daha önceden silah taşıdığını da bilmesine rağmen evde bulunan av tüfeğini alarak maktulün bulunduğu yere gitmesi ve tanık İrfan'ın sanığın evden çıktığı sırada annesinin “şunu tut” dediği hususundaki beyanı karşısında, sanığın maktulle kavga etmek amacıyla hareket ettiği anlaşıldığından, sanığın, maktulün saldırısını defedecek şekilde savunma yapma mecburiyetinin bulunmadığı yani “savunmanın zorunluluğu” şartının gerçekleştiğinden bahsedilemeyeceği göz önüne alındığında meşru savunmanın şartlarının oluştuğundan söz edilemez”.* (YCGK E. 2015/1160, K. 2016/141 (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 02.06.2018). Kanaatimizce ilk silahlı saldırı saldırgan tarafından gelmişse ve diğer şartların da varlığı söz konusuysa, olayda meşru savunma hükümlerinin uygulanmasına engel bir durum olmayacaktır.

¹³⁶ Rönna, Hohn, **a.g.e.**, kn. 189. Krşl. Herzog, **a.g.e.**, §32 kn. 119.

¹³⁷ Bunların yanı sıra söz konusu teçhizatlanmanın hukuka aykırı bir şekilde gerçekleşmesi (örneğin ruhsatsız silahla yola çıkılması vb.) de bu sonucu değiştirmeyecektir. Bu ve bu yöndeki kararlar için bkz. BGH 19.03.1986- 2 StR 38/86; BGH 30.10.1986- 4 StR 505/86; BGH 24.06.1998- 3 StR 186/98; BGH 04.08.2010- 2StR 118/10 ve keza BGH 07.06.1983- 4 StR 703/82; Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 138. Ayrıca bkz. Rönna, Hohn, **a.g.e.**, kn. 189; Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 36, 61b.

bir saldırıdan haberdar olan savunmacının, saldırının daha hafif bir şekilde defedilmesi için olay öncesinde bir hazırlıkta bulunmadığı hallerde dahi sonuç değişmeyecektir¹³⁸.

Belirtelim ki savunmada “gereklilik” yerine “zorunluluk” şartı arandığında, savunmaya alternatif olan bütün hallerin tüketilmesi gerekeceğinden, saldırıya maruz kalan kişinin saldırı öncesinde nasıl teçhizatlandığı da önem arz edecektir. Halbuki böyle bir sonuç meşru savunmanın doğasına aykırı olacaktır. İşte bu açıdan bakıldığında da kanunda geçen savunmada zorunluluğun, gereklilik şeklinde yorumlanmasının son derece isabetli olduğu görülmektedir.

Son tahlilde, saldırıya maruz kalan kişinin saldırı gerçekleşmeden önce nasıl teçhizatlanacağına ilişkin bir tartışmanın yapılması, cezalandırmanın konusu olamayacak bir düşüncenin ödüllendirilmesi ya da cezalandırılması anlamına geleceğinden, gereklilik kapsamında böyle bir tartışmaya yer bulunmadığını ifade etmek gerekir¹³⁹.

IV. SAVUNMANIN ÖLÇÜLÜLÜĞÜ BAKIMINDAN GEREKLİLİK

A. Genel Olarak

Gerekliliği izah ederken; Kanunumuzun meşru savunmayı düzenleyen 25. maddesinde savunmaya ilişkin şartları bakımından öngörülen “zorunluluk” ve “orantılılık” kavramlarının zorunluluk halinde olduğu gibi katı bir şekilde yorumlanmasının meşru savunmanın hukuki esasıyla örtüşmeyeceğini ifade etmiş ve bu kavramların gereklilik üst başlığı altında yorumlanması gerektiğini ileri

¹³⁸ BGH 07.06.1983- 4StR 703/82; NJW, 1983, s. 2267; Rönna, Hohn, a.g.e, kn. 189). Aynı yönde bkz. Perron, a.g.e, §32 kn. 36.

¹³⁹ Erb, Münchener Kommentar, §32 kn. 138.

sürmüştük. Bu bağlamda ilk olarak, savunmanın zorunlu olmasının karşılığı olarak, savunmaya gerçekten ihtiyaç duyulması meselesini izah etmeye çalıştık.

Bunun yanı sıra gerekliliğin orantılılığa bakan yönü olarak, savunmanın saldırıyı bertaraf edici ölçüde olması¹⁴⁰ meselesi de meşru savunmanın en önemli noktalarından birini oluşturmaktadır. Gerçekten de meşru savunmanın sınırlarına bu bağlamda yön veren gereklilik, örneğin devlet ve onun organlarının icra ettiği bir kısım fiiller bakımından öngörüldüğü gibi, katı bir orantılılık anlayışını reddetmektedir¹⁴¹. Nitekim orantılılık, meşru savunma sınırının belirlenmesinde karşılıklı yarar -zarar bilançosunu esas alırken; gereklilik ise, söz konusu problemin çözümünde bu bilançoya değil, saldırının türü ve yoğunluğuna göre gösterilecek direncin ne ölçüde olması gerektiği kriterine dayanmaktadır¹⁴².

Kaldı ki orantılılığın meşru savunmanın uygulanması bakımından genel bir kural olarak kabul edilmesi, meşru savunmanın hukuki esasını oluşturan subjektif ve objektif görüşlerle de uyuşmamaktadır. Öncelikle subjektif görüşe ciddi bir derinlik ve sistem kazandırdığı söylenebilecek *Wagner*'e göre, meşru savunma halinde, saldırıya maruz kalan kişinin hareket serbestisinin önemli ölçüde sınırlandığı ve onun çaresiz bırakıldığı bir durum söz konusu olduğundan, kişinin hareket özgürlüğüne tekrar kavuşma hakkının sınırları, devlet-birey arası ilişkilerde uygulama alanı bulabilecek orantılılık kriterlerine göre belirlenemez¹⁴³. Nitekim her ne kadar aşırı orantısız vb. durumlar bakımından meşru savunmaya bir takım sınırlandırmalar

¹⁴⁰ YCGK 26.02.2008, 281/37, YCGK 05.10.2010/1-170-2010/182; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e**, s. 713, s. 741, 742; YCGK 2017/841 E., 2017/440 K. (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 25.05.2018).

¹⁴¹ Herzog, **a.g.e**, §32 kn. 62.

¹⁴² Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e**, §15 kn. 39. Aynı yönde bkz. Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, kn. 47; Perron, **a.g.e**, §32 kn. 34; Krey, Esser, **a.g.e**, §14 kn. 506; Hans Lilie, “Zur Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung”, **Festschrift für Hans Joachim Hirsch**, Berlin, Walter de Gruyter, 1999, s. 286. Keza Alman Eyalet Mahkemesinin de aynı yönde kararları bulunmaktadır (BGH 21.06.1968 4StR 157/68; GA, 1969, 23; BGH VRS 30, 282; Jescheck, Weigend, **a.g.e**, §32 II 2b).

¹⁴³ Wagner, **a.g.e**, s. 39-41.

öngördüğü ileri sürülse de¹⁴⁴, “*hak haksızlığa boyun eğmek zorunda bırakılamaz*” temel düşüncesine dayanan objektif görüş de bilhassa hukuki değerler bakımından ortaya atılan orantılılık görüşünü reddetmektedir¹⁴⁵.

Kanaatimizce, yukarıda kavramsal açıdan orantılılık-gereklilik ilişkisi kapsamında da ifade edildiği üzere, TCK’nın meşru savunmayı düzenleyen 25. maddesinde savunmanın bir şartı olarak “*orantılılık*” koşuluna yer verilmesi yerinde olmamıştır. Zira orantılılığın, meşru savunmanın sınırlandırılması bakımından uygulama alanı bulabilmesi makulken, savunma şartlarını belirleyen temel bir kural şeklinde öngörülmesi, bu kurumun uygulama alanının kendi doğal ve hukuki yapısına aykırı şekilde sınırlandırılmasına yol açabilecektir. Nitekim saldırı ve savunmanın yöneldiği hukuki değerler arasındaki orantılılığa bakıldığında bu tespitin isabetli olduğu çok net bir şekilde görülmektedir. Gerçekten de bir hak meşru savunmanın konusu ise, bu hakkın korunması için daha değerli bir hakkın zarara uğratılmış olması, değerler arasında dengesizlik olmadığı gibi, değerleri bir derecelendirmeye tabi tutmak birçok halde meşru savunma müessesesinin uygulanabilmesini engelleyecektir. Bu bakımdan değerler arasındaki derecelendirmenin çoğunlukla nisbi bir nitelik taşıdığı göz ardı edilmemelidir¹⁴⁶.

Elbette ki ileri sürdüğümüz bu görüşe şöyle bir eleştiri getirilebilir: Örneğin yaşlı bir adamın bahçesinden elma çalan küçük bir çocuğun, bahçe sahibinin kendisini görmesiyle elindeki elmayla kaçmaya başlamasından sonra, bu küçük çocuğun saldırısına son verilmesi adına, arkasından bacağına doğru ateş edildiği olayda, ona doğru ateş edilmesi söz konusu saldırının sona erdirilmesi bakımından elverişli tek araç olduğundan, genel gereklilik kriterlerine aykırılık teşkil etmeyebilecek ve bu durum kesinlikle kabul edilemeyecek bir sonucun doğmasına

¹⁴⁴ Bernd Heinrich, **Ceza Hukuku Genel Kısım I**, Editör: Ünver, Yener (çevirenler: Hakeri, Hakan/ Ünver, Yener/ Özbek, Veli Özer/Erman, Barış/ Doğan, Koray/ Atladı, Ramazan Barış/ Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker), Ankara, Adalet, 2014, kn. 356.

¹⁴⁵ Heinrich, **a.g.e.**, kn. 335; Krşl. Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, §15, kn. 2; Rienen, **a.g.e.**, s. 68.

¹⁴⁶ Önder, **a.g.e.**, s. 195.

neden olabilecektir¹⁴⁷. Halbuki bu tür istisnai durumlarda, hakkın kötüye kullanılması ve ileride ele alacağımız savunmanın uygunluğu (orantılılık) meselesi devreye girmekte ve hakkaniyete aykırı sonuçların doğmasının önüne geçmek adına meşru savunma hakkı sınırlandırılabilir¹⁴⁸.

Tekrar önemle belirtmek gerekir ki biz, meşru savunmayı düzenleyen madde metninde geçen “orantılılık” kavramının, zorunluluk hali vb. hak/yükümlülük çatışması kapsamında ya da devlet-birey arası ilişkilerde, temel kural olarak karşımıza çıkan orantılılıkla aynı şekilde yorumlanamayacağını ve kanunda meşru savunma bağlamında ifade edilen orantılılıktan anlaşılması gereken iki farklı noktanın bulunduğunu savunmaktayız. Bunlardan ilki, gerekliliğe bakan yönüyle, savunmanın temel kurallarından biri olarak karşımıza çıkan; savunmanın, saldırıyı defedecek ölçüde bir gerekliliği haiz olmasıdır. İkincisi ise orantılılığın sözlükteki bir diğer karşılığı olan uygunluk bağlamında, savunmanın uygunluk arz etmesidir. Çalışmamızın ilerleyen kısımlarında detaylıca ele alacağımız uygunluk meselesi ise, orantılılığın, savunmanın temel bir şartı olarak değil, sınırlandırıcı fonksiyonu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu ön değerlendirmelerden sonra, savunmanın ölçülüğüne bakan yönüyle gereklilik, genel olarak; saldırıya maruz kalan kişinin, kendisine doğrudan zarar verebilecek bir riske girmeksizin saldırıyı defedecek araçlar arasından elverişli ve en hafif (uygun) aracın seçilmesi şeklinde ifade edilmektedir¹⁴⁹.

Saldırının defedilmesi bakımından kural olarak acil, elverişli ve en uygun aracın seçilmesini öngören gereklilik bakımından birtakım formüller ileri sürülmektedir. Buna göre; ilk olarak saldırınının defi bakımından birden fazla savunma aracı mevcutsa kural olarak en özenli (saldırgana en az zarar verici) aracın

¹⁴⁷ Söz konusu olay için bkz. Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, §15, kn. 47.

¹⁴⁸ Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, §15, kn. 47.

¹⁴⁹ Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, §15, kn. 42. Aynı yönde bkz. escheck, Weigend, **a.g.e.**, Berlin, Duncker-Humblot, 1996, §32 II 2b; Hoyer, **a.g.e.**, §32 kn. 58; Johannes Kaspar, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Baden-Baden, Nomos, 2015, §5, kn. 264; Gunnar Duttge, **Nomos Kommentar, Gesamtes Strafrecht**, 3. Baskı, Baden-Baden, Nomos, 2013, §32, kn. 19.

seçilmesi gerekir. Bunun yanı sıra, söz konusu savunma aracı saldırının defi bakımından uygun (hafif) bir nitelikte olmamasına rağmen, saldırının defi için tek elverişli (etkin) bir araçsa, işte bu durumda da savunmanın gerekliliğinden söz edilmektedir. O halde savunma aracının, saldırının bertaraf edilmesi bakımından bir yandan elverişli olması gerekirken öte yandan da en hafif (özenli) bir niteliği haiz olması gerekir¹⁵⁰. Buna mukabil elverişli ve en özenli bir araç olsa bile, bu araç saldırıya maruz kalan kişinin, kendisini doğrudan zarara sokacak bir riski içeren mahiyetteyse söz konusu kişiden öncelikli olarak bu araca öncelik vermesi beklenemez¹⁵¹.

Sonuç olarak söz konusu mahiyetteki gerekliliğin öngördüğü temel prensipler kısaca özetlenecek olursa;

- Saldırıyı defedecek savunma aracının elverişli olması gerekir.
- Saldırıya karşı yapılacak savunmanın saldırgana en az zarar verici (hafif, uygun, özenli) nitelikte olması gerekir.
- Saldırıya maruz kalan kişiden, saldırgana karşı en özenli aracı seçmek (kullanmak) adına kendisini doğrudan zarara sokabilecek bir riske girmesi beklenmemelidir.

B. Savunmanın Elverişliliği Meselesi

TCK'nın meşru savunmayı düzenleyen 25. maddesinde “*Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hâl ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı...*” denilmek suretiyle esasen savunmanın elverişli olmasına ayrıca yer verilmemiştir. Buna mukabil meşru savunma hakkının uygulama alanı bulabilmesi için, kanundaki ifadesiyle

¹⁵⁰ Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, §7 kn. 89.

¹⁵¹ Duttge, **a.g.e.**, §32, kn. 19. Nitekim Alman Eyalet Mahkemesinin de bu yönde kararları bulunmaktadır (BGH 27.04.1982- 5 StR 94/82; **NStZ** 1982, s. 285; BGH 25.06.2009- 5 StR 141/09; **NStZ**, 2009, s. 626, 627; Duttge, **a.g.e.**, §32, kn. 19).

savunmanın, saldırının defedilmesi için zorunlu olması gerektiğinden, saldırıya maruz kalan kişiyi bu amaca ulaştıracak aracın elverişli olması gerekliliği kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla da elverişliliğin gerekliliğin bir parçası şeklinde yorumlanması lazım gelir¹⁵². Elverişlilik; saldırıya karşı yapılacak savunmanın en uygun hareket ve araçlarla gerçekleştirilmesi kuralını ortaya koymakla birlikte, bu hareket veya araçların saldırının acil, kesin ve güvenilir bir şekilde defedilmesi bakımından yetersiz kaldığı veya saldırıya maruz kalan kişinin içinde bulunduğu zor durumdan mütevellit savunmanın etkisiz kalacağı halleri meşru savunmanın uygulama alanından çıkarmaktadır¹⁵³.

Meşru savunmanın gerekliliği meselesi ele alınırken savunma bakımından üst sınırın yanı sıra, bir alt sınırın da varlığı savunulmaktadır¹⁵⁴. Esasen savunmanın elverişliliği şeklinde ifade edilen bu durum, savunmanın saldırı bakımından minimum da olsa bir etkinlik göstermesi anlamına gelmektedir¹⁵⁵. Bu itibarla saldırı karşısında hiçbir başarı şansı olmayacak savunma hareketleri söz konusu olduğunda, saldırıya maruz kalan kişinin pasif bir şekilde, adeta kaderine boyun eğmesinin gerektiği ileri sürülmektedir¹⁵⁶.

Gerçekten de meşru savunma hareketinde bulunulurken saldırıyı sona erdiremeyecek araçlardan kaçınılması gerekir. Zira saldırganın hukuki değerinin boş yere zarara uğratılması gereklilik kapsamının dışında kaldığından yasaklanmaktadır¹⁵⁷. Örneğin bir kişi tarafından kaçırılıp bir mahsene hapsedilen mağdur, sonrasında kendisine oradan kurtulma imkanı getirmeyeceğini bilmesine

¹⁵² Günter Warda, “Die Eignung der Vertedigung als Rechtfertigungselement bei der Notwehr” §§ 32 StGB, 227 BGB, **Juristische Ausbildung**, Berlin, De Gruyter, 1990, s. 344, 345; Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, §7 kn. 94; Armin Engländer, **Grund und Grenzen der Nothilfe**, Mohr Siebeck, 2008, s. 278; Kühl, Heger, **a.g.e.**, §32 kn. 9; Kaspar, **a.g.e.**, §5, kn. 263.

¹⁵³ Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, §7 kn. 94.

¹⁵⁴ Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, §7 kn. 94; Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 150.

¹⁵⁵ Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 150.

¹⁵⁶ Günther Jakobs, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Berlin, Walter de Gruyter, 1983, §12 kn. 34.

¹⁵⁷ Rönna, Hohn, **a.g.e.**, kn. 168. Aynı yönde bkz. Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, §7 kn. 97. Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 35; Kindhäuser, **a.g.e.**, §16 kn. 32.

rağmen, kendisini kaçıran kişiyi öldürdüğünde bu netice savunma bakımından faydasız ve gereksiz olacaktır. Ancak mağdurun, serbest bırakılmak için kendisini kaçıran kişiyi tehdit etmesi aksi yönde bir örnek olarak gösterilebilir¹⁵⁸.

O halde hukuk düzeni, saldırının yoğunluğuna bağlı olarak kendi hukuki değerini koruma şansı olmayan saldırı mağdurunun pasif bir şekilde kalmasını sağlamak suretiyle en azından saldırganın zarar görmesinin önüne geçebilir mi? Esasında elverişlilik kriterinin çok katı bir şekilde yorumlanması halinde bu soruya evet cevabının verilmesi kaçınılmaz olacaktır¹⁵⁹. Zira örneğin, hiç bir surette karşı konulamayacak bir saldırıyla karşılaşan mağdurun saldırının defi bakımından etkin bir harekette bulunması mümkün olmadığında, saldırıya karşı vermiş olduğu tepkisel hareket elverişlilik niteliğini haiz olmayan bir savunma hareketi olacaktır. İşte oldukça problemli olabilecek ve katlanılamaz sonuçlara yol açabilecek bu durumların önüne geçebilmek adına elverişlilik kriterlerinin aşağı çekilmesi gerektiği savunulmaktadır¹⁶⁰. Bu itibarla savunmanın saldırı bakımından göstermesi gereken minimum etkinliğin; yalnızca saldırı şiddetinin hafifletilmesinden ibaret olmadığı, bunların yanı sıra saldırının geciktirilmesi¹⁶¹ veya olabilecek daha fazla saldırının devre dışı bırakılması¹⁶² ya da herhangi bir şekilde saldırganın amacına ulaşmasını zorlaştırmak¹⁶³ vb. durumların da bu etkinliğe dahil olduğu ileri sürülmektedir. Esasen hakkaniyete uygun olan sonucun da bu olduğunu ifade etmek gerekir. Aksi halde hukuk düzeninin, hak-haksızlık düzleminde yer aldığı pozisyonun doğruluğunu sorgulamak gerekecektir.

¹⁵⁸ Rönnau, Hohn, **a.g.e.**, kn. 168.

¹⁵⁹ Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 151.

¹⁶⁰ Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, §7 kn. 98; Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 35; Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 151.

¹⁶¹ Warda, **a.g.e.**, s. 344; Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, §7 kn. 96; Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 35; Kühl, Heger, **a.g.e.**, §32 kn. 9.

¹⁶² Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, §7 kn. 99.

¹⁶³ Wolfgang Joecks, “Erfolglose Notwehr”, **Festschrift für Gerald Grünwald**, Baden-Baden, Nomos, 1999, s. 263.; Kühl, Heger, **a.g.e.**, §32 kn. 9; Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 151.

Bununla birlikte bilhassa; savunmanın etkisiz kalacağı aşîkar olmasına rağmen, saldırının sonuçlarını geciktirici, bir diğerk ifadeyle yalnızca zaman kazandırıcı mahiyette savunma hareketlerinin, elverişlilik değerkendirilmesi bakımından meşru savunmanın hukuki esasını izah eden görüşlere göre farklı sonuçlar doğuracağı ileri sürölmektedir. Buna göre subjektif görüş; meşru savunmanın uygulama alanı bulabilmesini, birden çok seçenek arasında bir seçim yapma imkansızlığına, bir diğerk ifadeyle saldırıya maruz kalan kişinin saldırgana zarar vermeden saldırıdan kurtulmasının mümkün olmamasına dayandığından, söz konusu görüşe göre yalnızca zaman kazandırıcı ve saldırının sonuçlarını geciktirici hareketleri elverişli hareketler olarak kabul etmek mümkün olmayacaktır. Buna mukabil objektif görüş “*hak haksızlığa karşı boyun eğmek zorunda bırakılamaz*” düşüncesine dayandığından, bu görüşe göre, söz konusu minvalde hareketler haksızlığa karşı hakkın mücadelesinin bir örneğini gösterdiği için elverişli hareketler olarak kabul edilecektir¹⁶⁴.

Gerçekten de saldırıya maruz kalan kişinin hiçbir surette saldırıyı sona erdirecek bir savunma olasılığının bulunmadığı hallerde savunmanın elverişliliğine dayanarak saldırgana herhangi bir müdahalede bulunulmasının mümkün olmadığını ileri sürmek güçtür¹⁶⁵. Örneğin birden fazla erkek tarafından تنها bir bölgede tecavüze uğrayan kadının bu erkeklerle başa çıkmasının mümkün olmadığına dayanarak yapacağı herhangi bir savunma hareketinin (ısıрма, tırmalama, tekme atma vs.) elverişli ve dolayısıyla hukuka uygun olmayacağını iddia etmek hakkaniyete oldukça aykırı ve kabul edilemez bir görüş olacaktır¹⁶⁶.

Keza kanun lafzına bakıldığında asıl amacın saldırının bertaraf edilmesi olduğu görülse de, bu saldırıya karşı mutlak surette muvaffak olunacak bir savunma anlamına gelmediği; keza herhangi bir şekilde saldırıyı bozmaya çalışılması ve

¹⁶⁴ Warda, **a.g.e.**, s. 347.

¹⁶⁵ Rönnau, Hohn, **a.g.e.**, kn. 169.

¹⁶⁶ Rönnau, Hohn, **a.g.e.**, kn. 169.

böylece mağdurun ihlal edilen değerini korumaya çalışılmasının da bu kapsama girdiği ifade edilmektedir¹⁶⁷.

Aynı şekilde kişinin göstereceği savunmada hukuka aykırı saldırıyla amaçlanan şeyi engelleme şansı olmasa dahi, saldırının şiddetini kırması ya da saldırı neticelerinin en azından bir kısmının önüne geçebilmesi mümkündür. Bu bağlamda saldırının oldukça etkin olması ve fakat savunmanın saldırıyı bertaraf etmek için yeterli olmaması, bizi doğrudan savunmanın elverişlilik için öngörülen eşiğin altında kaldığı sonucuna götürmemelidir¹⁶⁸.

Bu bağlamda değişik bir fikir olarak ileri sürülen görüşten de bahsetmek yerinde olacaktır. Bu görüş; bilhassa ceza hukukunda fiil kavramını amaca matuf insan davranışı olarak tanımlayan finalist hareket teorisinden yola çıkarak, meşru savunmada elverişlilik meselesini doğrudan saldırının defedilmesi amacına yönelik davranışlara göre çözmektedir. Dolayısıyla amaç saldırıyı bir şekilde uzaklaştırmak olduktan sonra kişinin kendisini ya üçüncü bir kişiyi etkin bir şekilde savunma şansının bulunup bulunmadığı önem arz etmeyecektir¹⁶⁹.

Bu bilgiler ışığında elverişlilik bağlamında yapılması lazım gelen gereklilik değerlendirmesinin esasen, meşru savunmada bulunan kişinin alternatif savunma araçlarına sahip olup olmadığı ve sahipse bunlardan uygun olanın seçilip seçilmediğine hizmet etmesi gerektiği ve fakat bu değerlendirmenin, yalnızca bir savunma imkanı olan durumlar ile hiç savunma şansı olmayan hallerde kural olarak uygulama alanı bulamayacağı ileri sürülmektedir¹⁷⁰. Bu itibarla savunma şansı olmayan durumlarda kişinin sembolik bir savunma hareketinde bulunması dahi onun

¹⁶⁷ Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 153.

¹⁶⁸ Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 157.

¹⁶⁹ Heiner Alwart, “Zum Begriff der Notwehr”, **Juristische Schulung**, München, Verlag C.H.Beck, 1996, s. 956.

¹⁷⁰ Rönna, Hohn, **a.g.e.**, kn. 170.

saldırıya karşı direnme hakkının bir sonucu olarak başarılı bir savunma kabul edilmelidir¹⁷¹.

Gerekliliğin bir unsuru olması itibarıyla elverişlilik bakımından yapılacak değerlendirmenin ex ante ve objektif bir niteliği haiz olması lazım gelir¹⁷². Bu bağlamda ex ante bakış açısına göre saldırının defî için etkinlik şansı olan bir savunma, ex post bir değerlendirmede etkisiz görülebilir¹⁷³.

Bunların yanı sıra, saldırıya maruz kalan kişi, kendisini, birden fazla saldırgana ya da bir saldırgan olsa bile birden fazla saldırı aracına karşı savunmak durumunda kalmışsa, her ne kadar bunlardan birinin defedilmesi savunmayı elverişli kılmasa da, kişinin bu hamlesi saldırıyı hafifletici ya da geciktirici nitelikte kısmi bir başarı olarak kabul edilmeli ve savunmanın bütünüyle elverişsiz olduğu düşüncesini doğurmamalıdır¹⁷⁴. Buna mukabil birden fazla saldırgandan, saldırının devamı için gerekli olan icraatlarda bulunmayarak saldırı mağduruna karşı aktif bir tehdit oluşturmayan saldırgana karşı bulunulacak savunma hareketinde mağdur çok daha özenli davranmak zorundadır¹⁷⁵.

Son olarak; saldırıya maruz kalan kişi tarafından saldırgana yönelik gerçekleştirilen hareket, örneğin saldırganın saldırıyla herhangi bir ilişkisi olmayan malvarlığı vb. hakkına yönelik yapılmışsa, burada söz konusu hareketin elverişsizliğinden ziyade bir savunma niteliğinden yoksunluğu söz konusu olmaktadır¹⁷⁶.

Kanaatimizce de elverişlilik, saldırının defedilmesi için savunmanın gerekli olması temel kuralının bir parçasını oluşturmakla birlikte, bu kavramın katı bir

¹⁷¹ Rönna, Hohn, **a.g.e.**, kn. 170; Joecks, **a.g.e.**, s. 263.

¹⁷² Warda, **a.g.e.**, s. 347, 348.

¹⁷³ Rönna, Hohn, **a.g.e.**, kn. 171.

¹⁷⁴ Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, §7 kn. 99. Aynı yönde bkz. Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 35; Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, §15, kn. 42.

¹⁷⁵ Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 156.

¹⁷⁶ Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 155.

şekilde yorumlanması ve bunun sonucu olarak saldırıyı bertaraf etmeyen tüm davranışların elverişsiz kabul edilmesi meşru savunmanın yapısına ve bilhassa hakkaniyete uygun olmayacaktır. Bu açıdan objektif görüşün esas almış olduğu “hak haksızlığa karşı boyun eğmek zorunda bırakılamaz” düşüncesi ışığında, haksızlığa karşı mücadele amacını gösteren ve fakat saldırıyı sona erdiremese de saldırıyı hafifleten, bir kısmını devre dışı bırakan, geciktiren veya zorlaştıran hareketlerin tamamının elverişli kabul edilmesi gerekir.

C. Gerekliliğin Temel Kriterleri Olarak Saldırıya Karşı En Ölçülü Aracın Seçilmesi ve Saldırıya Maruz Kalanın Maksimum Güvenliği

Meşru savunmanın alt sınırı olarak ileri sürülen elverişliliğin yanı sıra, savunmanın üst sınırını belirleyen temel kural, saldırıyı defedecek araçlardan en ölçülü (hafif, uygunun) olanının seçilmesi şeklinde ifade edilmektedir¹⁷⁷. Bir diğer ifadeyle, alternatif savunma araçlarından saldırgana en az zarar verici olanının tercih edilmesidir¹⁷⁸. Keza bu kural, yalnızca en özenli aracın seçilmesini değil, seçilen aracın en özenli şekilde kullanılmasını da öngörmektedir¹⁷⁹. Ancak söz konusu temel kural, katiyen saldırıya maruz kalan kişinin saldırıdan kaçması veya saldırgana karşı geri çekilmesi ya da ona boyun eğmesi anlamına gelmemektedir¹⁸⁰.

Bununla birlikte bu kural, ancak saldırıya karşı koyulacak birden fazla aracın mevcut olduğu anda ve bu araçlar saldırının derhal, kesin ve güvenilir bir şekilde defi bakımından birbirine denk olduğu zaman uygulama alanı bulabilir¹⁸¹. Bir diğer

¹⁷⁷ Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, §7 kn. 100; Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, §32 II 2b; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, §15 kn. 39; Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 36; Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, §15, kn. 42; Rengier, **a.g.e.**, §18 kn. 36; Gropp, **a.g.e.**, §5, kn. 148; Holland, **a.g.e.**, kn. 235; Apaydın, **a.g.e.**, s. 104.

¹⁷⁸ Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, §7 kn. 100.

¹⁷⁹ Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, §7 kn. 102; Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 158.

¹⁸⁰ Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, §32 II 2b.

¹⁸¹ Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, §7 kn. 100; Ayrıca bkz. Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 36; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, §15 kn. 39.

ifadeyle, ancak birden fazla etkin savunma aracının mevcut olması halinde, bunlardan saldırgana en az zarar verici olanı tercih edilmelidir¹⁸². Buna mukabil saldırıyı defedecek yalnızca bir savunma imkanı varsa kural olarak bu minvalde yapılacak savunma her zaman gereklilik arz edecektir¹⁸³.

Saldırıya karşı yapılacak savunmanın gerçekten de özenli bir şekilde yapıp yapılmadığı meselesi, her somut olayın kendine özgü durumlarına göre değerlendirilip çözüme kavuşturulacaktır. Bu açıdan örneğin saldırgana göre fiziksel üstünlüğü bulunan savunmacının saldırının defî bakımından yumruk vb. yerine bıçak vb. araçlar kullanması savunmanın gerekliliğine aykırılık oluşturabilecekken, saldırganın fiziksel üstünlüğü olduğu durumlarda doğrudan bıçak vb. araçların tercih edilmesi savunmanın meşruiyetine halel getirmeyebilecektir¹⁸⁴.

Burada yapılacak değerlendirmede terazinin bir kefesine saldırının yoğunluğu ve saldırganın tehlikeliliği, diğer kefesine ise saldırı mağdurunun savunma olanakları konulmakta¹⁸⁵ ve saldırının tehlikesi arttıkça seçilen savunma aracının şiddetinin de artmasına cevaz tanınmaktadır¹⁸⁶.

Bununla birlikte önemle belirtmek gerekir ki en hafif (uygun) savunma aracının tercih edilmesi, gerekliliğin bir diğer temel kuralıyla sınırlandırılmaktadır. Buna göre saldırıya maruz kalan kişiden sırf daha hafif nitelikte olduğu için kendisini tehlikeye düşürecek ya da riske atacak bir savunmaya katlanması beklenemeyecektir¹⁸⁷. Dolayısıyla saldırıya maruz kalan kişinin böyle bir tercih

¹⁸² BGH 02.11.2011- 2 StR 375/11; **NStZ**, 2012, s. 272; Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, §7 kn. 100.

¹⁸³ Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 36; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, §17 kn. 39.

¹⁸⁴ Söz konusu açıklamalar için ve bu yöndeki kararlar (BGH 05.10.1990- 2 StR 347/90; **NStZ**, 1991, s. 33; BGH 02.12.2011- 5 StR 416/11; **NStZ-RR**, 2012, s. 71) için bkz. Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, §7 kn. 101. Aynı yönde bkz. Aynı yönde bkz. Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 36.

¹⁸⁵ Aynı yönde bkz. Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 36; Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, §32 II 2b.

¹⁸⁶ Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, §7 kn. 101.

¹⁸⁷ Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, §7 kn. 103. Savunmanın gerekli olup olmadığı öncelikli olarak saldırının türü ve yoğunluğuna bağlıdır. Bununla birlikte saldırının derhal ve kesin bir şekilde defedilmesi saldırıya maruz kalan kişinin en doğal hakkıdır. Bu itibarla daha hafif nitelikte olan savunma aracının etkinliğinin kuşku olduğu veya yeterli olmayacağı durumlarda doğrudan

yapması gerektiğinde, daha ağır olsa da kendisini riske atmayacak savunma aracını tercih etmesi savunmanın gerekliliğine aykırılık oluşturmaz¹⁸⁸. Esasen ceza hukuku açısından da asıl sorumluluk saldırganı ait olduğu için saldırıya maruz kalan kişinin etkin olmayan bir savunma aracına kullanmaya zorlanması beklenemeyecektir¹⁸⁹.

Bu açıdan örneğin bir hırsızın uyarı ateşi yapılması bilhassa zamansal açıdan savunmayı başarısız kılacaksa bunun yerine doğrudan saldırganın bacağına ateş edilmesi savunmanın gereklilik şartını ihlal etmeyecektir¹⁹⁰. Keza Alman Eyalet Mahkemesi tarafından verilen bir kararda; saldırgan tarafından bir bezbol sopasıyla tehdit edilen savunmacının, saldırganın elinden o sopayı alıp kafasına vurarak etkisiz hale getirmesi gereklilik sınırları içerisinde değerlendirilmiş ve savunmacının sopayı bir kenara koyup saldırganla eşit şartlarda dövüşmesinin şart olmadığına vurgu yapılmıştır¹⁹¹. Buna mukabil, örneğin bıçaklı bir saldırıda bulunan saldırganı etkisiz

yaşamsal tehlikeliği haiz savunma araçlarının kullanılması dahi savunmanın gereklilik koşuluna aykırılık oluşturmaz¹⁸⁸. Zira saldırıya maruz kalan kişiden, hak-haksızlık mücadelesinde, çıkış noktası belirsiz bir savunmaya katlanması beklenemeyecektir (BGH 30.06.2004- 2 StR 82/04; **NStZ**, 2005, s. 31; Rengier, **a.g.e.**, §18 kn. 36). Aynı yönde bkz. Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, §32 II 2c; Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, §15, kn. 42; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, §15 kn. 39.

¹⁸⁸ Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, §7 kn. 103; Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 36c. “müşterilerin de araya girip doğan tatsız havayı yatıştırmak istediği sırada, maktul Ali H.A’nın bıçakla sanığın masasına yürüdüğü, diğer maktul Kemal K.’n da sandalye ile sanığa vurup onu yere düşürdüğü, kalkmak isterken darbelerin devam etmesi sonucu silahı ile ateş etmeye başladığı, önce sandalye ile vurmakta olan Kemal’e ateş edip kaçmak isterken diğer maktulün de sandalye ile üzerine gelmekte olduğunu görünce ateş edip onu da öldürdüğü’nün kabul edilmesi; maktuller ve arkadaşlarının dosya içeriğinden açıklıkla anlaşılan saldırgan kişilikleri, sanığın birden çok kişinin aynı anda bıçaklı ve sandalyeli saldırısına muhatap olması, uğradığı saldırının yoğunluğu karşısında hedef seçerek ateş ettiğinin kesinlikle belirlenememesi, ateş etmeye başlamasına rağmen maktullerin saldırılarına devam ettiğini görünce ardı ardına ateş etmesinin doğal karşılanması gerektiği göz önünde tutulduğunda, sanığın yasal savunmaları içinde hareket ettiği ve savunmada aşırılığa kaçmadığının kabulünde zorunluluk bulunduğu halde...” (Y1.CD 23.13, 12.1992; 2807/2966, Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 712, 713)

¹⁸⁹ Krey, Esser, **a.g.e.**, §14 kn. 505.

¹⁹⁰ (BGH 01.07.2014- 5 StR 134/14; **NStZ**, 2015, s. 151; Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, §7 kn. 103.

¹⁹¹ (BGH 26.11.2013- 3 StR 331/13; Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 160). Bu bağlamda gerçekleşen bir olayda ise Yargıtay, maktulün arkadaşları ile sanığın işyerine gelip önceki olay nedeniyle tartışma çıkarıp sanığa saldırması ve tezgah üzerindeki bıçağı almaya yöneldiği sırada, sanığın bıçağı maktulden önce alarak, maktule verdiği olayda, maktulün elinde saldırıya yönelik bir alet bulunmaması nedeniyle savunma hareketini zorunlu görmeyerek meşru savunma koşullarının gerçekleşmediğine karar vermiştir (Y1.CD, 21.12.2006, 5899, Hakeri, **a.g.e.**, s. 346).

hale getiren mağdur, bununla yetinmeyip saldırganın elinden aldığı bıçakla ona vurmaya devam ederse burada savunmada ölçülülük şartı gerçekleşmediğinden meşru savunmadan ziyade haksız tahrik hükümlerinin tartışılması gerekecektir¹⁹².

O halde gerekliliğin genel ölçütü, biri; saldırıya maruz kalan kişinin kendi hukuki değerini riske atmaksızın saldırının elverişli araçlarla defedilmesi, diğeri ise bu savunmanın saldırgana karşı en özenli şekilde yapılması olmak üzere birbirine zıt iki prensipten oluşmaktadır. Ancak savunmacıdan beklenen birbirine zıt olan bu iki prensibi dengelemek değildir. Zira hiçbir savunmacıdan, saldırgana özen göstermek adına kendisini güvenli olmayan savunma metodlarına teslim etmesi beklenemez. Ancak ondan; imkanı ölçüsünde ve efektif bir savunma kapsamında en özenli şekilde davranması beklenecektir¹⁹³.

Elbette ki saldırıya maruz kalan kişinin kendisini tehlikeye düşürmeyecek güvenli savunma araçlarıyla saldırıyı defetmesi savunmanın gerekliliği meselesinin

¹⁹² “Maktulün, sanığın ablası ile evli olduğu, yaklaşık 9 yıl boyunca kendi babasının evinde, eşi ile birlikte yaşadığı, bu yüzden maktul ile eşi arasında bir kısmı adli makamlara da yansıyan tartışmalar yaşandığı, maktulün eşi tarafından mahkemeden koruma kararı ve maktulün ortak konuttan uzaklaştırılması yönünde karar alındığı, buna rağmen ailelerin araya girmesi ile maktul ve eşinin birlikte yaşamaya devam ettikleri, maktul ve eşinin suç tarihinden yaklaşık 9 ay önce sanığın ve ailesinin ikamet ettiği apartmanın 11 numaralı dairesine yerleştikleri, olay gecesi sanık ile maktulün önce telefonda tartıştıkları, sanığın evine gelip aracını park ettiği sırada, pencereye çıkan maktulün sanığa seslenerek yanına çağırdığı, araçta bulunan çakısını pantolonunun arka cebine koyan sanığın maktul ile görüşmek için merdivenlerden çıkmaya başladığı, aynı gün nişanlısından ayrılmasının verdiği kızgınlık ve gün boyu almış olduğu alkolün tesiri altındaki sanıkla, eşi ve oğlundan iki gündür haber alamayan maktul arasında maktulün ikamet ettiği daire önünde itişme yaşandığı, dairenin holünde devam eden itişme sırasında maktulün hamili bulunduğu sustalı çakı ile sanığın göğüs ve batın bölgesine her biri yaşamsal tehlikeye neden olacak şekilde 8 kez vurarak sanığı ağır şekilde yaraladığı, bu sırada maktulün saldırısını durdurmak isteyen sanığın, maktulün boğazını sıkarak etkisiz hale getirmeye çalıştığı, boynundaki tiroid kartilaj kemiği kırılan ve nefesi kesilen maktulün etkisiz hale gelmesi üzerine, sanığın maktulün elindeki bıçağı ele geçirip artık eylemlerine devam etme ihtimali bulunmayan maktule bıçakla saldırdığı, maktulün elleri ve kolları ile direnmeye çalışmasına rağmen, sanığın 3’ü göğüs bölgesine olmak üzere birçok kez bıçakla vurarak maktulü öldürdüğü olayda; sanığın, kendisine yönelmiş haksız saldırıyı o anki hal ve şartlara göre, saldırıyla orantılı bir şekilde defetmek yerine, boynundaki tiroid kartilaj kemiği kırılan ve nefesi kesilerek etkisiz hale gelen maktulün elindeki bıçağı aldıktan ve bu şekilde maktulden kaynaklanan saldırının son bulmasından sonra yeniden saldırma imkânı bulunmayan maktulü, göğüs bölgesine bıçakla birçok kez vurarak öldürmesi eyleminin, yoğun haksız tahrik altında kasten öldürme suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin, dosya kapsamına uygun düşmeyen gerekçeler ve yanlışlıklarla değerlendirilme sonucu TCK’nun 27/2 ve CMK’nun 223/3-c maddesine göre ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesinde isabet bulunmamaktadır”. (YCGK 2017/414 E., 2017/386 K. (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 30.05.2018).

¹⁹³ Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 158.

önemli bir esasını oluşturmaktadır¹⁹⁴. Buna mukabil her ne kadar savunmanın saldırıya maruz kalan kişi açısından güvenli bir şekilde yapılması öncelik arz etse de, “savunmanın güvenliği” kavramının da yanlış bir şekilde yorumlanmaması gerekir. Söz gelimi saldırıya maruz kalan kişi için en güvenilir savunma, belindeki tabanca ile saldırgana karşı ateş edilmesidir. Halbuki genel gereklilik kriterlerine göre böyle bir silahla savunma ancak son çare olarak kabul edilmektedir¹⁹⁵. O halde savunmanın güvenliliğinden kast edilen, saldırıya maruz kalanın güvenliği açısından şüpheden mutlak surette arındırılmış bir savunmanın mevcudiyeti değil, gerçekten de savunmanın etkinliği açısından ciddi şüphe uyandıran savunma olanaklarıdır¹⁹⁶. Kaldı ki burada her ne kadar savunmanın saldırıya maruz kalan açısından güvenli bir şekilde yapılması temel bir kural olsa da, diğer temel kural olan saldırgan açısından savunmanın özenli bir şekilde yapılması hakikatinin de gözetilmesi gerekecektir.

Bu bağlamda eğer, mevcut savunma olanaklarından daha hafif (uygun) araç, saldırıya karşı ilk bakışta başarısız gibi görünse de, yeterli zaman içerisinde savunmacıyı güvenli savunma tedbirlerine ulaştıracak mahiyetteyse, savunmacının bu aracı seçmesi gerekmektedir. Elbette ki bahsi geçen bu zaman aralığında oluşacak gecikmenin savunmacının hukuki menfaatini ihlal etmemesi ve keza savunmanın başarılı bir şekilde gerçekleşme ihtimaline engel olmaması bu bakımdan bir ön koşul teşkil etmektedir¹⁹⁷.

Ayrıca saldırıya maruz kalan kişi daha hafif bir şekilde defedeceği bir saldırıyı, tereddüt halinde kaldığı uzunca bir süreden dolayı daha ağır bir araçla defettiğinde, yalnızca bu durumun varlığı, savunmanın gereklilik şartını ihlal etmez. Zira meşru savunmada bulunulması bir yükümlülük değil, hak olup, savunmacı bu

¹⁹⁴ Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, §15, kn. 42.

¹⁹⁵ Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 36c.

¹⁹⁶ Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 36c; Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 159. Aynı yönde bkz. Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, §15, kn. 42.

¹⁹⁷ Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 161. Aynı yönde bkz. Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, §15, kn. 43.

hakkını, kendi adına olumsuz gördüğü bütün ihtimallerin tüketildiği ve artık saldırının kesin bir şekilde gerçekleşeceği son anda kullanabilir¹⁹⁸.

Savunma aracının tehlikeliliği arttıkça onun kullanımına çok daha fazla hassasiyet gösterilmeli ve burada, saldırının arz ettiği tehlikeliliğin füzuli bir şekilde aşılmamasına dikkat edilmelidir. Bu açıdan, yapılacak savunmanın kademeli şekilde artırılması savunmanın gerekliliği açısından daha uygun olacaktır¹⁹⁹. Elbette ki böyle bir kademelendirme, saldırıya maruz kalan kişiye, saldırıya karşı koymak bakımından aynı yönde uygulanabilir savunma araçlarından daha hafifiyle başlama imkanı olan hallerde istisnai olarak yüklenebilir. Buna mukabil söz konusu istisnai hal bulunmadığı takdirde, böyle bir kademelendirmeden de bahsetmek doğru olmayacaktır²⁰⁰.

