

KKTC Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa

Aysun Gümüő

Lisansüstü Eğitim, Öğretim ve Araştırma Enstitüsüne Hukuk dalında
Yüksek Lisans Tezi olarak
sunulmuştur.

Doğru Akdeniz Üniversitesi
Şubat 2015
Gazimağusa, Kuzey Kıbrıs

Lisansüstü Eğitim, Öğretim ve Araştırma Enstitüsü Onayı

Prof. Dr. Serhan Ciftçioğlu
L.E.Ö.A. Enstitüsü Müdürü

Bu tezin Hukuk Fakültesi Yüksek Lisans gerekleri doğrultusunda hazırlandığını onaylarım.

Prof. Dr. Turgut Turhan
Hukuk Fakültesi Dekanı

Bu tezi okuyup değerlendirdiğimizi, tezin nitelik bakımından Hukuk Fakültesi Yüksek Lisans gerekleri doğrultusunda hazırlandığını onaylarız.

Yrd.Doç. Dr. Pervin Aksoy İpekçioğlu
Tez Danışmanı

Değerlendirme Komitesi

1. Yrd.Doç. Dr. Pervin Aksoy İpekçioğlu

2. Prof. Dr. Türkan Yalçın Sancar

3. Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu

ÖZET

Çok eski bir geçmişe sahip olan meşru müdafaa kurumunun, KKTC ceza hukukundaki yeri, bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Bu kapsamda, ortak hukukun uygulandığı KKTC’de meşru müdafaanın hukuki esası, tarihsel gelişimi, koşulları, bu konuyla ilgili verilmiş kararlarla örneklendirilerek anlatılmaya çalışılacaktır. Aynı zamanda, meşru müdafaada hata, sınırın aşılması durumunda, meşru müdafaanın ne şekilde uygulanacağı ile bu kurumun zorunluluk hali ve haksız tahrikle ilişkisi de incelenecektir. Çalışmanın amacı, çok tartışılan bu kurumu bütün yönleriyle incelemek ve KKTC mahkemeleri tarafından verilen kararları bu ekseninde değerlendirmektir.

ABSTRACT

Self-defense institution in Turkish Republic of Northern Cyprus which has a very old history in criminal law constitutes the topic of the present study. With this respect, in Turkish Republic of Northern Cyprus where the common law foundation of self-defense is in practice, historical developments and conditions will be explained through the samples of decisions made on this topic. At the same time, mistakes related to self-defense in case of exceeding the limits, how self-defense will be applied and the necessity of self-defense institution, and its relation with unjust provocation will be examined. The aim of the present study is to explore this controversial topic thoroughly and to evaluate the decisions made with this respect in the axis of Turkish Republic of Northern Cyprus court.

Sevgili ođlum Aral'a

KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
A.C.	: Appeal Court
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
B	: Baskı
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
C.D.	: Ceza Dairesi
CHD	: Ceza Hukuku Dergisi
Çev.	: Çeviren
D.	: Dağıtım
E.	: Esas
E.R.	: England Law Report
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
FSM	: Fatih Sultan Mehmet
K.	: Karar
KKTC	: Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti
KTFD	: Kıbrıs Türk Federe Devleti
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
s.	: Sayfa
S.	: Sayı

TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TCK	: Türk Ceza Kanunu
U.K.	: Birleşik Krallık (United Kingdom)
v.d.	: ve diğerleri
Vol.	: Volume
Y.C.	: Yargıtay Ceza
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	iii
ABSTRACT	iv
KISALTMALAR	vi
1 GİRİŞ	1
2 GENEL OLARAK MEŞRU MÜDAFAA	6
2.1 Meşru Müdafaa Kavramı.....	6
2.2 Meşru Müdafanın Hukuki Esası	9
2.2.1 Sübjektif Görüşler.....	9
2.2.2 Objektif Görüşler	12
2.2.3 Karma Görüşler.....	17
2.3 Meşru Müdafanın Suça Etkisi	17
2.4 KKTC Ceza Hukukunda Meşru Müdafanın Hukuki Esasının Değerlendirilmesi	24
2.5 Meşru Müdafanın Tarihsel Gelişimi.....	29
2.5.1 Eski Dönemler	29
2.5.2 Roma Hukuku	31
2.5.3 Kanonik Hukuk.....	32
2.5.4 Cermen Hukuku	33
2.5.5 Ortak Hukuk	34
2.5.6 Türk Hukuku.....	37
2.5.6.1 İslamiyet Dönemi	37
2.5.6.2 Osmanlı Dönemi	38

2.5.6.3 Cumhuriyet Dönemi.....	38
3 MEŞRU MÜDAFAANIN KOŞULLARI.....	40
3.1 Saldırıya İlişkin Koşullar.....	40
3.1.1 Haksız Bir Saldırının Varlığı	40
3.1.2 Saldırının Bir Hakka Yönelmiş Olması	45
3.2 Savunmaya İlişkin Koşullar	46
3.2.1 Eşzamanlılık.....	46
3.2.2 Zorunluluk.....	52
3.2.2.1 Genel Olarak Zorunluluk	52
3.2.2.2 Kaçma Görevi	54
3.2.3 Ölçülülük.....	62
4 MEŞRU MÜDAFAADA HATA ve SINIRIN AŞILMASI.....	70
4.1 Meşru Müdafaada Hata	70
4.1.1 Genel Olarak Hata	70
4.1.2 Meşru Müdafaada Hata.....	72
4.1.2.1 Hukuki Hata	72
4.1.2.2 Fiili Hata	73
4.1.2.3 Şahısta Hata ve Sapma	76
4.2 Meşru Müdafaada Sınırın Aşılması.....	78
5 MEŞRU MÜDAFAA İLE HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNDEN ZORUNLULUK HALİNİN ve SUÇA ETKİ EDEN NEDENLERDEN HAKSIZ TAHRİKİN DEĞERLENDİRİLMESİ	87
5.1 Meşru Müdafaa İle Zorunluluk Halinin Değerlendirilmesi	87
5.1.1 Genel Olarak Zorunluluk Hali	87
5.1.2 Meşru Müdafaa İle Zorunluluk Hali Arasındaki Fark	92

5.2 Meşru Müdafaa İle Haksız Tahrikin Değerlendirilmesi.....	95
5.2.1 Genel Olarak Haksız Tahrik	95
5.2.2 Meşru Müdafaa İle Haksız Tahrik Arasındaki İlişki	103
6 SONUÇ	105
KAYNAKÇA	109

Bölüm 1

GİRİŞ

Dünyada iki temel hukuk sisteminin varlığından bahsedilmektedir. Bunlardan biri Kıt'a Avrupası (Continental) hukuk sistemi, diğeri ise Anglo-sakson hukuk sistemidir. İngiltere'de doğmuş olan Anglo-sakson hukuk sistemi, özellikle İngilizce konuşulan birçok ülkeyi etkilemiştir¹.

Anglo-sakson hukuk sistemine dahil olan ülkelerin “ortak hukuk” (common law) uyguladıkları bilinmektedir. Ortak hukuk terimi, hukuk terminolojisinde birden çok anlam taşımaktadır².

Ortak hukuk terimi, bütün ülkede uygulanan hukuk anlamını taşımakla birlikte, daha geniş bir anlama sahiptir. Nitekim ortak hukuk, bir yasama faaliyetinin değil, halkın örf adeti ve yargıçların kararlarıyla yaratılmış hukuk olarak kabul edilir³. Ortak hukuk, bir yönden, hakim tarafından ve hakimlerin otoriteleriyle oluştuğu için “hakim tarafından yaratılmış hukuk” (judge – made law) tur; diğeri yönden ise halkın örf ve adetlerinden oluştuğundan “halkın mahsulü” (popular growth) dür⁴.