Bu bağlamda son olarak, saldırının defansif (bıçaklı saldırıdan bulunan bir kişinin elinden bıçağın alınması) veya ofansif (saldırgana yumruk atılması) bir şekilde defedilmesi meselesine değinilecek olursa, genel bir kural olarak saldırıyı püskürtmek gibi defansif savunmanın yeterli olduğu durumda ofansif savunmaya cevaz verilemeyeceği ileri sürülmektedir²⁰¹. Örneğin kişinin izinsiz fotoğrafının çekildiği bir olayda, öncelikli olarak fotoğrafı çeken kişinin kamerasının sıkıca tutulup kameranin görüş açısının kapatılması veya kameranin hızlıca onun elinden alınması söz konusu saldırının önüne geçebilecekken, fotoğrafı çeken kişiye doğrudan fiili müdahalede bulunmak gerekliliğe aykırılık oluşturabilecektir²⁰². Ancak ifade edilmektedir ki söz konusu kural, saldırıyı püskürtmenin, saldırıya aktif

¹⁹⁸ Söz konusu açıklamalar ve bu yönde bir kararın (BGH 13.03.1986- 2StR 38/86) bulunduğu ilişkin bkz. Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 162.

¹⁹⁹ Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 36b.

²⁰⁰ Rönna, Hohn, **a.g.e.**, §32 kn. 176.

²⁰¹ Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 36a; Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, §7 kn. 79. Aynı yönde bkz. Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §10 kn. 511.

²⁰² Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 36a. Buna mukabil örneğin, sözlü olarak kişinin onuruna yönelik devam edegelen bir saldırı söz konusu olduğunda, bu kişi benzer şekilde susturulamıyorsa (tehdit vb) istisnai olarak fiili savunmaya izin verilebilir. Ancak bu savunmanın tehlikeli savunma araçlarıyla yapılması kabul edilemez (Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 36a).

bir şekilde mukavemet göstermeye karşı mutlak bir önceliği sonucunu doğurmamaktadır. Bir diğer ifadeyle saldırıyı püskürtme önceliği, gereklilik kapsamında genel bir kural şeklinde ele alınmamalıdır. Zira burada özellikle somut olaya göre bir değerlendirme söz konusu olacaktır. Örneğin saldırganın mukavemet, püskürtme hareketlerle mümkün olabilecekken saldırganın doğrudan silahla öldürülmesinde bu ayrımın önemi ortaya çıkacakken, saldırının başından sonuna kadar saldırganın tehlikeliği artırması ya da benzeri neticelere neden olması durumunda, savunmacıdan bu şekilde bir ayrımın yapması beklenemeyecektir²⁰³.

D. Yaşamsal Tehlikeliği Haiz Savunma Araçlarının Kullanılmasına İlişkin Ölçütler

Kuşkusuz meşru savunmanın gereklilik koşuluna ilişkin ölçütlerin belirlenmesi yaşamsal tehlikeliği haiz araçların (ateşli silah, bıçak vb.) kullanılması bakımından ayrı bir önem arz etmektedir. Zira bu araçlar, meşru savunmanın uygulama sahası kapsamında en çok başvurulmuş araçlardan biri olmakla birlikte, yöneldiği hak bakımından da bilhassa kişinin en önemli hakkı olan yaşam hakkını tehdit etmektedir²⁰⁴.

Söz konusu araçların meşru savunma sınırlarına uygun bir şekilde kullanımına ilişkin öncelikli kural, mevcut savunma olanakları arasında bu araçlardan daha hafif bir aracın bulunmamasıdır²⁰⁵. Dolayısıyla, herhangi bir tehlikeli silah kullanmaksızın, bilhassa bedensel üstünlüğü ve yeteneğine bağlı olarak saldırıyı defedebilecek bir kişinin, savunmasında bu silahları kullanmasına cevaz verilmemektedir²⁰⁶.

²⁰³ Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 120.

²⁰⁴ Krşl. Herzog, **a.g.e.**, §32 kn. 74.

²⁰⁵ Herzog, **a.g.e.**, §32 kn. 75.

²⁰⁶ Rengier, **a.g.e.**, §18 kn. 42.

Bununla birlikte, eğer saldırgana yönelik yapılacak daha özenli bir savunma, sonuç açısından yetersiz kalacak ve diğer araçlar da, daha etkin tedbirlere kapı aralayacak kadar güvenilir değilse, işte bu durumda silah kullanma, saldırgana yönelik etkisi en ağır olsa da, meşru savunma hakkının son çaresi ve gerekliliğin temel prensiplerinin otomatik bir sonucu olarak karşımıza çıkacaktır²⁰⁷.

Her ne kadar yasal bir karşılığı olmasa da, söz konusu mahiyetteki silahların kullanımı açısından genel gereklilik kriterlerine göre belli ölçütler getirilmektedir²⁰⁸. Buna göre meşru savunma kapsamında hareket eden kişi saldırganın ağır saldırısına karşı örneğin bir tabancaya başvuracaksa, öncelikle saldırganı bu tabancayı işaret ederek tehdit etmesi gerekmektedir. Ancak bu tehdidin yetersiz kaldığı/kalacağı durumlarda uyarı ateşinde bulunması, bunun da yetersiz kaldığı/kalacağı hallerde ayağına doğru ateş etmesi ve son çare olarak da hedef gözetmeksizin ateş etmesi gibi bir sıralamaya riayet etmesi beklenmektedir²⁰⁹.

²⁰⁷ Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 166.

²⁰⁸ Khristian Kühl, “Die Gebotene Verteidigung gegen Provozierte Angriffe, Überlegungen aus Anlass der Neuesten Rechtsprechung des BGH zur Notwehrprovokation”, **Festschrift für Günter Bemmman zum 70. Geburtstag am 15. Dezember 1997**, Baden- Baden, 1997, s. 194; Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 166.

²⁰⁹ BGH 12.03.1987- 4 StR 2/87; **NStZ**, 1987, s. 322; Rönna, Hohn, **a.g.e.**, §32 kn. 177; Rengier, **a.g.e.**, §18 kn. 41; Herzog, **a.g.e.**, §32 kn. 75. Aynı yönde bkz. Artuk, Gökçen, **a.g.e.**, s. 433. Bu bağlamda Alman Eyalet Mahkemesine (BGH 27.09.2012- 4 StR 197/12) de konu olan bir olayın ele alınmasında fayda bulunmaktadır: Sarhoş bir şekilde yoluna devam eden A, yolda bir ipe bağlı iki köpekle dolaşan O ve F ile karşılaşır. Bu esnada O ve F ile A arasında birbirlerini aşağılayıcı sözlerin sarf edildiği bir münakaşa başlar. A yoluna devam ederken O ve F onu takip eder ve A ile aralarındaki mesafeyi gittikçe azaltırlar. Bu arada F, A’ya bir sonraki aptalca kelimenin de onun ardından geleceğini söyler. A buna karşılık: “gelsin bakalım” derken sözlü münakaşa da şiddetini artırarak devam eder. Hatta A son söylediğiyle yetinmeyip; “size vurup bu caddeye bırakıp gittiğimde kendinize dikkat edin” der. Mesafeler kısaldıkça ve sözlü münakaşa da arttıkça, A da çantasından 10 cm büyüklüğünde bir bıçak alır. Bu sırada O A’ya doğru koşar ve kafasına doğru bir yumruk atmaya çalışır. Ancak A tam o sırada yönünü değiştirdiği için yumruk ona isabet etmez. İşte bunun hemen akabinde A zaten elinde olan bıçağı O’nun vücudunun üst bölgesine doğru şiddetli bir şekilde saplar. O ağır şekilde yaralanırken A da bıçağı sapladığı yerden çıkarır ve bu esnada O tarafından yüzüne bir yumruk darbesi alır ve yere düşer. O olay yerinde hayatını kaybeder.

İlk derece mahkemesi bu olaya ilişkin olarak; A’nın O’yu elindeki bıçakla ölümcül bir şekilde yaralamasını gereklilik kriterlerine aykırı görüp A’nın meşru savunmadan yararlanamayacağına karar vermiştir. Zira mahkemeye göre münakaşanın başladığı andan cinayetin gerçekleştiği ana kadar geçen sürede A, elindeki bıçağı O’ya saplamaksızın, onu O ve F’ye göstererek bir tehdit aracı ya da bir vurma aracı olarak kullanabilirdi. Keza bu süre zarfında O yalnızca A’ya doğru koşmuş ve fakat ona vurmaya başlamamıştır. Kaldı ki A’da bu münakaşayı dindirecek, ortamı sakinleştirecek hiçbir girişimde bulunmamıştır. Bunun yanı sıra O’nun boyu 1.60m, A’nınki ise 1.87m olduğu için bu

Her kim bu sıraya riayet etmeksizin örneğin saldırgana hedef gözetmeksizin ateş ederse gereklilik ölçütündeki üst sınırı aştığı noktasında bir şüphenin varlığı kaçınılmaz olacaktır. Zira özenli bir savunmacıdan beklenen, silahla tehdidin, uyarı ateşinin ya da bacağa yöneltilen ateşin, saldırının defî bakımından yetersiz (etkisiz) olacağı özel durumlar dışında bu kurala riayet etmesidir²¹⁰.

Yaşamsal tehlikeliliği haiz silahlar bakımından en temel kural, onların son çare olarak kullanılmasıdır²¹¹. Buna mukabil bu tür silahların kademeli bir şekilde son çare olarak kullanılması yasal zorunluluktan kaynaklanan mutlak bir kural şeklinde anlaşılmamalıdır. Bu bakımdan mahkemelerin; ateşli silahların kullanıldığı olaylarda çok katı, basmakalıp kurallarla değil²¹², somut olayın şartlarını, genel gereklilik prensiplerinin dikkate alındığı bir teste tabi tutarak sonuca varması gerektiği ifade edilmektedir²¹³. Yani öyle ki, savunmacı, saldırgana ölümcül bir ateş etme ile onun saldırısına katlanma arasında bir seçim yapmak zorunda kalabilir. İşte

bedensel üstünlüğünü kullanarak yalnızca bedensel bir savunmayla saldırıyı defedebilirdi (Bernd von Heintschel-Heinegg, “Notwehr: Zur Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung bei Einem Unbewaffneten Angreifer”, **Juristische Arbeitsblätter**, 2013, s. 69).

²¹⁰ Rönna, Hohn, **a.g.e.**, §32 kn. 177.

²¹¹ Rönna, Hohn, **a.g.e.**, §32 kn. 177; (BGH 19.03.1986- 2 StR 38/86; **NStZ**, 1986, s. 357; Herzog, **a.g.e.**, §32 kn. 77); Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 37.

²¹² Alman Eyalet Mahkemesi; metro istasyonuna yakın bir yerde, genç bir saldırganın kendilerine yönelik saldırısı sonucu arkadaşı bıçakla yere serilen kişinin hemen bu esnada saldırıya karşı olarak saldırganın boynuna vurmuş olduğu bir bıçak darbesiyle onun ölümüne neden olduğu olayda meşru savunmanın olmadığına karar vermiştir. Söz konusu mahkeme gerekliliği değerlendirirken bunu basmakalıp kurallarla ele almış ve saldırganın boyunun 1.75 m, sanığın boyunun ise 1.80 m; saldırganın 75 kg buna rağmen sanığın 95 kg olduğunu ifade edip sanığın bedensel üstünlüğünü de ileri sürerek, bıçakla yapılacak tehdidin veya vücudun daha az tehlikeli bölgesine yapılacak darbenin savunma bakımından yeterli ve gerekli olduğuna istinaden savunmanın gerekli olmadığı sonucuna varmıştır. Mahkemenin vermiş olduğu bu karar, örneğin sanığın bir kavga tecrübesinin olup olmadığı gibi somut olay gerçeklerine değil de, tamamen basmakalıp ve hayatın olağan akışına aykırı kurallarına dayandırıldığından eleştirilmektedir (BGH 04.08.2009-1StR 297/09; Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 170).

²¹³ Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 168 (“*Katılan sanık L....’nın da H....’den başlayan, devam eden ve artarak devam etmesi de muhakkak olan cinsel davranışlar şeklindeki haksız saldırıyı, o andaki hal ve şartlara göre kilerin içindeki çuvalların arasında bulunan ve içerisinde iki adet mermi olan tabancayla bitişik atış mesafesinden yalnızca bir kez ateş etmek suretiyle defetmeye çalışması karşısında, katılan sanık L....’nin kendisini başka türlü savunmasının imkansız olduğu, saldırının bir sonucu olan ve saldırgana karşı gerçekleştirilen fiilde meşru müdafaa şartlarının bulunduğu kabulü gerekmektedir*” YCGK 2014/572 E., 2015/2 K. (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 27.05.2018).

böyle bir ihtimalde, saldırganla bahsi geçen nitelikte bir ateş edilmesi savunmanın gerekliliği kapsamında kabul edilmektedir²¹⁴. Bu bağlamda saldırının oldukça yoğun ve tehlikeli olduğu bir halle karşılaşan savunmacı, uyarı ateşi ile ya da saldırganın ayağına doğru bir hedef gözeterek savunmada bulunacak bir imkan ve zamana sahip değilse, burada hedef gözetmeksizin yapmış olduğu savunma gereklilik kriterlerine aykırılık oluşturmaz²¹⁵. Aynı sonuç silahla tehditin ya da uyarı ateşinin saldırganla savunmacı arasındaki çatışmayı tırmandırdığı hallerde de geçerlidir²¹⁶. Keza saldırganın, savunmacının, elindeki silahı göstermek suretiyle bulunmuş olduğu tehditten etkilenmemesi hali de, bu minvalde bir örnek olarak gösterilmektedir²¹⁷. Keza diğer savunma tedbirlerinde olduğu gibi, yaşamsal tehlikeliliği haiz silahlar bakımından da savunmacı, saldırgan karşısında akıbeti belirsiz bir mücadeleye kalkışmak zorunda bırakılamayacaktır²¹⁸. Bu yüzden de

²¹⁴ (BGH 12.07.1994- 5StR 309/94; **NStZ**, 1994, s. 582; BGH 25.10.2001- 1StR 435/01; **NStZ**, 2002, s. 140; Rönna, Hohn, **a.g.e.**, §32 kn. 177. Aynı yönde bkz. Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 37.

²¹⁵ Duttge, **a.g.e.**, §32 kn. 21; (Uyarı ateşi olmaksızın yapılan ateşli savunmanın da meşru kabul edilebileceği noktasında bkz. BGH 18.06.1985- 5StR 119/85; **StV**, 1986, s. 15. Krşl. Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, §15, kn. 43. Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 37; Rengier, **a.g.e.**, §18 kn. 41; Kindhäuser, **a.g.e.**, §16 kn. 31. (“Silahlı saldırıya maruz kalan sanıktan soğukkanlılıkla tabancasını maktulün hayati önemi haiz olmayan bir bölgesine tevcihi beklenemez”; Mehmet Tan, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler 1. Cilt (1-34. Maddeler)**, Ankara, Seçkin, 2011, s. 994). Yargıtay Ceza Genel Kurulu da, sanığın maktulü (saldırgan) hedef gözetmeksizin doğrudan göğsünden vurup öldürdüğü olayda meşru savunma şartlarının gerçekleştiği sonucuna varmıştır. Kararda geçen şu ifadeler kayda değerdir: “Gergin bir ortamda silahın doğrultulduğu an yaşam hakkına yönelik saldırının başladığı ve eş zamanlı olarak savunmaya hak kazanıldığı andır. Bu durumun aksinin kabulü, belirtilen durumlarda meşru savunmayı anlamsız kılacaktır. Nitekim, dolu bir tabancanın kişiye yöneltilmesi ile ateşlenmesi arasındaki zaman farkı ancak saniyelerle ölçülebilir, aynı şekilde bir kişinin ayağına ateş edildikten sonra göğsüne ateş edilmesi için tabancanın ucunun yukarıya doğru 20 cm daha kaldırılması yeterli olacaktır. Bu durumda, saldırıya maruz kalana, 'saldırgan seni gerçekten öldüreceğini ortaya koyana kadar bekle' anlamına gelecek şekilde yorumda bulunmak, meşru savunma müessesesini anlamsız hale getirecektir. Bir başkasına hasmane bir tutumla silahını tevcih eden kişinin, karşısındaki tarafından meşru savunma koşulları altında öldürülme riskini göze aldığı kabul edilmesi gerekir”. (YCGK 2015/1039 E., 2016/96 K. (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 27.05.2018).

²¹⁶ Rönna, Hohn, **a.g.e.**, §32 kn. 177.

²¹⁷ Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 167.

²¹⁸ Rönna, Hohn, **a.g.e.**, §32 kn. 177.

örneğin tek bir kurşunu kalan savunmacının saldırgana karşı ölümcül bir ateş etmesi pekala gerekli ve uygun bir savunma olabilecektir²¹⁹.

Bu bağlamda Alman Eyalet Mahkemesi de ateşli silahın son çare olarak kullanılmasının, meşru savunmanın temel ilkelerine aykırı olarak savunmacıya, kendisini geri çekmek suretiyle kendi kendini tehlikeye düşürecek bir pozisyon yükleyemeyeceğini ifade etmektedir²²⁰.

Ateşli bir silah ya da bıçakla savunmada bulunulması için saldırıda da bu araçların kullanılmış olması gibi araçlar arasında bir eşdeğerlikten söz etmek mümkün değildir. Örneğin; saldırganın, saldırıya maruz kalan kişi karşısında fiziksel olarak oldukça üstün olduğu bir durumda, saldırgana karşı bıçak kullanılması savunmanın gereklilik koşulunu ihlal etmeyebilecektir²²¹. Keza saldırısında söz konusu mahiyette bir silah kullanmamasına rağmen, oldukça gaddar ve kararlı bir saldırgana karşı da bu silahlara başvurulabilecektir²²².

Bunların yanı sıra, özellikle herhangi bir kavga ya da dövüş tecrübesi²²³ olmayan ortalama bir vatandaşın, ani ve beklenmedik bir saldırıyla karşılaşması halinde, bu hususta kendinden oldukça üstün olan bir saldırganla olan mücadelesinde, bıçak ya da ateşli silah kullanması kaçınılmaz ve hatta böyle bir kişinin bıçakla yapmış olduğu savunmasında ilk adım olarak doğrudan saldırganın vücudunun bir bölgesine kendinden emin bir şekilde bir darbeye bulunması gerekli olabilecektir. Aksi halde, savunmacıda bu konuda bir endişe ya da güvensizlik

²¹⁹ (BGH 21.03.2001- 1StR 48/01; **StV**, 2001, s. 567; Rönna, Hohn, **a.g.e.**, §32 kn. 177); Duttge, **a.g.e.**, §32 kn. 21; Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 37.

²²⁰ BGH 19.04.1967- 2StR 14/67; BGH 24.07.1979- 1StR 249/79; BGH 21.03.2001-1StR 48/01; BGH 09.08.2005- 1StR 99/05; Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 167.

²²¹ Duttge, **a.g.e.**, §32 kn. 21. Ayrıca bkz. Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 37. Aynı yönde bkz. Krey, Esser, **a.g.e.**, kn. 522.

²²² BGH 18.06.1985- 5StR 119/85; **StV**, 1986, s. 15; Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, §32 II 2c.

²²³ Nitekim Alman Eyalet Mahkemesinin vermiş olduğu bir kararında bu kavga tecrübesini de dikkate alarak sonuca ulaştığı ifade edilmektedir (BGH 27.09.2012 4 StR 197/12; NSTZ-RR 2013, 139 (140); Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 168).

hisseden tecrübeli saldırgan, çok rahat bir şekilde savunmacının elinden bıçağı alıp onu yaralayabilecek ve bu kavgadan zaferle çıkabilecektir²²⁴.

Ateşli bir silahın ya da bıçağın kullanılmasına, tabi oldukları kanunlarca cevaz verilip verilmemesi gereklilik açısından bir önem taşımamaktadır Zira böyle bir yasak hukuka aykırı bir saldırıdan doğabilecek yaralanma veya ölüm tehlikesine karşı saldırganı korumak anlamına gelebilecektir²²⁵. Bu açıdan da örneğin saldırının defi için ruhsatsız bir tabancanın kullanılması, savunmanın gereklilik ölçütlerine riayet edildiği müddetçe, meşru savunma hakkına zarar vermeyecektir²²⁶.

Bu başlık altında ele alınması gereken son mesele söz konusu silahlarla yapılacak savunmada birden fazla hamlede bulunulması savunmanın gerekliliğini nasıl etkileyeceğidir. Yani örneğin saldırgana karşı birden fazla bıçak darbesinde bulunulduğunda ya da birden fazla el ateş edildiğinde yine de savunma gerekli addedilebilecek midir²²⁷?

Burada kabul edilen genel kural, saldırgana karşı tek bir hamlenin yeterli olduğu durumlarda ikinci hamlenin yapılması savunmanın gerekliliğine aykırılık oluşturacak ve savunmayı meşru olmaktan çıkaracaktır²²⁸.

Buna mukabil istisnai de olsa, somut olayın şartlarına göre, gerekliliğin temel prensiplerinin bu şekilde bir tekrara izin verebileceği ifade edilmektedir²²⁹. Bu

²²⁴ Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 168.

²²⁵ (BGH 30.10.1986- 4StR 505/86; **NStZ**, 1987, s. 172; BGH 21.02.1990- 2StR 527/89; **StV**, 1990, s. 543; Rönna, Hohn, **a.g.e.**, §32 kn. 178).

²²⁶ Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 37; Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, §15, kn. 43.

²²⁷ Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 169.

²²⁸ Rengier, **a.g.e.**, §18 kn. 42; (BGH 29.06.1994- 3StR 628/93; **NStZ**, 1994, s. 539; Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, §15, kn. 43). ‘‘Katılan ...'un marketin giriş kısmında karın bölgesinden iki yerden bıçakla yaralama eyleminde, eylemin marketin girişinde olması, sanığın katılanı bir kez bıçakladıktan sonra ikinci kez aynı bölgeden tekrar bıçaklaması karşısında tahrik altında yaralama suçundan cezalandırılması gerekirken koşulları oluşmadığı halde meşru müdafaa hükmünün uygulanması...’’ (Y3.CD, 2016/9425 E., 2017/5071 K. (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 30.05.2018).

bağlamda savunmacının bıçak darbelerine ya da mermilerine maruz kalan saldırganın, hareket yeteneği neredeyse tam bir şekilde, savunmacıya saldırmaya devam edebildiği olaylarla, hiç de nadir olmayan bir şekilde karşılaşıldığı ileri sürülmektedir. İşte bu gibi hallerde savunmacının; maruz kaldığı riskleri yok etmek ve savunmanın etkinliğini garanti altına almak için, saldırganın etkisiz hale getirildiği veya saldırının kesin bir şekilde savuşturulduğu ana kadar, hiç duraksamaksızın ilgili savunma tedbirinin icrasına devam edebileceği ve fakat saldırının sona erdirilmesi için gerekli olan etkide bulunulduğu andan itibaren yapılan müdahaleler gereksiz olacağından buna izin verilemeyeceği ifade edilmektedir²³⁰. Bir diğer ifadeyle savunmanın, saldırıyı defedecek ölçünün dışına çıkmaması gerekmektedir.

Ayrıca saldırgana yönelik ilk darbenin etkisi tam belli değil veya bu etki gecikmeli olarak kendini gösterecekse, savunmacıdan, kendini tehlikeye düşürmemesi şartıyla bu durumu gözetmesi ve ona göre davranması beklenecektir²³¹.

E. Savunmanın İstenmeyen Neticeleri

Öncelikle belirtelim ki savunmanın istenmeyen (beklenmedik, kaçınılmaz) neticeleri meşru savunmada gereklilik ölçütü bakımından sınırın aşılması meselesini de doğrudan ilgilendirmektedir. Bu itibarla bu başlık altında, yalnızca gerekli bir

²²⁹ Nitekim Alman Eyalet Mahkemesi'nin bu yönde birçok kararı olduğunu ifade etmek gerekir (BGH 24.09.1998- 4StR 309/98; BGH 21.12.1977- 2 StR 421/77; BGH 25.11.2003- 1StR 308/03; Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 169).

²³⁰ Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 169. Ayrıca bkz. Rienen, **a.g.e.**, s. 309. “*Kasten yaralama suçundan kurulan hükümde; oluşa, dosya kapsamına ve tanık beyanlarına göre, mağdurun elinde bıçakla sanığa saldırdığı, sanığın mağdurdan korunmak için mağdura doğru ateş etmesine rağmen mağdurun bıçakla üzerine gelmeye devam etmesi üzerine sanığın tekrar ateş ettiği, esasen mağdurun bu eylemi nedeniyle mahkum olduğu, mağdurun sanığa yönelik eylemlerinin ise mahkemece haksız tahrik olarak kabul edildiği anlaşılmakla, sanık hakkında TCK 25 ve 27. maddeleri gereğince meşru savunma hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağının tartışılması gerektiğinin gözetilmemesi*”, (Y8.CD, 2016/44 E., 2016/3675 K. (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 30.05.2018).

²³¹ BGH 25.06.2009- 5StR 141/09; BGH 22.02.2011-5StR 530/10; BGH 22.06.2016- 5StR 138/16; Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 169. Ayrıca bkz. Rienen, **a.g.e.**, s. 309.

savunma sınırlarında gerçekleşen neticelere değinilecek ve bunun dışındaki meseleler ise çalışmanın ilerleyen kısımlarında ele alınacaktır.

Saldırıya maruz kalan kişi, savunma hareketinin icrasında istenmeyen neticelere yol açmış olsa da bu neticenin, zorunlu bir savunmanın uygun ve tipik bir neticesi şeklinde ortaya çıkması mümkündür. İşte böyle bir durumda savunmanın gereklilik ölçütüne aykırılık oluşturmayaacağı ifade edilmektedir²³². Örneğin saldırıya yumrukla karşılık veren savunmacının, saldırganın yüzüne doğru bir yumruk atması sonucu saldırganın bir dişi kırılmışsa, burada yapılacak salt bir değerlendirmede saldırganın bir dişini kaybetmesi saldırının def'i için bir gereklilik arz etmese dahi, somut olaya ilişkin yapılacak bütüncül bir değerlendirmede söz konusu neticenin savunmanın tipik bir neticesi şeklinde ortaya çıktığı görülebilecektir²³³.

Savunmanın zorunlu veya tipik bir neticesinin sonucu olarak istenmeden ortaya çıkan durumların birden fazla ayırım altında incelenmesi, bu hususun çok daha net bir şekilde ortaya konulmasını sağlayacaktır.

Bu bağlamda öncelikle söz konusu neticeler; bizzat saldırgan üzerinde gerçekleşebileceği gibi²³⁴, saldırıyla herhangi bir ilgisi olmayan üçüncü bir kişi²³⁵; ya da üçüncü kişi yararına meşru savunmada bulunulurken saldırıya maruz kalan kişiyi bu saldırıdan kurtarmak adına yapılan hamlenin bir sonucu olarak saldırı mağdurunun üzerinde²³⁶ de gerçekleşebilir.

Saldırının istenmeyen neticelerinin kimin üzerinde gerçekleştiğine ilişkin ayırımın yanı sıra bir diğer ayırım da bu neticelerin nasıl gerçekleştiğidir. Bu bağlamda savunma dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir hareketten ya da

²³² Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, §15, kn. 45; Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 37; Haft, **a.g.e.**, s. 92; Krey, Esser, **a.g.e.**, §14 kn. 523; Joachim Kretschmer, “Notwehr bei Fahrlässigkeitsdelikten”, **Juristische Ausbildung**, Heft 2/2002, s. 114. Krşl. Önder, **a.g.e.**, s. 197, 198.

²³³ Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, §15, kn. 45.

²³⁴ Krey, Esser, **a.g.e.**, §14 kn. 523.

²³⁵ Önder, **a.g.e.**, s. 197.

²³⁶ Rönna, Hohn, **a.g.e.**, §32 kn. 195.

öncesinden öngörülemeyen beklenmedik bir sebepten dolayı istenmeyen neticeleri içinde barından bir duruma dönüşebilir. İşte bu söz konusu durum da farklı ihtimaller doğrultusunda gerçekleşebilir.

İlk olarak dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir şekilde meydana gelmiş olsa da, savunma hareketinin tipik neticesi şeklinde gerçekleşen ve izin verilen risk kapsamında olan durumların gerekliliğe aykırılığından söz edilemeyeceği ifade edilmektedir²³⁷. Keza ex ante bakıldığında gerekli olarak addedilen savunmanın, beklenmedik ya da öncesinden öngörülemeyen bir sebepten dolayı sınırın aşılmış olduğu bir savunmaya dönüştüğü haller de bu kapsamda gerekli savunma olarak kabul edilmektedir²³⁸. Örneğin şarjörü dolu olan bir silahla ateş etmek yerine onun kabzasıyla saldırgana vururken, silahın ateş alması sonucu saldırganın ölümcül bir şekilde yaralanması buna misal olarak gösterilebilir²³⁹. Gerçekten de burada, saldırıya maruz kalan kişi saldırgana zarar verecek en hafif aracı seçmesine rağmen onun kullanımı esnasında tamamen iradesi dışında ve beklenmedik bir durum husule geldiğinden böyle bir ihtimalde savunmanın gerekliliğinin dışına çıkıldığını iddia etmek hakkaniyete uygun olmayacaktır.

Diğer bir ihtimali ise; dikkat ve özen yükümlülüğüne bağlı olarak ortaya çıkan neticelere, kasten sebep olunmuş olsaydı dahi gereklilik koşulu ihlal edilmeyecek olan savunma halleri oluşturmaktadır²⁴⁰. Örneğin saldırıya maruz kalan kişi havaya ateş etmek istemiş ve fakat bir şekilde saldırganın bacağına ateş etmişse ve sonradan yapılan olay değerlendirilmesinde, savunmacının önceden uyarı ateşi yapmasının hiçbir etkisinin olmayacağı ortaya konulmuşsa işte burada da gereklilik

²³⁷ Haft, **a.g.e**, s. 92; Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, §7 kn. 114.

²³⁸ Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 133.

²³⁹ Bu örnek ve aynı yönde Alman Eyalet Mahkemesi kararlarının mevcudiyetine ilişkin -BGH 21.12.1977-2 StR 421/77; BGH 24.6.1998-3 StR 186/98; BGH 30.6.2004- 2 StR 82/04- bkz Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 133. Keza aynı örnek ve benzer görüş için bkz. Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, §7 kn. 114; Haft, **a.g.e**, s. 92.

²⁴⁰ Haft, **a.g.e**, s. 92; Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, §7 kn. 114; Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, §15, kn. 45; Kretschmer, **a.g.e**, s. 114.

sınırları kapsamında gerçekleşen bir savunma hali söz konusudur²⁴¹. Gerçekten de bu olaya objektif üçüncü bir kişinin gözüyle bakıldığında da, burada saldırgana minimum zararı olan bir savunma tedbirinin zaten uygulanamayacağı ve bunun neticesinde de savunmada sınırın aşılmadığı sonucuna ulaşılabilecektir²⁴². Nitekim Alman Eyalet Mahkemesinin de, dikkat ve özen yükümlülüğüne bağlı olarak ortaya çıkan neticelere, kasten sebep olunmuş olsaydı dahi gereklilik koşuluna aykırılık teşkil etmeyecek savunma hallerini gereklilik tartışmasının dışında tuttuğu ifade edilmektedir²⁴³. Ayrıca vurgulamak gerekir ki söz konusu ihtimalde, yukarıdaki ilk ihtimalden farklı olarak izin verilen risk kapsamında gerçekleşen bir savunma hali mevcut değildir²⁴⁴.

Bunların yanı sıra, yukarıda da değinildiği üzere, savunmanın etkileri doğrudan saldırgan üzerinde oluşabileceği gibi, herhangi bir saldırı tehdidi oluşturmayan üçüncü kişiler üzerinde de gerçekleşmiş olabilir. Bu bağlamda öncelikle ifade etmek gerekir ki, meşru savunmayı düzenleyen madde metnine bakıldığında, hukuka uygunluk sebebi olarak ortaya çıkan meşru savunmanın yalnızca saldırgan ile saldırıya maruz kalan arasındaki ilişkiyi düzenlediği görülmektedir. Dolayısıyla savunmacının kural olarak üçüncü kişinin hukuki değerini tehlikeye sokmasına müsaade edilmemektedir. Nitekim madde metninde de savunmaya hedef olarak saldırgan gösterilmektedir²⁴⁵.

Buna mukabil yukarıda verilen örneklerde olduğu gibi, savunmanın istenmeyen (kaçınılmaz, tipik) neticeleri söz konusu olduğunda, elbette ki istisnai bir durumun varlığı mevzu bahis olmakta ve bu noktada farklı görüşler ileri

²⁴¹ Rönnaу, Hohn, **a.g.e.**, §32 kn. 193; Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, §7 kn. 114; Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, §56 I 4; Kretschmer, **a.g.e.**, s. 114.

²⁴² Rönnaу, Hohn, **a.g.e.**, kn. 193.

²⁴³ BGHSt 25, 229; Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, §15, kn. 45.

²⁴⁴ Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, §7 kn. 114.

²⁴⁵ Rönnaу, Hohn, **a.g.e.**, §32 kn. 195.

sürülmektedir²⁴⁶: İlk görüşe göre, genel gereklilik kriterlerine uygun olduğu müddetçe, üçüncü bir kişiye yönelik olarak husule gelen istenmeyen netice de meşru savunma kapsamında hukuka uygun kabul edilmelidir. Zira meşru savunma bir hukuka uygunluk sebebi olduğuna göre bu durumda olan kişinin ilgili sınırlar dahilinde gerçekleştirdiği tüm hareketlerinin de hukuka uygun kabul edilmesi gerekir. Aksi halde hareketin bir kısmının hukuka aykırılığı diğer bir kısmının ise hukuka uygunluğu ortaya çıkar ki bu çelişkili sonuç kabul edilemez. Diğer bir görüşe göre ise meşru savunma kapsamında üçüncü bir kişinin zarar görmesi halinde bir meşru savunma durumu değil, zorunluluk hali söz konusudur. Kanaatimizce de meşru savunmanın varlığı, yalnızca saldırıyı gerçekleştiren saldırgana karşı söz konusu olacağından, saldırı ile herhangi bir ilişkisi olmayan üçüncü kişiye karşı genel gereklilik kuralları çerçevesinde savunma hareketlerinin zorunlu sonuçları şeklinde ortaya çıkan neticeler bakımından zorunluluk halinin varlığından bahsetmek gerekecektir.

Yargıtay ise bu yönde vermiş olduğu eski tarihli kararlarda meşru savunmanın bulunduğu hükmetmiştir: *“Sanık silahlı saldırıya maruz kaldığı sırada kendini korumak için ateş etmiş olmasına ve bu ateşi ile hedefte hata neticesi pencerede bulunan 12 yaşındaki maktule ölmüş bulunmasına göre, tamamen meşru savunma koşulları içinde olan sanık hakkında TCK’nın 49/21. maddesinin tatbiki gerekirken TCK’nın 51/1. maddesinin uygulanması bozmayı gerektirmiştir²⁴⁷”*. *“Kendisine yönelen şiddetten kurtulmak için havaya ateş eden sanık hakkında TCK’nın 49. maddesinin uygulama koşulları tartışılmadan ve kabule göre tahrik derecesinde de hataya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması...”* bozmayı gerektirmiştir²⁴⁸. *“Nefsine karşı vukubulan silahlı tecavüzü defetmek zarureti ile*

²⁴⁶ Her iki farklı görüş için bkz. Önder, **a.g.e.**, s. 197, 198.

²⁴⁷ Y1.CD.24.04.1984; 526/1827; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 713, s. 711.

²⁴⁸ Y2.CD 24.03.1999; 14771/3730; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 713.

*öldürülmesi kastedilen şahsa yapılan atışta, çıkan merminin başka bir kişiyle isabetle öldürülmesinde meşru müdafaa hali mevcuttur*²⁴⁹.

Söz konusu üçüncü kişinin, saldırıyla ilişkisi olmayan herhangi bir kişi olmasının yanı sıra, bir diğer ihtimal de bu üçüncü kişinin bizzat saldırıya maruz kalan kişi olması halidir. Esasen böyle bir ihtimal, saldırıya maruz kalan kişinin bu saldırıdan kurtulabilmesi için başka biri tarafından onun lehine meşru savunmada bulunduğu durumlarda ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda, örneğin acımasız bir katil tarafından kaçırılan bir çocuğun kurtarılması adına, olay yerinde tek başına bulunan bir kişinin elindeki silahla katile doğru ateş açması sonucu çocuğun da bacağından yaralanması savunmanın gerekliliğine aykırılık oluşturacak mıdır? Bir görüşe göre, saldırıya maruz kalan kişinin saldırıdan kurtarılması belli riskleri içinde barındırıyorsa burada saldırı mağdurunun açık ya da örtülü rızasının bulunması gerekir. Bu itibarla söz konusu örnek olayda çocuğun örtülü rızasının varlığının kabulü gerektiğinden, savunmanın meşruiyeti noktasında bir problem bulunmamaktadır²⁵⁰. Ancak kanaatimizce buradaki sorun rıza üzerinden çözülecek olursa, çocuğun örtülü rızasından ziyade varsayılan rızanın varlığından bahsetmek gerekir. Kaldı ki bu sorun, rızadan önce objektif isnadiyet kuralları çerçevesinde çözüme kavuşturulmalıdır. Zira burada çocuğun hayatının kurtarılması adına bacağından yaralanması, riski azaltıcı bir hareket olarak objektif isnadiyeti kaldıran bir sebep şeklinde karşımıza çıkmaktadır²⁵¹.

Tüm bu farklı ihtimaller gözönünde bulundurulmak suretiyle ifade edilmelidir ki savunmanın istenmeyen neticeleri noktasında da belirleyici rol genel gereklilik kriterlerine aittir. Bu itibarla, söz konusu meselede savunmanın gerekliliği tespit edilirken öncelikle savunmanın icrasında en ölçülü (hafif) aracın seçilip seçilmediği ortaya konulmalı ve bunun yanı sıra savunmanın az-çok tehlikelilik arz eden yan etkileri değerlendirilip, önceden tespit edilebilen riske göre daha en baştan, başka bir

²⁴⁹ 1. CD 26.02.1958, 567/505; Önder, **a.g.e.**, s. 198.

²⁵⁰ Söz konusu örnek olay ve bu görüş için bkz. Rönna, Hohn, **a.g.e.**, §32 kn. 195.

²⁵¹ Bu kanaate, bu tezin jüri üyelerinden biri olan Dr. Öğretim Üyesi Serdar Talas'ın, söz konusu mesele hakkındaki görüşünden istifade edilerek varılmıştır.

araca yönelme gerekliliğinin bulunup bulunmadığının da araştırılması lazım gelir²⁵². Ayrıca söz konusu neticelerin gerçekten de savunmanın zorunlu bir neticesi olup olmadığı veya bu neticelerin izin verilen risk kapsamında gerçekleşip gerçekleşmediği gibi hususlar da bu araştırmanın önemli bir noktasını oluşturmaktadır.

F. Kendiliğinden Harekete Geçen Savunma Mekanizmaları Aracılığıyla Savunma (Offendicula)

Meşru savunma hali her zaman saldırgan ile saldırıya maruz kalan kişinin karşı karşıya geldiği durumlarda uygulama alanı bulmaz. Bunun dışında, örneğin değerli bir mala sahip olan bir kişinin, bu malını hırsızlardan korumak amacıyla tesis etmiş olduğu ve kendiliğinden harekete geçen bir mekanizmanın, hırsızın söz konusu malı çalmaya teşebbüs ettiği anda devreye girmesiyle de bu mesele gündeme gelebilmektedir²⁵³.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki söz konusu mekanizmalar tesis edilirken ortada reaksiyon gösterilmesi gereken doğrudan ve güncel bir saldırı mevcut olmadığından, esasen bu mekanizmalar mahiyetleri itibarıyla meşru savunmaya her zaman imkan tanımamaktadır²⁵⁴. Keza hiçbir surette saldırı tehdidi taşımayan kişiler açısından da bu mekanizmaların ciddi tehlike oluşturması, meşru savunmanın uygulama alanı bulması bakımından bir diğer zorluğu teşkil etmektedir²⁵⁵. Buna mukabil gerçekten de haksız ve güncel bir saldırıyı ölçülü bir şekilde defetmek

²⁵² Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 133.

²⁵³ Bkz. Karl-Ludwig Kunz, “Die automatisierte Gegenwehr –Zur Zulässigkeit der Offensivverteidigung mit selbsttätigen Schutzvorrichtungen-,” **Goltdammer’s Archiv für Strafrecht**, Heidelberg, R.v. Decker’s Verlag, 1984, s. 539.

²⁵⁴ Bernd Müssig, “ Antizipierte Notwehr -Das Prinzip der Abwehr rechtswidriger Angriffe als Kriterium objektiver Zurechnung-”, **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft**, 115. Band Heft 2, 2003, s. 240. Krşl. Roman Lauth, **Antizipierte Notwehr**, Berlin, Logos Verlag, 2004, s. 77 vd.

²⁵⁵ Lauth, **a.g.e.**, s. 73, 74.

suretiyle devreye giren mekanizmaların meşru savunma kapsamında kabul edilmesinde bir sakıncanın bulunmadığı ifade edilmektedir²⁵⁶. Zira bu mekanizmaların tesis edildiği anda mevcut bir saldırı söz konusu olmasa da, meşru savunmanın uygulanabilirliği açısından önemli olan onların ne zaman devreye gireceğidir. Dolayısıyla mevcut veya muhakkak bir saldırı anında etkinlik kazanan mekanizmalar bakımından saldırının güncelliği tartışması anlamsız olacaktır²⁵⁷. Bunun yanı sıra meşru savunmayı düzenleyen madde metni, başlamış veya başlamak üzere olan saldırı anı açısından saldırgan ile saldırıya maruz kalan kişi arasında mekânsal bir yakınlığı da aramamaktadır²⁵⁸.

Kanaatimizce de meşru savunma bakımından önem arz eden husus; otomatik savunma mekanizmaları kurulurken herhangi bir saldırının olup olmadığı ya da saldırının başladığı anda olay yerinde saldırıya maruz kalan kişinin bulunup bulunmadığı değil; bu mekanizmaların, mağdurun kendisi orada olmasa bile, onun hukuki değerine yönelik mevcut/muhakkak bir saldırı anında devreye girip girmediğidir. Ancak gerçekten de bu mekanizmaların, mahiyetleri itibarıyla, gereklilik kriterlerini karşılama noktasında normal bir savunmaya göre çok daha büyük riskler taşıdığı söylenebilir.

Otomatik savunma mekanizmalarında savunmanın ölçülülüğü ele alınılırken genel olarak iki adım izlenmektedir. Bu adımları kısaca özetleyecek olursak; ilk olarak eğer saldırgan tamamen kendi rızasıyla ve sonuçlarını öngörerek ya da bilerek kendisini ilgili mekanizmanın sahip olduğu tehlikeye atmışsa burada saldırganın başına gelecek neticelerin kural olarak mekanizmayı kuran kişiye isnad edilmesi mümkün değildir²⁵⁹. Bir diğer ifadeyle burada temel objektif isnadiyet kuralları

²⁵⁶ Müssig, **a.g.e**, s. 241.

²⁵⁷ Eva Grünhagen, **Antizipierte Notwehr –Ein Beitrag zur Frage der Zulässigkeit automatisierter Verteidigung im deutschen, englischen und französischen Recht-**, Druckerei Schwarz Bonn, 2005, s. 29. Hakan Hakeri, Recep Gülşen, “Offendicula ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, **AÜEHFD**, C. IX, S. 1-2 (2005), s. 52.

²⁵⁸ Grünhagen, **a.g.e**, s. 28.

²⁵⁹ Rönna, Hohn, **a.g.e**, §32 kn. 200; Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 174; Grünhagen, **a.g.e**, s. 12; krşl. Ellen Schlüchter, “Antizipierte Notwehr”, **Festschrift für Theodor Lenckner zum 70.**

neticenin savunmacıya yüklenmesinin önüne geçmektedir²⁶⁰. Dolayısıyla söz konusu mekanizmalar açısından gereklilik sorunu esasen ikinci adım olan, saldırganın başına gelecek tehlikeleri bilmediği ya da öngöremediği durumlarda ortaya çıkmaktadır²⁶¹.

Gerçekten de saldırgan söz konusu savunma mekanizmasının kendisinin hukuki değerine yönelik bir tehlikeyi haiz olduğunu biliyor ya da bilebilecek bir pozisyondaysa, sonradan ona yönelik gelişen müdahale kural olarak meşru savunmanın uygulama alanına girmemektedir. Zira burada saldırgan kendi sorumluluğu altında kendisini tehlikeye düşürmekte ve bu bağlamda ortaya çıkabilecek ihlal riskini kural olarak kendi başına üstlenmektedir²⁶². Ancak burada söz konusu mekanizmanın varlığına delalet eden basit bir uyarı işareti, kişinin kendi rızasıyla tehlikeye atılmasına dayanılarak, ortaya çıkan sonucun yalnızca ona yüklenmesi için yeterli olmayabilir. Elbette ki saldırgan, tehlikeyi tüm yönleriyle ciddiye alıyorsa ve bu konuda esaslı bir şekilde bilgilendiriliyorsa bunun sonucuna katlanması lazım gelecektir. Buna mukabil örneğin çok tuhaf bir şekilde kurgulanan mekanizma, saldırganı kolaylıkla bir kuşkuya sevk ediyorsa ya da bunun bir blöf olarak algılanmasına elverişliyse işte bu durumda meşru savunma ve savunmanın gerekliliği meseleleri tartışmaya açılacaktır²⁶³.