Hakimler tarafından, mahkeme kararlarıyla yaratılan hukuka, içtihat hukuku (case law) adı verilmektedir. Bu sistemde, her mahkeme kararı örnek oluşturur ve

¹ JENKS, Edward, “İngiliz Hukuku Hakkında Genel Bilgiler”, Çev. Mukbil Özyürek, AÜHFD 1950, C. 7, S. 1, s. 49, 40-79; MERHACI, Selin Özden, “Common Law Haksız Fiiller Hukukuna Genel Bir Bakış ve İhmale Dayanan Haksız Fiiller”, Ankara Barosu Dergisi 2012, S. 4, s. 180, 177-206.

² KING, Edward / HAWLEY, Joseph, “İngiliz Common Law'unun Gelişmesi”, Çev. İlhan Lütem, AÜHFD 1959, C. 16, S. 1-4, s. 180, 178-233.

³ WILLIAMS, Glanville, Learning The Law, 6. Edition, London (1957), s. 24.

⁴ JENKS, s. 49.

kanun gücündedir. Bu, ortak hukuku uygulayan bütün ülkelerin en önemli özelliğidir⁵.

Nihayet ortak hukuk, yabancı olmayan hukuk anlamını taşır. Bir başka ifadeyle ortak hukuk, İngiltere'ye özgü olmakla birlikte, sömürgecilik hareketleriyle ya da iktibas yoluyla birçok ülke tarafından benimsenmiş hukuku ifade eder. Bu anlamıyla ortak hukuk, örneğin Roma hukuku ya da Fransız hukuku ile tezat oluşturmaktadır. Çünkü Kıt'a Avrupası hukukçusuna oldukça yabancı olan bu sistem, kodifikasyon düşüncesinden etkilenmemiş ve devrimci bir düşünceyle oluşmamıştır. Zaten bu sistemi, Kıt'a Avrupası hukuk sisteminden ayıran en büyük özelliği, içtihat hukukuna dayanması ve kapsamlı kodifikasyonların bulunmamasıdır⁶.

KKTC de ortak hukuku benimsemiş ülkelerden birisidir. Nitekim KKTC'de yürürlükte olan 9/76 sayılı Mahkemeler Yasası, KKTC'de uygulanacak mevzuatı şöyle saymaktadır:

“38. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Devleti Mahkemeleri aşağıdaki mevzuatı uygular:

a) Anayasa

b) Anayasa uyarınca konulan yasalar,

c) Anayasanın 1. Geçici maddesinin (1)'inci fıkrasında belirtilen ve yürürlükte kalmış olan mevzuat,

d) Anayasa'ya aykırı ve bağdaşmazlık halinde olmadıkça, yukarıdaki (c) bendinde belirtilen mevzuat saklı kalmak koşuluyla, Ahkamı Umumiye ve Nisfet Hukuku ilkeleri,

⁵ WILLIAMS, (1957), s. 24; MERHACI, s. 180.

⁶ WILLIAMS, (1957), s. 24; MERHACI, s. 180.

e) *Anayasa'nın 131'inci maddesinde atıfta bulunulan Temel Evkaf Kuralları (Ahkamül Evkaf)*

f) *21 Aralık 1963 tarihinde yürürlükte olan Deniz Hukukuna ilişkin mevzuat.*"

Bu maddenin (d) bendine göre "Ahkamı Umumiye" yani ortak hukuk KKTC'de uygulanacak mevzuat arasında önemli bir yer işgal etmektedir.

Şunu da belirtmekte fayda var ki, İngiliz ortak hukukundan kodifiye edilerek 1928 yılında Kıbrıs'ta yürürlüğe konulan Ceza Yasası'nda⁷ meşru müdafaa kurumu düzenlenmemiş olmakla birlikte, 1985 tarihli Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasası'nın, "hayat ve vücut bütünlüğü hakkı" başlıklı 15. maddesinde, bu kuruma yer verilmiştir.

Bu çalışmada meşru müdafaa ile ilgili atıfta bulunulan birçok hukuki düzenleme yanında, esas üzerinde durulacak olan İngiltere ve KKTC'deki düzenleme ve kararlardır. Amacımız yabancı ülke hukukları çerçevesinde meşru müdafaa kurumunu çalışmak değil; İngiliz ve KKTC ceza hukukunda meşru müdafaa ile ilgili ortaya çıkan sorunları karşılaştırmalı tartışmaktır. Bu nedenle, çalışmamız elverdiğince T.C. mahkemelerinin içtihatlarına da değinerek, çalışmayı zenginleştirmeyi arzulamaktayız.

İngiliz hukukunun etkisinde şekillenen KKTC ceza hukuku ile T.C. hukukundaki meşru müdafaa kurumlarının pek çok yönden örtüşmekte oluşu, bizi Türk mahkemelerinin kararlarına atıfta bulunmaya götürmektedir. Dolayısıyla, Türk ceza hukukunu da, KKTC ceza hukukunda meşru müdafaa konusu kapsamında incelemekte fayda vardır.

Çalışmamızda, ikinci bölümde "Genel Olarak Meşru Müdafaa" başlığı altında, meşru müdafaa'nın farklı hukuk düzenlemelerindeki tanımına, hukuki esasını

⁷ 1928 yılında Fasil 13 olarak yürürlüğe konulan Ceza Yasası, 1959 yılında Fasil 154 olarak değiştirilmiştir.

açıklayan görüşlerle, KKTC ceza hukukunda hukuki esasına ilişkin değerlendirmelere, suça etkisi ve tarihsel gelişimine yer verilecektir.

Hukuki esas kısmında, sübjektif, objektif ve karma görüşlere yer verilmiştir. Meşru müdafanın cezai savunmalar içindeki yeri de, meşru müdafanın suça etkisi başlığı altında incelenecektir. Bu bölümün çalışmada yer alması oldukça önemlidir. Çünkü KKTC’de dolayısıyla ortak hukukta meşru müdafaa, kesin çizgilerle bir hukuka uygunluk nedeni olarak ortaya çıkmamıştır. Tarihsel süreçte önce kusurluluğu etkileyen hallerden “mazeret hali savunması” içerisinde yer alırken, bir mazur görme sebebi iken (ki konuyu daha ileride açıklayacağımız üzere, bu tam anlamıyla bir cezadan azade olma nedeni değildi), daha sonraları bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmiştir. Ancak doktrinde hala bu savunmalardan hangisine dahil olacağı hususunda tartışmalar mevcuttur.

Günümüz hukukunu anlayabilmek, tarihsel süreci iyi izleyebilmekle mümkündür. Bu amaçla, meşru müdafanın tarihsel gelişimi ele alınırken, ilkel topluluklar döneminden günümüze kadar olan süreç, bu süreçte ceza hukukunun gelişimi ve meşru müdafanın tohumlarının bu sürecin hangi aşamasında atıldığı araştırılacaktır.

Üçüncü bölümde, meşru müdafanın koşulları incelenecektir. Türk ceza hukuku doktrininde meşru müdafanın koşulları, saldırıya ve savunmaya ilişkin koşullar olmak üzere iki başlık altında incelenir. Oysa ki ortak hukuk, böyle bir ayrıma gitmemekte ve yaygın görüş birbiri içine geçmiş bu koşulları dört başlık altında ele almaktadır. Meşru müdafanın koşulları, İngiliz ceza hukuku doktrininde, zorunluluk şartı, kaçma görevi, eşzamanlılık şartı ve ölçülülük şartı şeklinde sınıflandırılır. Hukuki düzenlemeler yaygın olarak bu sınıflandırmayı esas almaktadır. Zaman zaman bu koşulların her biri ayrı bağımsız koşullar olarak

değerlendirilmekten ziyade diğerinin içinde birer faktör olarak hesaba katılır. Ancak çalışmamızı daha anlaşılır kılmak için biz de koşulları saldırıya ilişkin koşullar ve savunmaya ilişkin koşullar şeklinde sınıflandırmayı uygun bulduk.