Savunmacının sorumluluğunun söz konusu olmaması için ayrıca, bu mekanizmanın sahip olduğu potansiyel risk ile aktif olmasıyla ortaya çıkan

Geburtstag, München, C.H.BECK, s. 320-323 ve Müssig, **a.g.e.**, s. 231-234. Hakeri, Gülşen, **a.g.e.**, s. 60.

²⁶⁰ Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, §15, kn. 51. Saldırgan, öncesinde bir uyarı işareti ya da farklı bir şekilde bilgilendirilmeksizin, sadece sergilemiş olduğu hareket tarzıyla da sonucuna katlanmak zorunda olduğu bir tehlikeye kendisini atmış olabilir. Örneğin bir yazlık sahibi, yazlığa bacadan girilmesini önlemek adına önceden bir demir kafes düzeneği kurmuşsa ve buraya bacadan girmek isteyen bir kişi de bu demir kafese yakalandıktan sonra bundan kurtulmak isterken kendine ağır bir şekilde zarar vermişse, saldırganın sonucuna katlanmak zorunda olduğu bir halden bahsedilebilir (Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 176).

²⁶¹ Rönna, Hohn, **a.g.e.**, §32 kn. 201. Krşl. Lauth, **a.g.e.**, s. 40.

²⁶² Rönna, Hohn, **a.g.e.**, §32 kn. 200. Aynı yönde bkz. Lauth, **a.g.e.**, s. 136; Grünhagen, **a.g.e.**, s. 12; Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 37a.

²⁶³ Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 175.

müdahalenin birbiriyle uyumlu olması gerekir. Örneğin dikenlerle çevrili bir tel avluya tırmanan kişi buradaki tellerin kendisini ciddi bir şekilde yaralaması durumuna katlanmak zorundayken; hiçbir uyarı levhası vs. olmaksızın aynı zamanda oradaki çitlere bir de elektrik akımı düzeneği kurulmuş ise o kişinin ikinci düzeneğin doğuracağı neticelere katlanması söz konusu olmayacaktır²⁶⁴.

Sorumluluğun saldırganla sınırlı olması için bunun yanı sıra, otomatik savunma düzeneğinin sahip olduğu tehlikenin içeriğinin çok iyi şekilde bilinmesini sağlayacak güçlü ölçütlerin ortaya konulması da gerekmektedir. Örneğin tellerle çevrili bir avlunun içine ayrıca iğneli bir düzenek kurulmuşsa veya korunması istenen alana serbestçe dolaşan bir bekçi köpeği kurulmuşsa burada görülebilir yerlere bu tedbirlerin varlığını haber veren somut ve okunaklı işaretlerin konulması gerekir²⁶⁵. Ancak saldırganın okuma yazma ya da o yazı dilini bilmeme ihtimaline karşılık bu tedbirlerin sembolik olarak da gösterilmesi gerekebilir. Zira yanlış anlaşılmalara savunmacının zararına olacaktır²⁶⁶.

Yukarıda da ifade edildiği üzere söz konusu mekanizmalar bakımından meşru savunma ve gereklilik ölçütü meselesi esasen saldırganın bu mekanizmalardan habersiz olduğu durumlarda ortaya çıkmaktadır. Ancak elbette ki savunmacı, kurmuş olduğu mekanizmanın her bir adımında gereklilik ölçüsünü aşmamaya özen göstermek zorundadır. Zira saldırının yoğunluğu üzerindeki belirsizlik kural olarak saldırganın zararına sonuç doğursa da, ortada söz konusu mekanizmalardan kaynaklı bir güvensizlik söz konusuysa –örneğin; saldırı hakkında doğrudan sağlıklı bir bilgi alınamıyorsa (saldırganın elinde gerçek bir silahın olup olmadığının tam olarak algılanamadığı gibi) veya saldırının ne zaman ne ölçüde bertaraf edileceği hususu bilinçli bir şekilde açık bir spekülasyona bırakılıyorsa ve bu itibarla olayların akışı çok esnek bir savunma refleksi olasılıklarına yöneltilmişse- işte bu şekilde bir güvensizlik hali saldırganın risk alanına sokulamaz. Zira burada saldırının en uygun

²⁶⁴ Rönnau, Hohn, **a.g.e.**, §32 kn. 200.

²⁶⁵ Rönnau, Hohn, **a.g.e.**, §32 kn. 200. Ayrıca bkz. Schlüchter, **a.g.e.**, s. 322.

²⁶⁶ Rönnau, Hohn, **a.g.e.**, §32 kn. 200.

(hafif) araçlarla defedilmesine dayanan gereklilik ölçütünden söz etmek mümkün değildir²⁶⁷.

Söz konusu mekanizmalar mahiyetleri itibarıyla oldukça tehlikeli olduğu için savunmanın gereklilik şartının ihlal edilmemesine ve öte yandan da saldırının önüne geçmek adına (saldırganın saldırı noktasındaki inatçılığı da nazara alınarak) bunların uyarıcı, engelleyici ve hafif nitelikte olmasına öncelik gösterilmelidir²⁶⁸. Ayrıca bu uyarıların önce yazılı sonra da sesli olmak üzere iki farklı şekilde yapılması gerektiği ifade edilmektedir²⁶⁹.

Saldırı yoğunluğu ile otomatik savunma mekanizmasının buna gösterdiği tepki arasındaki ölçsüzlük riski bu mekanizmaların mahiyeti itibarıyla savunmacıya yüklenmektedir²⁷⁰. Zira mekanizmanın çalıştığı anda, mevcut saldırının daha hafif (uygun) elverişli araçlarla bertaraf edilme olasılığı oldukça yüksektir²⁷¹.

Kural olarak kişinin ağır yaralanmasına ya da ölümüne yol açacak bir savunma düzeneğinin kurulmasının tek başına savunmanın gereklilik koşuluna aykırılık oluşturacağı ileri sürülse de²⁷², buna cevaz tanınabilecek bir istisnai halde, mutlaka dereceli (kademeli) bir savunma yoluna gidilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Örneğin silahlı bir tesisatta önce tehdit, sonra uyarı ateşi, daha sonra bacağa ateş ve son olarak hayati bölgelere doğru ateş sıralamasının izlenmesi gibi²⁷³.

²⁶⁷ Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 178. Krşl. Müssig, **a.g.e**, s. 231-234.

²⁶⁸ Kunz, **a.g.e**, s. 539. Aynı yönde bkz. Krey, Esser, **a.g.e**, kn. 527 ve Herzog, **a.g.e**, §32 kn. 73.

²⁶⁹ Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, §15, kn. 51.

²⁷⁰ Perron, **a.g.e**, §32 kn. 37a; Jescheck, Weigend, **a.g.e**, §32 II 1d; Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, §15, kn. 52; Krey, Esser, **a.g.e**, kn. 527.

²⁷¹ Rönna, Hohn, **a.g.e**, §32 kn. 201.

²⁷² Grünhagen, **a.g.e**, s. 37.

²⁷³ Bu örnek ve ilgili görüş için bkz. Rönna, Hohn (Bölüm Yazarları), **a.g.e**, §32 kn. 201. Aynı yönde bkz; Perron, **a.g.e**, §32 kn. 37a. Bir başka örnek olarak; muhafaza altına alınmış bir binanın öncelikle etrafına yüksek bir duvar veya parmaklık çekildiği ve bu engelin aşılması ihtimaline karşılık iğneli tahtalarla veya buna benzer şekilde bir tuzak kurulduğu bir kademeli savunma hali verilebilir (Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 179).

Her ne kadar otomatik savunma mekanizmaları aracılığıyla yapılan savunmalar genel gereklilik kriterlerine tabi olsa da, kural olarak bu savunmalar, normal bir kişi tarafından yapılacak savunmaya göre daha ölçüsüz olacağı için, çoğu zaman gerekli bir savunma niteliğini göstermeyecektir²⁷⁴. Bu itibarla, örneğin normal şartlar altında kusur yeteneği gelişmemiş bir çocuğa karşı meşru savunmada bulunulması birtakım sınırlandırmalara tabi tutulurken, söz konusu mekanizmalar bu ayrımın yapılması noktasında aciz kalacaktır²⁷⁵. Keza saldırının def'i için, bir savunma mekanizmasının kurulmasına gerek kalmaksızın durumdan polisin haber edilmesinin yeteceği hallerle karşılaşma olasılığının, normal şartlarda yapılan savunmaya göre çok daha yüksek olduğu rahatlıkla söylenebilecektir²⁷⁶.

Yargıtay Kararlarına bakıldığında, ilgili meseleye ilişkin olayların bu kararlara konu olduğu ve fakat Yargıtay'ın, söz konusu mekanizmaların meşru savunmayla ilişkisine değinmeksizin sonuca ulaştığı ifade edilmektedir²⁷⁷. Nitekim bu kararlara konu olan bir olayda evinin alt katında bulunan koyunların çalınmasına istinaden sanık, evinden çektiği elektriği gece geç vakitlerde tellere vermektedir. Koyunların bulunduğu yerin üç tarafı komşuların evleriyle çevrili olup, arka kısımdaki duvar ise yerden 1.60 m. yükseklikte dikenli telle kaplanmıştır. Gece vakti koyun çalmak için gelen kişi elektrik çarpması sonucu ölmüştür. İşte Yargıtay bu olayda sanığın, koyunlarının bulunduğu bahçe ve ağıla yabancı şahısların tesadüfen girmesini engelleyecek her türlü tedbiri almış olduğunu, buna rağmen koyunları çalınınca ağılın kendi bahçesine bakan tahta perdesine yerleştirdiği tellere gecenin geç saatlerinde de elektrik vermeye başlamış ve böyle bir tedbir aldığını da tüm komşularına da duyurmuş olduğu tespitinde bulunmuş, ancak buna rağmen *offendicula* konusunu tartışmamıştır. Bununla beraber Yargıtay; *sanığın bu eylemiyle*

²⁷⁴ Rönna, Hohn, **a.g.e.**, §32 kn. 201.

²⁷⁵ Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, §15, kn. 51.

²⁷⁶ Krşl. Grünhagen, **a.g.e.**, s. 36.

²⁷⁷ Hakeri, **a.g.e.**, s. 354. İtalyan mahkeme kararlarına bakıldığında ise benzer durumlarda söz konusu mekanizmayı kuran kişinin hakkın icrası kapsamında hareket ettiğine istinaden cezalandırılmayacağı yönünde kararların mevcut olduğu gibi (Hakeri, Gülşen, **a.g.e.**, s. 47), meşru savunma kapsamında kabul edilen kararların da bulunduğu ifade edilmektedir (Hakeri, Gülşen, **a.g.e.**, s. 50).

ağıla gelen yabancı bir şahsın tahta perdeye dokunduğunda buraya elektrik verildiğini anlaması ve eyleminden vazgeçmesini sağlamasını amaçladığını kabul etmiş ancak tahta perdeye bu şekilde elektrik akımı verilmesinin tevlit edeceği tehlikeyi bertaraf edecek tedbirleri almamasından mütevellit meydana gelen ölüm dolayısıyla taksirle öldürmeden sorumlu tutmuştur²⁷⁸.

Keza bir başka kararında Yargıtay; *sanığın hırsızlardan korumak amacıyla bakkal dükkanının önüne yerleştirdiği meyve ve sebzeleri tel kafesle sarıp dükkandan çıkardığı tel kablo ile 220 voltluk elektrik akımını tel kafese vermesi ile olay günü yağmurdan korunmak için dükkanın altına gelen mağdurun elektrik verilmiş kısma temas etmesi ile ölmesi şeklindeki olayda sanığın gayrimuayyen kast veya taksir unsurlarının değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varmıştır²⁷⁹.*

V. SAVUNMANIN GEREKLİLİĞİ BAĞLAMINDA BAZI ÖZEL DURUMLAR

A. Savunmanın Bilinçli Olarak Yapılıp Yapılmadığı Meselesi

Savunmanın gerekliliği bağlamında değerlendirilmesi gereken bir diğer önemli mesele de savunmanın bilinçli olarak yapılıp yapılmadığı hususudur. Genel olarak doktrinde hukuka uygunluk nedeninin subjektif unsuru başlığı altında ele alınan bu meselede; meşru savunma halinde olduğunu bilmeyen bir kişinin, bu bilgisizliğine rağmen saldırgana yönelik bir müdahalede bulunması durumunda meşru savunma hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmaktadır.

Doktrindeki çoğunluk görüşe göre meşru savunmanın uygulanabilmesi için, ilgili kişinin kendisine veya başkasına karşı işlenen fiilin haksız olduğunu bilmesi ve bu bilincin yanı sıra, savunma hareketlerini söz konusu saldırıyı defetmek amacıyla

²⁷⁸ YCGK, 03.03.1986, 86; Hakeri, **a.g.e**, s. 354. Ayrıca bkz. Hakeri, Gülşen, **a.g.e**, s. 57.

²⁷⁹ Y2.CD, 12.12.2001, 21795; Hakeri, **a.g.e**, s. 354, 355.

gerçekleştirmesi gerekmektedir²⁸⁰. Nitekim Almanya’da hakim olan (5237 sayılı TCK’nın yürürlüğüne girdikten sonra doktrinin önemli bir kısmının da benimsediği) şahsi haksızlık öğretisine göre, sadece dış aleme yansıyan neticenin haksızlığı değil aynı zamanda bu neticenin gerçekleşmesine yönelik failin icra ettiği amaçsal hareket de hukuka aykırılık yargısının esasını teşkil etmektedir. Dolayısıyla neticenin ve hareketin haksızlığı eşit değerde olup bunlardan birinin bulunmaması hukuka aykırılık yargısına varılması sonucunu doğuracaktır²⁸¹. Bu doğrultuda hukuka uygunluk nedenlerinin manevi unsurlarının şahsi haksızlık öğretisinin bir gereği ve mantıki bir neticesi olduğu ve bir hukuka uygunluk nedeninin manevi unsurunun bulunmaması halinde fiilin hukuka aykırı olma vasfının devam edeceği ifade edilmektedir²⁸².

Bunun yanı sıra, Al. CK’nın meşru savunmayı düzenleyen 32. maddesinde yer verilen, “*kişinin kendisi ya da bir başkasına yönelik mevcut haksız bir saldırının defedilmesi amacıyla*” ifadesinin de, doktrindeki çoğunluk görüşün, meşru savunmanın uygulanması için objektif şartların yanı sıra subjektif unsurun varlığına da gerek duyulması düşüncesini benimsemesinde etkili olduğu ifade edilmektedir²⁸³. Belirtelim ki TCK’nın meşru savunmayı düzenleyen 25. maddesinde böyle bir amaca vurgu yapılmamaktadır.

Ayrıca söz konusu görüşün meşru savunmanın hukuki esasını oluşturan subjektif görüşle de örtüştüğünü belirtmek gerekir. Zira subjektif görüşün dayanak noktasının saldırıya maruz kalan kişinin hareket özgürlüğünün kısıtlanması ve kalmış

²⁸⁰ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 350. Aynı yönde bkz. Artuk, Gökçen, **a.g.e.**, s. 576; Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, kn. 587; Hakeri, **a.g.e.**, s. 317; Koca, Üzülmüş, **a.g.e.**, s. 269, 283; Özbek vd., **a.g.e.**, s. 264; Barış Erman, “**Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi**”, İstanbul, 2006 (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi), s. 392; Mehmet Cemil Ozansü, **Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Subjektif Sorumluluk**, Ankara, Seçkin, 2007, s. 118; Olgun Değirmenci, “Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, **TBB Dergisi**, 2014 (110), s. 173. Krşl. Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §8 kn. 275.

²⁸¹ Selman Dursun, Ali Emrah Bozbayındır, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi”, **İÜHF**, C. LXXIII, S. 1, s. 65 ve 69. Krşl. Rönnau, Hohn, **a.g.e.**, kn. 264.

²⁸² Dursun, Bozbayındır, **a.g.e.**, s. 70.

²⁸³ Gropp, **a.g.e.**, §5 kn. 175.

olduğu zor (çaresiz durum) olduğu düşünüldüğünde²⁸⁴, bu durumdan bihaber olan kimsenin de meşru savunma hakkından yararlanması söz konusu olamayacaktır²⁸⁵.

Meşru savunmada manevi unsur şartını arayan söz konusu görüş uyarınca, eğer saldırıya maruz kalan kişi meşru savunma bilinciyle hareket etmiyorsa, objektif olarak mevcut olan hukuka uygunluk nedeni neticenin ifade ettiği haksızlığı ortadan kaldırırsa da hareketin ifade ettiği haksızlık varlığını devam ettirir ve bu sebeple kişinin teşebbüsten dolayı cezalandırılması lazım gelir²⁸⁶.

Doktrinde azınlıkta kalan görüşe göre ise; meşru savunmanın maddi şartlarının somut olayda mevcudiyeti halinde objektif olarak haklı ve hukuk düzeniyle ahenkli bir netice ortaya çıkmasına rağmen, failin manevi olarak ayrıca haklılık bilinciyle hareket edip etmediğinin, hukuka sadakat gösterip göstermediğinin araştırılması ve bunun yokluğuna sonuç bağlanması, failin sahip olduğu zihniyetin cezalandırılması anlamına gelecektir²⁸⁷. Dolayısıyla bu görüş uyarınca, meşru savunmanın uygulanabilmesi için subjektif unsura ihtiyaç duyulmamaktadır. Son olarak belirtelim ki söz konusu görüş, meşru savunmanın hukuki esasını, hukuk düzeninin korunmasına dayandıran objektif görüşle de uyumaktadır²⁸⁸.

Kanaatimizce de meşru savunma hükümlerinin uygulanabilmesi için meşru savunmanın maddi şartlarının olayda gerçekleşmesi yeterli olup savunmada bulunan

²⁸⁴ Wagner, **a.g.e.**, s. 88.

²⁸⁵ Bkz. Wagner, **a.g.e.**, s. 63, 64.

²⁸⁶ Koca, Üzülmüş, **a.g.e.**, 269. Bu görüş Alman doktrinde büyük ölçüde kabul gorse de TCK'nın teşebbüse ilişkin kanun hükmünde elverişlilik şartının öngörüldüğü, dolayısıyla salt manevi alanda var olan bir hukuka aykırılığın teşebbüs hükümlerine tabi tutulmasına Türk hukuk düzeninin imkan tanımayacağı noktasında bkz. Erman, **a.g.e.**, s. 392.

²⁸⁷ Dursun, Bozbayındır, **a.g.e.**, s. 70. Krşl. İçel vd., **a.g.e.**, s. 113; Toroslu, Toroslu, **a.g.e.**, s. 157; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 275. Günter Spendel, **Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, Zweiter Band, 11. Baskı, Berlin, De Gruyter 2003, § 32, kn. 138.

²⁸⁸ Meşru savunmanın subjektif unsuru meselesinin, yalnızca subjektif görüşle (meşru savunmanın hukuki esasını açıklayan görüş) izah edilebileceği noktasında bkz. Wagner, **a.g.e.**, s. 64. Ayrıca Wagner, objektif görüşün savunucularından biri olarak teorisini hukuka aidiyet bilincine dayandıran ve bu bağlamda meşru savunmanın manevi unsurunu kabul eden Schmidhäuser'i de eleştirmektedir. Nitekim Wagner'e göre; Schmidhäuser'in meşru savunmanın uygulanabilmesi için öngörmüş olduğu saldırıya maruz kalan kişinin saldırıyı hukukun korunması amacıyla defetmesi şartı hayatın olağan akışına uygun değildir (Wagner, **a.g.e.**, s. 63).

kişinin ayrıca savunma bilinciyle hareket edip etmediğinin araştırılmasına gerek bulunmamaktadır.

Savunmanın bilinçli olarak yapılıp yapılmadığı meselesinin çalışmamız açısından bir diğer önem arz eden yanı da savunmanın ölçülüğüne ilişkindir. Şöyle ki, örneğin; bir saldırıya maruz kalan kişinin, elindeki bıçağı saldırgana göstermek suretiyle saldırıyı savuşturacağını düşünmesine rağmen, bu ilk adımı atmadan doğrudan saldırganı bıçakla yaraladığı bir olaya ilişkin sonradan yapılan değerlendirmede, zaten saldırı mağdurunun saldırganı bıçakla tehdit etmesinin hiçbir fayda sağlamayacağı ve mevcut savunmanın gereklilik ölçütüne uygun olduğu anlaşıldığında sonuç ne olacaktır? İşte böyle bir durumda meşru savunmanın uygulanması için subjektif unsurun varlığını arayan görüş kabul edildiğinde, yaralama neticesi hukuka uygun olsa da fiilin haksızlığı devam edeceğinden, saldırı mağdurunun kasten yaralamaya teşebbüsten cezalandırılması gerekecektir. Buna mukabil diğer görüş esas alındığında söz konusu kişinin meşru savunmadan yararlanması mümkün olacaktır²⁸⁹.

B. Üçüncü Kişi Lehine Meşru Savunma

Üçüncü kişi lehine meşru savunma hakkının esas itibarıyla objektif görüş ile izah edildiğini ve meşru savunmayı düzenleyen TCK'nın 25. maddesinde; “*gerek kendisine ve gerekse başkasına*” denilmek suretiyle bu meşru savunma halinin hukuk sistemimizce de kabul edildiğini ifade etmiştik.

²⁸⁹ Meşru savunmanın subjektif unsurunu kabul eden Rönnau/Hohn'un (Rönnau, Hohn, **a.g.e.**, kn. 264), bu görüşlerine rağmen varmış oldukları şu sonuç kanaatimizce birbiriyle tutarlılık arz etmemektedir: Ex ante bir değerlendirmeye göre saldırgana karşı izin verilmeyen bir ölçüyle hareket edilmişse ve fakat ex post değerlendirmede savunmacının bu şekilde hareket etmesi gerektiği sonucuna ulaşıyorsa işte bu durumda da gerekli bir savunmanın varlığından söz edilmektedir. Örneğin savunmacı havaya ateş etmek istemiş olsa bile bir şekilde onun bacağına ateş etmişse ve fakat sonradan yapılan olay değerlendirilmesinde, savunmacının önceden uyarı ateşi yapmasının hiçbir etkisinin olmayacağı ortaya konulmuşsa işte burada bir sınır aşımı söz konusu olmayacaktır. Zira burada objektif ve özenli bir gözlemcinin gözüyle değerlendirme yapıldığında da, saldırgana minimum zararı olan bir savunma tedbirinin uygulanamayacağı ve bunun neticesinde de izin verilen riskin ve dolayısıyla sınırın aşılmadığı sonucuna ulaşılabilecektir (Rönnau, Hohn, **a.g.e.**, kn. 193).

Madde metninden de anlaşılaçağı üzere, genel gereklilik kriterlerine göre, üçüncü kişi lehine meşru savunma halinin kişinin kendisini savunduğı durumdan herhangi bir farkı bulunmamaktadır. Ancak aradaki fark; saldırıya maruz kalan kişinin bu saldırıya rızası olması durumunda ya da çeşitli saiklerden dolayı kendisi lehine bir savunmada bulunulmasına rıza göstermediğı hallerde ortaya çıkmaktadır²⁹⁰.

Şöyle ki saldırıya maruz kalan kişinin kendi istek ve iradesiyle savunmada bulunmadığı durumlarda, bu kişi yararına meşru savunmada bulunulabilmesi için kural olarak saldırı konusu olan hakkın mutlak surette tasarruf edilemeyeceğı bir hak olması gerekmektedir²⁹¹. Zira söz konusu kişiye yönelik saldırı, onun mutlak surette tasarruf edebileceğı bir hakkına yönelikse ve kendisi de bu hakkını savunmak istemiyorsa, saldırının haksızlık niteliğı ortadan kalkacağından, söz konusu saldırıya karşı üçüncü kişinin meşru savunmada bulunması da mümkün olmayacaktır²⁹². Ancak saldırıya maruz kalan kişi, bu iradesini açık ya da örtülü bir şekilde ifade etmek durumundadır. Aksi halde genel kural devreye girecek ve diğere gerekli şartların da varlığı halinde, savunma meşru bir hal kazanacaktır²⁹³.

Saldırıya maruz kalan kişi, üzerinde tasarruf edemediğı hak noktasında rıza göstermiş olsa dahi, onun lehine başka bir kişi tarafından yapılan savunmanın meşruiyetine hanel gelmeyecektir. Bu açıdan örneğın, kanserli ve ölümu muhakkak olan karısını onun rızasıyla ve acı çekmemesi için yapacağı bir enjeksiyonla öldürmek üzere olan doktora karşı cebir kullanan kocanın meşru savunma halinde olduğı söylenmelidir²⁹⁴.

²⁹⁰ Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, §15, kn. 55. Krşl. Rönna, Hohn, **a.g.e.**, §32 kn. 195, 208.

²⁹¹ Önder, **a.g.e.**, s. 197; Özen, **a.g.e.**, s. 136.

²⁹² Ersan, **a.g.e.**, 28.

²⁹³ Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 183. Nitekim saldırıya rıza verilmediğinin açıkça söylenmediğı hallerde üçüncü kişi lehinde meşru savunmanın söz konusu olacağı noktasında bkz. Y1.CD, T. 17.12.2009, 2939/7824; Ersan, **a.g.e.**, s. 28.

²⁹⁴ Özen, **a.g.e.**, s. 137.

Saldırıya maruz kalan kişinin, mutlak surette tasarruf edebileceği bir hak söz konusu olmasına rağmen, kendisine yardım etmek isteyen bir kişiye rıza göstermemesi, her halde savunmanın meşruiyetine zarar vermeyecektir. Nitekim saldırıya maruz kalan kişi, savunma yardımına rıza göstermemiş olmasına rağmen, saldırıya katlanmayıp kendi kendini savunuyorsa ya da saldırgana karşı daha hafif bir savunma aracının kullanılmasını reddediyorsa işte böyle bir durumda söz konusu kişi lehine yapılan meşru savunmanın varlığı söz konusu olacaktır. Keza bu kişi, saldırının devam edeceği ya da daha da ağırlaşacağı korkusuyla saldırıya katlanıyorsa, işte bu durumda da söz konusu kişi lehine yapılan savunmanın meşruiyeti mevzu bahis olacaktır²⁹⁵.

Bu bağlamda, yukarıda “*savunmanın istenmeyen neticeleri*” başlığı altında ele alınan bir hususu burada tekrar vurgulamakta fayda bulunmaktadır. Şöyle ki saldırıya maruz kalan kişi için bir başkası tarafından yapılacak savunmanın, saldırı mağduru açısından belli riskleri içinde barındırması ihtimalinde de söz konusu rızanın varlığı önem kazanacaktır²⁹⁶.

Son olarak belirtelim ki, saldırıya karşı üçüncü kişi lehine yapılacak savunmada savunmacı sayısındaki artışa binaen, tıpkı savunma araçlarında olduğu gibi, en ölçülü savunmanın yerine getirilmesi noktasında azami ihtimam gösterilmesi gerekmektedir²⁹⁷.

²⁹⁵ Bu hususta ve daha detaylı bilgi için bkz. Sabine Seuring, **Die Aufgedrängte Nothilfe**, Berlin, Logos Verlag, 2004, s. 251, 215-227.

²⁹⁶ Rönna, Hohn, **a.g.e.**, §32 kn. 195.

²⁹⁷ Engländer, **Grund und Grenzen der Nothilfe**, s. 283.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GEREKLİ SAVUNMAYI SINIRLANDIRICI BİR FONKSİYON OLARAK ORANTILILIK İLE GEREKLİLİK VE ORANTILILIK ŞARTLARININ GERÇEKLEŞMEDİĞİ DURUMLAR VE SONUÇLARI

I. GEREKLİ SAVUNMAYI SINIRLANDIRICI BİR FONKSİYON OLARAK ORANTILILIK

A. Genel Olarak

Çalışmamızın ikinci bölümünde orantılılık kavramı izah edilirken bu kavramın meşru savunmanın yapısına aykırı şekilde yorumlanmaması gerektiği önemle vurgulanmış, keza bu minvalde, meşru savunmanın uygulanması noktasında, tehlikeden korunmanın önemli bir şartı olarak öngörüldüğü zorunluluk halinde olduğu gibi, orantılılık kavramına katı sınırlar çizilmesine, meşru savunmanın hukuki esasının müsaade etmeyeceği ifade edilmişti. Bunun yanı sıra, kanunda yer verilen orantılılık kavramından anlaşılması gereken iki farklı hususun bulunduğu dile getirilmiş ve bunlar; gereklilik alt başlığında ele alınan savunmanın ölçülü olması ile burada ele alınacak olan savunmanın uygunluğu şeklinde özetlenmişti. Nitekim orantılılık kavramının sözlükteki karşılıklarına bakıldığında bunlardan birinin uygunluk olduğu görülmektedir¹.

Genel gereklilik kriterlerini karşılayan savunma, kural olarak meşru kabul edilse de, bu mutlak bir kural olmayıp somut olayın şartlarına göre, ayrıca savunmanın uygunluk (orantılılık) arz etmesi gerekebilir². İşte bu hallerde meşru savunma, hiçbir surette uygulama alanı bulamayacağı gibi, uygulama alanı bulsa

¹ (çevrimiçi) <http://www.tdk.gov.tr> (Erişim Tarihi: 23.01.2018).

² Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*, §15, kn. 55.

dahi bunun birtakım sınırlandırmalar kapsamında gerçekleşmesi gerekebilir. Meşru savunmanın uygulama bulduğu ve fakat bunun belli sınırlamalar ölçüsünde gerçekleştiği hallerde üç adım teorisinin uygulanması gerektiği ifade edilmektedir³. Bu teoriye göre meşru savunmanın, mutlak bir savunma hakkı olarak karşımıza çıkmadığı durumlarda, meşru savunmada bulunan kişinin öncelikle saldırıdan kaç (ın)ması⁴ (1. adım), bunun mümkün olmadığı durumlarda defansif savunmada bulunması (2. adım) ve son olarak da ofansif savunmada bulunması (3. adım) beklenecektir⁵.

Belirtelim ki söz konusu sınırlandırmaların dayanak noktasını büyük ölçüde objektif görüş oluştururken⁶, subjektif görüşün de, kısmen de olsa bu durumu desteklediği söylenebilir⁷.

B. Önemsiz Saldırlara Karşı Savunma

Toplumda alışlagelmiş mahiyette ve önemsiz saldırılar bakımından meşru savunmanın uygulanmaması gerektiği ifade edilmektedir⁸. Buna göre bir ağız dalaşı esnasında birinin diğerine dokunması, bir insan kuyruğunda birinin diğerini iteklemesi, birinin diğerine yapmış olduğu sırnaşıklık ve trafikte araç sürücülerinden birinin diğerine rahatsızlık vermesi gibi saldırılar bu mahiyette saldırılar olarak

³ Rengier, **a.g.e.**, §18, kn. 55; Heinrich, **a.g.e.**, kn. 361; Krey, Esser, **a.g.e.**, §14 kn. 534; Kaspar, **a.g.e.**, §5 kn. 275; Holland, **a.g.e.**, kn. 245.

⁴ Somut olayın şartlarına göre, saldırıya maruz kalan kişinin kendi menfaatini ihlal etmeyen ve onur kırıcı olmayan kaç(ın)manın ona yüklenebileceği noktasında bkz. Dietrich Kratzsch, **Grenzen der Strafbarkeit im Notwehrrecht**, Berlin, Walter de Gruyter, 1968, s. 58.

⁵ Rengier, **a.g.e.**, §18, kn. 55; Heinrich, **a.g.e.**, kn. 361; Krey, Esser, **a.g.e.**, §14 kn. 534; Kaspar, **a.g.e.**, §5, kn. 275; Holland, **a.g.e.**, kn. 245.

⁶ Rengier, **a.g.e.**, §18, kn. 54; Kindhäuser, **a.g.e.**, §16 kn. 41.

⁷ Rengier, **a.g.e.**, §18, kn. 54.

⁸ Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 49; Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, §15, kn. 83; Schmidt, **a.g.e.**, kn. 358.

değerlendirilmektedir⁹. Keza öğretmenin öğrencisinin kulağını çekmesi de bu kapsamda kabul edilebilir.

Bir görüşe göre, objektif görüşün mihenk taşı olan hukuk düzeninin korunması bu tip alışlagelmiş ciddi olmayan (önemsiz) saldırılarda meşru savunmanın uygulanmasının önüne geçmektedir¹⁰. Diğer bir görüşe göre ise söz konusu hallerde meşru savunmanın bir şartı olarak öngörülen haksız bir saldırı bulunmamaktadır¹¹. Kanaaaatimizce bu tür fiiller haksız saldırı niteliğini haiz olduğundan burada meşru savunmaya uygulama alanı açılmaktadır. Ancak söz konusu hallerde saldırının mahiyeti gereği meşru savunma hakkı birtakım sınırlandırmalara uğramaktadır. Bu bakımdan saldırıya maruz kalan kişiden, öncelikle saldırıdan kaç (ın)ması, bunun mümkün olmadığı durumlarda defansif savunmada bulunması ve ofansif savunmada bulunması ancak son çare olarak beklenebilecektir. Dolayısıyla söz konusu mahiyetteki saldırılar açısından genel bir kural olarak ileri sürülen “*katlanma yükümlülüğü*” görüşünün doğru olmadığını düşünmekteyiz.

C. Mal Varlığına Yönelik Saldırılar Bağlamında Saldırı ile Savunma Arasında Aşırı Orantısızlık Halleri

Kural olarak saldırı ve savunmanın yöneldiği hukuki değerler ya da saldırı ve savunmada kullanılan araçlar arasında mutlak bir orantılılık şartının öngörülemeyeceğini ifade etmiştik¹². Bu itibarla, her ne kadar bu hususa bakan yönüyle temel bir kural olmasa da, olumsuz bir unsur olarak orantılılığın varlığını

⁹ Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 49.

¹⁰ Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, §15, kn. 83; Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 49.

¹¹ Renzikowski, **a.g.e.**, s. 312. Aynı yönde bkz. Hakeri, **a.g.e.**, s. 334.

¹² Ayrıca bkz. Herzog, **a.g.e.**, §32 kn. 90.

kabul etmek gerekir. Bu olumsuz unsur da somut olayda aşırı bir orantısızlık halinin bulunmamasıdır¹³.

Bu bağlamda verilen en bilindik örnek; bahçesindeki ağaçlardan birinden meyve çalıp kaçan çocuğu durdurup meyvesini kurtarmak adına, bahçe sahibinin elindeki tüfekle bir el ateş edip çocuğu bacağından vurmasıdır¹⁴. Gerçekten de böyle bir olayda her ne kadar söz konusu saldırının sona erdirilmesi bakımından tek çare çocuğa doğru ateş edilip onun vurulması olarak görülse de, bir diğer ifadeyle genel gereklilik kriterlerine göre bu savunma gereklilik arz etse de, değerler arasındaki aşırı orantısızlık, böyle bir savunmanın meşruiyetini ortadan kaldıracaktır¹⁵. İşte böyle bir durumda meşru savunma uygulama alanı bulamayacak¹⁶ ve bu tip bir saldırıya maruz kalan kişi ise sonuca katlanmak durumunda kalacaktır¹⁷. Bu bağlamda belirtelim ki, saldırgana karşı yapılan savunma hareketinin aşırı orantısız olduğu bu gibi durumlarda, bizzat savunmacıya karşı da meşru savunma mümkün olabilecektir¹⁸.

Söz konusu halde, savunmanın neden uygunluk arz etmeyeceği farklı gerekçelere dayandırılmaktadır. Bunlar şu şekilde özetlenmektedir¹⁹:

Bir görüşe göre saldırı ile savunma arasındaki aşırı orantısızlık hali hukukun en temel kurallarından biri olan “hakkın kötüye kullanılmaması” prensibince meşru savunmaya engel teşkil etmektedir.

¹³ Krey, Esser, **a.g.e.**, kn. 543.

¹⁴ Örnek için bkz. Rengier, **a.g.e.**, §18 kn. 57.

¹⁵ Krşl. Rengier, **a.g.e.**, §18 kn. 58; Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 50. Nitekim Alman Eyalet Mahkemesinin de meşru savunmaya ilişkin vermiş olduğu bir kararında buna vurgu yaptığı görülmektedir (BGH 12.04.2016 2StR 523/15; **NStZ**, 2016, s. 527).

¹⁶ Kristian Kühl, “Sozialethische Einschränkungen der Notwehr”, **Jura**, 1990, s. 250; Heinrich, **a.g.e.**, kn. 364.

¹⁷ Schmidt, **a.g.e.**, kn. 360.

¹⁸ Özen, **a.g.e.**, s. 90; Hakeri, **a.g.e.**, 344.

¹⁹ Krey, Esser, **a.g.e.**, kn. 544.

Diğer bir görüşe göre, bir anayasal prensip olarak bütün hukuk düzenine hakim olan ölçülülük/orantılılık ilkesi aşırı bir orantısızlık içeren savunmayı bu prensibe aykırı görmektedir.

Son olarak meşru savunmanın hukuki esasını oluşturan subjektif ve objektif görüşün, saldırıya nazaran, sonucu katlanılamaz olan savunmalara müsaade etmediği ifade edilmektedir.

Kanaatimizce, aşırı orantısızlık hallerinin mevcut olması durumunda meşru savunmanın uygulanamayacağı noktasında izahatta bulunan bu görüşlerden her birinin haklılık payı bulunmaktadır.

Saldırı ve savunma arasındaki aşırı orantısızlık hali korunan hukuki değer bağlamında her bir kişisel hak bakımından söz konusu olabilir²⁰. Bu itibarla, aşırı bir orantısızlık halinin mevcut olduğu her bir somut olay açısından meşru savunmanın uygulama alanı bulamayacağı sonucuna varılabilir. Ancak önemle ifade etmek gerekir ki, bu incelemede bulunurken kesinlikle değerler arasında bir orantılılık bulunması gibi bir şartın varlığı değil, yalnızca sonucu katlanılamaz şekilde olan orantısızlık hallerinin varlığı dikkate alınmalıdır.

Bu bağlamda, uygulamada da oldukça sık karşılaşılan cinsel dokunulmazlık hakkının korunması adına bir kişinin yaşamına son verilmesi meselesinin, söz konusu husus bakımından önemli bir örnek teşkil ettiği ifade edilebilir. Zira her ne kadar yaşam hakkı cinsel dokunulmazlık hakkının oldukça üstünde olsa da, yani söz konusu örnekte değerler arasında bir orantısızlık mevzubahis olsa da, bu orantısızlığın katlanılamayacak boyutta olmadığını ifade etmek gerekir. Dolayısıyla genel gereklilik ölçütlerine uygun bir savunmanın icra edildiği bu tip durumlarda, meşru savunmanın varlığı kabul edilmelidir²¹.

Bununla birlikte söz konusu orantısızlık hali bilhassa mal varlığı hakkına yönelik saldırılar bakımından önem arz etmektedir. Zira uygulamada mal varlığı

²⁰ Rengier, **a.g.e.**, §18 kn. 63.

²¹ Krşl. Hakeri, **a.g.e.**, s. 350, 351.

hakkına yönelik saldırılarla oldukça sık karşılaşıldığı gibi, sahip olduğu nitelik itibarıyla da bu hak oldukça büyük bir önemi haizdir. Dolayısıyla mal varlığı hakkının korunması adına bilhassa yaşam hakkına yönelik savunmaların ayrıca irdelenmesi gerekir.

Mülga 765 sayılı TCK'nın meşru savunmayı düzenleyen 49. maddesi “*Gerek kendisinin gerek başkasının nefsine veya ırzına vukubulan haksız bir taarruzu...*” demek suretiyle malvarlığına yönelik saldırılara karşı savunmayı meşru savunmanın alanına dahil etmemiştir. Buna karşılık söz konusu Kanunun 461. maddesinde meşru savunmanın istisnai bir tatbikinin bulunduğu ve bunun da, ancak belirli şartların varlığı halinde ve müdafaaya geçmek için saldırıda cebir ve şiddetin veya şahsi emniyetin tehlikede bulunması durumunda uygulama alanı bulacağı ifade edilmiş, keza bu Kanunda malvarlığına yönelik saldırılara karşı meşru savunmayı doğuracak başka bir düzenlemenin bulunmadığı vurgulanmıştır²².

5237 sayılı TCK'nın meşru savunmayı düzenleyen 25. maddesi ise “*Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş...*” demek suretiyle meşru savunmanın, içinde malvarlığı hakkının da bulunduğu tüm kişisel haklar bakımından uygulama alanı bulacağını kabul etmiştir.

Bunun yanı sıra Medeni Kanunun 981. maddesinde öngörülen “*Zilyet, her türlü gasp veya saldırıyı kuvvet kullanarak defedebilir*” hükmü de meşru savunma hakkını ihtiva etmektedir²³.

²² Jale Güral, “Türk Hukukunda Mal İçin Meşru Müdafa”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 6, Sayı:2, 1949, s. 192. Nitekim mülga Ceza Kanununun yürürlükte olduğu dönemde Yargıtay’ın “Bankadan aldığı emekli maaşını bir elinde cep telefonu, diğerinde de maaşı olmak üzere cebine koymak için elinde tutmakta olan sanığa, içlerinde maktulünde bulunduğu iki kişinin hızla çarpması nedeni ile para ve cep telefonu üzerindeki hâkimiyetini korumak isteyen sanığın, bu hâkimiyetini kaybettirip hem para hem de cep telefonunu alarak kaçan maktulün eylemi (yağma niteliğinde olduğunun) kabulü ile bu maktule yönelik sanık tarafından tabanca ile vakii atış sonucu anında gerçekleştirilen öldürme eylemini, olayın cereyan tarzı ve maktulün isabet aldığı vücut nahiyesi de dikkate alınarak (meşru savunma) içinde mütalaa edilip buna göre hüküm kurulması gerekir” demek suretiyle söz konusu olayı meşru savunma sınırları dahilinde kabul ettiği ifade edilmektedir (Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 20.12.2001 tarih ve 4641 sayılı kararı; İdris Ermeydan, “Yargıtay Kararları Işığında Meşru Savunmada Sınırın Aşılması”, **Fatih Sultan Mehmet İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi**, Sayı:3, Yıl: 2014 Bahar, s. 146.

²³ Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 717.

Bugün gelinen noktada gerek ülkemiz açısından gerek karşılaştırmalı hukuk açısından malvarlığına yönelik saldırılara karşı meşru savunma hakkının bulunduğu noktasında herhangi bir tartışma bulunmamakla birlikte, yapılacak savunmanın ölçüsü son derece büyük önem taşımakta ve bilhassa yaşam hakkının ihlaliyle sonuçlanabilecek savunmalar bakımından esaslı bir tartışma bulunmaktadır. İşte biz de bu husustaki kanaatimizi belirtmeden önce bu bağlamda önem arz eden hukuki düzenlemelere yer verecek ve bu tartışmadaki karşıt görüşlerin argümanlarını ayrı ayrı ele alıp bu husustaki bazı önemli Yargıtay kararlarına yer verdikten sonra hakkaniyete uygun bir sonuca ulaşmaya çalışacağız.

İlk olarak söz konusu tartışmanın en temel kaynaklarından birini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin yaşam hakkını koruyan 2. maddesi olduğunu söylemek gerekir. Nitekim bu madde hükmüne göre²⁴;

“Madde 2

Yaşam hakkı

Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez.

Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz:

Bir kişinin hukuka aykırı bir şiddete karşı savunulmasında,

Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme;

Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması”.

Görüldüğü üzere söz konusu maddenin 2. fıkrası, bir kişinin hukuka aykırı bir şiddete karşı savunulmasında, mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda saldırganın ölmesinin 2. maddenin ihlalini oluşturmayacağını öngörmek suretiyle esasen meşru savunma hakkına vurgu yapmaktadır.

²⁴(çevrimiçi)http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf; http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 27.01.2018).

Bunun yanı sıra Anayasamızın yaşam hakkını düzenlediği 17. maddesinin son fıkrası da, meşru savunmanın varlığı halinin yaşam hakkının ihlaline yol açmayacağını öngörmektedir.

Bu ön bilgiler ışığında öncelikle mal varlığı hakkının savunulması adına saldırganın öldürülemeyeceği görüşünü savunanların dayanak noktalarına bakacak olursak;

- TCK'nın meşru savunmayı düzenleyen 25. maddesi, savunmanın saldırıyla orantılı olmasını aradığından, bu orantılılık haklar bakımından da söz konusu olacak ve dolayısıyla, AİHS'in 2. maddesine müracaat etmeksizin, Kanunumuzun bizzat kendisi, yaşam hakkı ile malvarlığı hakkı arasında bir orandan bahsedilemeyeceğinden bahisle meşru savunmayı devre dışı bırakacaktır²⁵.

- Kanunumuzda savunmanın bir şartı olarak yer verilen orantılılığın, değerler bakımından aranmayacağı kabul edilse dahi, AİHS m. 2/2, mal varlığı hakkının savunulması adına saldırganın öldürülmesine izin vermemektedir. Zira her ne kadar söz konusu maddenin lafzına bakıldığında öncelikli muhatabın devlet olduğu anlaşılrsa da, yani bu madde hükmünün TCK'nın 25. maddesinde öngörülen meşru savunmada olduğu gibi, birey-birey arası ilişkilerden ziyade devlet-birey arası ilişkiler bakımından uygulama alanı bulabileceği akla gelse de; özel bir kişinin davranışı AİHS'e aykırı bir durum meydana getirmişse, ilgili devletin söz konusu hakları güvence altına alma yükümlülüğünü ihlal edip etmediğini belirlemek için AİHS ve ek protokollerle güvence altına alınan her bir hakkın daha yakından incelenmesine ve ihtiyaç duyulmasına gereksinim vardır. Yani özel bir kişinin davranışı AİHS ve ek protokollere aykırı bir durum oluştursa ilgili devletin söz konusu davranışı önleme yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır²⁶. Öte yandan bireyin

²⁵ Krşl. Artuk, Gökçen, **a.g.e.**, s. 438. Al. CK'nın meşru savunmayı düzenleyen 32. maddesinde, orantılılığın- kısmen- karşılığı olarak yer verilen savunmanın uygunluğu koşulunun da bu tür savunmalara izin vermeyeceği noktasında bkz. Stephanie Nusser, **Notwehr zur Verteidigung von Sachwerten**, Hamburg, Verlag Dr. Kovac, 2012, s. 263, 265.

²⁶ Mustafa Ruhan Erdem, “Malvarlığına Yönelik Saldırlara Karşı Meşru Savunma İçin İnsan Öldürme ve Yaşam Hakkı (AİHS m. 2)”, **DEÜHFD Dergisi**, C: 9, Prof Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, İzmir, 2007, s. 993. Gerçekten de devletin insan yaşamını etkin olarak korumak için gerekli adımları atmak, bu kapsamda bireyleri diğer kişilerin yaşamsal tehlike yaratan eylemlerinden korumak için

üçüncü kişiler tarafından temel haklarına müdahale edilmesi durumunda devlet tarafından korunmayı talep etme hakkı bulunmaktadır. Bu itibarla devletin koruma yükümlülüğünden mütevellit AİHS ve ek protokollerin üçüncü kişilere de etkisi bulunmaktadır²⁷. Ayrıca AİHS'in bireyler arası ilişkiler bakımından bir etkisinin olmayacağı kabul edilecek olsa dahi, malvarlığı hakkının savunulması adına bir kişinin ölümüne meşriyet tanınması durumunda, yaşam hakkının özüne dokunulacağı ve böyle bir sınırlandırmanın katiiyen kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir²⁸.

- Bunun yanı sıra, AİHS m. 2/2, ilk planda yalnızca kasten öldürülmesine izin verilen halleri değil, aksine istemeden ölüme yol açan güç kullanımının hukuka uygun sayılabileceği halleri de düzenlemektedir. Bunun neticesi olarak söz konusu istisnalar, ateşli silah kullanılması suretiyle istemeden sebep olunan ölüm durumlarını da kapsamaktadır. Ancak sayılan hallerde, güç kullanımı AİHS m. 2/2'de sayılan amaçlara ulaşmak için "mutlaka gerekli" olan ölçünün ötesine geçmemelidir. Dolayısıyla bu açıdan bakıldığında, AİHS m. 2/2'nin yalnızca kasten öldürmelerde uygulama alanı bulacağı görüşünün de isabetli olmadığı görülecektir²⁹.

uygun önlemleri almak, yaşama kasteden eylemleri caydırıcı ve etkin şekilde cezalandırmak için kanunlarında gerekli yaptırımlara yer vermek, bu hükümlerin ihlal edilmesini engellemeye yönelik ceza kovuşturmasını etkin şekilde yürütmek ve bu cezaların infazını sıkı şekilde takip etmek ve uygulamak noktasında pozitif bir yükümlülüğünün bulunduğu hususunda bkz. Cengiz Topel Çiftçioğlu, "Yaşama Hakkı", **TBB Dergisi**, 2012 (103), s. 146. Nitekim Marxen de AİHS m. 2/2'nin özel kişilere uygulanması noktasında bir problem olmadığını ve söz konusu maddenin bu kişiler bakımından da doğrudan etkisinin bulunduğunu ileri sürmektedir (Klaus Marxen, **Die Sozialethischen Grenzen der Notwehr**, Frankfurt am Main, Alfred Metzner Verlag, 1979, s. 61).

²⁷ Erdem, **a.g.e.**, s. 993, 994. Aynı yönde bkz. Çiftçioğlu, **a.g.e.**, s. 155, 156; Fahri Gökçen Taner, "Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma", **Ceza Hukuku Dergisi**, Ankara, Seçkin, Yıl: 5, Sayı: 12, Nisan 2010, s. 231. Nitekim AİHS m. 2/2'nin herkes için doğrudan doğruya etkide bulunması mutlak teori olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Heinrich, **a.g.e.**, kn. 366; Thomas Hillenkamp, Kai Cornelius, **32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil**, 15. Baskı, München, Verlag Franz Vahlen, 2017, s. 25, 26.

²⁸ Frank Bisson, **Die Lebensgefährliche Verteidigung von Vermögenswerten**, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2002, s. 218.

²⁹ Erdem, **a.g.e.**, s. 997. Aynı yönde bkz. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Ankara, Seçkin, 2004, s. 205. Nitekim AİHM'in, "*McCann v UK* A 324 (1995); 21 EHRR 97 GC" kararında, söz konusu hükmün kasıtlı olmayan öldürmelerde de geçerli olduğu sonucuna vardığı ifade edilmiş ve bu itibarla taksire dayalı ölümlerde de bu hükmün uygulama alanı bulacağı ileri sürülmüştür (David Harris, Michael O'Boyle, Colin Warbrick, **Law of the European Convention on Human Rights**, 2. Baskı, Oxford, 2009, s. 56). Thomas Hillenkamp, Kai Cornelius, **a.g.e.**, s. 26.

Ayrıca TCK'nın meşru savunmaya ilişkin madde hükümleri ile AİHS m. 2/2 çatıştığında, Anayasamızın 90. maddesi uyarınca, temel hakların başında gelen yaşam hakkının düzenlendiği AİHS m. 2/2 uygulama alanı bulacaktır³⁰.

Buna mukabil malvarlığı hakkına yönelik saldırılarda ölüme yol açacak savunmaların meşruiyetine hâlel gelmeyeceği görüşünün dayanak noktalarını ele alacak olursak;

- TCK'nın 25. maddesinde yer verilen savunmanın orantınlılığı şartı savunmanın ölçülü olmasını ifade etmekte olup özellikle bu kavram, değerler arasında bir oranın bulunması gibi bir şartın varlığını aramamaktadır³¹.

- AİHS'in 2. maddesi, kamu gücünü kullanan bir personelin bireye olan müdahalesinin sınırlarını çizmekte olup birey-birey arası ilişkilerinin öngörüldüğü düzenlemelere tesir edemez. Dolayısıyla AİHS m. 2/2, mal varlığına yönelik saldırılarda ölüme yol açan savunmalarda sınırlayıcı bir role sahip değildir³². Ayrıca bu hususta sınırlayıcı bir rolünün bulunduğu kabul edilse dahi, söz konusu madde hükmü birinci fıkrada öngörüldüğü üzere, yalnızca kasten öldürme hallerinde uygulama alanı bulacak ve böylece çoğunlukla saldırganın ölümüne taksirle sebep olduğu savunmalarda bu normun uygulanması yine söz konusu olmayacaktır³³.

Keza AİHS m. 2/2'nin söz konusu meşru savunma hakkı bakımından bir sınır teşkil etmeyeceğine dair başka argümanlar da ileri sürülmektedir. Bu argümanlar da

³⁰ Erdem, **a.g.e**, s. 997.

³¹ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 353; Hakeri, **a.g.e**, s. 350; Koca, Üzülmüş, **a.g.e**, s. 282.

³² Volker Krey, "Zur Einschränkung des Notwehrrechts bei der Verteidigung von Sachgütern", **JZ**, 1979, s. 707; Bisson, **a.g.e**, s. 218; Knut Amelung, "Das Problem der heimlichen Notwehr gegen die erpresserische Androhung kompromittierender Enthüllungen", **GA**, 1982, s. 384. Ayrıca bkz. Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, §15 kn. 86; Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e**, §15 kn. 52; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e**, §10 kn. 513. Krşl. Hakeri, **a.g.e**, s. 357; Ersan, **a.g.e**, s. 49; Demirci, **a.g.e**, s. 40. Nitekim sözleşmenin orjinal metninde m. 2/2'de "inflicted" kavramının kullanıldığı ve 2. fıkradaki istisnai haller dışında hiç kimsenin ölüme maruz bırakılamayacağı anlamında kullanılan bu kavramın, bu maddenin muhatabının devletten başka birinin olmasına izin vermeyeceği ifade edilmektedir (Hillenkamp, Cornelius, **a.g.e**, s. 27).

³³ Claus Roxin, "Sozialethische Einschränkungen des Notwehrrechts", **ZStW**, 1981, s. 99; Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, §15 kn. 88.

kısaca şu şekilde özetlenebilir³⁴: AİHS m. 2/2'nin asıl muhatabı devlet nezdinde kolluk kuvvetleri olduğundan ve kolluk kuvvetleri; sahip oldukları pozisyon, güç ve imkan gereği, herhangi bir hakkın müdafaası noktasında sivil kişilere göre çok daha güvenceli bir konumda bulunduklarından, sivil kişilerin meşru savunma sınırını onlarla bir tutmak hakkaniyete uygun olmayacaktır. Bunun yanı sıra, AİHS m. 2/2(b)'de gerekli sınırın aşılması kaydıyla, bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirmeden mütevellit ortaya çıkan ölümlerden sorumlu olunmayacağı öngörülmektedir. Halbuki yakalanmak istenen bu suçlu pekala bir hırsız da olabilir. O halde bir hırsızın vurulması için, suç işlemlerini tamamlayıp kaçmasını beklemek gibi mantıksız bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Ayrıca sözleşmenin orijinaline bakıldığında, haksız bir şiddete karşı gerçekleştirilecek savunmanın, “*of any person*” yani - bir kişinin- hakkını korumaya yönelik olması gerektiği görülmektedir. O halde somut bir malvarlığı hakkı da pekala bu kapsamda kabul edilebilir³⁵. Keza AİHS m. 2/2, malvarlığı hakkına yönelik saldırıları meşru savunmanın uygulama alanından çıkarmaktan ziyade, aşırı orantısız hallerden doğabilecek olası ve manasız ölümlerin önüne geçmektedir.

Bunların yanı sıra meşru savunma yalnızca TCK'da değil, aynı zamanda Anayasamızın 17. maddesinin son fıkrasında da yaşam hakkının ihlalini oluşturmeyen bir hal olarak öngörülmüştür. Dolayısıyla söz konusu hükmün, TCK'daki düzenleniş şekliyle yorumlanması halinde, artık AİHS m. 2'nin TCK m. 25 ile çatışmasından öte, Anayasa hükmüyle çatışması da söz konusu olacaktır. Bu durumda her ne kadar temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası sözleşmelerin kanunla çatışması durumunda kanunlara karşı üstünlüğü olsa da, anayasa hükmüne

³⁴ Bu argümanların tamamı için bkz. Hillenkamp, Cornelius, **a.g.e.**, s. 27-29.

³⁵ Buna karşın örneğin Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Sözleşmenin hazırlanması aşamasında yaşam hakkına mülkiyetin korunması amacıyla istisna getirilmesine yönelik teklifin reddedildiği ifade edilmektedir (William Schabas, “The Omission of the Right to Property in the International Covenants”, **Hague Yearbook of International Law**, Vol. 4, 1991, s. 157).

karşı böyle bir üstünlüğü olmadığından, meşru savunma, anayasa ile koruma altına alınan kanundaki haliyle uygulama alanı bulabilecektir³⁶.

Bu iddiaya karşı, şöyle bir eleştiri getirilebilir: Anayasanın 17. maddesinde yaşam hakkı ihlalinin bir istisnası olarak öngörülen meşru savunma, bütün hukuk düzenlerinde kabul gören ve evrensel geçerliliği olan bir kurumdur. Dolayısıyla anayasada kendine yer bulan bu kurumun, TCK'da belirlenen sınırlara göre yorumlanma zorunluluğu yoktur. Kaldı ki TCK md. 25'de düzenlenen meşru savunma söz konusu husus bakımından 2005 Türk Ceza Kanunu reformuyla büyük değişikliğiyle uğramıştır. Zira bu değişiklik öncesi meşru savunmanın uygulama alanı yukarıda da ifade edildiği gibi, nefis ve ırza yönelik saldırılarla sınırlıydı. Halbuki Anayasanın 17. maddesinin meşru savunmaya ilişkin hükmü, yürürlüğe girdiği 1982 yılında dahi mevcuttu. Bir diğer ifadeyle söz konusu husus anayasal güvence altına alındığında zaten bazı istisnalar dışında malvarlığına yönelik saldırılar meşru savunmanın kapsamında kabul edilmemekteydi³⁷.

Bu iddiaya da şöyle bir eleştiri getirilebilir: Her ne kadar Anayasanın söz konusu hükmü yürürlüğe girdiğinde, meşru savunma, mülga Ceza Kanununun öngördüğü haliyle, malvarlığı hakkına yönelik saldırıların dışında bırakılmış olsa da,

³⁶ Türk hukukunda uluslararası hukukun Türk iç hukukuna üstünlüğünü gösteren genel bir hükmün olmadığı ve hatta Anayasanın 90. maddesine ilave edilen söz konusu hükmün dahi bu durumu değiştirmeyeceği noktasında bkz. Abdurrahman Eren, “1982 Anayasasının 90. Maddesindeki 2004 Değişikliğinin Anlaşmaların Türk İç Hukukundaki Yerine Etkisi”, **AÜEHFFD**, C. VIII, s. 3-4, s. 74. Buna karşılık Akıllıoğlu'na göre, AİHS bir Avrupa Anayasası sayılmasa da anayasa değerindedir (Tekin Akıllıoğlu, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz”, **AÜSBF Dergisi**, XLIV, No: 3, 4, Temmuz- Aralık 1989 s. 164). Keza Yüzbaşıoğlu'na göre, uluslararası anlaşmalar, uluslarüstü hukuk kuralı olarak Türk hukuk düzeninde en üst konumda olup anayasa üstü bir değer taşımaktadır (Necmi Yüzbaşıoğlu, **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**, İstanbul Üniversitesi, 1993, s. 34). Eren ise, uluslararası anlaşmaların anayalüstü bir değer olarak kabul edilmesine zemin hazırlayan Anayasamızın 15 (temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması), 16 (yabancıların durumu), 42 (eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi) ve 92. (savaş hali ilanı ve silahlı kuvvet kullanılmasına izin verme) maddelerinde uluslararası hukuka açık bir gönderme yapılarak bu yollamaların yapıldığı alanlarda uluslararası hukuk kurallarına anayasal bir temel kazandırıldığını ve bu durumlarda uluslararası hukuk kurallarının Anayasa Mahkemesi tarafından bir ölçü norm olarak kullanılarak Anayasallık blokuna dahil edilebileceğini ifade etmektedir (Eren, **a.g.e**, s. 75).

³⁷ Ancak mülga Ceza Kanununun 461. maddesinde meşru savunmanın istisnai bir tatbikinin bulunduğu ve bunun da ancak belirli şartların varlığı halinde ve müdafaaya geçmek için saldırıda cebir ve şiddeti veya şahsi emniyetin tehlikede bulunması durumunda uygulama alanı bulacağı gerçeğini de tekrar hatırlatmak gerekir (Güral, **a.g.e**, s. 192).

meşru savunma sınırlarının mevcut Ceza Kanununa göre yorumlanması gerekir. Kaldı ki mevcut Ceza Kanununda meşru savunma bütün haklara teşmil edilmişken ve doktrinin oldukça önemli bir kısmı değerler arasında orantılılığı kabul etmezken, meşru savunmanın uygulama alanının genişlediği aşıkardır. O halde örneğin, nasıl 2001 Anayasa değişikliğiyle ceza ve ceza muhakemesine ilişkin birçok hüküm yeniden ihdas edildi –örneğin gözaltı sürelerinde olduğu gibi-; aynı şekilde uygulama alanı 2005 TCK reformuyla bütün kişisel hakları içine alacak şekilde genişletilen meşru savunma hakkı da, 2010 anayasa değişikliğiyle AİHS m. 2/2 ile aynı kapsamda olmak üzere, belli sınırlara tabi tutulabilirdi. Bir diğer ifadeyle mal varlığına karşı saldırılarda –ilgili bütün şartlar mevcut olmak koşuluyla- ölüme yol açabilecek savunmalara cevaz verebilecek mevcut meşru savunma hükümleri, yaşam hakkının bir ihlali olarak görülseydi, yaşam hakkından çok daha az önemi haiz haklarda olduğu gibi, yapılan anayasa değişiklikleriyle meşru savunmanın uygulama alanı bakımından da bir üst sınır öngörülebilirdi³⁸.

Kaldı ki hukukun yeknesaklığı açısından da, meşru savunmanın varlığının yaşam hakkı ihlalini oluşturmayacağını öngören anayasa hükmünde, meşru savunma bakımından bir üst sınır çizilmemişse, kural olarak bu kurumun sınırlarının TCK m. 25'ten ibaret olması gerekir.

Yargıtay Kararlarına bakıldığında ise, söz konusu kararlarda, yukarıda yapılan tartışmaların hiç birine girmeden sonuca gidildiği görülmektedir:

Nitekim sanık Mehmet'in, karayolu üzerindeki büfesine yakın bir mesafede barakada yaşadığı olay gecesı saat 02.00 sıralarında büfeden gelen seslere uyanan sanığın pencereden baktığında büfesinin önünde bir şahsı gördüğü, maktulün sanığın büfesinin kapısını levye ile kırıp buradan aldığı para ve malları dışarı çıkartarak kaçmaya çalıştığı sırada sanığın karanlık ortamda sanığı görmeden büfe yönüne doğru rastgele ruhsatsız tabanca ile 4 el ateş ettiğı ve bu kurşunlardan birinin maktulün başına isabet ederek ölümüne neden olduğu olayda; Yargıtay, sanığın

³⁸ Bu karşılıklı iddialar, malvarlığı hakkına yönelik saldırılar bakımından meşru savunma hükümlerinin nasıl uygulanması noktasında kendisine danışılan Dr. Öğretim Üyesi Selman Dursun'la 27.01.2018 tarihinde yapılan söyleşi sonucu geliştirilmiştir.

dükkanından kapı kırmak suretiyle çaldığı malları götürmek üzere olan maktulün haksız saldırısını defetmek zorunluluğu altında ve yasal savunma şartları içinde hareket ettiğine ve savunmada aşırıya kaçmadığına karar vermiştir³⁹.

Bir başka kararında ise Yargıtay, “*Sanık İ.H.'in maktul C. ve arkadaşlarının hırsızlık suçunu işlemek amacıyla marketin kepenginin açılmasından itibaren, bu suçun gerçekleşmemesi ve vazgeçmeleri için çabalamasına rağmen saldırıyı defedememesi karşısında ve kendisine ait malları korunmak amacıyla, olay yerinden malları ile kaçan maktulün bulunduğu araca ateş etmesinde yasal savunma koşullarının gerçekleştiği ve yasal savunmada aşırıya kaçmadığı, maktul C.'in yaralanarak ölmesinin yasal savunma kapsamında kaldığı ve sanığın bu suçtan sorumlu tutulamayacağı neticesinde, TCK.nın 25/1 ve CMK. nun 223/2-d maddeleri uyarınca sanık İ.H. hakkında ceza verilmesine yer olmadığına ve beraatine kararı verilmesi*” gerektiği sonucuna ulaşmıştır⁴⁰.

Buna rağmen Yargıtay başka bir kararında güvenlik amacıyla geceleyin işyerini el feneri ile kontrol ettiği sırada, maktul ve arkadaşlarını işyeri içerisinde gören sanığın, 2-3 metre mesafeden tabanca ile hedef gözeterek birden fazla el ateş etmesi sonucu hırsızlık amacıyla işyerine gelen kişilerden birinin iç organ delinmesinden gelişen kalp tamponadı sonucu ölümüne neden olduğu eyleminde meşru savunma şartlarının bulunmadığına karar vermiş ve sanığın kasten öldürme suçunu işlediği ve fakat hakkında haksız tahrik indirimi yapılması gerektiği sonucuna ulaşmıştır⁴¹.

Keza bir başka kararında Yargıtay, hırsızlık suçunun sanığı Mehmet Soysal'ın sanık Özkan Holat'a ait eve hırsızlık amacıyla girip evden 3 adet cep telefonu, para, altın vs. çaldığı, bu sırada gürültülere uyanan tanık Emine'nin kocası olan Özkan'ı uyandırıp evde hırsız olduğunu haber verdiği ve sanık Özkan'ın hırsız

³⁹ (Y1.CD, 16.07.2008, 2007/6814-2008/6009; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 719).

⁴⁰ Y1.CD, 10.10.2013 E. 2013/2791, K. 2013/5564; (çevrimiçi) <http://www.kazanci.gov.tr> (Erişim Tarihi: 29.01.2018).

⁴¹ (Y1.CD, 09.12.2009, 2009/8688-2009/7458; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 719).

Mehmet'i gördüğü, fark edildiğini anlayan Mehmet'in evin balkonundan atlayıp kaçmaya başladığı sanık Özkan'ın ise Mehmet'in kaçmasını engellemek amacıyla evin balkonundan peşinden beylik tabancasıyla birkaç el havaya ateş ettiği, sanık Mehmet'in evden yaklaşık 25 metre mesafedeki olay yerine geldiği ve araca binip kaçmaya çalıştığı sanık Özkan'ın ise aynı yerden Mehmet'in araçla kaçmasını engellemek amacıyla sanığın arkasından aracın lastiklerini hedef alacak şekilde birkaç el daha ateş ettiği bu ateş sırasında da sanık Mehmet'i basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaraladığı olayda sanık Mehmet'in mevcut veya muhakkak bir saldırısının bulunmadığı gerekçesiyle sanık Özkan'ın silahla kasten yaralama suçunu işlediği sonucuna ulaşmıştır⁴².

Görüldüğü üzere Yargıtay ilk iki kararda; malvarlığı hakkı yağma suçunda olduğu gibi herhangi bir cebir (şiddet) olmaksızın ihlal edilen savunmacının silah kullanmak suretiyle ölüme sebebiyet verdiği ilk iki olayda, değerler arasında orantılılık meselesine ya da AİHS m. 2 tartışmasına girmeden savunmanın meşru olduğuna karar vermiştir. Buna mukabil üçüncü karara konu olan olayda sanığın iki üç metre mesafeden doğrudan saldırgana ateş açmasını savunmanın genel gereklilik ölçüsünün kasten aşılması sonucuna ulaşmış olacak ki bu sanığın sorumluluğunun kasten öldürme suçundan sorumlu tutulması gerektiğine karar vermiştir. Dördüncü ve son kararında ise çalmış olduğu üç adet cep telefonu, para, altın vs. ile kaçan hırsızın silahla durdurulması olayında ise çok ilginç bir şekilde saldırı ile savunmanın eş zamanlı olmadığına yani ortada mevcut veya muhakkak bir saldırı olmadığından mütevellit sanığın kasten yaralama suçundan sorumlu olması gerektiğine karar vermiştir. Halbuki hırsızın çalmış olduğu şeylerle kaçıyor olmasını veya evden biraz uzaklaşmış olmasını saldırının bittiği şeklinde yorumlamak kesinlikle kabul edilemez⁴³.

⁴² (Y1.CD, 19.03.2009, 2008/11097-2009/5527; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e**, s. 720).

⁴³ Seydi Kaymaz, “**Mal Varlığına Yönelik Saldırıların Karşı Meşru Savunma ve Yaşam Hakkı**”, 3-4 Haziran 2013 Tarihlerinde İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen Bireysel Başvuru Konulu Sempozyumda Sunulan Bilgi Notları, s. 18; aktaran: Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e**, s. 720.

Bu kararların yanı sıra; mal varlığına yönelik bir saldırıya karşı meşru savunma hakkının mümkün olup olmayacağı tartışmasını haiz somut bir olaya ilişkin olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından verilen bir kararda⁴⁴, meşru savunma meselesi hiç tartışılmaksızın sonuca ulaşılmıştır.

“Yerel mahkemece; olayın, "bir kısım insanların at arabalarıyla fabrikasına gelerek hurda demirleri çaldıklarını haber alan sanığın, otomobili ile doğrudan olay yerine hareket ettiği, yolda karşılaştığı at arabalarını durdurmak istediği, bu amaçla eliyle işaret ettiği, durmamaları üzerine de tabancasıyla, önce havaya, sonra yere ve arabaların tekerleklerine olmak üzere 4 el ateş ettiği, bu atışlar sırasında yerden seken çekirdeklerden birisi ile en arkadaki at arabasında bulunan Nurettin'in yaralandığı ve akabinde öldüğü" tarzında gerçekleştiği kabul edilmiş, özel dairece ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca da dosya kapsamına uygun olan bu kabule iştirak edilmiştir.

Bununla birlikte bu eylem, yerel mahkemece "olası kastla öldürme" olarak değerlendirilirken, özel dairece "meydana gelen ölüm, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama", Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nca ise, "taksirle öldürme" olarak nitelendirilmiştir... Somut olayda; kendisine ait hurdaların çalındığını öğrenen sanık, bunları kurtarma çabasıyla, hurdaları çalmış olan maktûl ve arkadaşlarını bulmuş, bulduktan sonra da durdurmak istemiştir. Bu sırada, ilk olarak durmaları için işaret etmiş, kaçmakta ısrar etmeleri üzerine de önce havaya, sonra da yere ve at arabalarının lastik tekerleklerine doğru tabancasıyla ateş etmiştir. Burada, sanığın doğrudan, yaralama veya öldürme kastı ile hareket etmediği, özel dairece ve yerel mahkemece olduğu gibi, Genel Kurul'ca da kabul edilmektedir... Burada fail, yaralama suçuna kastetmekte, fakat eylem ölümlle sonuçlanmaktadır. Bir başka deyişle, failin kastettiğinden daha farklı bir netice meydana gelmektedir. Failin, meydana gelen fakat kastetmediği bu neticeden sorumlu tutulabilmesi için; netice açısından en azından taksirle hareket etmiş olması gerekmektedir. Kişi bu neticenin

⁴⁴ YCGK E. 2010/1-249, K. 2010/108, T. 04.05.2010 (çevrimiçi) <http://www.kazanci.gov.tr> (Erişim Tarihi: 29.01.2018); ayrıca bkz. Ersan, **a.g.e.**, s. 92, 93.

meydana gelmesinden taksirle de sorumlu tutulamıyorsa, sadece nedensellik bağının bulunmuş olması, o kişiyi neticeden sorumlu tutmamız için yeterli olmayacaktır. Tüm bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Kendisine ait işyerinde bulunan hurda demirlerin çalınmasından duyduğu infialle, maktûl ve arkadaşlarının bulunduğu yere gelerek, at arabalarıyla kaçmakta olan maktûl ve arkadaşlarını korkutarak durdurmak gayesiyle önce havaya, sonra sürekli aynı istikamette olmak üzere at arabalarının tekerleklerine ve yere doğru birden çok kez ateş ettiği sırada, asfalttan seken kurşunlardan birisinin isabet etmesi sonucu maktûlün ölümüne neden olan sanığın eyleminin; kasten öldürme ve kasten yaralama suçlarını oluşturacağı söylenemese de, gerçekleştirilen eylemin yaralamayla sonuçlanabileceğinin öngörülmüş, buna karşılık "ölüm" neticesinin öngörülememiş olması karşısında,... 5237 sayılı TCY'ndaki karşılığını oluşturan ve bu yasanın 87/4 maddesinde düzenlenmiş bulunan "neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama" suçunun oluşturduğunun ... kabulü gerekir''.

Görüleceği üzere, yukarıdaki Yargıtay Ceza Dairesi kararlarında olduğu gibi, mal varlığına yönelik bir saldırının bertaraf edilmesi için yaşamsal tehlikeliliği haiz bir savunma aracının kullanılabileceği kabul edildiğinde, somut olaydaki sanığın önce havaya, sonra yere ve arabaların tekerleklerine olmak üzere 4 el ateş etmesi gerekliliğe ilişkin ölçütler kapsamında ölçülü bir savunma dahi kabul edilebilecekken, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun meşru savunma meselesine hiç girmeksizin bir sonuca ulaşması yerinde olmamıştır⁴⁵.

Bütün bu bilgilerden sonra söz konusu hususa ilişkin düşüncelerimizi sıralayacak olursak;

Öncelikle malvarlığı hakkına karşı saldırılarda, yağma suçunda olduğu gibi, cebrin (şiddetin) kullanılıp kullanılmadığı esas alınmak üzere ikili bir ayrıma gidilmesi gerekir. Bu açıdan, örneğin kendisine karşı bir yağma suçu işlenen kişinin genel gereklilik kriterlerine riayet etmek suretiyle, kendisini savunmak adına saldırganın ölümüne neden olduğu durumlar, neticesi ölüm olan savunmalarda

⁴⁵ Krşl. Ersan, **a.g.e**, s. 93.

saldırının şiddete dayalı olmasını arayan AİHS m. 2/2 bakımından da bir sorun teşkil etmeyecektir⁴⁶.

Buna mukabil hırsızlık suçu gibi fiziksel şiddete dayanmayan saldırılar bakımından AİHS m. 2/2'nin önemli bir engel olduğu ileri sürülebilir. Ancak kanaatimizce AİHS m. 2/2, birey-birey arası ilişkiyi haiz meşru savunma hakkından ziyade devlet-birey arası ilişkiyi haiz kolluğun silah kullanma yetkisi bakımından uygulanabilmelidir. Bir diğer ifadeyle söz konusu madde hükmü, meşru savunma bakımından mutlak bir yasak anlamına gelmemektedir. Kaldı ki söz konusu yasak mutlak bir şekilde kabul edilecek olursa, somut olayın şartlarına göre hakkaniyete aykırı sonuçlar da kaçınılmaz olacaktır.

Öte yandan salt hırsızlık suçunun işlendiği durumlarda, ölüme yol açacak savunmaları, kural olarak aşırı orantısız savunmalar şeklinde kabul etmek icap etse de, burada da bir ayrıma gidilmesi gerekmektedir. Öncelikle bu başlık altında verilen ilk örnekte olduğu gibi, bahçesindeki ağacından meyve çalan bir çocuğu bacağından vuran bahçe sahibinin aşırı orantısızlık halinde olduğu noktasında bir tartışma bulunmamaktadır. Peki hırsızlık suçu aşağıdaki gibi iki farklı ihtimal üzeirnde gerçekleşirse sonuç nasıl olacaktır?

Örneğimizin ilkinde, bir gece vakti hırsız H, bir milyarder M'nin villasına girer ve M'nin kasasından yaklaşık 200.000 TL değerinde altını alıp kaçmaya başlar. Evdeki tıktırtıyı duyan ve altınlarının çalındığını fark eden M hemen balkona çıkar ve havaya doğru bir el ateş eder; ancak H kaçmaya devam edince H'nin topuklarına doğru bir el ateş eder ve yerden seken kurşun H'nin kalbine gelir. Nihayet H olay yerinde ölür.

Örneğimizin ikincisinde ise ev sahibi tarafından sürekli evden atılmakla tehdit edilen A ve B çifti bulunmaktadır. Bir ev sahibi olmak için son 10 yıldır büyük zorluklarla 200.000 TL değerinde altın biriktiren bu çift bir sonraki gün gidip kuyumcuda bozdurmak üzere altınlarını bankadan alırlar. Ancak aynı günün gecesinde H, A ve B'nin evine girer ve yatak odalarından bütün altınları alıp

⁴⁶ Krşl. Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 719; Demirci, **a.g.e.**, s. 37, 78; Apaydın, **a.g.e.**, s. 81.

kaçmaya başlar. Evdeki tıktırtıyı duyan ve altınlarının çalındığını fark eden A hemen balkona çıkar ve havaya doğru bir el ateş eder; ancak H kaçmaya devam edince de H'nin topuklarına doğru bir el ateş eder ve yerden seken kurşun H'nin kalbine gelir. Nihayet H olay yerinde ölür.

İşte bu örnekler üzerinden gidilecek olursa, esasında her iki örnekte hırsızlık suçunun işleniş biçimi ile bu suçun konusu ve hatta miktarı dahi eş değerdir. Ancak suçun mağdurlarına bakıldığında burada bir farklılık görülmektedir. Zira ilk örnekte altınları çalınan bir milyarderken, diğer örnekte 10 yıllık birikimi olan A ve B çiftidir. Dolayısıyla bu iki örnek, mağdurun uğratıldığı zarar bakımından birbirinden ayrılmaktadır. Gerçekten de söz konusu altınların çalınması H'yi vuran A için katlanılamaz sonuçları doğurabilecekken, aynı sonuç M açısından geçerli değildir. İşte biz, tam da bu iki örneğin ayrıldığı noktayı mal varlığı hakkına yönelik savunmalarda bir sınır olarak kabul etmekteyiz. Bu açıdan mağdurun malvarlığı itibarıyla çok ciddi zarara uğratıldığı saldırılarda, saldırganın durdurulması adına, ölümle sonuçlanabilecek savunmalara müsaade edilmesi gerekir⁴⁷. Buna mukabil

⁴⁷ Aksi yönde bkz. Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 719; Apaydın, **a.g.e.**, s. 80. Özen'e göre mala yönelik saldırı, mal sahibi bakımından ancak bir hayati tehlike doğuruyorsa saldırganın ölümüne yol açabilecek savunmalar meşru addedilebilir (Özen, **a.g.e.**, s. 129). İslam Hukukuna göre bir malı cebren almak isteyen kimseyi öldürmekten başka bir suretle malın kurtarılmasının mümkün olmadığı hallerde faili katletmenin mübah olduğu, bu itibarla gece vakti bir kimsenin evine hırsız girmiş ve bazı mallarını çalıp giderken o hırsıza yetişmek mümkün olmadığından hırsız öldürmekten başka bir çare kalmamışsa, işte bu takdirde hırsızın öldürülmesinin caiz olduğu ve fakat evleviyetle çalınan malın kıymetinin on dirhem gümüş kıymetinden aşağı olmaması gerektiği ifade edilmektedir (Taner, "Meşru Müdafaa'nın Genişliği ve Mala Karşı Yapılan Tecavüzlerde Müdafaa", s. 638). Buna benzer şekilde Alman Eyalet Mahkemesi, vermiş olduğu bir kararında, yağma suçuna karşı öldürmeye dayanan savunmada aşırı orantısızlığın sınırını 5000 Alman markı olarak belirlemiş ve bunun üstündeki değere yönelik saldırılarda saldırganın öldürülmesini orantılı bir savunma olarak kabul etmiştir (BGH12.02.2003-1 StR 403/02; Christian Rückert, **Effektive Selbstverteidigung und Notwehrrecht**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, s. 469. Ancak bu karara karşılık olarak; herkesi içine alan böyle bir sınır belirlemenin adil olmayacağı ve söz gelimi 50 Euro'nun bir milyoner için hiçbir şey ifade etmezken yoksulluk sınırı altındaki biri için çok şey ifade edeceği eleştirisinde bulunulmuş ve bu değerlendirmenin saldırıya maruz kalan her bir kişinin ekonomik durumuna göre yapılması gerektiği ileri sürülmüştür Rückert, **a.g.e.**, s. 469).

Hillenkamp/Cornelius da vermiş oldukları bir örnek üzerinden okuyucuyu bu hususta düşünmeye sevk etmektedir. Bu örnek olayda; içinde çok değerli makinelerin de olduğu çiftçi B'nin arpa tarlası, T tarafından yakılmak üzeredir. B bu durumu çok uzaktan dürbünüyle görür. Ancak bağırsa da sesini T'ye duyuramayacak ve T'nin saldırısına engel olamayacaktır. İşte B bu saldırının önüne geçmek adına, T'yi paramparça edebilecek iki köpeğini onun üstüne salar ve nihayet T bu köpeklerin saldırısı sonucu ölür (Hillenkamp, Cornelius, **a.g.e.**, s. 25). Ersan'a göre, saldırının ve savunmanın yöneldiği haklar arasındaki denge yapılan savunmanın zorunluluğu koşulu bağlamında her somut olay açısından saldırıyı defedecek ölçülülükte olacak şekilde dikkatle ele alınmalıdır. Bu itibarla Ersan, aşırı

mağdurun uğradığı zarar, tıpkı ilk örnekte olduğu gibi, onu ekonomik açıdan sıkıntılı bir sürece sokmuyorsa, ölümle sonuçlanabilecek savunmalar malvarlığı hakkına kıyasla aşırı orantısız olacağından buna müsaade edilmemesi gerekir.

Ancak önemle belirtmek gerekir ki, gereklilik kriterlerinin belirlendiği çalışmamızın ilgili kısmında belirtildiği üzere, yaşamsal tehlikeliliği haiz savunma araçları yalnızca son çare olarak kullanılabilir. Kaldı ki yapılacak savunmalar her zaman genel gereklilik kriterlerine tabi tutulmak durumundadır. Bir diğer ifadeyle ikinci örnekte, her ne kadar mağdur A'nın yaşamsal tehlikeliliği haiz bir savunma aracını kullanmasına müsaade edilsede, bu savunmayı gerçekleştirirken genel gereklilik kaidelerine uyması gerekir. O halde verdiğimiz örnekte A, H'nin bacağına doğru değil de doğrudan kafasına doğru ateş etmiş olsaydı meşru bir savunmadan bahsedilemeyecekti.

D. Saldırıya Savunmada Bulunan Kişinin Sebep Olduğu Haller Bakımından Savunma

Meşru savunmayı düzenleyen TCK'nın 25. maddesine bakıldığında, söz konusu kurumun şartları ortaya konulurken saldırı ve savunma şeklinde karşılıklı iki fiilin öngörüldüğü ve fakat söz konusu maddede, aynı maddenin ikinci fıkrasında zorunluluk hali bakımından öngörülen hususa benzer şekilde, savunmanın meşruiyeti açısından savunmacının bilerek saldırıya yol açmamış olması gibi bir şarta yer verilmediği görülmektedir⁴⁸. Buna rağmen gerçekten de saldırıya bizzat savunmacının sebep olduğu haller, bilhassa bu sebebiyetin yoğunluğu noktasında oldukça büyük bir önemi ve kayda değer bir tartışmayı haizdir. Nitekim saldırıya yol

orantısızlığın olmadığı durumlar hariç olmak üzere, gereklilik kriterine uygun şekilde yapılan ve fakat saldırganın ölümüyle sonuçlanan savunmaların da meşru kabul edilebileceğini savunmaktadır. Nitekim yazar bu noktada AİHS m. 2'nin de engel teşkil etmeyeceğini zira söz konusu maddenin yalnızca devlet-birey arası ilişkilerine müdahale edebileceğini ileri sürmektedir (Ersan, **a.g.e.**, s. 48, 49).

⁴⁸ Özen, **a.g.e.**, s. 88.

açma, savunmacının bilinçli bir şekilde yapmış olduğu provokatif bir davranışla olabileceği gibi, onun taksire dayanan bir kusurundan da kaynaklanabilir.

1. Kasıtlı Provokasyon

Saldırıya savunmacının sebep olduğu hallerden ilkinin; savunmacının bilinçli bir şekilde saldırganı kendi üzerine çektiği ve saldırı ortamının bizzat savunmacı tarafından oluşturulduğu provokatif eylemler oluşturmaktadır. Bu konunun bir örnek üzerinden ortaya konulmasında büyük fayda bulunmaktadır:

Söz konusu örneğimizde; K'dan nefret eden, onu dövmek isteyen ve fakat kavgayı kendi başlatacağında ceza alacağını düşünen A, bunun önüne geçmek adına, kavgayı K'nın başlatmasını ve kendisinin de meşru savunmadan yararlanmasını sağlayacak bir plan yapar. Bu plana göre A, aynı zamanda oldukça kıskanç biri olan K ile K'nın sevgilisi S'nin bulunduğu kafeye gidecek ve K lavaboya gider gitmez A derhal S'nin yanına geçip K'nın geri döndüğü anda, ona S ile oldukça samimi olduğu izlenimi uyandıran bir sahne izletecektir. Gerçekten de olay A'nın istediği gibi cereyan eder ve sevgilisini, can düşmanı olarak gördüğü A ile samimi bir halde gören K çılgına döner. Bu öfkeyle belinden silahını çıkarıp A'ya doğrulttuğu anda ise, A ondan önce davranır ve cebindeki bıçağı K'nın tabanca tutan eline saplar⁴⁹.

Belirtelim ki konunun net bir şekilde ortaya konulması adına verilen bu örneğe dair çözümlemede bulunulurken söz konusu problem bakımından ileri sürülen teorilerden istifade edilecektir. Ancak bu teorilere geçmeden önce önemli görmüş olduğumuz bazı noktalara değinmekte fayda bulunmaktadır.

Öncelikle Alman doktrinine bakıldığında saldırıya yol açan provokatif eylemlerin genel olarak kasıtlı provokasyon ve taksirli provokasyon şeklinde ikiye ayrıldığı görülmektedir⁵⁰. Buna mukabil *Önder*, her ne kadar bu ikili ayrımın yerinde

⁴⁹ Bu örnek, kasıtlı provokasyon sorunsalının ortaya konulması adına Heinrich'in vermiş olduğu örnekten esinlenilerek oluşturulmuştur (Bkz., Heinrich, **a.g.e.**, kn. 373).

⁵⁰ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, §15 kn. 54; Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 55, 58; Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, §7 kn. 228, 248; Krey, Esser, **a.g.e.**, §14 kn. 555, 558; Holland, **a.g.e.**, kn. 253, 258.

olduğunu ifade etse de, kendisi üçlü bir ayrıma gitmiş ve kasıtlı provokasyonu da kendi içinde ikiye ayırmıştır. Bu ayrıma göre kişi kasıtlı provokasyonda bulunmak suretiyle kasıtlı ve maksatlı bir şekilde saldırıyı kendi üzerine çekebileceği gibi kasıtlı bir provokasyonla kasıtsız ya da maksatsız bir şekilde saldırıya yol açmış olabilir⁵¹. Önder'in bu sınıflandırması ölçüt alındığında karşımıza şöyle bir tablonun çıktığı söylenebilir⁵²:

	Savunmacının provokasyona yönelik iradesi	Savunmacının kendisine karşı saldırıda bulunulması hususundaki iradesi/isteği
Grup	Kasıtlı	Kasıtlı ve hatta bu kasıt belli bir amacı ya da planı gerçekleştirmeye yöneliktir.
Grup	Kasıtlı	Saldırıya yönelik doğrudan kastı (maksat) yok, ancak olası kast ya da taksiri olabilir.
Grup	Taksirli	En fazla taksiri olabilir.

⁵¹ Önder, **a.g.e**, s. 197.

⁵² Benzer bir sınıflandırma için bkz. Kaspar, **a.g.e**, §5, s. 96, 97. Krşl. Ho-Won Hwang, **Die Provokation bei Notwehr**, Herbolzheim, Centaurus Verlag, 2003, s. 16.

İşte bu tablo esas alındığında, örnek olayımızda A'nın kendi elleriyle hazırlamış olduğu saldırı bakımından 1. grubun kapsamına giren maksatlı bir provokasyonun bulunduğu görülmektedir. *Önder*' e göre; meşru savunma örtüsü altında cezadan kurtulmak amacıyla maksatlı bir provokasyonda bulunan savunmacının meşru savunmadan faydalanması kabul edilemez⁵³. Keza *Artuk/Gökcen* de; haksız saldırıya kasten sebep olan bir kimse için meşru savunmanın söz konusu olmayacağı ve aksinin kabul edilmesi halinde, bunun kurnaz kimselerin işine yarayacağı ve muayyen şahıslara karşı işlemeyi planladıkları suçu suni olarak yarattıkları meşru savunma ortamında işleyip bu suretle cezalandırılmadan kurtulacaklarını ifade etmiştir⁵⁴. Dolayısıyla bu görüş uyarınca A, meşru savunma örtüsü altında cezadan kurtulmak amacıyla maksatlı bir provokasyonda bulunduğu için meşru savunmadan faydalanamayacaktır⁵⁵.

Dönmezer/Erman da; savunmacının, saldırının kendisine karşı yapılmasını sağlamak ve hasmını meşru savunma halinde iken öldürüp fiilinin hukuka uygun olduğunu sonradan iddia etmek amacıyla kasıtlı bir provokasyonda bulunması halinde saldırının haksızlık teşkil etmeyeceğini ve dolayısıyla savunmacının meşru savunmadan yararlanamayacağını ileri sürmüştür⁵⁶.

Ayrıca söz konusu provokasyon halinde kişinin kendisini savunma iradesinin olmadığı, bir diğer ifadeyle bu durumda hukuka uygunluk nedeninin manevi unsurunun bulunmadığı; kaldı ki savunmak için öldürme değil, öldürmek için savunmanın olduğu hallerde meşru savunmanın anlamını yitireceği ifade edilmektedir⁵⁷.

⁵³ *Önder*, **a.g.e.**, s. 198; *Hakeri*, **a.g.e.**, s. 343; *Koca, Üzülmöz*, **a.g.e.**, s. 278. Aynı yönde bkz. Klaus Himmelreich, “Erforderlichkeit der Abwehrhandlung, Gebotensein der Notwehrhandlung; Provokation und Rechtsmissbrauch; Notwehrexzess, **GA**, 1966, s. 134. Meşru savunma örtüsü altına saklanma amacı güden provokasyon hallerinde esasen savunmanın bizatihi kendisi saldırı mahiyetindedir (BGH 16.04.1998- 4StR 114/98; **NStZ**, s. 508; *Krey, Esser*, **a.g.e.**, §14 kn. 555).