Dördüncü bölümde, meşru müdafaada hata başlığı altında, meşru müdafaa koşullarının gerçekleştiğine ilişkin hata haline değinilecek; sonrasında sınırın aşılmasına ilişkin değerlendirmelerde bulunulacaktır. Son bölümde, meşru müdafaa ile diğer hukuka uygunluk nedenlerinden biri olan zorunluluk hali ve suça etki eden nedenlerden biri olan haksız tahrik arasındaki benzerlik ve farklılıklar ortaya konulacaktır.

Bölüm 2

GENEL OLARAK MEŞRU MÜDAFAA

2.1 Meşru Müdafaa Kavramı

Meşru müdafaa kavramı, her ülkenin hukuk düzeninde değişik şekillerde tanımlanmıştır. KKTC’de geçerli olan Anglo-sakson hukuk sisteminde meşru müdafaa, birçok farklı kavramı ve birçok farklı tanımı içermektedir.

İngiltere’de yaygın olarak kullanılan kavram, “öz savunma” (self defence) dir⁸. Saldırıya uğrayan kişinin kendi yaşamını, vücut bütünlüğünü ve özgürlüğünü korumak amacıyla, saldırgana karşı güç kullanması⁹ olarak tanımlanan öz savunma, çok dar bir kavramdır. Nitekim kişinin kendisini savunması yanında, başka kişileri savunması, malvarlığına ya da konutuna yapılan saldırılara karşı güç kullanması da meşru müdafaa kapsamındadır¹⁰.

Meşru müdafaa için önerilen bir başka kavram ise “zorunlu savunma” (necessary defence) dir. Bu kavram FLETCHER tarafından ortaya atılmıştır. Yazara göre, zorunlu savunma, hem meşru müdafaa hem de öz savunma kavramlarına göre daha kapsayıcıdır. FLETCHER, bu kavramı önerirken, Anglo-sakson hukukundaki tüm özel savunma; kendini savunma (self defence), başkasını savunma (defence of another), eşyayı savunma (defence of property), başkasının eşyasını savunma

⁸SANGERO, Boaz, Self Defence in Criminal Law, Oregon 2006, s. 1.

⁹ SANGERO, s. 1.

¹⁰JAVED, Azhar, “Intoxication&Self Defence: A Comparative Study of Principles of English Law and Shari’ah”, The University of Leeds U.K., Yayınlanmamış Doktora Tezi, May 2004, etheses.whiterose.ac.uk/526/1/uk_bl_ethos_416550.pdf , Erişim Tarihi:28.08.2014, s. 250, 251.

(defence of the property of another) ve ikametgahı savunma (defence of the dwelling), kategorilerini içeren bir kavram olduğu kanaatini taşımaktadır¹¹.

Bu konuda karşılaştığımız diğer bir kavramsa “özel savunma” (private defence) dir. Özel savunma, hukuka aykırı fiili yapan saldırganı karşı, saldırıyı bertaraf etmek ve saldırı sonucu beklenen zarar riskinden yasal bir çıkar sağlamak üzere, savunmaya yönelik gerekli ve makul güç kullanımı anlamına gelir¹².

KKTC’de yaygın olarak kullanılan terim, meşru müdafaa (legitimate defence) dir. Bu terimin hukukumuzda nasıl yerleştiğini kesin bir şekilde saptamak kolay değildir. Ancak kararlardan tespit edebildiğimiz kadarıyla ilk olarak 3/75 sayılı Yargıtay Ceza Mahkemesi kararında, hem meşru müdafaa, hem de nefsi müdafaa terimi kullanılmıştır. Bu kararda “*Nefsi müdafaa mazeretinin muvaffak olabilmesi için taarruza uğrayan sanığın ölüm veya ağır bedeni hasar tehlikesi ile karşı karşıya bırakılması, buna mani olmak için sanığın da karşı kuvvet ve şiddet kullanmasının makul surette gerekmesi ve kullandığı şiddet ve kuvvetin meselenin ahval ve şeraiti ışığında makul ve lüzumundan fazla olmaması gerekir.*” denilmiştir¹³. Yargıtay Ceza Mahkemesi ve Kaza mahkemelerinin kararlarında ise “meşru müdafaa” kavramının kullanıldığı görülür¹⁴.