⁵⁴ *Artuk, Gökcen*, **a.g.e.**, s. 427.

⁵⁵ *Önder*, **a.g.e.**, s. 197, 198; *Hakeri*, **a.g.e.**, s. 343; *Koca, Üzülmöz*, **a.g.e.**, s. 278, 279.

⁵⁶ *Dönmezer, Erman*, **a.g.e.**, kn. 802.

⁵⁷ *Won Hwang, Ho*, **a.g.e.**, s. 7, 63.

Bunun yanı sıra söz konusu yazarlar, bu hususta katı bir sınır çizmeyerek somut olaydaki çeşitli ihtimallere göre farklı sonuçlara ulaşmışlardır. Buna göre; saldırıyı tahrik eden kimse esasen karşısındakini meşru savunma haline sokmuşsa, saldırganın meşru savunma dolayısıyla icra edebileceği hareketler ve bu arada yapabileceği saldırı artık hukuka uygun olacağından haksız sayılamayacaktır⁵⁸. Bir diğer ifadeyle saldırıyı kendi kusurlu hareketiyle tahrik etmiş olan kimsenin bu hareketini göz önünde bulundurmamak gerekir. Şayet bu hareket saldırıda bulunan kimseyi meşru savunma haline koymuş değilse tecavüz haksız olmak niteliğini korur, buna mukabil tahriki oluşturan hareket, ilk olarak saldırıda bulunanı meşru savunma haline getirecek ağırlık ve derecede ise saldırı haksız sayılamaz⁵⁹.

Bir diğer örneğimizi yukarıdaki tablonun 2. grubuna dahil olan bir provokasyon hali oluşturmaktadır. Bu örnek olayda; E, hayatı başarılarla dolu olan arkadaşı D'yi çok kıskanmakta, hatta ondan nefret etmekte ve her ortamda onu rezil etmeye çalışmaktadır. Ancak E bunlarla yetinmeyip son olarak kalabalık bir kafede, yüksek bir sesle, D'ye karşı ağır hakaretlerde bulunmak suretiyle ona olan öfkesini en yoğun bir şekilde dışa vurur (Bu hakaretlerde bulunurken E'nin aklından geçen; D'nin zaten kendisinin bu tutumuna alıştığı, bu hakaretlere de katlanacağı, kaldı ki kendisine karşı fiziksel bir müdahalede bulunacak olursa ondan çok daha güçlü olduğudur). Kendisine yönelik hakaretleri duyduğunda oldukça büyük bir öfkeye kapılan D ise, bulunduğu masanın üstünde duran bıçağı alarak, kendisiyle arasında yaklaşık 15-20 metre mesafe bulunan E'ye doğru emin adımlarla yürür. Bıçağı aldığı andan itibaren D'yi takip eden ve kendisine yaklaşmasını bekleyen E'nin de elinde kendi masasından aldığı bıçak bulunmaktadır. Nihayet D, E'nin yanına vardığında tam bıçağı E'nin karnına saplayacakken E ondan önce davranır ve D'yi karnından bıçaklamak suretiyle yaralar.

⁵⁸ Keza Yargıtay'ın da vermiş olduğu bir kararında; ilk defa haksız harekette bulunan bir kimse, karşısındakini yasal savunma haline koymuş ise, artık kendisinin yasal savunma halinde kaldığını ileri süremeyeceği sonucuna ulaştığı ifade edilmektedir (YCGK. 22.05.1978, 24/178; Artuk, Gökçen, **a.g.e**, s. 427).

⁵⁹ Dönmezer, Erman, **a.g.e**, kn. 802. Aynı yönde bkz. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 350, 351.

Görüleceği üzere ikinci örnek olayımızda, yukarıdaki ilk örnek olayda olduğu gibi, meşru savunma örtüsü altında cezadan kurtulmak amacıyla maksatlı bir şekilde yapılan bir provokasyon söz konusu değildir. Zira bahsi geçen olayda, her ne kadar kasıtlı bir provokatif eylem mevcut bulunsada, savunmacı pozisyonuna geçen E'nin, saldırı şartlarını kasıtlı/planlı bir şekilde oluşturduğu söylenemez. Gerçekten de burada E'nin provokatif eyleme yönelik doğrudan kastının, kendisine karşı saldırının gerçekleşme hususunda ise en fazla olası kastının bulunduğunu kabul etmek gerekir.

Bu bağlamda önemle ifade etmek gerekir ki, Alman Eyalet Mahkemesinin, vermiş olduğu bir kararında, kasıtlı provokasyonda bulunmakla beraber bu provokasyonun kendisine saldırı olarak döneceği noktasında olası kastı bulunan (tabloda 2. grup) kişinin meşru savunma hakkının, meşru savunma zırhına sığınmak suretiyle tamamen planlı bir şekilde yapılan provokasyonlarla (tabloda 1. grup) benzer sınırlandırmalara tabi tutulacağı ifade edilmektedir⁶⁰. Yani kısaca, mahkemeye göre, tabloda belirtilen 1. ve 2. grup provokasyonlar arasında pek bir fark bulunmayıp meşru savunma hakkı söz konusu provokasyon halleri bakımından benzer şekilde sınırlandırılacaktır.

Türk doktrininde ise, meşru savunma örtüsü altında planlı bir şekilde yapılan ya da kasıtlı bir provokasyonla karşı tarafın meşru savunma haline sokulduğu durumlar dışında, saldırıya uğrayan kişinin kendi hareketiyle saldırıyı provoke etmesi, meşru savunmaya engel bir durum olarak kabul edilmemektedir⁶¹. Nitekim bu düşünceye göre provokasyonun varlığına rağmen, gerçekleştirilen fiil haksızlık özelliğini devam ettirmektedir⁶². Ayrıca bu görüşün bir başka dayanak noktasını ise; TCK'nın meşru savunmayı düzenleyen 25. maddesinin ikinci fıkrasında, zorunluluk hali bakımından öngörülen hususa benzer şekilde, savunmanın meşruiyeti açısından savunmacının bilerek saldırıya yol açmamış olması gibi bir şarta yer verilmediği

⁶⁰ BGH 22.06.2011- 5StR 202/11; NStZ, s. 305; Kaspar, a.g.e, §5, kn. 278.

⁶¹ Bkz. Dönmezer, Erman, a.g.e, kn. 802; Özen, a.g.e, s. 87, 88; Öztürk, Erdem, a.g.e, kn. 415; Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 350; ; Zafer, a.g.e, s. 328; Koca, Üzülmöz, a.g.e, s. 278.

⁶² Özen, a.g.e, s. 87, 88; İçel vd., a.g.e, s. 138; Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 350; Zafer, a.g.e, s. 328; Koca, Üzülmöz, a.g.e, s. 278.

gerekeceği oluşturmaktadır⁶³. Nihayet bu düşünce esas alındığında, ilgili olayımızda E'nin meşru savunma hakkının bulunduğunu kabul etmek gerekecektir⁶⁴.

Provokatif eylemlerin genel olarak kasıtlı (maksatlı) ve taksirli provokasyonlar şeklinde ikiye ayrıldığı Alman doktrininde kasıtlı provokasyonlar bakımından ortaya atılan teoriler izaha değerdir:

a. Hukukun Korunması Teorisi

Bu teoriye göre saldırıya kasten yol açılması, yani saldırının bilerek ve isteyerek provoke edilmesi tek başına savunmanın meşruiyetine zarar vermez. Zira meşru savunma hakkı, *‘hak haksızlığa boyun eğmek zorunda bırakılamaz’* düşüncesine dayandığından, saldırı haksız olduğu müddetçe ona karşı savunmada bulunulabilecektir⁶⁵. Nitekim saldırgan her ne kadar saldırı öncesi kendisine karşı gerçekleştirilen provokasyonda korunmaya layık bir konumda olsa da, sonrasında gerçekleştirdiği saldırıyla bu pozisyonunu kaybetmektedir. Dolayısıyla provokasyon, saldırgan için bir meşru savunma hakkı doğurmadığı sürece provokasyonda bulunan kişinin savunma hakkı ihlal edilmiş olmayacaktır⁶⁶. Ayrıca bu teorinin bir başka

⁶³ Özen, a.g.e, s. 88.

⁶⁴ *‘‘Küfreden, daha sonra küfredilen kişilerin saldırısına uğradığına göre, koşullarının varlığı halinde yasal savunma içinde bulunabilir’’* -YCGK, 18.10.1990, 1-158/178-. *‘‘Sanığın eyleminin savunmaya yönelik olduğunu kabulde zorunluluk bulunduğu ve olayın başlanıcında kendisinden sadır olan keyfi atışın nefesine yönelik saldırıyı def hakkını yok etmeyeceği tartışma kaldırmayacağından, TCK’nın 49. Maddesi mucibince ceza tertibine yer olmadığına ve beraat kararı verilmesi gerekirken, yazılı biçimde mahkumiyetine hükmedilmesi yasaya aykırıdır’’* –Y1.CD, 28.12.1995, 3894/3990- (her iki karar için bkz. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 351). *‘‘Taarruza hedef olan kimsenin kendi şahsi kusuru ile taarruza sebebiyet vermiş olması savunmanın meşruluğunu ortadan kaldırmaz. Meşru savunmanın kabulü için diğer şartlarla birlikte saldırıya karşı savunmada zaruret bulunması lazımdır. Bu zaruretin gerek savunma ile ona sebebiyet veren saldırı arasındaki nisbet ve gerekse saldırıyı başka suretle bertaraf etmenin mümkün olup olmadığı bakımlarından incelenmesi icap eder. Bu şartın en önemli noktası, failin uğradığı saldırıdan başka suretle kurtulmak imkanı olup olmadığı başka deyimle failin karşılaştığı saldırı dolayısıyla başka türlü hareket imkanı bulunup bulunmadığı keyfiyetidir’’* (YCGK, 31.11.1983, 354/16; Vural Savaş, Sadık Mollamahmutoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu C. I**, Ankara, Seçkin, 1994, s. 677, 678; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 351).

⁶⁵ Hillenkamp, a.g.e, s. 15, 16; Heinrich, a.g.e, kn. 374.

⁶⁶ Hillenkamp, a.g.e, s. 16; Heinrich, a.g.e, kn. 374.

dayanak noktası da şudur ki; meşru savunmaya yol açan durumlara bakıldığında, bunun çoğunlukla tek taraflı değil hem saldırgana hem de saldırıya maruz kalana bağlı olmak üzere iki taraflı bir yüzünün bulunduğu görülecektir. Dolayısıyla saldırıya maruz kalan kişinin provokatif eylemine bakılacaksa saldırganın da önceden provokatif bir eylem içinde bulunup bulunmadığına bakmak gerekecektir. O halde bunlardan hangisinin provakatifinin cezalandırılacağı gibi bir değerlendirmeye girişilmesi gerçekten de cezalandırmanın keyfiliğe dönüşmesini kaçınılmaz kılacaktır. Nitekim meşru savunma düzenlemesi çok net bir şekilde esas alınması gerekenin saldırı ve savunma olduğunu öngörmektedir⁶⁷.

Bu teori esas alındığında, yukarıda verilen her iki örnek olay bakımından da kasıtlı provokasyonda bulunan kişinin yapmış olduğu savunmanın meşruiyetine halel gelmeyeceği sonucuna ulaşılabilecektir. Ancak bu teori; hukuk düzeninin sağladığı korumadan provokatörün yararlanamayacağı, zira bu kişinin hukuk düzeni ile çatışma içinde bulunduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir⁶⁸.

b. Hakkın Kötüye Kullanılması Teorisi

Alman doktrininde oldukça taraftar⁶⁹ bulan bu görüşe göre; meşru savunma hakkı da tüm haklar gibi kötüye kullanıldığında birtakım sınırlandırmalara tabi olmaktadır. Esasında burada normatif ölçütlere göre de meşru savunma kamuflajında ve savunma görünümü altında hukuka aykırı bir saldırı bulunmaktadır⁷⁰. Bu itibarla

⁶⁷ Hillenkamp, **a.g.e.**, s. 16, 17.

⁶⁸ Bkz. Heinrich, **a.g.e.**, kn. 374.

⁶⁹ Theodor Lenckner, “Notwehr bei Provoziertem und Verschuldetem Angriff”, **GA**, R. v. Decker’s Verlag, G. Schenck, Hamburg, 1961, s. 300; Christian Bertel, “Notwehr gegen Verschuldete Angriffe”, **ZStW**, 1972, s. 3, 4; Himmelreich, **a.g.e.**, s. 134; Marxen, **a.g.e.**, s. 56; Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, §15, kn. 65; Claus Roxin, “Die Sozialethischen Einschränkungen des Notwehrrechts”, **ZStW**, 1981, s. 85, 86; Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, §7 kn. 235; Heinrich, **a.g.e.**, kn. 375.

⁷⁰ Hillenkamp, **a.g.e.**, s. 16; Himmelreich, **a.g.e.**, s. 134. Aynı yönde bkz. Bertel, **a.g.e.**, s. 3. Meşru savunma örtüsü altına saklanma amacı güden provokasyon hallerinde esasen savunmanın bizatihi kendisi saldırı mahiyetindedir (BGH 16.04.1998- 4StR 114/98; **NStZ**, s. 509; Krey, Esser, **a.g.e.**, §14 kn. 555).

ortada, söz konusu manipölasyona haklılığının bahşedilmesini sağlayacak bir neden bulunmamaktadır. Gerçekten de kasıtlı provokasyona dair olaylarda saldırı ve savunma davranışlarının her ikisinin de kınanması meşru savunmayı öngören yasal düzenlemelerin amaçsal ve mantıksal yorumu açısından da bir zorunluluk arz etmektedir⁷¹.

Önemle belirtmek gerekir ki bu teori kapsamında, bilinçli (kasıtlı, maksatlı) provokasyonlarda, meşru savunmanın hukuki esasını oluşturan subjektif ve objektif görüşlerin de provokasyonda bulunan kişiye meşru savunma hakkı tanımadığı ifade edilmektedir. Nitekim bu düşünceye göre, öncelikle objektif görüşün özünü oluşturan hukuk düzeninin korunması prensibince, söz konusu durumda derhal defedilmesi gereken bir saldırıdan ziyade, önceden planlanan ve esasında bir başkasına zarar verme amacı güdülen bir hal söz konusu olduğundan, provokatörün burada hukuk düzeninin bir bekçisi ya da temsilcisi misyonundan bahsedilemeyecek ve söz konusu prensip provokatörün aleyhine işleyecektir⁷². Keza provokatörün, hak/hukuk ile oynamak suretiyle sorumsuzca bir davranış sergilemiş olması, bu sonuca ulaştıran bir diğer dayanak noktasını oluşturmaktadır⁷³.

Söz konusu provokasyon hali bakımından subjektif görüşün de meşru savunma hakkına engel olacağı ifade edilmektedir. Nitekim meşru savunma hakkını kişinin hareket özgürlüğüne dayandıran subjektif teoriye göre, kasıtlı bir provokasyonda bulunmak suretiyle tamamen kendi iradesiyle saldırının kucağına atılan kişinin hareket özgürlüğü kısıtlanmış sayılmaz. Hatta söz konusu kişi, yapmış olduğu bu provokasyonla belli bir amacını gerçekleştirmektedir. Böylelikle

⁷¹ Hillenkamp, **a.g.e.**, s. 21.

⁷² Wagner, **a.g.e.**, s. 69. Aynı yönde bkz. Marxen, **a.g.e.**, s. 56. Keza mevcut olmayan bir saldırıyı hukuka aykırı tahrikleriyle meydana getiren kişinin bireyler üstü yasal sınırların dışına çıktığına istinaden hukuk düzeninin korumasına giremeyeceğine dair bkz. Paul Bockelmann, “Notwehr gegen Verschuldete Angriffe”, **Festschrift für Richard M. Honig**, 1970, s. 31.

⁷³ Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 56.

provokatörün çaresiz (zor) durumda kalmasından mütevellit mutlak bir savunma hakkının bulunduğu ileri sürülemeyecektir⁷⁴.

Bu teori esas alındığında, yukarıda verilen her iki örnek olay bakımından da kasıtlı provokasyonda bulunan A ve E'nin yapmış olduğu savunma hukuka aykırı olacak ve her ikisinin de kasten yaralama suçundan sorumluluğu gündeme gelecektir⁷⁵.

c. Actio Illicita in Causa Teorisi

Bu teoriye göre söz konusu provokasyon hali meşru savunma hakkını ortadan kaldırmamaktadır. Ancak savunmacı, saldırıya yol açan ve kasten icra edilen önceki fiillerden yani provokasyondan sorumlu tutulmaktadır. Bir diğer ifadeyle her ne kadar meşru savunma hakkı meşru savunma durumundaki davranışı hukuka uygun kılsa da, saldırıya maruz kalan kişi tarafından saldırı öncesinde yapılan kasıtlı provokasyonlar bu hakkı sınırlandırmaktadır⁷⁶. Zira provokatör burada, hukuka uygunluk teşkil eden araçları adeta kendi adına kullanmaktadır. Dolayısıyla kişinin kendi iradesiyle kusurluluğunu ortadan kaldırdığı hallerde olduğu gibi (actio libera in causa), burada da söz konusu provokatör, mümkün olduğu ölçüde ceza sorumluluğundan kaçamamalıdır⁷⁷. İşte provokatörün bu husustaki sorumluluğunun belirlenmesi iki aşamalı bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Buna göre öncelikle failin meşru savunma durumunda olan davranışı değerlendirilip bu değerlendirme sonucunda failin davranışın hukuka uygun olduğu sonucuna ulaşılır. Ancak sonra ön davranışın başlangıç noktası olarak alındığı ikinci aşamaya geçilir. Bu değerlendirmede tüm olay bir bütün olarak değerlendirilir ve savunmacının hareketi

⁷⁴ Wagner, **a.g.e.**, s. 71. Krşl. Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 56; Kaspar, **a.g.e.**, §5 kn. 277. Buna mukabil provoke edilenin icra ettiği saldırı provoke edenin amaçladığından tamamen farklıysa yani esasen saldırı, provoke edenin davranışına rağmen ondan bağımsız gerçekleşmişse burada meşru savunma hakkının sınırlandırılmasından söz edilemeyecektir (Wagner, **a.g.e.**, s. 71).

⁷⁵ Krşl. Heinrich, **a.g.e.**, kn. 375.

⁷⁶ Hillenkamp, **a.g.e.**, s. 18; Friedrich von Scherenberg, **a.g.e.**, s. 195.

⁷⁷ Hillenkamp, **a.g.e.**, s. 18.

hukuka aykırı olarak nitelendirilir⁷⁸. Provokatör kasıtlı provokasyonla kasıtlı bir savunma imkanı meydana getirmişse kasten işlenen fiilden; ancak, bu duruma taksirle sebebiyet vermişse taksirli fiilden sorumlu tutulacaktır⁷⁹.

Belirtelim ki bu teori de, sebebinde hukuka aykırı hareket olarak kabul edilen provokasyonun hukuka uygun bir netice doğurmayacağı⁸⁰, yani bir hareket ya hukuka uygundur ya da değildir gerekçesiyle eleştirilmektedir⁸¹.

Bu teori esas alındığında, ilk örnekte A'nın provokasyonu baştan sona planlı olduğundan ve kendisine yönelik saldırının gerçekleşeceği noktasında da kastı bulunduğu kasten yaralama suçundan; buna mukabil ikinci örnekte her ne kadar provokasyonu kasıtlı olsa da, kendisine yönelik saldırının gerçekleşmesi noktasında bilgisi kast derecesinde olmayan E'nin, taksirle yaralama suçundan sorumluluğu gündeme gelecektir.

d. Kendini Koruma Teorisi

Esasında bu teori ne hakkın kötüye kullanılması teorisinin öngördüğü gibi her kasıtlı provokasyonu meşru savunma hakkını ortadan kaldıran bir neden olarak görür ne de hukukun korunması teorisi gibi bu tür provokasyonları görmezden gelir⁸². Nitekim bu teoriye göre; meşru savunma hakkı, söz konusu durumlarda birtakım

⁷⁸ Serdar Talas, “**Ceza Hukukunda Kusur İlkesi Bağlamında Nedeninde Serbest Hareket (actio libera in causa) Kavramı ve Geçici Nedenlerin Ceza Sorumluluğuna Etkisi**”, İstanbul, 2011 (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi), s. 97.

⁷⁹ Hillenkamp, **a.g.e.**, s. 18, 19; Friedrich von Scherenberg, **a.g.e.**, s. 195. Alman Eyalet Mahkemesi de, her ne kadar söz konusu provokasyon hallerine ilişkin olayları karara bağlarken a.i.i.c'den uzak dursa da, vermiş olduğu bir kararda gerekçesini a.i.i.c'ye dayandığı ifade edilmektedir: Her kim, sergilediği ön davranışla çıkışı ölüm olan tehlikeli bir tartışmayı doğurmuşsa, ölüm neticesi meşru savunmanın sınırları dahilinde gerçekleşmiş olsa bile bu kişi taksirle öldürmeden sorumlu tutulmalıdır (BGH 22.11.2000- 3StR 331/00; **NJW**, 2001, s. 1076; Friedrich von Scherenberg, **a.g.e.**, s. 195).

⁸⁰ Heinrich, **a.g.e.**, kn. 377, s. 155.

⁸¹ Talas, **a.g.e.**, s. 98.

⁸² Krşl. Kühl, “Die Gebotene Verteidigung gegen Provozierte Angriffe, Überlegungen aus Anlass der Neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Notwehrprovokation”, s. 198, 199.

sınırlandırmalara maruz bırakılacak olsa da, ultima ratio olarak varlığını devam ettirecektir⁸³.

Gerçekten de söz konusu teori, saldırıya maruz kalan provokatörün hakkının rehnedildiği çaresiz bir durumda, hiçbir savunmada bulunmaksızın vücut veya yaşam hakkından feragat etmesine ya da cezalandırılmasına müsaade edilmesini kişinin kendini savunma hakkına aykırılık teşkil edeceğini kabul edip, provokatörün saldırıdan kaç(ın)madığı durumlarda kendisini savunmasına izin verilmesini öngörmektedir⁸⁴. Dolayısıyla bu teoriye göre provokatör, söz konusu hallerde yalnızca, provokatif eylemi cezalandırılabilir bir fiilse ya da mevcut kaç(ın)ma olanaklarına başvurmamışsa cezalandırılabilir⁸⁵.

Bu teori esas alındığında, ilk örnekte her ne kadar A, K'ya yönelik baştan sona planlı bir provokatif eylem sergilemiş olsa da, K'nın kendisine silah doğrultması karşısında onun bu savunmaya katlanması, saldırıdan kaç(ın)ması veya pasif direnişle bu saldırıdan kurtulması beklenemeyeceğinden K'yı elinden bıçaklayarak saldırıyı defetmesi, meşru savunma hakkı kapsamında değerlendirilecektir. Buna mukabil aynı sonuca ikinci örnekteki E bakımından ulaşmak pek de mümkün gözükmemektedir. Zira E, her ne kadar baştan sona planlı bir provokasyonda bulunmamış olsa da, kasıtlı provokasyonu sonucunda D'nin eline bıçağı alması anından itibaren, onunla arasındaki mesafe de gözönünde bulundurulduğunda, bu saldırıdan kaçabilirdi. Dolayısıyla E'nin meşru savunmadan faydalanması pek mümkün gözükmediğinden, kasten yaralama suçundan sorumluluğu gündeme gelecektir.

⁸³ Heinrich, **a.g.e**, kn. 376. Aynı yönde bkz. Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, §7 kn. 239.

⁸⁴ Hillenkamp, **a.g.e**, s. 17. Aynı yönde bkz. Jescheck, Weigend, **a.g.e**, §32 III 3A, s. 346; Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, §7 kn. 239-241. Krşl. Perron, **a.g.e**, §32 kn. 57.

⁸⁵ Hillenkamp, **a.g.e**, s. 17.

e. Rıza Teorisi

Son olarak rıza teorisine göre, kasıtlı bir provokasyonda bulunan kişi kendi rızasıyla hukuki değerinin korunmasından vazgeçtiğinden, provokasyonda bulunulan kişinin saldırısı haksızlık özelliği göstermeyecektir. Dolayısıyla bu durumda provokatörün savunması meşruiyet arz etmeyecektir⁸⁶.

Bununla beraber ifade edilmektedir ki provokatör, ancak tasarruf edebileceği haklara yönelik bir saldırı halinde meşru savunma hakkından feragat etmiş sayılacaktır. Buna mukabil, örneğin provokatöre yönelik saldırı onun yaşamını tehdit eden bir boyuta varmışsa, yaşam hakkı noktasındaki rızası geçerli olmayacağından, artık burada provokatörün savunmasının meşruiyetinden bahsetmek gerekecektir⁸⁷.

Nitekim bu teori esas alınıp her iki örnek olaydaki saldırının da, provokasyonda bulunan kişilerin yaşamını tehlikeye sokacak mahiyette olduğu kabul edilecek olursa, her ne kadar bu teori, provokatörün meşru savunma hakkından feragat ettiği tezini ileri sürse de yaşam hakkına yönelik rıza geçerli olmayacağından, söz konusu kişiler A ve E'nin meşru savunma hakkının varlığından bahsedilebilecektir. Ancak ikinci örnek olayda E'ye yönelik bıçaklı saldırının, bilhassa saldırıda bulunan D ile mesafesi dikkate alınıp yaşamsal tehlikeliliği haiz olmadığı kabul edilecek olursa, bu ihtimalde E'nin kendisine yönelik saldırı bakımından rızası geçerli olacak ve meşru savunma hakkından faydalanamayıp kasten yaralama suçundan sorumluluğu gündeme gelecektir.

Ancak bu teori de; provokatörün buradaki amacının hukuki değerinden, yani meşru savunma hakkından feragat etmek değil⁸⁸, meşru savunma çatısı altında saldırganla mücadele etmek⁸⁹ olduğu ileri sürülmek suretiyle eleştirilmektedir.

⁸⁶ Friedrich von Scherenberg, **a.g.e**, s. 188, 189; Heinrich, **a.g.e**, kn. 378.

⁸⁷ Hillenkamp, **a.g.e**, s. 22.

⁸⁸ Bitzilekis, **a.g.e**, s. 167; Wolfgang Mitsch, "Nothilfe gegen Provozierte Angriffe", **GA**, 1986, s. 536, 537; Heinrich, **a.g.e**, kn. 378.

⁸⁹ Friedrich von Scherenberg, **a.g.e**, s. 189.

Söz konusu teorilerin yanı sıra ele alınması gereken bir mesele de, provokatif eylemlerin içerdiği haksızlık yoğunluğudur. Buna göre bir provokatif eylem;

Bizatihi kendisi suç teşkil edebilir.

Suç teşkil etmese dahi haksızlık oluşturabilir.

Haksızlık teşkil etmese bile toplumsal açıdan etik olmayabilir.

Hem haklı hem de toplumsal açıdan etik bir fiil olabilir.

Savunmacı tarafından gerçekleştirilen provokasyon; yukarıda verilen 2. örnekte, E'nin D'ye ağır hakaretlerde bulunması gibi, saldırgana yönelik bir suç işlenmesi şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, yine yukarıda verilen 1. örnekte, A'nın, nefret ettiği arkadaşını kıskandırmak için sevgilisi S ile samimi bir görüntü çizmesi gibi, haksızlık dahi teşkil etmeyen ve fakat toplumsal açıdan etik olmayan bir davranış şeklinde de kendini gösterebilir.

Belirtmek gerekir ki, provokasyonun suç veya haksızlık teşkil ettiği noktasında meşru savunmanın birtakım sınırlandırmalara maruz kalacağı, keza provokasyonun hukuka ve toplumsal etik kurallarına uygunluk arz etmesi durumunda herhangi bir sınırlandırmaya tabi tutulamayacağı noktasında tartışma bulunmamaktadır. Buna rağmen provokasyonun haksızlık teşkil etmese dahi toplumsal açıdan etik olmadığı haller bakımından durum farklıdır⁹⁰.

Bu bağlamda; Alman Eyalet Mahkemesi'nin hukuka uygun olmakla birlikte sosyal etik açıdan uygunluk arz etmeyen provokatif eylemler bakımından meşru savunmanın sınırlandırılacağı yönünde kararları mevcut olsa da⁹¹, doktrinin önemli

⁹⁰ Krşl. Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, §15 kn. 54; Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 233, 234.

⁹¹ Nitekim bu kararlara konu olan olaylardan biri ve söz konusu karar şu şekildedir: Kalabalık bir trende bulunan J'nin yalnızca 2. sınıf kompartmanda yolculuk edebilecek bileti varken, sanık A'nın da bulunduğu 1. sınıf kompartmana geçer. Zaten sarhoş bir halde sayılabilecek J kompartmanda bir bira şişesi daha açar ve biranın kokusu etrafa yayılır. J'den rahatsız olan A, trenden inmesine çok az bir süre kalmasına rağmen, J'nin üşümesini sağlayıp kompartmandan dışarı atmak istediği için kompartmanın camını açar ve içeri soğuk hava girmesini sağlar. J ise pencereyi kapatır ve A'ya tehdit vari hakaretlerde bulunur. Bunun üzerine A camı tekrar açar ve elindeki bıçakla J'yi tehdit eder. J'nin bıçağı fark edip etmediği belli olmayan yarı karanlık bir ortamda, tartışma J'nin ölümcül bir şekilde yaralandığı bir kavgaya dönüşür.

bir çoğunluğunun bu tür durumlarda meşru savunma hakkının herhangi bir kısıtlamaya tabi tutulamayacağını kabul ettiği söylenebilir⁹². Nitekim söz konusu doktrinin bir parçasını oluşturan *Roxin*'e göre, provokatif bir eylem sosyal etik açıdan uygunluk arz etmese dahi, hukuka aykırılık eşiğinin altında kalmaktadır. Bu itibarla böyle bir provokasyonda bulunan kişi hukuk zemininde hareket etmektedir. Dolayısıyla hukuk düzeninin yasaklamadığı bir şeyi yapan provokatöre (savunmacıya) karşı saldırgandan, ya bu provokasyona katlanması ya da aynı şekilde cevap vermesi beklenecektir. Ayrıca bu tür davranışlar hukuki bir kategoride yer almadığından sınırları da belli değildir⁹³. Bu itibarla bu düşüncenin; provokatörün ceza sorumluluğunun, hukuki nitelik göstermeyen ve sınırları belirsiz kurallara göre belirlenmesine karşı çıktığı söylenebilir. Ancak kanaatimizce somut olayın özelliğine göre, böyle bir durumda meşru savunma hakkı bütünüyle ortadan kalkmasa da birtakım sınırlandırmalara tabi tutulabilir⁹⁴.

Bütün bu bilgiler ışığında kasıtlı provokasyona ilişkin düşüncelerimizi ifade edecek olursak; öncelikle belirtelim ki bu hususa ilişkin problemin çözümünde kilit rolü somut olayın bizzat kendisi üstlenecektir. Bu itibarla, somut olay gözönünde bulundurulmaksızın ileri sürülecek basmakalıp kurallar, hakkaniyete uygun olmayan sonuçlara yol açabilecektir.

İlk derece mahkemesinin, söz konusu olayı meşru savunma kapsamında değerlendirmesine rağmen, Alman Eyalet Mahkemesinin, A'nın meşru savunma hakkından yararlanamayacağı kararına hükmettiği ifade edilmektedir. Nitekim Alman Eyalet Mahkemesi bilhassa A'nın ikinci kez pencereyi açmasını kınanabilir bir davranış olarak kabul etmiş ve hatta bu provokasyonu, sonrasında J tarafından ağır hakaretlerde bulunulmasıyla eş değer görmüştür. Dolayısıyla söz konusu mahkemenin; yalnızca sosyal etik açıdan uygunluk arz etmeyen bu provokasyonun, J'ye yönelik bıçaklı savunmayı doğrudan etkileyeceğini ve A'nın saldırıdan alternatif kaçınma yollarına başvurmaksızın doğrudan bıçağa sarılmasını meşru savunmanın sınırı dışında tuttuğu söylenebilecektir (BGH 5 StR 432/95 BGHSt 42, 97; Gropp, **a.g.e.**, §5 kn. 184-186).

⁹² Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, §15, kn. 73; Armin Engländer, “Kann die Mitgliedschaft in einem Rockerclub eine Notwehrein-schränkung Provozierte Begründen”, Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013, Berlin, Duncker&Humblot, 2013, s. 325, 331; Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 234; Rön-nau, Hohn, **a.g.e.**, §32 kn. 255. Krşl. Khristian Kühl, “Die Notwehrprovokation”, **Jura 1991**, Heft 2, s. 61.

⁹³ Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, §15, kn. 73.

⁹⁴ Krşl. Heinrich, **a.g.e.**, kn. 380.

Bu öncelikli açıklamadan sonra, saldırıya yol açan kasıtlı provokasyonun meşru savunma hakkını nasıl etkileyeceğine ilişkin teorilere bakılacak olursa, kanaatimizce bunlardan en isabetli olanı *kendini koruma teorisidir*. Gerçekten de provokatif bir eylemin meşru savunma hakkını tamamen ortadan kaldırmasından ziyade onu sınırlandırması, daha makul bir çözüm yolu olarak görünmektedir. Zira provokatif bir eylem, karşı tarafa meşru savunma hakkı tanıyacak⁹⁵ mahiyette bir saldırı oluşturmadığı müddetçe, provokatörün meşru savunma hakkının bütünüyle devre dışı bırakılmasını gerektiren bir sebep bulunmamaktadır⁹⁶. Buna mukabil hukuk düzeninin sağladığı korunma hakkını kendi emellerine alet eden ya da bu hakkı, amacına aykırı şekilde kullanan bir kişinin meşru savunma hakkının, normal şartlar ölçüsünde olması beklenemeyecektir.

Peki provokatörün meşru savunma hakkı ne ölçüde sınırlandırılacaktır? Hatırlanacağı üzere, çalışmamızın üçüncü bölümünün giriş kısmında, meşru savunma hakkının sınırlandırılması bakımından üç basamak teorisine yer verilmişti. Bu teoriye göre, her ne kadar kural olarak saldırıya maruz kalan kişiye saldırıdan kaçma yükümlülüğü yüklenemeyecek olsa da, bu kişinin meşru savunma hakkı somut olayın şartlarına göre sınırlandırılmayı gerektirdiğinde; ondan öncelikle saldırıdan kaç(ın)ması, bu mümkün değilse saldırıyı defansif davranışlarla uzaklaştırması ve ancak bununda mümkün olmaması halinde, ofansif savunma hareketleriyle saldırıyı defetmesi bekleneyecektir. İşte provokatif bir davranışla saldırıya sebep olunan haller bakımından da kural olarak üç basamak teorisinin devreye girmesi, hatta bu provokasyonun, ağır sayılamayacak saldırılara neden olması halinde ise, somut olayın niteliğine göre, provokatörün saldırıya katlanması, hakkaniyete uygun bir çözüm olacaktır⁹⁷.

⁹⁵ Krşl. Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, §15 kn. 54.

⁹⁶ Bu tür durumlarda meşru savunma hakkının kural olarak ortadan kalkmayacağı; kaldı ki gerek ilgili yasal düzenlemenin gerekse de meşru savunmanın hukuki esasının buna izin vermeyeceği noktasında bkz. Susanne Retzko, **Die Angriffsverursachung bei der Notwehr**, Münster, Lit, 2001, s. 169.

⁹⁷ Krşl. Kaspar, **a.g.e.**, §5, kn. 294.

Provokatif eylemlerin meşru savunma hakkına etkisi açısından somut olayın özellikleri o kadar ehemmiyet arz etmektedir ki, örneğin söz konusu olayın şartları bizi, Türk doktrininin önemli bir çoğunluğunca kabul edilen; “meşru savunma örtüsü altında cezadan kurtulmak amacıyla maksatlı bir provokasyonda bulunan savunmacının meşru savunmadan faydalanması kabul edilemez” düşüncesine aykırı bir sonuca götürebilecektir. Keza yine ilgili somut olayın özellikleri, bizi örneğin Alman doktrininin önemli çoğunluğu tarafından kabul edilen; “hukuka uygun olmakla birlikte sosyal etik açıdan uygunluk arz etmeyen provokatif eylemler bakımından meşru savunma hakkı sınırlandırılmaz” düşüncesine aykırı bir sonuca götürebilecektir. Nitekim yukarıda verilen ilk örnekte; A tamamen meşru savunma örtüsü altında planlı bir provokasyonda bulunmasına rağmen, K’nın kendisine yönelik silahlı saldırıda bulunması onu çaresiz bir durumda, kendisini korumak zorunda bırakmıştır. Dolayısıyla elindeki bıçağı K’nın silah tutan eline saplamasının meşru savunma hakkı kapsamında kabul edilmesi gerekmektedir. Buna rağmen eğer sevgilisi S’yi A’dan kıskanan K, A’nın provokasyonuna karşın bu denli orantısız bir saldırı gerçekleştirmeseydi, A’dan, K’nın daha hafif saldırısına karşılık vermeksizin ondan kaçması beklenebilecekti. Yani A’nın K’yı kıskandırmak için S ile samimi bir görüntü çizmesi, her ne kadar haksızlık içermese de ve sadece toplumsal açıdan uygunluk arz etmeyen bir davranış olsa da, bu durumda A’nın meşru savunma hakkının normal şartlar ölçüsünde olması beklenemeyebilecekti.

2. Taksirli ve Diğer Provokasyon Halleri

Kasıtlı bir provokasyon söz konusu olduğunda, provokatörün meşru savunma hakkının bütünüyle ortadan kalkmasından ziyade ciddi sınırlandırmalara tabi tutulması gerektiğini ifade etmiştik. Hatta söz konusu kasıtlı provokasyonun bizatihi kendisi bir suç ya da ağır haksızlık içeriyorsa, bu provokasyonun yol açtığı saldırı, savunmacı konumundaki provokatörün yaşam veya vücut hakkını ciddi şekilde

tehlikeye sokmadığı müddetçe provakötörden bu saldırıya katlanması dahi beklenebilecektir⁹⁸.

Buna karşın provokasyonun kasıtlı olmadığı ve taksire dayandığı hallerde, meşru savunma hakkının aynı katı ölçütlere göre sınırlandırılması hakkaniyete uygun olmayacaktır⁹⁹. Gerçekten de bu tür durumlarda savunmacı konumundaki provokatörden, hiçbir şekilde saldırıya katlanması beklenemeyecekken, üç adım teorisi gereğince saldırıdan kaç(ın)ması ve ofansif savunmaya geçmeden önce saldırıyı defansif hareketlerle savuşturması beklenebilecektir¹⁰⁰.

Ancak bu sınırlandırmanın uygulama bulabilmesi için, öncelikle savunmacı tarafından icra edilen fiilin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı ve saldırıyı provoke etme noktasında da öngörülebilir olması gerekir. Ayrıca bu fiille saldırı arasında zamansal ve mekansal bir yakınlığın bulunması lazım gelir¹⁰¹. Bunun yanı sıra, icra edilen fiiller; hukuken izin verilen sınırlar içerisindeyse veya sosyal açıdan alışlagelmiş mahiyetteyse meşru savunma hakkının sınırlandırılmasından bahsedilemeyecektir¹⁰².

Önemle belirtmek gerekir ki, taksire dayanan provokasyon halinde meşru savunmanın sınırlandırılma gerekçesinin yalnızca objektif görüşe dayandırıldığı ifade edilmektedir¹⁰³. Zira bu düşünceye göre söz konusu provokasyon halinde provokatör, bizzat kendi istek ve iradesiyle, hareket özgürlüğünü saldırganın kucağına atlamak yönünde kullanmadığı için, saldırıya maruz kalanın hareket özgürlüğüne dayanan subjektif görüşe göre meşru savunma hakkı varlığını devam ettirecektir. Buna mukabil hukuk düzeninin korunması esasına dayanan objektif görüşe göre, kasıtlı

⁹⁸ Krşl. Hillenkamp, **a.g.e.**, s. 17; Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 56, 57; Kaspar, **a.g.e.**, §5, kn. 294.

⁹⁹ Krey, Esser, **a.g.e.**, kn. 558.

¹⁰⁰ Krşl. Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 58.

¹⁰¹ Rengier, **a.g.e.**, §18 kn. 75, 79; Kaspar, **a.g.e.**, §5, s. 97.

¹⁰² Rengier, **a.g.e.**, §18 kn. 74.

¹⁰³ Kaspar, **a.g.e.**, §5, kn. 283. Krşl. Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 179 vd.

olmasa da hukuka aykırı hareket eden kişinin menfaati daha az korunmayı gerektirdiğinden provokatörün meşru savunma hakkının zayıflatılması gerekmektedir¹⁰⁴.

Söz konusu provokasyon halini bir örnek üzerinden açıklayacak olursak; bu örnek olayımızda mahallenin iki genç delikanlısı M ve N, market sahibi O'nun, onları her defasında marketinin önünde futbol oynamaması hususunda uyarmasına rağmen, yine bir gün orada futbol oynadıkları esnada M'nin vurduğu top O'nun marketinin camını kırar. Bunu fark eden O eline küçük bir sopa alıp M ve N'ye doğru koşar adımlarla yürümeye başlar. Bunu gören M ve N'de yerden aldıkları kocaman taşları O'ya doğru fırlatırlar ve bu taşların O'ya isabet etmesiyle O'nun kafası yarılır.

Görüleceği üzere olayımızda M ve N, her ne kadar kasıtlı bir şekilde O'nun kendilerine saldırmasına yol açmasa da, bu saldırı açısından taksir derecesinde provokatif eylemlerinin bulunduğunu kabul etmek gerekir. İşte bu durumda M ve N'nin meşru savunma hakkının bir takım sınırlandırmalara tabi tutulması söz konusu olacaktır. Bu itibarla her ne kadar M ve N'den O'nun saldırısına katlanması beklenemeyecek ise de, pekala kaçarak bu saldırıdan kurtulabilirlerdi. Ayrıca mesafe veya diğer şartlar bu kişilerin kaçmasına elverişli olmasaydı dahi, iki genç delikanlının defansif savunma hareketleriyle saldırganın elindeki küçük sopayı almak suretiyle saldırıyı savuşturması beklenebilecekti. Sonuç itibarıyla bu tür kısıtlamalara rağmen, O'yu doğrudan yaralayan M ve N'nin meşru savunma hakkından faydalanması mümkün gözükmemektedir¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Kaspar, **a.g.e.**, §5, kn. 283. Krşl. Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 179 vd; Wagner, **a.g.e.**, s. 71 vd.

¹⁰⁵ Bu bağlamda Alman Eyalet Mahkemesinin taksirli provokasyona ilişkin vermiş olduğu bir kararın da ele alınmasında fayda bulunmaktadır: Bu olayda sanık A daha önce çalmış olduğu bir arabayla park yerinden uzaklaşırken, hemen öteye park edilmiş R'nin aracına çarpar. Bunun üzerine A, kimliğinin tespit edilmemesi için kaçmaya başlarken, durumu fark eden R de onu takibe koyulur. A'yı takip ederken bir yandan da ona: "seni öldüreceğim" diye bağırır R en sonunda onu yakalar ve yumruklamaya başlar. Bunun üzerine A da elindeki Finlandiya çakısını R'ye saplayıp onu ölümcül bir şekilde yaralar.

Görüleceği üzere park yerinden özensizce ayrılırken R'nin arabasına çarpan A'nın taksirli bir şekilde R'nin saldırısını provoke ettiği açıktır. Bu olayda ilk derece mahkemesi; genel gereklilik kriterlerini esas alarak R'nin yumruklu saldırısına karşı daha az tehlikeli araçlara başvurulması gerektiği

Son provokasyon halini ise savunma provokasyonları oluşturmaktadır. Esasında bu durum, çalışmamızın ikinci bölümünde ele alınan saldırı öncesinde alternatif savunma araçlarıyla teçhizatlanma meselesinin ta kendisini oluşturmaktadır. Bu bağlamda da kısaca değinilecek olursa, konunun özünü; saldırı mağduruna; henüz gerçekleşmemiş ve fakat kendisi tarafından beklenen bir saldırıya karşı daha az tehlikeli bir savunma aracıyla teçhizatlanma yükümlülüğünün yüklenip yüklenemeyeceği meselesi oluşturmaktadır¹⁰⁶. Belirtmek gerekir ki kural olarak bir kişi, beklenen ama henüz mevcut olmayan bir saldırı öncesinde halihazırdaki tehlikeyle yüzleşmek adına bir hazırlık yapmışsa bu hazırlığın saldırı anında yapacağı savunmayı sınırlandırması kural olarak doğru olmayacağı gibi, böyle bir saldırı öncesinde, özellikle etkin ve fakat saldırgana karşı daha özenli bir araçla teçhizatlanma noktasında ihmal göstermişse, burada da kural olarak savunmanın sınırlandırılması söz konusu olmayacaktır¹⁰⁷. Buna mukabil doktrinde bir görüşe göre; saldırı mağdurunun kendisine yönelik olası bir saldırıya karşı, örneğin evinde bir gaz tabancası bulunmasına rağmen, evden ayrılırken yanına kasıtlı bir şekilde ateşli silah alıp, sonrasında tahmin ettiği saldırıyla karşılaştığı anda, gereklilik ölçütlerine uygun bir şekilde olsa dahi, saldırganı yaralaması ya da öldürmesi halinde meşru savunmadan yararlanamayacağı¹⁰⁸ ve bu durumda actio illicita in causa teorisine göre cezalandırılabilmesi ifade edilmektedir. Ancak buna karşı da; saldırı mağdurunun, saldırı mevzu bahis olmadan önce nasıl teçhizatlanacağına ilişkin bir tartışmanın yapılması, cezalandırmanın konusu olamayacak bir düşüncenin

sonucuna varmıştır.

Alman Eyalet Mahkemesi ise; saldırının provoke edilmesi bakımından kastın bulunmadığı hallerde hakkın kötüye kullanılması bağlamında meşru savunma hakkının kısıtlanacağını kabul ederken; bu kısıtlamanın yalnızca, provokatörün gerçekten saldırıdan kaçma ihtimali ya da daha az tehlikeli araçlarla savunma imkanı varsa uygulama alanı bulabileceğini ifade etmiştir (BGH 2 StR 679/71 BGHSt 24, 356; Gropp, **a.g.e.**, §5 kn. 188-191).

¹⁰⁶ Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 61b.

¹⁰⁷ Rönau, Hohn, **a.g.e.**, kn. 189. Krşl. Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 143. Herzog, **a.g.e.**, §32 kn. 119.

¹⁰⁸ Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, §7 kn. 261.

ödüllendirilmesi ya da cezalandırılması anlamına geleceğinden, gereklilik kapsamında böyle bir tartışmaya yer bulunmadığı ifade edilmektedir¹⁰⁹.

E. Çocukların, Akıl Hastalarının, Aşırı Sarhoşların veya Diğer Bazı Özel Durumlara Sahip Kişilerin Saldırılarına Karşı Savunma

Meşru savunma hakkının sınırlandırılmasına ilişkin bir diğer hali, kusur yeteneği tam olmayan ya da diğer bazı özel durumlara sahip saldırganlardan gelen saldırılar oluşturmaktadır.

Gerçekten de çocukların, akıl hastalarının ya da örneğin bir mazeret sebebi kapsamında hareket eden kişilerin saldırısına karşı gerçekleştirilecek savunma alanının, normal şartlar dahilindeki bir saldırıya göre daraltılması hakkaniyete uygun bir yaklaşım olacaktır. Ancak hemen belirtelim ki, esasen böyle bir yaklaşım, meşru savunmanın hukuki esasını oluşturan subjektif görüşle uyuşmamaktadır. Zira subjektif görüş, söz konusu kişiler tarafından gerçekleştirilecek saldırılar bakımından da hareket serbestisi aynı şekilde ihlal edilen mağdura, normal şartlar ölçüsünde bir meşru savunma hakkı sunmaktadır¹¹⁰. Buna mukabil objektif görüşün dayandığı hukuk düzeninin korunması prensibince, söz konusu hallerde korunması gereken menfaat olmakla birlikte bu menfaatte normal şartlara göre bir miktar azalma bulunmaktadır. Zira buradaki saldırganın pozisyonuna bakıldığında, icra etmiş olduğu saldırı eylemine rağmen hukuk düzeni ya onu cezalandırmamaktadır ya da daha az ceza ile cezalandırmaktadır. O halde buna paralel olarak bu kişilerin saldırısına karşı uygulama alanı bulacak meşru savunma hakkının sınırlandırılması da yerinde olacaktır¹¹¹.

¹⁰⁹ Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 138.

¹¹⁰ Krşl. Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, §7 kn. 195; Wagner, **a.g.e.**, s. 77 vd; Kaspar, **a.g.e.**, §5, kn. 294. Aksi yönde bkz. Uwe Murmann, **Grundkurs Strafrecht**, 4. Baskı, München, C.H. BECK, 2017, §25, kn. 96.

¹¹¹ Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, §15, kn. 61. Krşl. Krey, Esser, **a.g.e.**, §14 kn. 533. Bu bağlamda belirtelim ki İslam hukukunda Ebu Hanife ve Ebu Yusuf dışındaki Hanefi imamlarına göre; isnat yeteneği olmayan bir kişiyi meşru savunma kapsamında öldüren kişinin diyet ödemesi gerekir.

Söz konusu kişi grupları ayrı ayrı ve kısaca ele alınacak olursa; burada bilhassa çocuklara karşı yapılacak savunmanın diğerlerinden ayrı tutulması gerekir¹¹². Zira hayatın olağan akışına göre saldırgan, bir çocuk olduğunda, normal saldırılara nispeten, saldırıya maruz kalan kişinin çaresizlik durumu daha hafif ve hareket özgürlüğü ise daha fazla olacağından, esasen burada subjektif görüşün dahi, çocuklara karşı yapılacak savunmada daha özenli olunması gerektiğini ortaya koyduğu görülmektedir¹¹³. Bu itibarla özellikle çocuklardan gelen saldırılara karşı üç adım teorisinin (saldırıdan kaç (ın)ma, defansif savunma, son çare olarak ofansif savunma) çok katı bir şekilde uygulanması gerekir. Bunun yanı sıra istisnai de olsa, somut olayın şartlarına göre saldırıya maruz kalan kişiden söz konusu saldırıya katlanması dahi beklenebilecektir¹¹⁴.

Benzeri açıklamaların, akıl hastalarından gelen saldırılar açısından yapılması da mümkündür¹¹⁵. Zira TCK'nın 32. maddesinde akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmeyeceği öngörülmektedir. Bu açıdan da hukuk düzeninin cezalandırmadığı bu kişilerin saldırısıyla karşılaşan bir kişiden; ofansif savunmaya geçmeden önce üçüncü bir kişiden yardım isteme, saldırıdan kaç(ın)ma ve defansif savunma gibi yollara başvurusu beklenecektir. Ancak elbette ki bu sınırlandırmadan bahsedilebilmesi için saldırganın akıl hastalığının, saldırıya maruz kalan kişi tarafından bilinmesi gerekir¹¹⁶. Buna karşın saldırıya maruz kalan kişinin saldırganın akıl hastalığını bilmemesi halinde ya da bilse bile bu saldırgandan sadır olan

Buna mukabil Maliki, Şafii ve Hanbelilere göre ise, meşru savunma için saldırının haksız olması yeterli olduğundan, bu kişilere karşı da savunma meşruiyetini devam ettirecektir (Avcı, **a.g.e.**, s. 82).

¹¹² Krşl. Rienen, **a.g.e.**, s. 259.

¹¹³ Wagner, **a.g.e.**, s. 77.

¹¹⁴ Nestor Constantin Courakis, **Zur Sozialethischen Begründung der Notwehr**, Baden-Baden, Nomos, 1978, s. 119, 120.

¹¹⁵ Özaydın, **a.g.e.**, s. 199.

¹¹⁶ Özaydın, **a.g.e.**, s. 199, 200.

tehlikelilik, yukarıda yer verilen saldırganın çocuk olduğu durumlara nispeten daha fazla olacağından, meşru savunma hakkının sınırlandırması da o nispette az olmalıdır.

Aşırı sarhoş kişilerden sadır olan saldırılar bakımından ise durum farklılık arz etmektedir. Zira her ne kadar Alman Ceza Kanunu'nda aşırı sarhoş halde işlenen suçlar açısından öngörülen ve cezai sorumluluğu ciddi şekilde etkileyebilecek m. 323a'ya istinaden doktrinde, aşırı sarhoşların saldırılarına bu başlık altında yer verilmiş olsa da, bizim ceza kanunumuzun 34. maddesi alkolün iradi alınmasını yeterli görüp sarhoşluğun nasıl gerçekleştiği hususunu tartışma konusu olmaktan çıkarmıştır. Bu itibarla yukarıda çocuklar ve akıl hastaları için yer verilen ifadeler, kendi iradesiyle alkol alıp sarhoş olan ve bu kendini bilmezlikle bir saldırıda bulunan kişi açısından geçerli olmayacaktır¹¹⁷. Buna rağmen bu halde olan kişinin hareket yeteneği oldukça kısıtlı olacağından, onun saldırısı bakımından da üç adım teorisinin uygulama bulması yerinde olacaktır¹¹⁸.

Bu bağlamda son meseleyi, diğer bazı özel durumlara sahip kişilerin ortaya koymuş olduğu saldırılar oluşturmaktadır. Gerçekten de kaçınılmaz ya da esaslı bir hataya düşen veya bir mazeret sebebi olan ya da haksızlık bilinci tam olmayan; hatta taksiri adi derecede olan kişilerden sadır olan saldırıya karşı meşru savunma hakkının biraz esnetilmesi, hukuk düzeninin onlar için ortaya koymuş olduğu sonuçla paralellik gösterecektir. Zira her ne kadar söz konusu hallerde, saldırının haksızlığı, normal şartlardaki bir saldırıdan farksız olsa da, bu saldırıyı gerçekleştiren kişinin içinde bulunduğu hukuki pozisyon ona karşı yapılacak savunmanın daha katı kriterlere tabi tutulmasını gerektirmektedir¹¹⁹. Dolayısıyla bu kişilerden sadır olan saldırılar bakımından da üç adım teorisinin devreye girmesi icap eder¹²⁰. Ayrıca

¹¹⁷ Benzer gerekçelere istinaden aşırı sarhoş kişilerin saldırısı bakımından yalnızca genel gereklilik testinin devreye girebileceği ve bu itibarla saldırıya maruz kalan kişiye saldırıdan kaçma yükümlülüğü yüklenemeyeceği noktasında bkz. Özaydın, **a.g.e.**, s. 198 ve Rienen, **a.g.e.**, s. 248, 249.

¹¹⁸ Krşl. Krey, Esser, **a.g.e.**, kn. 536.

¹¹⁹ Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 209.

¹²⁰ Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, §15 kn. 58.

saldırgan işlediği saldırı noktasında esaslı/kaçınılmaz bir hataya düşmüşse, saldırıya maruz kalan kişinin saldırıya geçmeden önce saldırgana bu durumu izah etme yükümlülüğünün ortaya çıkabileceği ifade edilmektedir¹²¹. Elbette ki böyle bir sınırlandırmadan söz edilebilmesi için söz konusu hata vb. hallerin saldırıya maruz kalan kişi tarafından bilinmesi gerekir.

Son olarak belirtelim ki elbette bu başlık altında ortaya çıkabilecek sınırlandırma da mutlak olmayıp somut olaya göre değişkenlik arz edecektir. Bu bakımdan saldırıya maruz kalan kişinin hiçbir şekilde kaçamayacağı ya da pasif bir şekilde defedemeyeceği veya üçüncü bir kişinin yardımıyla önüne geçemeyeceği mahiyette bir saldırı vuku bulduğunda, bunu aktif bir şekilde ve gereklilik ölçütlerine riayet ederek bertaraf ettiğinde meşru savunma hakkı varlığını devam ettirecektir¹²².

F. Yakın Aile İlişkisi İçerisinde Olan Kişiler Arasında Savunma

Genel gereklilik kriterlerini taşıyor olsa dahi, sahip olduğu nitelik itibarıyla yakın aile ilişkisi içerisinde olan kişiler arasındaki savunma, meşru savunma hakkının sınırlandırılmasına ilişkin bir diğer hususu oluşturmaktadır. Ancak belirtelim ki söz konusu hal, sınırlandırmanın geçerli olduğu diğer durumlardan daha tartışmalı bir niteliği haizdir.

Öncelikle bu durumda savunma hakkının sınırlandırılması Alman doktrininde farklı gerekçelere dayandırılmaktadır. Zira bir görüşe göre; karı-koca, baba-oğul gibi yakın aile ilişkisi içerisinde ve birlikte yaşama yükümlülüğü altında olan kişiler,

¹²¹ Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, §7 kn. 196. Söz konusu sınırlandırma hali bakımından şöyle bir örnek verilebilir: Ayvalık'ta bir yazlık sahibi olan A, yaz mevsiminin yaklaşmasıyla İstanbul'dan ayrılıp Ayvalık'taki yazlığına gitmeye karar verir. Ancak A İstanbul'dayken, yazlığı ondan habersizce arkadaşı B tarafından C ve D'ye kiralanmıştır. Nitekim B, kendisini yazlığın sahibi gibi tanıtp, uzun yıllar önce A'dan habersizce aldığı yazlığın anahtarını da onlara teslim etmiştir. İşte A kendi yazlığına gelip kapıyı açtığı anda mutfakta yemek yiyen bir çiftle karşılaştığında, hakikatten bihaber olan bu çiftle karşı bir savunmada bulunmadan önce, hayatın olağan akışına göre, ya bir izahta bulunmalı ya da karşı tarafın izahta bulunmasını beklemelidir.

¹²² Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 209-211. Krşl. Rönau, Hohn, **a.g.e.**, kn. 243. Üç adım teorisinin etkisizliğine rağmen söz konusu saldırının yine de hafif bir şekilde savuşturulması bakımından bkz. Rönau, Hohn, **a.g.e.**, kn. 243.

Alman Ceza Kanunu'nun 13. maddesinde görünüşte ihmali suçlar bakımından öngörülen garantörlük sıfatını, birbirlerine karşı meşru savunma hakkında bulunurken de gözetmek zorundadırlar¹²³. Dolayısıyla garantörlük sıfatı gereğince, saldırıya maruz kalan kişinin meşru savunma hakkı normal şartlara göre birtakım sınırlandırmalara tabi tutulmalıdır.

Söz konusu garantörlüğün yalnızca ihmali suçlar açısından kabul edilebileceğine binaen ilk görüşü kabul etmeyen¹²⁴ bir diğer görüşe göre ise; birlikte yaşama ve dayanışma yükümlülüğü altında bulunan kişilerin birbirlerine karşı savunma hakkı mevcut olmakla birlikte, bu savunmanın normal bir savunmaya göre çok daha özenli olması gerekir. Zira objektif görüşün esasını teşkil eden hukuk düzeninin korunması prensibi gereğince burada korunması gereken menfaat normal savunma şartlarına göre daha az yoğunluktadır¹²⁵.

Doktrinde bir başka görüşe göre ise, burada; subjektif görüşün istinad noktalarından biri olan kişisel menfaatin korunması prensibinin kendisini biraz geri çekmesine dayanan bir sınırlandırma olduğu ifade edilmiş ve fakat bu iddia söz konusu sınırlandırmanın subjektif görüşle izah edilemeyeceği gerekçesiyle eleştirilmiştir¹²⁶.

Bizim de katıldığımız son görüşe göre ise söz konusu sınırlandırmanın gerekçesini ne ihmali suçlar bakımından öngörülen garantörlük ne de meşru savunmanın hukuki esasını oluşturan objektif ve subjektif görüşler oluşturmaktadır. Gerçekten de söz konusu kişilerin birbirlerine yönelik savunma haklarının birtakım

¹²³ Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, §15, kn. 93; Marxen, **a.g.e.**, s. 38. Bu hususa ilişkin detaylı bilgi için ayrıca bkz. Friedrich von Scherenberg, **a.g.e.**, s. 167-171.

¹²⁴ Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 124; Friedrich von Scherenberg, **a.g.e.**, s. 168.

¹²⁵ Knut Amelung, Gerhard Boch, "Hausarbeitsanalyse-Strafrecht: Ein Ehe Streit mit dem Hockeyschläger", **JuS 2000**, s. 265.

¹²⁶ Friedrich von Scherenberg, **a.g.e.**, s. 174.

sınırlandırmalara tabi tutulması yerinde olsa da, bunun asıl gerekçesinin toplumun yapı taşı olan aile düzeninin korunmasından ibaret olduğunu söylemek gerekir¹²⁷.

Bu bağlamda ciddi olmayan (hafif) bir saldırıyla karşılaşan kişiden öncelikli beklenen, saldırıdan kaçmak veya üçüncü bir kişiden yardım istemesidir. Ancak bunlar mümkün değilse ve saldırı pasif bir şekilde de defedilemiyorsa, somut olayın şartlarına göre saldırıya maruz kalan kişiden buna katlanması dahi beklenenebilecektir¹²⁸.

Belirtmek gerekir ki bu sınırlandırma esasen, gereklilik kriterlerini taşısa dahi, söz konusu kişiler arasında kural olarak yaşamı tehdit eden bir savunmanın önüne geçmeye yöneliktir¹²⁹. İşte tam olarak bu hususta, Alman Eyalet Mahkemesinin vermiş olduğu ve gerçekten de tatmin edici sayılabilecek bir kararın ele alınmasında büyük fayda bulunmaktadır:

Mahkemenin kararına¹³⁰ konu olan bu olayda bir kadın, kocasının fiili saldırısına (dövme, vurma gibi) karşı kendini savunmak adına, şemsiyenin sivri ucu kocasının kafasına gelecek şekilde ona sertçe vurur ve bu sivri ucun kafatasından içeri girmesiyle de adam ölür.

Mahkemenin gerekçesine bakıldığında, söz konusu olayda sosyal etik açıdan meşru savuma hakkının sınırlandırılması gerektiği sonucuna vardığı görülmektedir. Bu açıdan mahkeme öncelikle, diğer savunma araçları bu hususta etkisiz kalacak olsa dahi, söz konusu kadının yaşamsal tehlikeliliği haiz bir savunmada bulunamayacağını ifade etmektedir. Mahkeme somut olaydaki genel gereklilik kriterlerini sertleştirirken eşler arasındaki ilişkinin müşterek hayata bağlılığa dayandığını; hatta, eşlerden biri diğerinin kayda değer bir menfaati ihlal edilmiş olsa dahi, bu birlikteliğe saygı gösterme yükümlülüğünün devam edeceğini ifade etmiştir.

¹²⁷ Bitzilekis, **a.g.e.**, s. 125.

¹²⁸ Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 221.

¹²⁹ Rönna, Hohn, **a.g.e.**, kn. 238.

¹³⁰ BGH 20.03.1969-3StR 64/68; Özaydın, **a.g.e.**, s. 201.

Keza son olarak bir eşin ölümcül bir savunmada bulunmasının, ancak diğer eşin onun canına kast ettiği hallerde mümkün olabileceğine yer vermek suretiyle söz konusu olaydaki ölümcül savunmayı meşru savunmanın kapsamına dahil etmemiştir¹³¹.

Buna mukabil doktrinde; mağdur, yakın aile ilişkisi içerisinde olduğu kişiden sadır olmak üzere tıbbi bir müdahaleyi gerektirecek mahiyette bir saldırıya maruz kalmışsa ya da bu kişi tarafından obje konumuna indirgenmek suretiyle kendisine sürekli kötü bir muamelede bulunuluyorsa, işte bu hallerde genel gereklilik kriterlerinin devreye gireceği ve bu tip saldırılara maruz kalan kişiye kaçma yükümlülüğünün de yüklenemeyeceği ifade edilmektedir¹³².

Bu bağlamda ele alınması gereken bir mesele de örneğin karısının rızası hilafına onunla zorla cinsel ilişkiye girmek isteyen kocanın bu zorbalığına karşı, söz konusu kadının savunmasının sınırlarının ne olacağıdır. Hemen belirtelim ki TCK m. 102/2’de cinsel saldırı fiilinin vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle işlenmesi cinsel saldırı suçunun bir nitelikli hali olarak yer almış ve devamında da bu fiilin eşe karşı işlenmesi halinde soruşturma ve kovuşturmanın yapılmasının mağdurun şikayetine bağlı olduğu öngörülmüştür. Madde metninde geçen bu ifade, eşler arasında yalnızca cinsel saldırı suçunun nitelik halinin oluşabileceği şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira burada zaten suç olan bir fiilin nitelikli halinin eşler arasında şikayete tabi olduğu vurgulanmaktadır¹³³.

Bu bağlamda karısının rızasına aykırı olarak onunla zorla cinsel ilişkiye girmek isteyen kocanın saldırısı haksız olduğundan, karısı bu saldırıya karşı meşru savunmada bulunabilecektir. Ancak kanatımızca böyle bir saldırıda kadının kocasına karşı göstereceği savunmanın, yaşamsal tehlikeliliği haiz bir boyuta ulaşmaması gerekir¹³⁴.

¹³¹ Friedrich von Scherenberg, **a.g.e**, s. 162; Özaydın, **a.g.e**, s. 201, 202.

¹³² Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, §15, kn. 95.

¹³³ Selman Dursun, “Türk Ceza Hukukunda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Nisan 2014, Sayı: 24, s. 65.

¹³⁴ Doktrinde katılmadığımız bir görüşe göre; söz konusu durumda kadının meşru savunma hakkının varlığı, kocasının cinsel ilişki talebini haklı bir gerekçeyle reddedip reddetmemesine bağlıdır. Buna

Son olarak belirtmek gerekir ki bahsi geçen sınırlandırma hali doktrinde mutlak bir kabul görmemektedir. Nitekim doktrinde bir görüşe göre¹³⁵; yakın aile ilişkisi içerisinde olan kişilerin bir arada yaşama veya birbirlerine karşı saygı gösterme yükümlülüğü söz konusu sınırlandırmayı haklı kılmayacağı gibi, bu yükümlülüğün esasen mağdura saldırmak suretiyle bizzat saldırgan tarafından ihlal edildiği de düşünüldüğünde, saldırıya maruz kalan kişinin böyle bir sonuca katlanması beklenemeyecektir.

G. Hukuka Aykırı Hareket Eden Kamu Görevlilerine Karşı Savunma

TCK'nın 265. maddesinde, görevi yaptırmamak için direnme suçuna ilişkin hükümlere yer verilmektedir. Bu madde hükümlerine göre; kamu görevlisine karşı görevini yapmasını engellemek amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırken, suçun yargı görevi yapan kişilere karşı işlenmesi hâlinde, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

Alman Ceza Kanununda ise söz konusu suçta 113. madde de yer verilmiştir¹³⁶: Ancak bu maddeye ilişkin hükümlere bakıldığında TCK'nın 265. maddesine nazaran çok daha detaylı olduğu ve farklı ihtimallere göre farklı sonuçların öngörüldüğü görülmektedir. Nitekim söz konusu maddenin 1. fıkra hükmüne göre;

“Her kim, kanunu, tüzükleri, mahkeme hüküm ve kararlarını veya emirleri yerine getirmeye veya infaza yetkili olan bir kamu görevlisine veya Federal Ordunun

göre kadın haklı bir sebep olmaksızın kocasının cinsel ilişki talebini reddettiğinde, kocasının kendisine karşı cebir uygulaması meşru kabul edilecek ve kadın buna karşı bir savunma gerçekleştiremeyecektir. Buna mukabil örneğin kocada zührevi bir hastalık varsa veya karısını doğal olmayan bir birleşmeye zorlarsa, kadının cebir ve şiddet kullanan kocaya karşı kendini savunma hakkı bulunmaktadır (Özen, **a.g.e.** s. 83, 84; krşl. Demirci, **a.g.e.** s. 61). Belirtelim ki her ne kadar bu görüşün savunulduğu dönemin ceza kanununda, cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin eşlere karşı işlenmesi suç olarak kabul edilmemiş olsa da, kanımızca bu görüş o dönemin şartlarına göre de isabetli değildir.

¹³⁵ Günter Spindel, “Keine Einschränkung unter Ehegatten”, **JZ** 1984, s. 509; Friedrich von Scherenberg, **a.g.e.** s. 162; Friedrich von Scherenberg, **a.g.e.** s. 175, 176.

¹³⁶ Feridun Yenisey, Gottfried Plagemann, **Alman Ceza Kanunu**, 2. Baskı, İstanbul, Beta, 2015, s. 206, 207.

askerine karşı, böyle bir göreve ilişkin işlemin yapıldığı sırada, cebren veya cebir tehdidi ile direnir veya bu sırada ona fiilen saldırırsa, üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır”. Keza 3. fıkra hükmüne göre;

“Göreve ilişkin işlem hukuka uygun değilse, fiil bu hüküm uyarınca cezalandırılmaz. Fail, göreve ilişkin işlemin, hukuka uygun olduğunu, hatalı olarak zannederse, bu hüküm yine uygulanır”¹³⁷. Ayrıca 4. fıkra hükmüne göre;

“Fail, fiili gerçekleştirdiği sırada, hatalı olarak, göreve ilişkin işlemin hukuka uygun olmadığını zannederse ve bu hata kaçınılmaz bir hata ise, mahkeme cezayı takdiren indirebilir veya kusurun az olduğu hallerde, bu hüküm uyarınca ceza vermekten vazgeçebilir. Fail hatadan kaçınmazsa ve kendisince bilinen şartlara göre, kendisi hakkında uygulanan ve hukuka aykırı olduğu zannedilen göreve ilişkin işleme karşı, hukukî çarelere başvurması kendisinden beklenemiyor idi ise, fiil bu hüküm uyarınca cezalandırılmaz; hukukî çarelere başvurması kendisinden beklenebilecek idi ise, bu takdirde, mahkeme cezayı takdiren indirebilir (m. 49 fıkra 2) veya bu hüküm uyarınca ceza vermekten vazgeçebilir.

Görüleceği üzere TCK’nın 265. maddesinde yer verilen hükümlerde bu fiilleri icra eden kişiler bakımından özel bir cezasızlık haline yer verilmezken, aynı suçu düzenleyen Alman Ceza Kanununun 113. maddesinin 3. fıkrasında bu hususa yer verildiği ve 4. fıkrasında da çeşitli hata ihtimallerine göre birtakım sonuçların öngörüldüğü görülmektedir. Ancak elbette ki TCK’nın ilgili maddesinde, söz konusu mahiyette hükümlere yer verilmemiş olması, şartlarının varlığı halinde, burada meşru savunma hakkının uygulama bulamayacağı anlamına gelmemektedir.

Bu bağlamda belirtelim ki, kamu görevlisinin görevini yaptırmamak için direnme suçu mülga Ceza Kanununun 254-258. maddeleri arasında düzenlenmişti.

¹³⁷ Ayrıca 4. fıkra şu şekildedir: “Fail, fiili gerçekleştirdiği sırada, hatalı olarak, göreve ilişkin işlemin hukuka uygun olmadığını zannederse ve bu hata kaçınılmaz bir hata ise, mahkeme cezayı takdiren indirebilir veya kusurun az olduğu hallerde, bu hüküm uyarınca ceza vermekten vazgeçebilir. Fail hatadan kaçınmazsa ve kendisince bilinen şartlara göre, kendisi hakkında uygulanan ve hukuka aykırı olduğu zannedilen göreve ilişkin işleme karşı, hukukî çarelere başvurması kendisinden beklenemiyor idi ise, fiil bu hüküm uyarınca cezalandırılmaz; hukukî çarelere başvurması kendisinden beklenebilecek idi ise, bu takdirde, mahkeme cezayı takdiren indirebilir (m. 49 fıkra 2) veya bu hüküm uyarınca ceza vermekten vazgeçebilir”.

Keza bu Kanunun 258. maddesinin 4. fıkrasında da Alman Ceza Kanunu m. 113/3'e benzer bir hükme yer verilmiştir: "Eğer memur haiz olduğu salahiyet hududunu tecavüz ederek veya keyfi hareketlerle bu muameleye sebebiyet vermiş ise fail hakkında geçen maddelerdeki ceza dörtte bire kadar indirilebileceği gibi icabına göre büsbütün de kaldırılabilir¹³⁸". Ancak doktrinde; meşru savunma hakkına sebebiyet verecek bir saldırıda bulunan kamu görevlisine karşı genel meşru savunma hükümleri yerine bu hükümlere gidilmiş olması eleştirilmektedir¹³⁹.

Bütün bu bilgiler ışığında görülmektedir ki, kamu görevini herhangi bir kişiye -icrai ya da ihmali surette- haksız bir saldırıda bulunarak yerine getiren kamu görevlisine karşı da meşru savunma hakkı söz konusu olabilmektedir. Ancak icra ettiği görev itibarıyla kamu görevlisinin, hukuk düzeninin önemli bir parçası olması elbette ki bu hususa ayrı bir ehemmiyet kazandırmaktadır.

Gerçekten de kamu görevinin hukuka aykırı bir şekilde icra edilmesi, şartları gerçekleşmesi halinde meşru savunma hakkını doğursa da, bu hakkın normal şartlardaki bir saldırıya nazaran ciddi şekilde sınırlandırılması söz konusu olmalıdır. Zira kamu görevinden doğabilecek her türlü haksızlığa karşı meşru savunma kabul edilecek olursa, devlet kamu düzenini sağlamaktan aciz kalabilecek ve bu durum hukuk düzenini de doğrudan etkileyecektir. Dolayısıyla esasen bu sınırlandırmanın, objektif görüşün dayanak noktası olan hukuk düzeninin korunmasına dayandığı da söylenebilir¹⁴⁰. Bu itibarla bir kamu görevlisi; icra ettiği kamu görevi hususunda yetkili olmak ve başlıca formaliteleri yerine getirmek suretiyle takdir yetkisini kullanıyor ya da amirinin emirlerini yerine getiriyorsa, şekli bir hukuka aykırılığın

¹³⁸ "Sanıkların, hırsızlık suçundan aranan oğulları Bekir'in evde olmadığını söylemeleri üzerine polis memurlarının "öyle ise sen bizimle geleceksin" diyerek yasal bir gerekçe olmadan karakola götürmek istemeleri üzerine direnme suçunu işlediklerinin anlaşılması karşısında, TCY'nin 258. maddesinin 4. fıkrasının uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi yasaya aykırıdır" (Y4.CD 10.04. 2002, 4453/6068; Yaşar Gökcan Artuç, **a.g.e 6. Cilt**, s. 7996). "Sanığın, yakınıcı emniyet bekçisi tarafından nedensiz olarak karakola götürülmek istenmesi üzerine direnmede bulunduğu anlaşılmasına göre TC Yasasının 258/4. madde ve fıkrasının uygulanma olanağının tartışılmaması yasaya aykırıdır" (Y4.CD 23.06. 1997, 6267/5601; Yaşar Gökcan Artuç, **a.g.e 6. Cilt**, s. 7996).

¹³⁹ Yaşar Gökcan Artuç, **a.g.e 6. Cilt**, s. 7996.

¹⁴⁰ Krşl. Stephan Neuheuser, **Die Duldungspflicht gegenüber Rechtswidrigem Hoheitlichen Handeln im Strafrecht**, Bonn, Shaker Verlag, 1996, s. 106 vd; Rönnau, Hohn, **a.g.e**, kn. 117.

varlığı dahi meşru savunma hakkını doğurmayacaktır¹⁴¹. Keza bir kamu görevlisinin görevi esnasında çoğu zaman belirsiz durumlarla karşılaştığı ve bu tür durumlarda bir an önce karar vermek zorunda kaldığı, buradaki kararlılığın da etkin bir kamu idaresi için elzem olduğu ve hatta kamu görevlisinin kendi çıkarına değil de toplumun çıkarına hareket ettiği düşünüldüğünde, kamu görevlisinin hata ya da dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığından kaynaklanan haksızlıkların dahi meşru savunma kapsamında kabul edilemeyeceği söylenebilecektir¹⁴². Bunun yanı sıra, kamu görevinin icrasından kaynaklanan bir haksız saldırının, meşru savunma hakkı dışında bir hukuki yola müracaat edilmek suretiyle bertaraf edilme imkanı varsa savunmanın gerekliliğinden dahi bahsedilemeyecektir¹⁴³.

Ancak, hukuka aykırı hareket eden kamu görevlisine karşı gerçekleştirilecek savunmanın, normal şartlardaki ölçütlere nazaran daha katı olması yönünde bizim de kabul ettiğimiz görüş doktrinde eleştirilmektedir. Nitekim söz konusu görüşe göre; her türlü haksızlığa karşı hakkın mücadelesini öngören meşru savunma hakkının bu şekilde sınırlandırılması onun yapısıyla örtüşmeyeceğinden, objektif olarak haksız (hukuka aykırı) olan bir kamu faaaliyeti, normal şartlara tabi bir meşru savunma hakkının varlığı için yeterli olacaktır¹⁴⁴.

Bunun yanı sıra ifade edelim ki meşru savunma hakkının varlığı söz konusu olduğunda bunun neticeleri, hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı bir emri yerine getiren kişi açısından da kendisini gösterecektir¹⁴⁵. Şöyle ki hukuka aykırı emrin ifası hukuka uygun kabul edildiğinde, ortada haksız bir saldırı olmadığından emri ifa eden asta karşı meşru savunma söz konusu olmayacak; buna karşılık, hukuka aykırı emrin

¹⁴¹ RGSt 61 297, 299; BGHSt 4 161, 164; Rönna, Hohn, **a.g.e.**, kn. 117.

¹⁴² BGHSt 4 161, 164; Volker Erb, “Notwehr gegen Rechtswidriges Verhalten von Amtsträgern”, **Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag**, Heidelberg, C.F.Müller Verlag, s. 221.

¹⁴³ Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 22. Hukuka aykırı kolluk tedbirine karşı kural olarak meşru savunmada bulunulamayacağı ve bunun için çok açık bir şekilde kötü niyet ve görevi suistimal ile tamir edilemeyecek derecede önemli bir zararın (örneğin kişinin haksız yere öldürülmesi gibi) ortaya çıkması gerektiği hususunda bkz. Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §10 kn. 531.

¹⁴⁴ Herzog, **a.g.e.**, §32 kn. 43.

¹⁴⁵ Herzog, **a.g.e.**, §32 kn. 44.

ifasını her halukarda hukuka aykırı kabul eden görüşe göre ise emri yerine getirene karşı bir meşru savunma imkanı doğacaktır¹⁴⁶. Kanaatimizce hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emir, içinde haksızlık unsurunu barındırdığı için, bu haksızlığı ifa eden asta karşı da meşru savunmadan söz edilebilecektir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki her ne kadar yukarıda, bizim de kabul ettiğimiz görüş bağlamında, söz konusu meşru savunma halinin sınırlandırılmasına ilişkin birtakım genel izahatlarda bulunulmuş olsa da, bu sınırlandırmanın ölçüsü somut olaya göre farklılık arz edebilecektir. Bu hususun birkaç somut örnek üzerinden ele alınması çalışmamıza katkı sağlayacaktır:

İlk örneğimizde; cuntacı bir grup anayasal düzeni yıkmak adına silahlı darbe girişiminde bulunmaktadır. İşte böyle bir durumda, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alındığı anayasanın ve dolayısıyla hukuk devletinin ortadan kalkması söz konusu olacağından, haksızlık yoğunluğu oldukça fazla olan bu saldırıya karşı her bir bireyin, ilgili saldırganlara karşı yaşamsal tehlikeliliği haiz savunmaların da dahil olduğu bir meşru savunma hakkından söz etmek gerekecektir.

İkinci örneğimizde ise üst araması yapmaya yetkili olan iki kolluk görevlisi, kendisinin hakim olduğunu söyleyen bir kişinin de üstünü aramak istemektedir. Bilindiği üzere Hakimler ve Savcılar Kanununun 88. maddesinde ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâlleri dışında suç işlediği ileri sürülen hakim ve savcıların yakalanamayacağı, üzerleri ve konutlarının aranamayacağı ve sorguya çekilemeyeceği öngörülmektedir. Bu amir hükme rağmen söz konusu kolluk kuvvetleri, kendisinin hakim olduğunu söyleyen kişinin üstünü aramak istediğinde, bu kişi kolluk kuvvetlerine karşı cebirde bulunmak suretiyle meşru savunma hakkında bulunabilecektir¹⁴⁷. Ancak örnek olayımızdaki savunmanın meşruiyetinden

¹⁴⁶ Selman Dursun, “Türk Ceza Hukukunda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVIII, Yıl 2014, S: 2, s. 214, 215.

¹⁴⁷ Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 6. Cilt**, 2. Baskı, Ankara, Adalet, 2014, s. 7995. Krşl. Hakeri, **a.g.e**, s. 332. “*Sanığın, üzerini aramak isteyen yakınan polis memuruna yumrukla vurmak suretiyle direndiğinin iddia ve kabul edilmesi, CYY’nin 119. maddesi uyarınca sanığın üzerinde kural olarak hakim kararı olmadan arama yapılamaması, tanıklar Ali ve İrfan ile yakınanın, sanığı aramak istediklerinde kendisine mahkeme*

bahsedebilmek için, haksız bir saldırıya maruz kalan kişinin öncelikle hakim/savcı kimliğini göstermesi gerektiği gibi, söz konusu kolluk kuvvetlerinin hakimın üstünün aranamayacağını bilmemesi ihtimaline binaen, onları bu hususta bilgilendirmesi dahi beklenebilecektir. Buna mukabil, söz konusu kişinin tüm çabalarına rağmen, haksızlıklarında ısrar eden kolluk kuvvetlerine karşı cebre varan bir savunmanın meşru sınırlar dahilinde olduğunu kabul etmek gerekecektir. Ancak böyle bir savunmanın etkisiz kaldığı/kalacağı gerekçesiyle saldırıya maruz kalan kişinin yaşamsal tehlikeliliği haiz bir savunmaya başvurmaya müsaade edilemeyecek ve bu duruma katlanması beklenecektir. Bu bağlamda belirtelim ki genel meşru savunma hakkının sınırlandırılmasına ilişkin olarak, saldırıya maruz kalan kişiye, bilhassa kolluk kuvvetlerinin hukuka aykırı saldırıları bakımından, yukarıda yer verilen üç adım teorisinin ilk basamağını oluşturan saldıran kaçma yükümlülüğünün yüklenmesi kabul edilebilir bir durum olarak görünmemektedir. Zira böyle bir durumda kaçan bir kişi, kolluk kuvvetinde, suç işleme şüphesi altında kaçan bir suçlu intibasını uyandırabilir ki kolluğun silah kullanma yetkisini dahi doğurabilecek böyle bir davranışın saldırıya maruz kalan kişiye bir yükümlülük olarak yüklenmesi doğru olmayacaktır.

Üçüncü ve son örneğimizi ise bir kişi hakkında, kanuna açıkça aykırı bir şekilde tutuklama kararı veren bir hakim oluşturmaktadır. Belirtelim ki hakim/mahkeme kararı gibi, her türlü hukuksuz işleme karşı bir üst merciye başvurma imkanı olunan hallerde meşru savunma hakkının bulunmadığı¹⁴⁸ ve son mercinin ilk merci ile aynı yönde bir karar vermesi durumunda da temel kuralın kişinin buna katlanması olduğu ileri sürülmektedir¹⁴⁹. Ancak kanaatimizce yok

*kararı gösterdiklerini söylemelerine karşın bahsi geçen kararın dosyada mevcut olmaması karşısında; yakınının yerine getirmesi gereken hukuka uygun bir görev bulunup bulunmadığının tespiti açısından sanığa gösterildiği ifade edilen mahkeme kararının varsa dosyaya konulması ve kanıtlar birlikte tartışılarak sonucuna göre TCY'nin 29. ya da 25/1. maddelerinin uygulanma olanağının bulunup bulunmadığı da değerlendirildikten sonra sanığın hukuki durumunun belirlenmesi, gerektiğinin gözetilmemesi, ... tarihinde oybirliğiyle karar verildi'' (Y4.CD, 08.06.2011, 8079; Hakeri, **a.g.e.**, s. 332).*

¹⁴⁸ Krşl. Herzog, **a.g.e.**, §32 kn. 45.

¹⁴⁹ Spendel, **a.g.e.**, § 32, kn. 104.

hükmünde olan kararlara karşı da kişi kendini savunabilmelidir. Örneğin sulh hukuk mahkemesinin tutuklama kararı verdiği bir olayda bu karara maruz kalan kişinin meşru savunma hakkından söz etmek gerekecektir¹⁵⁰.

Son olarak kısaca değinilmesi gereken bir mesele de şudur ki: Açıkça anayasaya ya da hukukun temel ilkelerine aykırı olan bir kanun hükmünün doğrudan sonucu olan bir eyleme karşı da meşru savunma hakkından söz edilemeyecektir. Zira yürürlük halinde olan bir kanun anayasaya aykırılığına istinaden anayasa mahkemesince iptali olunana kadar hukuki varlığını devam ettirecektir¹⁵¹.

H. Üçüncü Bir Kişinin Hayatını Kurtarmak Adına Savunma Amaçlı İşkence

Anayasamızın 17. maddesinin 3. fıkrasına göre; *‘‘Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz’’*.

Keza AİHS’in 3. maddesine göre; *‘‘Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz’’*.

Ayrıca işkence suçunun düzenlendiği TCK m. 94/1’e göre; *‘‘Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur’’*.

Keza eziyet suçunun düzenlendiği TCK m. 96/1’e göre;

‘‘Bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştiren kişi hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur’’.

¹⁵⁰ Bu kanaate, tez izleme komitesinde yer alan Prof. Dr. Mahmut Koca’nın, söz konusu mesele hakkındaki görüşünden istifade edilerek varılmıştır.

¹⁵¹ Herzog, **a.g.e.**, §32 kn. 50.

Görüldüğü üzere işkence ve insanlık dışı ya da onur kırıcı muameleler, gerek anayasamızda gerek AİHS’te ve gerekse TCK’da, herhangi bir istisnaya tabi tutulmaksızın yasaklanmaktadır.

Çalışmamıza bakan yönüyle ele alınacak olursa; örneğin başka kişi ya da kişilerin hayatına kast eden ve devam edegelen bir saldırıda bulunan saldırgan, polis ya da sivil bir kişi tarafından ele geçirildiğinde, saldırıya maruz kalan kişilerin hayatının kurtarılması adına, işlediği suçu kabul eden ama başlattığı saldırının durdurulması bakımından sessizliğini koruyan saldırgana karşı işkence yapılması meşru savunma kapsamında kabul edilecek midir?

Belirtelim ki AİHM’in bu hususta vermiş olduğu Gäfgen-Almanya kararı, söz konusu problemin ele alınması ve kanaatimizin ortaya konulması bakımından büyük katkı sağlayacaktır:

‘Frankfurt’ta yaşayan hukuk fakültesi öğrencisi Magnus Gäfgen (MG), 27.9.2002 tarihinde Frankfurt’da bir bankacının oğlu olan on bir yaşındaki Jakob von Metzler’i (JM), ablasının arkadaşı olmasından faydalananarak, ablasının ceketini kendisinin evinde unuttuğunu söyleyerek kandırmış, apartman dairesine getirmiş, boğarak öldürmüş ve cesedini gizlemiştir. MG, olayın devamında JM’nin ailesinin evine fidye isteyen bir not bırakmış, bu notta JM’nin kaçırıldığını ve kaçırılanlar tarafından bir milyon Euro istendiğini belirtmiştir. Bu notta ayrıca, çocuğu kaçırılanların fidyeyi aldıktan ve ülkeden ayrıldıktan sonra, ailenin çocuğu yeniden görebileceği yazılmıştır. Başvurucu daha sonra JM’nin cesedini arabayla Frankfurt’tan yaklaşık bir saat uzaklıktaki Birstein yakınlarında bulunan ve özel mülk olan bir gölete götürmüş, burada iskelenin altına gizlemiştir. Aile, durumu polise haber vermiş ve polisin yönlendirmesiyle fidyeyi 30 Eylül 2002 gecesi saat 01:00 sularında tramvay istasyonunda ödemiştir. Önceden gerekli tedbirler alınarak MG fidyeyi aldığı andan itibaren polis gözetimi altına alınmış ve aynı günün öğleden sonrasında Frankfurt havaalanında yakalanmıştır.

Polis, MG’nin dairesinde yaptığı arama esnasında fidye için aldığı paranın bir kısmını ve cinayet planına ilişkin notu bulmuş ve bunlara el koymuştur. Bu sırada MG, kendisine yardım eden iki kişi daha olduğunu ve JM’yi göl kenarında bir

kulübede tuttuklarını belirtmiştir. Soruşturmada görevli emniyet müdür yardımcısı Daschner (D), polis memuru Ennigkeit'e (E), çocuğun bulunduğu yeri ortaya çıkarmak için MG'nin fiziksel acı verileceği tehdidi ile korkutulmasını ve hatta gerekirse böyle bir acıya maruz bırakılmasını emretmiştir. Bunun üzerine polis E., başvurucuya eğer çocuğun nerede olduğunu söylemezse, özel olarak eğitilmiş bir kişi tarafından kendisine iz bırakmadan, dayanılamayacak kadar ağır acı verecek bir muamelede bulunulacağını söylemiştir¹⁵²''.

AİHM, bu olaya ilişkin kararında; polis memurlarının emniyet müdür yardımcısının emriyle MG'ye işkence tehdidinde bulunulmasını, Sözleşme'nin 3. maddesiyle yasaklanmış insanlık dışı bir muamele olarak nitelendirmiş ve bu itibarla da söz konusu maddeye aykırı görmüştür¹⁵³.

AİHM, muamele veya cezayı işkence olarak belirleyen unsurları tanımlamakla birlikte, bu kavramın tam olarak ne anlama geldiğini tanımlamaya çalışmamış ve fakat 26 Haziran 1987 tarihinde yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler işkenceyi Önleme Sözleşmesi'nde yer alan tanımları kısmen onaylamıştır¹⁵⁴. Nitekim bu Sözleşmenin 1. maddesine göre;

“Kendisinden veya üçüncü bir kişiden bilgi veya itiraf elde etmek, kendisinin veya üçüncü bir kişinin işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir suç için cezalandırmak veya kendisini veya üçüncü kişiyi sindirmek veya baskı altında tutmak amacıyla veya her türlü ayırmacılığa dayalı nedenlerle bir kişiye kasıtlı olarak ister fiziksel, ister ruhsal olarak şiddetli acı verilmesi veya eziyet yapılması eylemi işkencedir”.

¹⁵² Murat Volkan Dülger, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Gäfgen Kararı Bağlamında Ceza Muhakemesinde İşkence Tehdidi ile Elde Edilen Delillerin Kullanımı Sorunu”, **TBB Dergisi**, 2014 (111), s. 329, 330.

¹⁵³ (çevrimiçi)<https://www.hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001...>(Erişim Tarihi: 14.02.2018), s. 20.

¹⁵⁴ (çevrimiçi)https://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/el_kitaplari/iskencenin_yasaklanmasi.pdf (Erişim Tarihi: 14.02.2018), s. 17.

AİHM'in, işkence ile diğer kötü muamele türleri arasındaki ayrımı belirlerken “yapılan eziyetin yoğunluğundaki fark” temelinde yapılması gerektiğine vurgu yaptığı ve yapılan eziyetin şiddeti veya yoğunluğunun; süre, fiziksel ve ruhsal etkiler, mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu, muamelenin uygulanış şekli ve yöntemi gibi kıstas alınarak değerlendirileceği ifade edilmektedir¹⁵⁵.

Söz konusu ayrıma ilişkin olarak AİHS'in 3. maddesinde hem işkencenin hem de diğer kötü muamelelerin yasaklanmasına benzer bir durumun Anayasamız açısından da geçerli olduğu söylenebilir. Nitekim işkence yasağının öngörüldüğü 17. maddede; “*Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz*” denilmek suretiyle söz konusu tüm kötü muamelelerin yasaklandığı ve fakat içerdiği haksızlığın yoğunluğuna göre farklı kavramların kullanılmış olduğu söylenebilir.

Bu bağlamda Anayasamızın 17. maddesinde kullanılan eziyet kavramıyla TCK'nın 96. maddesinde düzenlenen eziyet suçunun aynı anlamları ihtiva etmediği göze çarpmaktadır¹⁵⁶. Nitekim TCK'nın öngörmüş olduğu eziyet suçunda, kamu görevlisi olmayan kişilerin de fail olabilmesine mukabil, anayasanın 17. maddesinin lafzına bakıldığında, faillerin, işkence vb. kötü muameleleri yapabilecek pozisyonda olan kamu görevlileri olduğu görülmektedir.

Keza eziyet suçunun, mülga 765 sayılı TCK'da suç olarak tanımlanmadığı ve bu suça 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanununda yer verildiği de gözönünde bulundurulduğunda, gerek 1924 Anayasasının 73. maddesinde gerek 1961 Anayasası m. 14/3'te ve gerekse 1982 tarihli mevcut Anayasamızın 17. maddesinde de yer verilen eziyet yasağının mevcut TCK'da yer verilen eziyet suçuyla aynı anlamı içerdiğini söylemek zordur.

¹⁵⁵(çevrimiçi)https://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/el_kitaplari/iskencenin_yasaklanmasi.pdf (Erişim Tarihi: 14.02.2018), s. 18.

¹⁵⁶ Aksi yönde olarak, Sevük, Anayasanın 17. maddesinde yer verilen eziyet eyleminin 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda suç olarak düzenlendiğini ileri sürmek suretiyle dolaylı da olsa, sivil kişi tarafından yapılan eziyet vb. muamelelerin de 17. madde kapsamına girdiğini savunmaktadır Handan Yokuş Sevük, “5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Eziyet Suçu”, **İÜHFİM**, C. LXXI, S. 1, s. 1274.

Belirtelim ki söz konusu husus çalışmamız açısından oldukça büyük bir önemi haizdir. Zira her ne kadar işkence yasağının öngörüldüğü Anayasamızın 17. maddesine ve AİHS'in 3. maddesine bakıldığında muhataplarının doğrudan devlet yetkilileri olduğu söylenebilecek ise de, bilhassa, Anayasamızın 17. maddesinde yer verilen eziyet yasağının, TCK'da olduğu gibi kamu görevlisi olmayan kişiler açısından da geçerli olduğu ileri sürüldüğünde, bu yorum, başkasının hayatını kurtarmak adına saldırgan eziyet yapan sivil bir kişinin, üçüncü kişi lehine meşru savunma hakkının bulunup bulunmadığı meselesini doğrudan etkileyecektir.

Kanaatimizce, ilgili yasal düzenlemeler ve bunların düzenleniş amaçları göz önüne alındığında, işkence vb. kötü muamelelerin doğrudan muhatabı sivil kişiler değil devlet yetkilileridir¹⁵⁷. Peki bu devlet yetkilileri yakalanan ve suçunu itiraf eden ve fakat devam edegelen saldırısını sona erdirmeye noktasında sessiz kalan bir kişiyi, başka bir kişi ya da kişilerin hayatını kurtarmak adına, işkence ile konuşturup bu saldırının önüne geçebilir mi? Yani kısaca, kamu görevlilerinin yapacağı işkence çok istisnai durumlarda meşru savunma hakkı kapsamında kabul edilebilecek midir?

AİHM Büyük Kurulu'nun, 1 Haziran 2010 tarihinde verdiği kararda; AİHS'in 3. maddesi uyarınca, bir kişinin hayatının risk altında olması hali de dahil olmak üzere, işkence yasağının hiçbir istisnaya yer vermediğinin belirtildiği, keza AİHM Dairesi tarafından verilen kararın gerekçesinde de Büyük Dairenin bu kararının aynen yer aldığı ve nihayet işkencenin tamamen yasak olduğu ve bir sorgu yöntemi olarak kabul edilemeyeceği konusunda en azından modern hukuk devleti olduğunu iddia eden tüm ülkelerde bir uzlaşma bulunduğu ifade edilmektedir¹⁵⁸.

Bu açıdan bakıldığında, gerçekten de başkasının hayatını kurtarmak amacıyla dahi olsa, bir devlet yetkilisinin, saldırganı konuşturmak ya da ona doğruyu söyletmek adına işkence ya da benzeri kötü muamelede bulunmasının mutlak bir

¹⁵⁷ Bkz. Christian Fahl, "Neue Sozialethische Einschränkung der Notwehr: Folter", **JURA**, Heft 10/2007, s. 748 ve Dipnot: 104.

¹⁵⁸ Dülger, **a.g.e.**, s. 357.

şekilde yasaklandığı görülmektedir¹⁵⁹. O halde bu tür durumlarda meşru savunma hakkından söz etmek imkansızdır¹⁶⁰. Nitekim yukarıda yer verilen *Gäfgen* kararında, AİHM’in işkence tehdidinde bulunulmasını dahi söz konusu yasak kapsamında kabul etmesi bu görüşü doğrulamaktadır¹⁶¹.

II. GEREKLİLİK VE ORANTILILIK ŞARTLARININ GERÇEKLEŞMEDİĞİ DURUMLAR VE SONUÇLARI

Meşru savunmanın gereklilik ya da orantılılık koşullarına ilişkin ölçütlere kasten riayet edilmediği durumlarla karşılaşılabileceği gibi, bu şartların; hata veya kast olmaksızın sınırın aşılmasına istinaden yerine getirilemediği durumlar da meydana gelebilir. Burada önemle vurgulamak gerekir ki hata ve sınırın aşılması meselelerinin meşru savunmaya bakan yönü itibarıyla, başta hukuki nitelikleri olmak üzere değerlendirilmesi gereken çok fazla nokta bulunmakla birlikte biz, yalnızca çalışmamıza sirayet eden kısımlara odaklanacak ve diğerleri üzerinde durmayacağız.

¹⁵⁹ Krşl. Christian Jäger, “Folter und Flugzeugabschuss-Rechtsstaatliche Tatubrüche oder Rechtsguterhaltende Notwendigkeiten?”, *JA*, 10/2008, s. 679, 680.

¹⁶⁰ Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*, §15, kn. 106, 107; Perron, *a.g.e.*, §32 Kn. 62a. Baumann, Weber, Mitsch, *a.g.e.*, §15 kn. 63. Aksi yönde bkz. Volker Erb, “Zur Strafrechtlichen Behandlung von Folter in der Notwehrlage”, *Festschrift für Manfred Seebode zum 70. Geburtstag am 15. September 2008*, Berlin, De Gruyter Recht, 2008, s. 118 vd.

¹⁶¹ “Bir çok saygıdeğer meslektaşla *extrem istisnai* olaylarda işkence tehdidi ve uygulanmasını meşru kabul etmek noktasında fikir birliği içinde olsak da, hukuk devleti bunu kendini tehlikeye düşürmeksizin uygulamaya geçiremez. Bu yüzden tartışmayı sürdürmeyi bırakmalıyız ve işkencenin son çıkış yolu olarak görüldüğü olayların neredeyse hiç gerçekleşmeyeceğini ümit etmeliyiz. Alman hukuk devleti, özellikle 1970’li yıllarda kızıl ordu fraksiyonu tarafından politikacıların ve diğer yüksek devlet ve kurum temsilcilerinin kaçırılmasında bir çok şeye katlanmıştır. Jakop von Metzler’in kaçırılması olayındaki polis başkan yardımcısı Daschner gibi, bunun için gerekli güce sahip olmayan ve diktatörlüğün terör araçlarına başvurma arzusuna yenik düşen her bir sorumlu kişiyi bireysel olarak belki bağışlamayı deneyebiliriz fakat onların fiiline tüm açıklıkla karşı koymak zorundayız ve işkencenin hukuk devletinde bir yere sahip olamayacağını açıkça söylemek zorundayız” (Walter Perron, “İşkenceye Dönüş-Özgürlükçü Hukuk Düzeni Tehlikede mi?”, *Dünyada ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi* (26 Mayıs-4 Haziran 2010), C. II, Ed.: Adem Sözüer, İstanbul XII Levha, 2013, s. 1630, 1631).

A. Gereklilik ve Orantılılık Şartlarının Kastan Yerine Getirilmediği Durumlar

Gereklilik ve orantılılık koşullarına ilişkin ölçütlere kasten riayet edilmediği durumlar açısından esasen tartışılacak bir mesele bulunmamaktadır. Zira burada herhangi bir hata ya da kast olmaksızın sınırın aşılması hali söz konusu olmadığı için, ilgili koşulu kasıtlı bir şekilde yerine getirmeyen saldırı mağdurunun meşru savunmadan yararlanması mümkün olmayacaktır¹⁶². Bu açıdan örneğin; saldırıyı tek bir yumrukla defedebilecek mağdurun, bunu bilmesine rağmen fırsattan istifade ederek saldırganı sopayla ağır bir şekilde dövmesi halinde meşru savunma hükümleri uygulama alanı bulamayacak ve fakat, şartları mevcutsa haksız tahrik hükümleri devreye girecektir¹⁶³.

B. Hata Hali

1. Meşru Savunmanın Maddi Şartlarında Hata ve Hedefte Sapma

Saldırıya maruz kalan kişinin, meşru savunmaya ilişkin tüm şartların gerçekleştiğini düşünmesine rağmen, esasında bu düşünce gerçeği yansıtmıyor ve ortada mefruz bir meşru savunma durumu varsa, hata halinden söz etmek gerekir¹⁶⁴.

Söz konusu hata hali haksız bir saldırının varlığına dair olabileceği gibi yapmış olduğu savunmanın sınırlarına ilişkin de olabilir. Bunları kısaca örneklendirecek olursak;

¹⁶² “... Savunmanın, yasal savunma koşullarında başladığı, ancak orantılılık ilkesinin ihlal edilmesi nedeniyle yasal savunmanın gerçekleştiğinin kabul edilemeyeceğine göre bu durumda, TCY’nin 27. Maddesinde düzenlenen “sınırın aşılması”nın söz konusu olup olmayacağının değerlendirilmesi gerekmektedir. Sanığın herhangi bir hedef gözetmeden kalabalıktaki kişilerin üzerine rast gele ateş ettiği ve sınırın kastla aşıldığı sabit olduğuna göre, maddenin I. fıkrasının olayda uygulanma koşullarının bulunmadığı açıktır... ve ... olayımız açısından bakıldığında; sınırın kasten aştığı açıkça görülen sanığın eyleminin 5237 sayılı Yasanın 27/1. Maddesi kapsamına girmediği açıkça bellidir...” (YCGK, T. 31.03.2009, E. 2008/1-201, K. 2009/81; Ersan, **a.g.e**, s. 115.

¹⁶³ Ersan, **a.g.e**, s. 112, 113. Krşl. Taner, “Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma”, s. 238. “Yasal savunma sınırlarının aşılması hükümlerinin şartları bulunmakla beraber; yasal savunma sınırlarının kasten aşılması nedeniyle 5237 sayılı TCK’nın 27/1-2 maddesindeki koşullarının bulunmadığı cihetle; sanığa 5237 sayılı TCK uyarınca ceza tayin edilmesi durumunda aynı yasanın 81, 29, 31/3 ve 62. maddelerinin tatbik edilmesinin gerekmesi...”, Parlar, Hatipoğlu, **a.g.e**, s. 502.

¹⁶⁴ Rönnau, Hohn, **a.g.e**, §32 kn. 280.

İlk olarak¹⁶⁵; oldukça gerçek bir görünüme sahip maket bir silahla saldırıda bulunan saldırgana karşı, silahlı bir savunmanın gerçekleştiği olayda; her ne kadar saldırıya maruz kalan kişinin perspektifinden bakıldığında söz konusu oyuncak silahın gerçek bir silahtan ayırt edilmesi mümkün değilse de ortada haksız bir saldırı ya da haksız olsa bile karşılığında silah kullanımını gerektirecek yoğunlukta bir saldırıdan söz etmek mümkün değildir. Dolayısıyla saldırıya maruz kalan kişinin bu noktada bir hataya düştüğü aşıkardır¹⁶⁶.

Bunun yanı sıra saldırıya maruz kalan kişi, saldırının yoğunluğunda ya da savunma araçlarının tehlikeliliği veya elverişliliğinde ya da en hafif savunma imkanının varlığında hataya düşmüş olabilir¹⁶⁷. Ayrıca, kolluk kuvvetinin saldırının bertaraf edilmesi bakımından yardımda bulunma imkanı varken, onların yardımının etkisiz kalacağını düşünen saldırı mağdurun da savunmaya gerçekten ihtiyaç duyulması noktasında hataya düştüğü söylenebilir.

Bunun yanı sıra, saldırıya maruz kalan bir kişinin mutlak tasarruf edebileceği bir hakka yönelik saldırıya rıza göstermiş olmasına rağmen, bu rızadan haberdar olmayan ve söz konusu kişiyi saldırıdan kurtarmak adına müdahalede bulunan üçüncü kişinin de bu hususta bir hataya düştüğü aşıkardır¹⁶⁸.

Keza saldırı mağdurunun, evine giren hırsızın kendisinin en değerli eşyalarını çaldığını ve dolayısıyla çok müşkül bir duruma düşeceğini düşünüp kendisinden kaçan hırsızın arkasından topuğuna bir el ateş ettiği ve fakat gerçekte hırsızın yalnızca 50 TL çaldığı olayda, mağdurun savunmanın aşırı orantısızlığı noktasında hataya düştüğü aşıkardır¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Bu örnek için bkz. Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 131,132.

¹⁶⁶ Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, §7 kn. 78. Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 62a; Rönau, Hohn, **a.g.e.**, §32 kn. 281.

¹⁶⁷ Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 245.

¹⁶⁸ Özbek vd., **a.g.e.**, s. 289.

¹⁶⁹ Krşl. Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 245.

Meşru savunmanın maddi şartlarındaki hata bakımından bir diğer önemli husus da savunmada bulunan kişinin saldırıyı gerçekleştiren kişi noktasında hataya düşmesidir. Bu durumda kişi, meşru savunma kapsamında ortaya çıkan savunma hareketini, hatası nedeniyle saldırıyı gerçekleştirdiğini düşündüğü, ancak saldırı ile ilgisiz üçüncü kişiye kişiye karşı icra etmektedir. O halde burada bu kişinin saldırıyı gerçekleştiren kişi olduğu ve dolayısıyla saldırının varlığı noktasında bir hataya düşülmektedir¹⁷⁰.

Meşru savunmanın maddi şartlarında hataya düşülmesi durumunda bunun sonucunun ne olacağı, çeşitli hata hallerinin düzenlendiği TCK'nın 30. maddesinin 3. fıkrasında öngörülmektedir¹⁷¹. Nitekim bu fıkra hükmüne göre;

“Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır”.

Söz konusu fıkra hükmüne bakıldığında, kaçınılmaz hatanın, sorumluluğu tamamen kaldırdığı; buna mukabil kaçınılabılır hataya ilişkin duruma sonuç bağlanmadığı görülmektedir. Bununla birlikte söz konusu madde metninin (m. 30/3) gerekçesinde; *“Somut olayda söz konusu nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi bu hatasından yararlanabilecektir. Ancak, bunun için hatanın kaçınılmaz olması gerekir. Hatanın kaçınılabılır olması durumunda ise, kişi işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulacak ve fakat bu hata temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır”* denilmek suretiyle kaçınılabılır hata halinde kişinin sorumluluktan kurtulamayacağı ifade edilmiştir.

Önemle belirtelim ki doktrinde, söz konusu hüküm ve gerekçesinden farklı olarak, hatanın kaçınılabılır olup olmaması noktasında belirleyici kriterin taksir bakımından öngörülen kriterle eşdeğer olduğu ileri sürülmektedir. Buna göre yapılacak değerlendirmede; fail, özenli davranırsa bir hukuka uygunluk sebebinin

¹⁷⁰ Ersan, **a.g.e**, s. 107, 108.

¹⁷¹ Artuk, Gökçen, **a.g.e**, s. 573; Öztürk, Erdem, **a.g.e**, kn. 584; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 466; Hakeri, **a.g.e**, s. 476; Özbek vd., **a.g.e**, s. 412; Zafer, **a.g.e**, s. 405, 406.

maddi şartlarının oluşmadığını bilebilecek idi ise hata kaçınılabilirdir¹⁷². Dolayısıyla failin taksirden doğan sorumluluğu saklıdır¹⁷³. Bir diğer ifadeyle kaçınılabilir hatadan özensiz davranışı nedeniyle kaçınamamış olan kimse, fiilin taksirli şeklinin cezalandırıldığı suçlardan olması halinde meydana gelen neticeden taksiri nedeniyle sorumlu tutulacaktır¹⁷⁴.

Doktrinde katılmadığımız bir görüşe göre; savunmada bulunan kişinin o andaki hal ve koşulları objektif değerlendirmede esas alındığında, meşru savunmada bulunan kişiye insanüstü bir hatanın neticelerinin yüklenmemesi lazım gelir. Yani bu görüşe göre, saldırı mağdurunun yerine objektif üçüncü bir kişiyi koyduğumuzda bu kişi de aynı hataya düşecektir diyebiliyorsak ortada hata değil, doğrudan meşru savunma hali bulunmaktadır¹⁷⁵.

Söz konusu hata hali bağlamında değinilmesi gereken bir husus da, savunmada zaman yönünden sınırın aşılması meselesidir. Gerçekten de doktrinde¹⁷⁶ de ifade edildiği üzere, meşru savunma halinden önce ya da saldırıdan ve dolayısıyla meşru savunma halinden sonra yapılan savunma durumunda, zamansal olarak mevcut bir meşru savunma halinin bulunmaması nedeniyle, burada, meşru savunmada sınırın aşılması hükümlerinin değil, meşru savunmanın maddi şartlarında hataya düşülmesine ilişkin hükmün (TCK m. 30/3) uygulanması gündeme gelir.

Bu başlık altında ele alınması gereken son bir husus da hedefte sapma hali, bir diğer ifadeyle, icra edilen savunma hareketinden masum bir üçüncü kişinin etkilenmesi meselesidir. Saldırıya maruz kalan kişinin, haksız bir saldırıda bulunan saldırıyı hedef aldığı savunma hareketinin, olayla ilgisi olmayan üçüncü bir kişiye

¹⁷² Özbek vd., **a.g.e**, s. 412; Zafer, **a.g.e**, s. 406.

¹⁷³ İzzet Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, Ankara, Seçkin, 2005, s. 430; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 467; Hakeri, **a.g.e**, s. 476, 441; Özbek vd., **a.g.e**, s. 412.

¹⁷⁴ Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, s. 430; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 467; Hakeri, **a.g.e**, s. 476, 477; Özbek vd., **a.g.e**, s. 412.

¹⁷⁵ Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 132 ve 245.

¹⁷⁶ Ersan, **a.g.e**, s. 95, 96.

isabet etmesi halinde bir hata değil, hedefte sapma hali söz konusudur¹⁷⁷. Önemle belirtelim ki sapma halinde üçüncü kişi bakımından ortada bir hukuka uygunluk nedeni olmadığı için sınırın aşılmasından da bahsedilemeyecektir¹⁷⁸.

Saldırgana karşı genel gereklilik kurallarına riayet edilmek şartıyla ve savunmanın zorunlu bir neticesi olarak üçüncü kişilere verilen zararlar bakımından iki farklı görüşün bulunduğunu ve bu bağlamda ilk görüş olarak; meşru savunmanın varlığına hanel gelmeyeceğinin ileri sürüldüğünü, öte yandan ikinci görüş olarak; savunmanın yalnızca saldırgana karşı yapılması halinde meşru savunmanın uygulama alanı bulabileceği ve üçüncü kişiler bakımından ancak zorunluluk halinin uygulama bulabileceğinin ileri sürüldüğünü ve kanaatimizce de isabetli olanın ikinci görüş olduğunu yukarıda ifade etmiştik.

Bununla birlikte elbette ki, savunma hareketinin üçüncü bir kişi üzerinde gerçekleşmesi, her halde zorunluluk halinin doğmasına yol açmayacaktır. Zira savunma hareketinin gereksiz bir risk altında istenmeyen neticelere yol açıldığı ve savunmacı tarafından gerekliliği aşan bir kast ilavesinin yapıldığı hallerde en azından taksire dayalı bir sorumluluğun varlığından söz etmek gerekecektir¹⁷⁹.

O halde icra edilen savunma hareketinin zorunlu bir neticesi olarak üçüncü kişinin bundan etkilenmesi durumunda somut olayın özelliğine göre zorunluluk halinin varlığından bahsedilebileceği gibi, fail açısından en azından taksire dayalı bir sorumluluk da söz konusu olabilecektir¹⁸⁰.

Örneğin¹⁸¹ şehrin tam ortasında, bir kişinin bıçaklı saldırısına uğrayan savunmacının, bu saldırıyı korkutmak adına belindeki silahı çıkartıp havaya doğru bir el uyarı ateşinde bulunması savunmanın gerekliliği kapsamında doğru bir ilk

¹⁷⁷ Koca, Üzülmöz, **a.g.e.**, s. 300.

¹⁷⁸ Koca, Üzülmöz, **a.g.e.**, s. 300; Ersan, **a.g.e.**, s. 99, 100.

¹⁷⁹ Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn.

¹⁸⁰ Koca, Üzülmöz, **a.g.e.**, s. 300, 301.

¹⁸¹ Benzer örnek için bkz. Mehmet Şahin, “ Yasal (Meşru) Savunmada Sınırın Aşılması’’, **TBB Dergisi**, Sayı 76, 2008, **a.g.e.**, s. 332.

adım olsa da, somut olayın niteliğine göre havaya doğru ateş etmeden önce çevresini kontrol etmesi ve ona göre hareket etmesi gerekirken, savunmacı buna rağmen uyarı ateşinde bulunup balkondaki masum bir kişinin yaralanmasına sebep olmuşsa, bu hedefte sapma halinde savunmacının en azından taksire dayalı sorumluluğundan söz etmek gerekir.

Buna mukabil kişinin kendisini savunduğu ortam, oldukça تنها bir bölgeyse ve savunmacıdan, uyarı ateşi vb. bir eyleme geçmeden önce çevresini kontrol etmesi dahi beklenemiyorsa, bu şartlarda yapılan savunma hareketinden üçüncü bir kişinin etkilenmesi ihtimalinde zorunluluk halinin uygulama alanı bulması mümkün gözükmemektedir.

2. Haksızlık Hatası

Yasak hatası şeklinde de ifade edilen bu hata türünün iki farklı görünüm şekli bulunmaktadır. Bunlardan; doğrudan haksızlık hatası şeklinde adlandırılan hata türünde, kişi işlediği fiilin hukuk düzenince yasaklandığını bilmemekte ve yasaklayıcı normun varlığını gözden kaçırarak izin verilen bir davranışı gerçekleştirdiğini düşünmektedir. Dolaylı haksızlık hatasında ise fail işlediği fiilin yasaklılığına ilişkin tam bir bilgiye sahip olmasına rağmen somut olayda işlemiş olduğu haksızlığa uygun hale getiren bir nedenin var olduğunu düşünmektedir¹⁸².

Bu bilgiler ışığında, dolaylı haksızlık hatasının, çalışmamıza bakan yönüyle ayrı bir önemi haiz olduğuna dikkat çekmek gerekir. Zira örneğin; saldırıya maruz kalan kişi, savunmanın gereklilik koşuluna ilişkin ölçütlerdeki bilgisizliğine¹⁸³ istinaden ya da bu ölçütleri yanlış yorumlamasından mütevellit, esasında meşru olmayan savunmasının meşru olduğunu düşünüyorsa burada söz konusu kişinin dolaylı yasak hatasına düştüğünden söz etmek gerekir¹⁸⁴.

¹⁸² Koca, Üzülmez, **a.g.e.**, s. 363.

¹⁸³ Örnek olarak, saldırıya karşı koyacak savunma araçları arasından en hafifinin seçilmesi kuralını bilmeyen kişinin içinde bulunduğu hata hali gösterilmektedir (Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 65).

¹⁸⁴ Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 247. Aynı yönde bkz. Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 65.

Bunun yanı sıra, savunmanın uygunluğu (orantılılığı) bağlamında da söz konusu hata hali gündeme gelebilir. Örneğin çocuğa ya da akıl hastalarına karşı gerçekleştirilen savunmaların normal şartlar altındaki bir savunmaya göre daha sınırlı olduğunu bilmeyen bir kişinin, dolaylı haksızlık hatası içerisinde olduğu söylenebilecektir¹⁸⁵.

Söz konusu hataya düşülmesi durumunda bunun sonucunun ne olacağı TCK m. 30/4'te öngörülmektedir. Nitekim bu fıkra hükmüne göre;

“İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz”. Dolayısıyla bu hususta kaçınılabilir bir hataya düşen kişi cezalandırılacak ve fakat kusurunun derecesine göre temel cezanın belirlenmesinde bu durum dikkate alınacaktır.

C. Gereklilik ve Orantılılık Ölçütlerinde Sınırın Kast Olmaksızın Aşılması

Çalışmamızın esasını oluşturan gereklik ve orantılılık (uygunluk) şartlarına ilişkin ölçütler, yukarıda ikinci ve üçüncü bölüm kapsamında oldukça ayrıntılı bir şekilde ele alınmış ve çeşitli ihtimallere göre savunmanın sınırları çizilmişti. İşte bu sınırın taksirle aşılması meselesi de çalışmamız açısından oldukça önem arz etmektedir. Ancak söz konusu sınırın belirlenmesi adına gerekli kriterler detaylı bir şekilde ele alındığından, burada tekrardan kaçmak adına, esas itibarıyla savunma sınırını taksirle aşan kişinin sorumluluğunun ne olacağına ve ilgili Yargıtay kararlarına yer verilecektir.

Söz konusu ölçü yönünden sınırın taksirle aşılması durumunda bunun sonucunun ne olacağı, TCK'nın 27. maddesinde *“Sınırın Aşılması”* adı altında öngörülen düzenlemeye göre belirlenecektir¹⁸⁶. Nitekim 27. maddenin 1. fıkrası uyarınca;

¹⁸⁵ Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 245; Perron, **a.g.e.**, §32 kn. 65.

¹⁸⁶ Ersan, **a.g.e.**, s. 66.

“Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altında birinden üçte birine kadar indirilerek hükmolunur”.

Her ne kadar bu fıkra hükmünde “ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler” ifadesi kullanılsa da bu madde hükmünün asıl muhatabının hukuka uygunluk nedenleri olduğu söylenmelidir¹⁸⁷. Bu açıdan; hukuka uygunluk nedenlerinden biri olan meşru savunmada sınırı taksirle aşan kişi, icra ettiği fiilin taksirli hali suç olarak düzenlenmişse, söz konusu hükümde öngörülen miktarda indirimle gidilmek suretiyle, taksirli suçtan cezalandırılacaktır.

Savunmanın gerekliliğine ilişkin en önemli prensiplerden birinin, saldırıya maruz kalan kişinin kendisini tehlikeye düşürmeksizin, saldırıya en az zarar verici mahiyeti haiz araçlarla saldırının defedilmesi olduğunu ifade etmiştik. Dolayısıyla bu prensibin ihlal edilmesi hali söz konusu sınırın aşılması bakımından oldukça önem arz etmektedir. Nitekim Yargıtay kararlarına bakıldığında da bu durum görülmektedir:

“Sanık A. ve maktulün olay gecesi alkol alarak sohbet ettikleri sırada sebebi belli olmayacak şekilde aralarında çıkan tartışma sırasında, maktulün tabancasını çekip sanığa ateş ederek sağ kol ve sağ göğüs cilt altından yaraladığı, yaralanıp yere düşen sanığın da kendi üstündeki silahını çekip maktule doğru 6 el ateş ederek maktulü öldürmesiyle sonuçlanan olayda; sanığın kendine yönelik saldırıya karşı savunmada bulunurken daha az bir atışla yetinmesi yerine, çok sayıda ateş ederek savunma sınırını kastı olmaksızın aşması nedeniyle 5237 sayılı yasanın 27/1, 22/3. maddesi delaletiyle 85. maddesinden mahkumiyeti yerine, yazılı şekilde hüküm kurulması...”¹⁸⁸

“Öldürmeksizin kurtulabileceği bir saldırı karşısında hasmını bıçaklayıp öldürme 50. maddeye uyar”¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Ersan, **a.g.e.**, s. 66.

¹⁸⁸ Y1.CD, 31.05.2007 gün ve 2006/5834-2007/4280; Şahin, **a.g.e.**, s. 333.

¹⁸⁹ YCGK, E: 1972/282, K: 1972/382, 27.11.1972; Tan, **a.g.e.**, s. 994.

“Sanık kendisine karşı gerçekleştirilen haksız saldırıyı defetmek amacıyla sarhoş olan maktulün elinden aldığı bıçakla onun hayati olmayan organlarını hedef alarak yaralaması ve tek bıçak darbesi ile yertinmesi gerekirken zaruret sınırlarını aşarak onu öldürmüş olması nedeniyle 50. madde gereğince ceza tayin edilmesi gerekir¹⁹⁰”.

“Sanığın maktulün bıçaklı ve sopalı saldırısı ile adiyen yaralandığı, sanığın cebinde bulunan tuzu maktulün yüzüne serpererek onun sendelemesini sağladığı, sonra elindeki bıçakla onu karnından yaralayarak öldürdüğü anlaşılmakla, zaruretin tayin ettiği sınırın aşıldığını kabul etmek gerekir¹⁹¹”.

Belirtelim ki Yargıtay’ın, yukarıda yer vermiş olduğumuz bu kararlarına genel olarak katılmakla birlikte son kararında vardığı sonuca katılmadığımızı ifade etmek gerekir. Şöyle ki, her ne kadar sanık, cebinde bulunan tuzu maktulün yüzüne serpererek sendelemesini sağlayıp onun elinden bıçağı almayı başarsa da, sanıktan, kendisine yönelik bıçaklı ve sopalı saldırıda bulunan maktulün elinden bıçağı aldıktan sonra bıçağı kullanmayıp onunla eşit şartlarda dövüşmesi beklenemez¹⁹². Dolayısıyla, eğer sanığın uyguladığı bıçak darbesi birden fazla değilse savunmanın meşru sınırlar dahilinde gerçekleştiğini kabul etmek gerekir. Bu bağlamda tekrar vurgulamak gerekir ki saldırı ve savunma araçları arasında mutlak bir orantılılığın aranması, yani bunun genel bir kural olarak addedilmesi, bilhassa somut olayın özelliğine göre, meşru savunmanın hukuki esasına ve bunun da ötesinde hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilecektir.

Sınırın taksirle aşılması halinin bir diğer önemli noktasını malvarlığına yönelik saldırılar oluşturmaktadır. Esasen buradaki sınır aşımı halinin, söz konusu

¹⁹⁰ YCGK, 30.03.1981, 1/32-107; Tan, **a.g.e.**, s. 994.

¹⁹¹ YCGK, 17.04.1972, E. 1/204-200; Tan, **a.g.e.**, s. 995.

¹⁹² Savunmanın gerekliliğine ilişkin ölçütler izah edilirken yer verilen Alman Eyalet Mahkemesinin bir kararına burada da değinmekte fayda bulunmaktadır. Nitekim söz konusu mahkeme tarafından verilen bu kararda; saldırgan tarafından bir bezbol sopasıyla tehdit edilen savunmacının, saldırganın elinden o sopayı alıp kafasına vurarak etkisiz hale getirmesi gereklilik sınırları içerisinde değerlendirilmiş ve savunmacının sopayı bir kenara koyup saldırganla eşit şartlarda dövüşmesinin şart olmadığına vurgu yapılmıştır (BGH 26.11.2013- 3StR 331/13; Erb, **Münchener Kommentar**, §32 kn. 160).

saldırlara karşı yaşamsal tehlikeliliği haiz savunma araçlarının kullanılamayacağı görüşünün kaçınılmaz bir sonucu olarak kendisini gösterdiği söylenebilir. Zira söz konusu savunmalar, her ne kadar genel olarak, saldırganın öldürülmesi kastına dönük olarak yapılsa da, bu görüşe göre yaşam hakkını riske edici nitelikte olup yasaklanmaktadır. Bu itibarla da aşırı orantısız savunmalar şeklinde gösteren bu hallerde saldırganın ölümüne yönelik kast olmasa dahi, taksire bağlı sorumluluk kaçınılmaz olacaktır. Ancak malvarlığı hakkına yönelik saldırılara karşı bu tür savunmaların yapılabileceği, yani bu savunmaların aşırı orantısız olmayacağı kabul edildiğinde, savunmaya ilişkin genel kriterlere riayet edilmesi meşru savunma hakkının varlığı için yeterli olacaktır. İşte bu iki farklı yaklaşımın ilk derece mahkemesi ve Yargıtay kararına yansması şu şekildedir:

“Sanık İ.H.'in maktul C. ve arkadaşlarının hırsızlık suçunu işlemek amacıyla marketin kepenginin açılmasından itibaren, bu suçun gerçekleşmemesi ve vazgeçmeleri için çabalamasına rağmen saldırıyı defedememesi karşısında ve kendisine ait malları korunmak amacıyla, olay yerinden malları ile kaçan maktulün bulunduğu araca ateş etmesinde yasal savunma koşullarının gerçekleştiği ve yasal savunmada aşırıya kaçmadığı, maktul C.'in yaralanarak ölmesinin yasal savunma kapsamında kaldığı ve sanığın bu suçtan sorumlu tutulamayacağı anlaşılmakla, TCK'nın 25/1 ve CMK. nun 223/2-d maddeleri uyarınca sanık İ.H. hakkında ceza verilmesine yer olmadığına ve beraatine kararı verilmesi gerekirken, yazılı şekilde sanığın maktul C.'e karşı eylemini yasal savunma sınırının aşılması suretiyle işlediğinden bahisle TCK'nın 27/2 maddesi uyarınca ceza tertibine yer olmadığına karar vermesi...”¹⁹³,

Bu başlık altında ele alınması gereken bir mesele de kişinin hem saldırının varlığı hususunda hataya düşmesi hem de savunmanın ölçülülüğü noktasında sınırı aşmış olması durumudur. Misal verilecek olursa; örneğin¹⁹⁴, birbirlerinden nefret eden iki arkadaşın A'nın elinde bir jop vardır ve bununla herhangi bir kimseye

¹⁹³ Y1.CD E. 2013/1-2791 K. 2013/5664 T. 10.10.2013; (çevrimiçi) <http://www.kazanci.gov.tr> (Erişim Tarihi: 18.02.2018).

¹⁹⁴ Benzer örnek için bkz. Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, §18 kn. 67.

saldırmayı düşünmemektedir. Ancak A elindeki jopla birlikte, bahsi geçen arkadaşı B'nin üzerine doğru gelince, B, A'nın kendisine saldıracağını düşünür ve A'nın kendisine yaklaştığı anda elindeki bıçağı B'nin karnına saplar.

Görüleceği üzere bu olayda B, hem saldırının varlığı noktasında hataya düşmüş, hem de bıçağı B'ye gösterip onu korkutmak suretiyle saldırının önüne geçebilecekken doğrudan bıçağı onun karnına saplayarak savunmanın gereklilik ölçüsünde sınırı aşmıştır¹⁹⁵. İşte böyle bir durumda, bizim de kabul ettiğimiz çoğunluk görüşe göre¹⁹⁶, ortada meşru savunma hali bulunmadığı için sınırın aşılmasına ilişkin hükümlere gidilemeyecektir¹⁹⁷. Zira saldırı bulunmadıkça, gerçekleştirilen savunmada sınırın aşıldığından da söz edilemez¹⁹⁸. Buna mukabil, burada yalnızca hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hataya ilişkin hükümlerin uygulanması söz konusu olsa da, ortada hem hata hem de sınırın aşılması hali olduğu için, hataya ilişkin değerlendirmede bulunulurken bu durum göz önünde bulundurulmalıdır¹⁹⁹.

¹⁹⁵ Krşl. Baumann, Weber, Mitsch, **a.g.e.**, §18 kn. 67.

¹⁹⁶ Koca, Üzülmmez, **a.g.e.**, s. 349, 350; BGH 01.08.1961- 1StR 197/61; **NJW**, 1961, s. 309; BGH 18.04.2002- 3StR 503/01; **NStZ-RR**, s.508; BGH 23.01.2003- 4StR 267/2; **NStZ**, 2003, s. 599; Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, kn. 94; Perron, **a.g.e.**, §33 kn. 8; Kindhäuser, **a.g.e.**, §25 kn. 17, 20; Thomas Fischer, **Strafgesetzbuch mit Nebengesetzten**, 64. Baskı, München, C. H. BECK, 2017, §33 Kn. 5, s. 323; Heinrich, **a.g.e.**, kn. 583; Schmidt, **a.g.e.**, kn. 572.

¹⁹⁷ “Kız kardeşinin kocası olan sanıkla uzun zamandan beri husumeti bulunan maktulün, omzunda av tüfeği, elinde tabanca olduğu halde, saat 18.00 sıralarında, araçla eşi ve çocuğu ile birlikte evine gitmekte olan sanığın önüne çıktığı, tabanca ile sanığa ateş etmeye başladığı, maktulün elindeki tabancanın kurusıkı olduğunu bilmeyen sanığın, meşru savunma koşulları içinde, maruz görülebilecek heyecan, korku ve telaşa kapılarak araçta bulunan kayınpederine ait ruhsatsız tabancayı aldığı, araçtan indiği, önce havaya, daha sonra da silahlı saldırının devamı sırasında, tabanca ile maktule iki el ateş ettiği, bu atışlar sonucu maktulün göğüs bölgesinden ve yüzünden isabet alarak öldüğü olayda; 5237 sayılı Yasa'nın 27/2. maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığı kararı yerine, yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi...” şeklinde verilen Yargıtay kararı doktrinde eleştirilmiş ve söz konusu olayda elverişli bir saldırının bulunmadığı ve keza meşru savunmada sınırın aşıldığı bir durumun bulunmasına istinaden burada meşru savunmada sınırın aşılmasına ilişkin hükümlere değil, hataya ilişkin hükümlere gidilmesi gerektiği ifade edilmektedir (İlhan Üzülmmez, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Şartlarında Hata (Karar Tahlili)”, **Dünyada ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi 26 Mayıs/May- 4 Haziran/June 2010**, C: II, s. 2137 vd.). Aksi yönde bkz. Ersan, **a.g.e.**, s. 144, 145.

¹⁹⁸ Koca, Üzülmmez, **a.g.e.**, s. 349.

¹⁹⁹ Krşl. Heinrich, **a.g.e.**, kn. 583.

Bunların yanı sıra belirtmek gerekir ki, saldırı ile savunmanın aşırı orantısız olması durumunda, meşru savunma hakkının uygulama alanı bulamayacağı kabul edildiğinden, buna riayet etmeyenler açısından kural olarak sınırın aşılması hükümleri uygulanamayacaktır²⁰⁰. Keza buna paralel olarak; meşru savunma halinin sınırlandığı hallerde, örneğin bir çocuğun saldırısına karşı savunmada bulunan ve öncelikli olarak kaçma yükümlülüğü bulunmasına rağmen buna riayet etmeyen kişi bakımından da sınırın aşılması hükümleri uygulanamayacaktır²⁰¹. Bunun yanı sıra, doktrinde katılmadığımız bir görüşe göre saldırıyı provoke eden kişi bakımından da söz konusu hükümler uygulanamayacaktır²⁰².

D. Gereklilik ve Orantılık Ölçütlerinde Sınırın Mazur Görülebilecek Heyecan, Korku veya Telaşla Aşılması

Savunmada sınırın taksirle aşılması bakımından ele alınan ihtimaller, savunmanın mazur görülebilecek heyecan, korku veya telaşla aşılması durumunda da ortaya çıkabilir. Ancak burada durum biraz farklıdır: Öncelikle söz konusu sınır aşımı halinde, meşru savunma sınırının kasten veya taksirle aşılmış olması arasında fark bulunmamaktadır. Zira bu hallerde, failin kontrolünü kaybetmesi ve sağlıklı bir iradede yoksun kalması gibi bir durum mevcut olduğundan²⁰³, fail açısından mazur görülebilecek bir neden söz konusu olmaktadır²⁰⁴. Bunun yanı sıra, söz konusu sınır aşımı hali bakımından ayrı bir hüküm vaz edilmiştir. Nitekim TCK m. 27/2 uyarınca;

²⁰⁰ Köhl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, §12 kn. 150.

²⁰¹ Fischer, **a.g.e.**, s. 323.

²⁰² Joachim Renzikowski, “Der Verschuldete Notwehrexzess”, **Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag**, München, C.H.Beck, 1998, s. 260; Schmidt, **a.g.e.**, kn. 572.

²⁰³ Koca, Üzülmüş, **a.g.e.**, s. 348.

²⁰⁴ Adem Sözüer, “Die Reform des Türkischen Strafrechts”, **ZStW**, 119 (2007), s. 731.

“Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez²⁰⁵”.

Görülebileceği üzere sınırın taksirle aşılması halinden farklı olarak burada ceza yer olmayan bir hal söz konusudur. Belirtelim ki, bizim de kabul ettiğimiz bir görüşe göre²⁰⁶; söz konusu sınır aşımı hali bir mazeret sebebi olarak kabul edilmelidir. Zira mazeret sebeplerinin varlığı halinde kusur azalmakta, ancak bütünüyle ortadan kalkmamaktadır. Bu itibarla mazeret sebebi teşkil eden hallerde fail, hem kusur yeteneğine hem de haksızlık bilincine sahiptir. Ancak bu hallerde cezaya layık olma sınırına varılmayan bir kusurluluk hali söz konusu olduğu için, kanun koyucu burada

²⁰⁵ “Oluşa ve dosya kapsamına göre, maktul ile tanık Nurdan'ın öncesinde gönül ilişkisi bulunduğu, ayrılmalarından sonra tanık Nurdan'ın sanık ile nişanlandığı, maktul tarafından gerek sanık gerek tanığın ayrılmaları hususunda rahatsız edildikleri, maktulün olay tarihinden önce tanık Naif'in de bulunduğu esnada sanığın evine gelip bıçakla tehdit ederek Nurdan'dan ayrılmasını istediği, olay günü maktulün tanık Nurdan'ı yanına çağırdığı, kendisini tercih etmemesi halinde sanığı öldüreceğini söylediği, Nurdan'ın oradan ayrılarak sanığı maktulden korumak düşüncesiyle sanığı kendi evlerine davet ettiği, sanık ile tanığın evden çıktıkları esnada maktul ile karşılaştıkları, Nurdan'ın sanığın yanında gelmesini istediği ancak, her iki tarafında konuşacaklarını söylemeleri üzerine olay yerinden evine gittiği, sanık ve maktulün eve girdiği, maktulün sanıktan kapıyı kilitlemesini istediği, maktulün doğrudan mutfaktan ekmek bıçağını aldığı ve sanığı Nurdan'dan ayrılması noktasında ikna etmeye çalıştığı, hakaretler ettiği, sanığın evden ayrılmak istemesine rağmen bıçak zoruyla evde tutmaya çalıştığı, bir eliyle sanığın boğazını sıktığı ve bir elinde bıçak bulunduğu, sanığın maktulü itekleyerek yere düşürdüğü bıçağı elinden aldığı, elinin yaralandığı, sanık ile maktulün yerde boğuştuğu, maktulün alttayken sanığın boğazını sıktığı, sanığın kurtulmak için maktule birkaç bıçak darbesi vurduğu ancak daha sonra elindeki bıçağı atarak maktulün boğazına yapıştığı, maktulü boğmak suretiyle ölümüne sebebiyet verdiği olayda,

Sanığın nişanlandığı kız ile ayrılması hususunda sürekli kendisini tehdit eden daha öncede evine gelip bıçakla tehdit eden, olay gecesini 0,35 promil alkol ile evine gelen bıçakla tehdit edip evden ayrılmasına izin vermeyen, boğazını sıkan maktulü, içinde bulunduğu korku ve endişenin etkisiyle boğazını sıkarak öldürmesinde, sanığın maktul için onu bekleyerek yapmış olduğu özel bir hazırlığın bulunmayışı, yine husumet veya intikam duygusuyla hareket ettiğine dair bir delilin olmayışı, olayın yeri, zamanı sanık ile maktulün kullandığı vasıtalar, yaşları ve fiziki durumları nazara alındığında, sanığın kendisine yönelmiş, gerçekleşen ve tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anki hal ve şartlara göre, saldırıyla orantılı bir şekilde defetme zorunluluğunda bulunmasına rağmen, bu sınırı mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaşa aştığı anlaşıldığı halde, TCK.nun 27/2 ve CMK.nun 223/3-c maddeleri uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi yerine, yazılı şekilde delillerin takdirinde yanılığa düşülerek, TCK.nun 81, 29, 62 maddelerinden hüküm kurulması...” (Y1.CD 2016/5535 E., 2017/2399 K. (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 30.05.2018).

²⁰⁶ Adem Sözüer, “Yeni Türk Ceza Kanununun Uygulanmasına Sorular ve Cevaplar-Türk Ceza Kanununda Öngörülen Mazeret Sebeplerine İlişkin Soru ve Cevaplar”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Sayı: 6, Mayıs 2006, s. 231; Dursun, “Türk Ceza Hukukunda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, s. 205; Serkan Meraklı, “Mazeret Sebeplerinin Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Ankara, Seçkin, Yıl: 5, Sayı: 12, Nisan 2010, s. 262 vd.

cezaya yer olmayan bir durum öngörmektedir. Nitekim meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaşla aşılması bakımından da durum böyledir.

Fail, savunması esnasında, sınırı; heyecan, korku ya da telaşla değil de husumet veya intikam duygusuyla aşmışsa, burada meşru savunmaya ilişkin hükümler uygulama alanı bulamayacak ve haksız tahrik hükümleri gündeme gelecektir²⁰⁷.

Yargıtay kararlarında savunma sınırının aşıp aşılmadığının belirlenebilmesi için öncelikle meşru savunma koşullarının varlığı üzerinde durulduğu ve failin olay sırasındaki ruh halinin gözetilmesi gerektiğine vurgu yapıldığı ifade edilmektedir²⁰⁸.

Söz konusu sınır aşımı hali bakımından önemle ifade etmek gerekir ki; mahkemeler, meşru savunmanın bütün şartlarının gerçekleştiği bir olayda, orta yolu bulmak adına veya benzeri bir saikle, söz konusu fıkra hükmüne (TCK m. 27/2) başvurma yanlışına düşmemelidir. Zira her ne kadar bu hüküm cezaya yer olmayan bir hali öngörse de, meşru savunma şartlarını yerine getiren kişinin beraat etme hakkı elinden alınmamalıdır. Nitekim Yargıtay'ın bazı kararlarına bakıldığında bu yanlışa düşüldüğü görülmektedir²⁰⁹.

²⁰⁷ Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 815.

²⁰⁸ Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 815.

²⁰⁹ “ ... Dosya içeriğine göre; sanık G. ile mağdur B.'in aynı köyde ikamet ettikleri, aralarında olay tarihinden bir yıl önce futbol oynadıkları sırada kavga etmelerinden dolayı anlaşmazlık bulunduğu, olay günü köy kahvehanesinin önünde kardeşi B.'la oturan mağdurun hayvanlarını sulamak için köy kahvehanesinin ilerisinde bulunan çeşmeye doğru götürülen sanığa ters ters baktığı, mağdurun, köy çeşmesine gidip, hayvanlarını suladıktan sonra evine doğru yürüdüğü sırada sanığın önüne geçip, önceden aralarında yaşanan kavgayı anımsatarak, "geçen sene yediğin dayaktan akıllanmadın herhalde" diyerek sanığın üzerine saldırıp, onu yere yatırdığı, üzerine çökerek yerde boğazını sıkıdığı, mağdurun kardeşi B.'in da, mağdurun yanına gelip, sanığın ayaklarını tutmaya çalıştığı, sanığın, kurtulmak amacıyla mağdura yumrukla vurmaya çalıştığı, ancak başaramadığı, mağdurun, yumrukla sanığın baş bölgesine vurarak saldırısına devam ettiği, sanığın, bu darbeler sonucu, Bursa Adli Tıp Kurumu'nun 13.01.2010 tarihli raporunda belirtildiği üzere, boyun bölgesinde yaygın sıyrık, sağ kulak arkasında şişlik, sol omuzda ekomotik alanlar, baş bölgesinde ekimozlar ve hassasiyet oluşacak şekilde yaralandığı, kendisine yönelik saldırıdan kurtulmayı başaramayan sanığın, bu kez meyve kesmek için her zaman yanında bulundurduğu çakı bıçağını sağ cebinden tek eliyle çıkarıp açtığı bıçağı üzerine doğru çömelmiş vaziyette bulunan mağdura, hayati bölgeleri hedef alma koşullarının bulunmadığı ortamda rastgele salladığı, bıçağın mağdurun sol koltuk altından göğüs kısmına isabet ettiği, bıçağı mağdurun üzerinden kalkması için yeniden salladığında mağdurun dizinde çizik oluşturacak şekilde yarananma meydana getirdiği, saldırı sona erdikten sonra engel olmadığı halde eylemi sürdürmediği olayda;

SONUÇ

Sözlükteki karşılığı; “*uğranılan bir saldırı karşısında kişinin kendisini koruması*” olan meşru yani haklı savunma, her zaman ve her yerde tanınmış ve varlığı kabul edilmiş olan bir müessese olup ceza hukuku açısından oldukça büyük bir önemi haizdir.

Meşru savunma çok eski bir tarihe dayanmakta olup bu müessesenin varlığı noktasında bir tartışma bulunmasa da, bilhassa sınırları noktasında zaman içerisinde oldukça fazla bir gelişim göstermiştir. İşte bu sınırların ne olması gerektiği noktasında en belirleyici rol meşru savunmanın hukuki esasına aittir.

Meşru savunmanın hukuki esası; objektif, subjektif ve karma görüş başlıkları altında ele alınmaktadır. Subjektif görüş, Aristoteles ve Stoa’nın merkezinde yer aldığı doğal hukukun temelinde yatmaktadır. Buna göre kanun, herkese saldırılara karşı kendi hayatını elverişli araçlarla korumaya müsaade etmiştir. Ayrıca subjektif görüşün en önemli temsilcilerinden biri *Kant* olup bu görüş, onun düşünceleri ışığında izah edilmeye çalışılmıştır.

Subjektif görüşün dayanak noktalarını genel olarak; saldırıya maruz kalan kişinin; hareket serbestisinin sınırlandırılması, kalmış olduğu zor (çaresiz) durum, saldırıyı bertaraf etme tecrübesinin bulunmaması ve devletin mutlak yetkisinin istisnaları oluşturmaktadır.

Objektif görüş ise Berner’in “*hak, haksızlığa boyun eğmek zorunda bırakılamaz*” düşüncesi ekseninde geliştirilmiştir. Gerçekten de hukuk düzeninde, kendisine en üst mertebede yer bulan hak, hukuk düzenine aykırılık arz eden bir haksızlığa karşı mağlup edilmemelidir. Her ne kadar objektif görüşün, söz

Saniğin, kendisine yönelmiş, gerçekleşen ve tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı, o anki hal koşullara göre, saldırıyla orantılı bir şekilde defetme zorunluluğunda bulunmasına rağmen, bu sınırı mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaşla aştığı anlaşıldığı halde, TCK’nun 27/2 ve CMK’nun 223/3-c maddeleri uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi yerine yazılı şekilde delillerin takdirinde yanılğıya düşülerek TCK’nun 82/1-e, 35, 29, 31/3, 62. maddeleri ile hüküm kurulması...”, (YCGK E. 2012/1-1286 K. 2013/264 T. 28.05.2013; (çevrimiçi) <http://www.kazanci.gov.tr> (Erişim Tarihi: 23.02.2018).

konusu düşünce eksenini etrafında gelişmiş olduğu ifade edilse de, bu görüşün esas dayanak noktasının ve en önemli temsilcisinin Hegel olduğu söylenebilir. Nitekim Hegel'in meşru savunma anlayışı, kendisinin hukuk sistemine dair diyalektik felsefesi ve devlete ilişkin idealist tezi üzerine inşa edilmiştir. Bu bağlamda; haksız bir saldırı hakkın inkarı olup, savunma ise hakkı red ve inkar eden saldırının red ve inkarıdır, yani hakkın doğrulanmasıdır. Bu itibarla meşru savunma kapsamında hareket eden kişi hukuka uygun bir durum içerisinde.

Mevcut zaman dilimi açısından Alman ve Türk Hukukuna hakim olan karma görüş ise, genel olarak meşru savunmanın çifte fonksiyonunu kabul etmektedir. Bu görüş, meşru savunma ile kişinin hem kendisinin hem de hukuk düzeninin korunduğunu savunmaktadır. Karma görüş her ne kadar subjektif ve objektif görüşü içinde barındırsa da, karma görüş, meşru savunmanın hukuki esasını genel olarak subjektif görüşe dayandırmakta ve fakat objektif görüşle de onu tamamlamaktadır. Bir diğer ifadeyle karma görüşün; özünü subjektif görüşün oluşturduğu, bununla birlikte meşru savunmanın uygulanma şartları vs. bakımından objektif görüşten beslendiği söylenebilir.

Meşru savunmanın hukuki esası oldukça tartışmalı bir mesele olmakla beraber meşru savunmanın hukuki niteliği bakımından onun bir hukuka uygunluk nedeni olduğu konusunda görüş birliği bulunmaktadır.

Türk Ceza Kanununun meşru savunmayı düzenleyen 25. maddesinde “*Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hâl ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez*” şeklindeki hükmüyle saldırıya karşı yapılacak savunmanın zorunlu ve orantılı olması ifade edilmektedir.

Her ne kadar madde metninde “zorunluluk” kavramına yer verilmiş olsa da, kanaatimizce buradaki zorunluluktan, savunmanın gerekliliği anlaşılmalıdır. Gerçekten de meşru savunmanın hukuki esası da düşünüldüğünde kanun koyucunun savunmanın zorunluluğuyla, savunmaya gerçekten ihtiyaç duyulmasını; orantılılık kavramıyla ise savunmanın ölçülü olmasını kast ettiği anlaşılmaktadır. Nitekim

çalışmamıza da bu perspektiften bakılmış ve söz konusu kavramların izahatı bakımından da bu yönde başlıklandırmalara yer verilmiştir.

Savunmaya ilişkin temel şartı savunmanın gerekli olması oluşturmaktadır. Savunmanın gerekli olması; bir yandan savunmaya gerçek anlamda ihtiyaç duyulmasını ifade ederken, öte yandan savunmanın ölçülü olması anlamına gelmektedir.

Kanunda yer verilen orantılılık kavramından anlaşılması gereken iki farklı husus bulunmaktadır. Bunlardan ilkinin; gereklilik alt başlığında ele alınması gereken savunmanın ölçülü olması oluşturunken, diğerini ise somut olayın şartlarına göre savunmanın uygunluğu oluşturmaktadır. Savunmanın uygunluğu anlamında orantılılık, savunmanın sınırlandırıcı bir fonksiyonu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Belirtelim ki savunmanın meşruiyetini belirleyen temel kriterler, esasen saldırı ve savunmaya ilişkin hukuki değerler ya da araçlar arasında bir orantılılık mecburiyetini öngörmemektedir. Ancak elbette ki aşırı orantısız vs. durumlar bunun istisnasını oluşturmaktadır. Bir diğer ifadeyle, saldırgan tarafından gerçekleştirilen, gerçekten de savunmayı gerektirmeyecek ölçüde lüzumsuz saldırılara karşı orantısız bir savunmada bulunulamayacağı bir hakikatken; saldırıya maruz kalan kişinin korunan hukuki değer ölçütünü saldırganla aynı seviyeye indirmek, meşru savunmanın ağır sonuçlarını saldırganla birlikte savunmacıya yüklemek anlamına geleceğinden, savunmacıya böyle bir yükümlülük yüklenmemelidir.

Genel gereklilik kriterlerini karşılayan savunma, kural olarak meşru kabul edilse de, bu mutlak bir kural olmayıp somut olayın şartlarına göre, ayrıca savunmanın uygunluk (orantılı) arz etmesi gerekebilir. İşte bu hallerde meşru savunma, hiçbir surette uygulama alanı bulamayacağı gibi, uygulama alanı bulsa dahi bunun birtakım sınırlandırmalar kapsamında gerçekleşmesi gerekebilir. Meşru savunmanın uygulama bulduğu ve fakat bunun belli sınırlamalar ölçüsünde gerçekleştiği hallerde üç adım teorisi devreye girmektedir. Bu teoriye göre meşru savunmanın, mutlak bir savunma hakkı olarak karşımıza çıkmadığı durumlarda, meşru savunmada bulunan kişinin öncelikle saldırıdan kaç (ın)ması (1. adım), bunun

mümkün olmadığı durumlarda defansif savunmada bulunması (2. adım) ve son olarak da ofansif savunmada bulunması (3. adım) beklenecektir.

Belirtelim ki söz konusu sınırlandırmaların dayanak noktasını büyük ölçüde objektif görüş oluştururken, subjektif görüşün de, kısmen de olsa bu duruma ışık tuttuğu söylenebilir.

Bu sınırlandırmalara konu olan haller şu şekilde özetlenebilir: Ciddi olmayan (önemsiz) saldırılara karşı savunma, mal varlığına yönelik saldırılar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yaşam hakkını koruyan 2. maddesi bağlamında saldırı ile savunma arasında aşırı orantısızlık halleri, saldırıya savunmada bulunan kişinin sebep olduğu haller bakımından savunma, çocukların, akıl hastalarının, aşırı sarhoşların veya diğer bazı özel durumlara sahip kişilerin saldırılarına karşı savunma, yakın aile ilişkisi içerisinde olan kişiler arasında savunma, hukuka aykırı hareket eden kamu görevlilerine karşı savunma ve üçüncü bir kişinin hayatını kurtarmak adına savunma amaçlı işkence halleri.

Meşru savunmanın gereklilik ya da orantılılık koşullarına ilişkin ölçütler yerine getirilmemiş olabilir. Zira bu ölçütlere kasten riayet edilmediği durumlarla karşılaşılabilceği gibi, hata veya kast olmaksızın sınırın aşılmasına istinaden bunların yerine getirilemediği durumlar da meydana gelmiş olabilir. Sınırın kasten aşıldığı haller, esasen herhangi bir tartışmayı gerektirmeyip meşru savunmanın uygulama alanının bütünüyle dışında kalmaktadır. Buna mukabil; hata halleri veya sınırın taksir ya da mazur görülebilecek, korku, heyecan veya telaşla aşılması halleri, önemli yasal düzenlemeleri ve sorunları haiz olup dikkatlice ele alınmayı gerektirmektedir.

KAYNAKÇA

Akbulut, Berrin

:**Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Ankara, Adalet, 2017.

Akıllıoğlu, Tekin

:“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz”, **AÜSBF Dergisi**, XLIV, No: 3, 4, Temmuz- Aralık 1989 s. 155-173.

Alacakaptan, Uğur

:**Suçun Unsurları**, Ankara, Sevinç Matb., 1975.

Alwart, Heiner

:“Zum Begriff der Notwehr”, **Juristische Schulung**, München, Verlag C.H.Beck, 1996, s. 953-958.

Amelung, Knut

:“Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten”, **JuS** 1986, s. 329-337.

Amelung, Knut

:“Das Problem der heimlichen Notwehr gegen die erpresserische Androhung kompromittierender Enthüllungen”, **GA**, 1982, s. 381-403.

Amelung, Knut / Boch, Gerhard

:“Hausarbeitsanalyse-Strafrecht: Ein Ehestreit mit dem Hockeyschläger”, **JuS** 2000, s. 261-267.

Apaydın, Cengiz

:**Meşru Savunma**, İstanbul, Acar Matb., 2016.

Artuk, Mehmet Emin/ Gökçen, Ahmet

:**Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Ankara, Adalet, 2017.

Avcı, Mustafa

:**Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Baskı, Konya, Mimoza, 2014.

Baumann, Jürgen/ Weber, Ulrich/ Mitsch, Wolfgang

: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 12. Baskı, Bielefeld, Giesecking, 2016.

Bekar, Elif

**:Türk ve Amerikan
Hukukunda Zorunluluk
Hali**, Ankara, Seçkin, 2013.

Bertel, Christian

**:“Notwehr gegen Verschuldete
Angriffe”**, **ZStW**, 1972, s. 1-
36.

Bisson, Frank

**:Die Lebensgefährliche
Verteidigung von
Vermögenswerten**, Frankfurt
am Main, Peter Lang, 2002.

Bitzilekis, Nikolaos

**:Die Neue Tendenz zur
Einschränkung des
Notwehrrechts**,
Duncker/Humblot, Berlin,
1984.

Bockelmann, Paul

**:“Notwehr gegen Verschuldete
Angriffe”**, **Festschrift für
Richard M. Honig**,
Göttingen, Verlag Otto
Schwartz&Co, 1970, s. 19-31.

Bozbayındır, Ali Emrah

**:“Grundlagen und Grenzen des
Notwehrrechts im türkischen
Strafrechts”**, **ZSTW** 2015; 127
(4), s. 1093-1110.

Böhm, Katharina

**:Die Ex ante-Betrachtung
beim Merkmal der
Erforderlichkeit (§32 StGB),**
Wanne-Eickel, 1996.

Bringewat, Peter

**:Grundbegriffe des
Strafrechts, 2. Baskı, Baden-
Baden, Nomos, 2008.**

Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem

:Türk Ceza Hukukuna Giriş,
İstanbul Beta, 2014.

Constantin Courakis, Nestor

**:Zur Sozialethischen
Begründung der Notwehr,**
Baden-Baden, Nomos, 1978.

Çiftçioğlu, Cengiz Topel

**:“Yaşama Hakkı”, TBB
Dergisi, 2012 (103), s. 137-
168.**

Değirmenci, Olgun

**:“Ceza Hukukunda Yanılma
Kavramı ve Hukuka Uygunluk
Nedenlerinde Yanılma”, TBB
Dergisi, 2014 (110), s. 129-
188.**

Demirbaş, Timur

**:Ceza Hukuku Genel
Hükümler, 12. Baskı, Ankara,
Seçkin, 2017.**

Demirci, Ömer

:“**Meşru Savunma**”, Ankara, 2014, (Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

Dilber, Alev

:“**Amerikan Ceza Hukukunda Meşru Savunma**”, İstanbul 2014 (Özyeğin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

Dönmezer, Sulhi/ Erman, Sahir

:**Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C. II**, 10. Baskı, 1987.

Dursun, Selman

:“Türk Ceza Hukukunda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVIII, Yıl 2014, S: 2, s. 205-252.

Dursun, Selman

:“Türk Ceza Hukukunda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Nisan 2014, Sayı: 24, s. 57-73.

Dursun, Selman / Bozbayındır, Ali Emrah

:“Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi”, **İÜHF**, C. LXXIII, S. 1, s. 63-90.

Duttge, Gunnar (Bölüm Yazarı)

:**Nomos Kommentar, Gesamtes Strafrecht**, Yay. Haz.: Dieter Dölling, Gunnar Duttge, Dieter Rössner, 3. Baskı, Baden-Baden, Nomos, 2013.

Dülger, Murat Volkan

“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Gäfgen Kararı Bağlamında Ceza Muhakemesinde İşkence Tehdidi ile Elde Edilen Delillerin Kullanımı Sorunu”, **TBB Dergisi**, 2014 (111), s. 325-410.

Düzenli, Hilal

:**“Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma”**, Ankara 2017 (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi)

Engländer, Armin

:**Grund und Grenzen der Nothilfe**, Mohr Siebeck, 2008.

Engländer, Armin

:**“Kann die Mitgliedschaft in einem Rockerclub eine Notwehreinschränkung Provozierte Begründen”**, **Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013**, Berlin, Duncker&Humblot, 2013, s. 319-331.

Erb, Volker

:**“Notwehr bei präsenster staatlicher Hilfe”**, **Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag**, s. 181-189.

Erb, Volker

:“Zur Strafrechtlichen Behandlung von Folter in der Notwehrlage”, **Festschrift für Manfred Seebode zum 70. Geburtstag am 15. September 2008**, Berlin, De Gruyter Recht, 2008, s. 99-123.

Erb, Volker

:“Notwehr gegen Rechtswidriges Verhalten von Amtsträgern”, **Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag**, Heidelberg, C.F.Müller Verlag, s. 217-233.

Erb, Volker (Bölüm Yazarı)

:**Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch- Band I §§ 1-37 StGB**, Yay. Haz.: Bernd von Heintschel-Heinegg, 3. Baskı, C.H.Beck, 2017.

Erdem, Mustafa Ruhan

:“Malvarlığına Yönelik Saldırlara Karşı Meşru Savunma İçin İnsan Öldürme ve Yaşam Hakkı (AİHS m. 2)”, **DEÜHFD Dergisi**, C: 9, Prof Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, İzmir, 2007, s. 987-998.

Erem, Faruk

**:Umanist Doktrin Açısından
Türk Ceza Hukuku Genel
Hükümler Cilt II**, 12. Baskı,
Ankara, Seçkin, 1985.

Erem, Faruk / Danışman, Ahmet/ Artuk, Mehmet
Emin

**:Ceza Hukuku Genel
Hükümler**, Ankara, Seçkin,
1997.

Eren, Abdurrahman

**:“1982 Anayasasının 90.
Maddesindeki 2004
Değişikliğinin Anlaşmaların
Türk İç Hukukundaki Yerine
Etkisi”**, **AÜEHFFD**, C. VIII,
s. 3-4, s. 47-77.

Erman, Barış

**:“Yanılmanın Ceza
Sorumluluğuna Etkisi”**,
İstanbul, 2006 (İstanbul
Üniversitesi Sosyal Bilimler
Enstitüsü Yayınlanmamış
Doktora Tezi).

Ermeydan, İdris

**:“Yargıtay Kararları Işığında
Meşru Savunmada Sınırın
Aşılması”**, **Fatih Sultan
Mehmet İlmi Araştırmalar
İnsan ve Toplum Bilimleri
Dergisi**, Sayı:3, Yıl: 2014
Bahar, s. 131-170.

Ersan, Aykut

:Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması, İstanbul, XII Levha, 2013.

Fahl, Christian

:“Neue Sozialethische Einschränkung der Notwehr: Folter”, JURA, Heft 10/2007, s. 743-750.

Fasten, Ines

:Die Grenzen der Notwehr im Wndel der Zeit, Hamburg, Verlag Dr. Kovac, 2011.

Fechner, Frank

:Grenzen Polizeilicher Notwehr, Frankfurt am Main, Bern, New York, 1991.

Fischer, Thomas

:Strafgesetzbuch mit Nebengesetzten, 64. Baskı, München, C.H.BECK, 2017.

Friedrich Von Scherenberg, Carl

:Die sozialethischen Einschränkungen der Notwehr, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2009.

Frister, Helmut

:Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Baskı, München, C.H.Beck, 2015.

Frister, Helmut

:“Die Notwehr im System der Notrechte”, **GA**, 1988, s. 291-316.

Gropp, Walter

:**Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Baskı, Berlin Heidelberg, Springer, 2015.

Grünhagen, Eva

:**Antizipierte Notwehr –Ein Beitrag zur Frage der Zulässigkeit automatisierter Verteidigung im deutschen, englischen und französischen Recht-**, Druckerei Schwarz Bonn, 2005.

Güral, Jale

: “Türk Hukukunda Mal İçin Meşru Müdafaa”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 6, Sayı:2, 1949, s. 179-198.

Haas, Robert

:**Notwehr und Nothilfe Zum Prinzip der Abwehr rechtswidriger Angriffe Geschichtliche Entwicklung und Heutige Problematik**, Frankfurt, Bern, 1978.

Hafizoğulları, Zeki / Muharrem Özen

:Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara, 2017.

Haft, Fritjof

:Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Baskı, München, C.H.BECK, 2004.

Hakeri, Hakan

:Ceza Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara, Adalet, 2017.

Hakeri, Hakan

:Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara, Seçkin, 2003.

Hakeri, Hakan/ Gülşen, Recep

:“Offendicula ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, AÜEHFD, C. IX, S. 1-2 (2005), s. 41-71.

Harris, David / O’Boyle, Michael/ Warbrick, Colin

:Law of the European Convention on Human Rights, 2. Baskı, Oxford, 2009.

Heinrich, Bernd

:Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Baskı, Stuttgart, Kohlhammer, 2014.

Heinrich, Bernd

:Ceza Hukuku Genel Kısım I,
Editör: Ünver, Yener
(çevirenler: Hakeri, Hakan/
Ünver, Yener/ Özbek, Veli
Özer/Erman, Barış/ Doğan,
Koray/ Atladı, Ramazan Barış/
Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker)
Ankara, Adalet, 2014.

Heinsius, Dietrich

**“Moderne Entwicklung des
Notwehrrechts”**, Hamburg,
1965 (Yayınlanmamış doktora
tezi).

Helmrich, Jan

**:Die Berufung gewerblicher
Sicherheitskräfte auf
Notwehr und Nothilfe
(Zugleich ein Beitrag zu den
Grundlagen des Notwehr
und Nothilferechts)**, Frankfurt
am Main, Peter Lang, 2008.

Herring, Jonathan

**:Criminal Law –Text, Cases
and Materials**, Oxford
University Press, 2008.

Herzog, Felix (Bölüm Yazarı)

**:Nomos Kommentar
Strafgesetzbuch Band I,**
3. Baskı, Nomos, 2010, §32 kn.
60.

Hillenkamp, Thomas/ Cornelius, Kai

:**32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil**, 15. Baskı, München, Verlag Franz Vahlen, 2017.

Himmelreich, Klaus

:“Erforderlichkeit der Abwehrhandlung, Gebotensein der Notwehrhandlung; Provokation und Rechtsmissbrauch; Notwehrexzess”, **GA**, 1966, s. 129-145.

Holland, Klaus Hoffmann

:**Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3. Baskı, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015.

Hoyer, Andreas

:“Das Rechtsinstitut der Notwehr”, **Jus** 1988 (Heft-2), s. 89-96.

Hoyer, Andreas (Bölüm yazarı)

:**Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch Band I §§1-37 StGB**, 9. Baskı, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2017.

Hruschka, Joachim

:“Extrasystematische Rechtfertigungsgründe”, **Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag**, Berlin, Walter de Gruyter, 1977, s. 189-210.

İçel, Kayıhan/ Akıncı, Füsün Sokullu/ Özgenç, :İçel Suç Teorisi 2. Kitap, 3. İzzet/ Sözüer, Adem/ Mahmutoğlu, Fatih Selami/ Bası, İstanbul, Beta, 2004. Ünver, Yener

Jakobs, Günther

Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin, Walter de Gruyter, 1983.

Jäger, Christian

:“Folter und Flugzeugabschuss-Rechtsstaatliche Tatubrüche oder Rechtsguterhaltende Notwendigkeiten?”, **JA**, 10/2008, s. 678-684.

Jescheck, Hans-Heinrich/ Weigend, Thomas

:Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, Berlin, Duncker-Humblot, 1996.

Joecks, Wolfgang

:“Erfolglose Notwehr”, **Festschrift für Gerald Grünwald**, Baden-Baden, Nomos, 1999, s. 251-265.

Kaspar, Johannes

:Strafrecht Allgemeiner Teil, Baden-Baden, Nomos, 2015.

Kaymaz, Seydi

:“Mal Varlığına Yönelik Saldırlara Karşı Meşru Savunma ve Yaşam Hakkı”, 3-4 Haziran 2013 Tarihlerinde İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen Bireysel Başvuru Konulu Sempozyumda Sunulan Bilgi Notları.

Kelep Pekmez, Tuba

:**AIHM İçtihatları Bağlamında Türk ve Anglo Sakson Hukukunda Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi**, İstanbul, XII Levha, 2015.

Kindhäuser, Urs

:**Strafrecht Allgemeiner Teil**, 8. Baskı, Baden, Nomos, 2016.

Koca, Mahmut

:“YTCK”da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Ankara, Seçkin, Yıl: 1, Sayı: 1, Ekim 2016, s. 139-148.

Koca, Mahmut/ Üzülmaz, İlhan

:**Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Ankara, Seçkin, 2017.

Kratzsch, Dietrich

:**Grenzen der Strafbarkeit im Notwehrrecht**, Berlin, Walter de Gruyter, 1968.

Kretschmer, Joachim

:“Notwehr bei Fahrlässigkeitsdelikten”,

Juristische Ausbildung, Heft 2/2002, s. 114-117.

Krey, Volker

:“Zur Einschränkung des Notwehrrechts bei der Verteidigung von Sachgütern”, **JZ**, 1979, s. 702-715.

Krey, Volker/ Esser, Rober

:**Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6. Baski, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 2016.

Kross, Antje

:**Notwehr gegen Schweigegelderpressung**, Berlin, Duncker-Humblot, 2003.

Kunz, Karl-Ludwig

:“Die automatisierte Gegenwehr –Zur Zulässigkeit der Offensivverteidigung mit selbsttätige Schutzvorrichtungen”, **GA**, Heidelberg, R.v. Decker's Verlag, 1984, s. 539- 553.

Kühl, Kristian

:**Strafrecht Allgemeiner Teil**,
8. Baski, München, Verlag
Franz Vahlen, 2017.

Kühl, Kristian

:“Sozialethische
Einschränkungen der
Notwehr”, **Jura**, 1990, s. 244-
253.

Kühl, Kristian

:“Die Gebotene Verteidigung
gegen Provozierte Angriffe,
Überlegungen aus Anlass der
Neuesten Rechtsprechung des
BGH zur
Notwehrprovokation”,
**Festschrift für Günter
Bemmann zum 70.
Geburtstag am 15. Dezember
1997**, Baden- Baden, 1997, s.
193-201.

Kühl, Kristian

:“Die Notwehrprovokation”,
Jura, 1991 Heft 2, s. 57-63.

Kühl, Kristian/Heger, Martin

:**Strafgesetzbuch
Kommentar**, 28. Baski,
München, C.H.BECK, 2014.

Lauth, Roman

:**Antizipierte Notwehr**, Berlin,
Logos Verlag, 2004.

Lenckner, Theodor

:“Notwehr bei Provoziertem und Verschuldetem Angriff”, **GA**, R. v. Decker’s Verlag, G. Schenck, Hamburg, 1961, s. 299-314.

Lermann, Hans Schmitt

:**Die Lehre von der Notwehr in der Wissenschaft des Gemeinen Strafrechts**, Breslau-Neukirch, 1935.

Lesch, Heiko Hartmut

:**Notwehrrecht und Beratungsschutz**, Paderborn, Ferdinand Schöningh, 2000.

Lilie, Hans

:“Zur Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung”, **Festschrift für Hans Joachim Hirsch**, Berlin, Walter de Gruyter, 1999, s. 276-289.

Marxen, Klaus

:**Die Sozialethischen Grenzen der Notwehr**, Frankfurt am Main, Alfred Metzner Verlag, 1979.

Maurach, Reinhart

:**Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Baski, Karlsruhe, 1971.

Maurach, Reinhart/ Zipf, Heinz

:**Strafrecht Allgemeiner Teil**,
Heidelberg, C.F. Müller
Juristischer Verlag, 1992.

Meraklı, Serkan

:“Mazeret Sebeplerinin Türk
Ceza Kanunu Bakımından
Değerlendirilmesi”, **Ceza
Hukuku Dergisi**, Ankara,
Seçkin, Yıl: 5, Sayı: 12, Nisan
2010, s. 261-302.

Montenbruck, Axel

:**Thesen zur Notwehr**,
Heidelberg, R.v.
Decker&C.F.Müller, 1983.

Mitsch, Wolfgang

:“Nothilfe gegen Provozierte
Angriffe, **GA**, 1986, s. 533-
546.

Murmann, Uwe

:**Grundkurs Strafrecht**, 4.
Baskı, München, C.H. BECK,
2017.

Müssig, Bernd

“Antizipierte Notwehr –Das
Prinzip der Abwehr
rechtswidriger Angriffe als
Kriterium objektiver
Zurechnung-”, **Zeitschrift für
die Gesamte
Strafrechtswissenschaft**, 115.
Band Heft 2, 2003, s. 224-248.

Neuheuser, Stephan

:Die Duldungspflicht gegenüber Rechtswidrigem Hoheitlichen Handeln im Strafrecht, Bonn, Shaker Verlag, 1996.

Nusser, Stephanie

:Notwehr zur Verteidigung von Sachwerten, Hamburg, Verlag Dr. Kovac, 2012.

Ogorek, Carl

:Die Begrenzung der Notwehr und des Notstandes, Breslau Buchdruckerei H. Fleischman, 1904.

Ormerod, David

:Criminal Law, 11. Baskı, Oxford University Press, 2005.

Ozansü, Mehmet Cemil

:Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Subjektif Sorumluluk, Ankara, Seçkin, 2007.

Önder, Ayhan

:Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt: II-III, İstanbul, 1992.

Özaydın, Özlem

:Notwehr und Notstand im Deutsch-Türkischen Rechtsvergleich, Nomos, Baden, 2013.

- Özer Özbek, Veli/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker :**Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Ankara, Seçkin, 2017.
- Özen, Muharrem :**Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa**, Ankara, Seçkin, 1995.
- Özgenç, İzzet :**Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Bası, Ankara, Seçkin, 2017.
- Özgenç, İzzet :**Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, Ankara, Seçkin, 2005.
- Öztürk, Bahri/ Erdem, Mustafa Ruhan :**Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 17. Baskı, Ankara, Seçkin, 2017.
- Padfield, Nicola :**Criminal Law**, 6. Baskı, Oxford University Press, 2008.
- Parlar, Ali / Hatipoğlu, Muzaffer :**5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu 1. Cilt**, 3. Baskı, Ankara, Seçkin, 2010.
- Pawlik, Michael :“Die Notwehr nach Kant und Hegel”, **ZStW**, 114 (2002) Heft 2, s. 259-299.

Perron, Walter (Bölüm Yazarı)

:**Schönke/Schröder**

Strafgesetzbuch Kommentar,
Yay. Haz.: Albin Eser, 29.
Baskı, C.H.Beck, 2014.

Perron, Walter

:“İşkenceye Dönüş-
Özgürlükçü Hukuk Düzeni
Tehlikede mi?”, **Dünyada ve
Türkiye’de Ceza Hukuku
Reformları Kongresi** (26
Mayıs-4 Haziran 2010), C. II,
Ed.: Adem Sözüer, İstanbul
XII Levha, 2013, s. 1619-1631.

Pfleiderer, Klaus

:**Die Garantenstellung aus
Vorangegangenem Tun**,
Berlin, Duncker&Humblot,
1968.

Pott, August

:**Die Verhältnismässigkeit bei
Notwehr**, Witten, 1934

Puppe, Ingeborg

:**Strafrecht Allgemeiner Teil**,
3. Baskı, Baden-Baden,
Nomos, 2016.

Renzikowski, Joachim

:**Notstand und Notwehr**,
Berlin, Duncker-Humblot,
1994.

Renzikowski, Joachim

:“Der Verschuldete
Notwehrexzess”, **Festschrift
für Theodor Lenckner zum
70. Geburtstag**, München,
C.H.Beck, 1998, s. 249-265.

Rengier, Rudolf

:**Strafrecht Allgemeiner Teil**,
8. Baskı, München,
C.H.BECK, 2016.

Retzko, Susanne

:**Die Angriffsverursachung
bei der Notwehr**, Münster, Lit,
2001.

Roxin, Claus

:**Strafrecht Allgemeiner Teil
Band I**, 4. Baskı, München,
Verlag C.H.Beck, 2006,

Roxin, Claus

:“Sozialethische
Einschränkungen des
Notwehrrechts”, **ZStW**, 198,
S. 68-104.

Rönnau, Thomas / Hohn, Kristian (Bölüm
Yazarları),

:**Strafgesetzbuch Leipziger
Kommentar Zweiter Band §§
32 bis 55**, 12. Baskı, Berlin, De
Gruyter Recht, 2006.

Rückert, Christian

:**Effektive Selbstverteidigung
und Notwehrrecht**, Tübingen,
Mohr Siebeck, 2017.

Sangero, Boaz

:**Self Defence in Criminal Law**, Oxford and Portland, Oregon, Hart, 2006.

Savaş, Vural/ Sadık Mollamahmutoğlu

:**Türk Ceza Kanunu Yorumu C. I**, Ankara, Seçkin, 1994.

Schabas, William

:“The Omission of the Right to Property in the International Covenants”, **Hague Yearbook of International Law**, Vol. 4, 1991, s.135-170.

Schlüchter, Ellen

:“Antizipierte Notwehr”, **Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag**, München, C.H.BECK, s. 313-332.

Schmidhäuser, Eberhard

:**Strafrecht Allgemeiner Teil –Lehrbuch–**, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 2. Baskı, 1975.

Schmidhäuser, Eberhard

:**Strafrecht Allgemeiner Teil –Studienbuch–**, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 2. Baskı, 1984.

Schmidhäuser, Eberhard

:“Über die Wertstruktur der Notwehr”, **Festschrift für Richard M. Honig**, Göttingen, Verlag Otto Schwartz&Co, 1970, s. 185-199.

Schmidhäuser, Eberhard

:“Die Begründung der Notwehr”, **GA**, 1991, s. 97-139.

Schmidt, Rolf

:**Strafrecht Allgemeiner Teil**, 16. Bask₁, Berlin, Verlag, 2016.

Schröder, Christian

:“Angriff, Scheinangriff und die Erforderlichkeit der Abwehr vermeintlich gefährlicher Angriffe”, **JuS 2000**, s. 235-241.

Seebode, Manfred

:“Gesetzliche Notwehr und staatliches Gewaltmonopol”, **Festschrift-Wilhelm Krause zum 70. Geburtstag**, Bonn, 1990, s. 375-391.

Seesko, Tino

:**Notwehr gegen Erpressung durch Drohung mit Erlaubtem Verhalten**, Berlin, Duncker-Humblot, 2004.

Sengbusch, Rene

:**Die Subsidiarität der Notwehr**, Berlin, Duncker-Humblot, 2007.

Seuring, Sabine

:**Die Aufgedrängte Nothilfe**, Berlin, Logos Verlag, 2004.

Smith, R A A McCall

:**Scots Criminal Law**, 2. Baskı, Edinburgh, Butterworths, 1997.

Sözüer, Adem

:“Yeni Türk Ceza Kanununun Uygulanmasına Sorular ve Cevaplar -Türk Ceza Kanununda Öngörülen Mazeret Sebeplerine İlişkin Soru ve Cevaplar-”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Sayı: 6, Mayıs 2006, s. 227-237.

Sözüer, Adem

:“Die Reform des Türkischen Strafrechts”, **ZStW**, 119 (2007), s. 717-749.

Spendel, Günter

:**Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar Zweiter Band §§ 32-60**, Yay. Haz.:Burkhard Jänke, Heinrich Wilhelm Laufhütte, Walter Odersky, 11. Baskı, Berlin, De Gruyter, 2003.

Spendel, Günter

:“Keine Einschränkung unter Ehegatten”, **JZ** 1984, s. 507-509.

Stahl, Andre

:**Notwehr gegen Unterlassen**, Baden-Baden, Nomos, 2015.

Sternberg-Lieben, Irene

:“Voraussetzungen der Notwehr”, **JA** 1996 Heft 4, s. 299-308.

Şahin, Mehmet

:“ Yasal (Meşru) Savunmada Sınırın Aşılması”, **TBB Dergisi**, Sayı 76, 2008, s. 321-354.

Talas, Serdar

:“**Ceza Hukukunda Kusur İlkesi Bağlamında Nedeninde Serbest Hareket (actio libera in causa) Kavramı ve Geçici Nedenlerin Ceza Sorumluluğuna Etkisi**”, İstanbul, 2011 (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi).

Tan, Mehmet

:**Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler 1. Cilt (1-34. Maddeler)**, Ankara, Seçkin, 2011.

Taner, Tahir

:**Ceza Hukuku Umumi Kısım**, İstanbul, Ahmet Sait Matb., 1949.

Taner, Tahir

:“Meşru Müdafanın Genişliği ve Mala Karşı Yapılan Tecavüzlerde Müdafaa”, **Ebül’ula Mardin’e Armağan**, İstanbul, Kenan Matbaası, s. 631-639.

Taner, Fahri Gökçen

:“Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Ankara, Seçkin, Yıl: 5, Sayı: 12, Nisan 2010, s. 219-253.

Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Sancakdar, Oğuz

:**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, Ankara, Seçkin, 2004.

Toroslu, Nevzat/Toroslu, Haluk

:**Ceza Hukuku Genel Kısım**, 24. Baskı, Ankara, Savaş, 2018.

Uttelbach, Artur

:**Die Verhältnismässigkeit bei der Notwehr**, 1935.

Ünver, Yener

:**Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Ankara, Seçkin, 2003.

Üzülmez, İlhan

:“Hukuka Uygunluk
Nedenlerinin Maddi
Şartlarında Hata (Karar
Tahlili)”, **Dünyada ve
Türkiye’de Ceza Hukuku
Reformları Kongresi 26
Mayıs/May- 4 Haziran/June
2010**, C: II, s.. 2137-2143.

van Rienen, Rafael

:**Die Sozialistischen
Einschränkungen des
Notwehrrechts**, Bonn, Nomos,
2009.

Von Buri

:**Notstand und Notwehr**, Der
Gerichtssaal, Stuttgart, 1878.

Von Buri

:**Beiträge zur Theorie des
Strafrechts und zum
Strafgesetzbuche: Notstand
und Notwehr**, Leipzig, 1894.

von Heintschel-Heinegg, Bernd

:“Notwehr: Zur
Erforderlichkeit der
Verteidigungshandlung bei
Einem Unbewaffneten
Angreifer”, **Juristische
Arbeitsblätter**, 2013, s. 69-70.

Vordemann, Johannes

**:Die Zulässige Mass der
Verteidigung bei der
Notwehr und der neue
Strafgesetzentwurf,** Druck
von Gebr. Fikuart, Hildesheim,
1928.

Wagner, Heinz

**:Individualistische oder
überindividualistische
Notwehrbegründung,** Berlin,
Duncker-Humblot, 1984.

Warda, Günter

**:“Die Eignung der
Verteidigung als
Rechtfertigungselement bei der
Notwehr §§ 32 StGB, 227
BGB”, Juristische
Ausbildung,** Berlin, De
Gruyter, 1990, s. 344- 352.

Wessels, Johannes/ Beulke, Werner/ Satzger,
Helmut

:Strafrecht Allgemeiner Teil,
45. Baski, C.F. Müller Verlag,
2015.

Wittemann, Frank

**:Grundlinien und Grenzen
der Notwehr in Europa,**
Frankfurt am Main, Peter
Lang, 1997.

Won Hwang, Ho

:Die Provokation bei Notwehr, Herbolzheim, Centaurus Verlag, 2003.

Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa

:Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 1. Cilt, 2. Baskı, Ankara, Adalet, 2014.

Yenisey, Feridun / Plagemann, Gottfried

:Alman Ceza Kanunu, 2. Baskı, İstanbul, Beta, 2015.

Yiğit, Yaşar

:İslam Ceza Hukuku Hükümlerinin Yürürlüğü, Ankara, Sistem Ofset Yayıncılık, 2012.

Yokuş Sevük, Handan

:“5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Eziyet Suçu”, İÜHFM, C. LXXI, S. 1, s. 1273-1290.

Yüce, Turhan Tufan

:Ceza Hukuku Dersleri C.I, Manisa, Şafak, 1982.

Yüzbaşıoğlu, Necmi

:Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İstanbul Üniversitesi, 1993.

Zafer, Hamide

:Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, 6. Bası, İstanbul, Beta, 2016.

DİĞER KAYNAKLAR

http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 27.01.2018).

http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf (Erişim Tarihi: 27.01.2018).

<http://www.kazanci.gov.tr> (Erişim Tarihi: 29.01.2018).

<http://www.tdk.gov.tr> (Erişim Tarihi: 16.11.2017, 03.12.2017, 23.01.2018).

<https://www.hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001> (Erişim Tarihi: 14.02.2018)

https://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/el_kitaplari/iskencenin_yasaklanmasi.pdf (Erişim Tarihi: 14.02.2018).

ÖZGEÇMİŞ

Melik Kartal ilköğrenimini Söke Atatürk İlköğretim Okulunda, lise öğrenimini ise Ortaklar Anadolu Öğretmen Lisesinde tamamlamıştır. 2007 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde hukuk öğrenimine başlamış, 2011 yılında mezun olmuştur. Aynı yıl başladığı yüksek lisans öğrenimini 2013 yılında “Kamu Davasının Açılmasında Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi” konulu tezi ile tamamlamıştır. İyi derecede İngilizce ve Almanca bilmektedir.