Nefis kavramı, öz varlık, kişilik anlamındadır¹⁵. Yukarıdaki karardan da görüleceği üzere, kişinin yaşamına ya da vücut bütünlüğüne yönelik saldırılara karşı güç kullanımı nefsi müdafaa kapsamında değerlendirilmektedir. Halbuki meşru müdafaa kavramı, daha geniş anlama sahip olup, nefsi müdafaayı da içermektedir.

¹¹ FLETCHER, George P., Rethinking Criminal Law, Oxford University (2000), s. 855, 856; SANGERO, s. 1.

¹² SANGERO, s. 2.

¹³ 13/06/1975 Ceza İstinaf No:3/75, <http://www.mahkemeler.net/Kararlar>, Erişim Tarihi: 11.10.2014.

¹⁴ Bkz., Yargıtay/Ceza 21/85 D.15/87, Yargıtay Ceza 47,49/1989, D. No. 8/1990 , <http://www.mahkemeler.net/Kararlar>.

¹⁵ Bkz. Türk Dil Kurumu-Büyük Türkçe Sözlük, www.tdk.gov.tr, Erişim Tarihi: 17.12.2014.

Yöneldikleri değerler bakımından çok farklı olan bu iki kavramın, sanki birbirinin eşanlamlısı gibi aynı kararda yer alması, oldukça ilginçtir.

Bu değişik kavramlar arasında bize en yakın gelen, “zorunlu savunma” (necessary defence)dır. Zorunlu savunma, hem meşru müdafaa, hem de öz savunmaya nazaran daha kapsayıcıdır. Ancak bu kavram da, hukukumuzda yer alan zorunluluk hali ile karışıklığa sebep olabileceğinden ve uygulamada ve mahkemelerimizde yaygın bir biçimde “meşru müdafaa” kavramı kullanılmakta olduğundan, bir karmaşaya meydan vermemek için, benimsememiş olmakla birlikte, bu çalışmada biz de “meşru müdafaa” kavramını kullanacağız.

Bir kişinin, kendisine veya başkasına yapılan haksız bir saldırıya karşı, saldırıyı bertaraf etmek amacıyla, saldırı ile orantılı güç kullanımına meşru müdafaa denir¹⁶. Nitekim “haklı, haksızın karşısında gerilememelidir.” ana fikrinden hareketle, Alman Ceza Kanunu’nun 32/2. maddesinde, meşru müdafaanın tanımına “*meşru müdafaa, halen mevcut bulunup hukuka aykırı olan bir saldırıyı, kendisinden veya bir başkasından uzaklaştırmak için yapılması gerekli olan harekettir*” şeklinde yer verilmektedir. Maddenin devamında “*meşru müdafaa hakkı, herkes tarafından kullanılabilir, hatta saldırıya uğramış olan bir üçüncü şahsın yararına olarak da, uygulanabilir; böyle bir meşru müdafaaya, “üçüncü şahıs lehine meşru müdafaa (nothilfe) denilir*” hükmü düzenlenmiştir¹⁷.

Türk ceza hukuku doktrinde, meşru müdafaa kavramıyla birlikte, yasal savunma, haklı savunma gibi isimler de kullanılmaktadır. TCK’da bu kavram, “meşru savunma” olarak yer almaktadır. 765 sayılı TCK’da ise, “meşru müdafaa” terimi kullanılmaktaydı. Meşru müdafaa, Arapça bir terimdir. 5237 sayılı TCK ile

¹⁶DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, (C. II), B. 11, İstanbul 1997, s. 97.

¹⁷JEASHECK, Hans Heinrick, Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş, Çev. Prof. Dr. Feridun Yenisey, İstanbul 1989, s. 34.

meşru savunma terimi kullanılmış ve bu terim yarı Arapça yarı Türkçe bir görünüm almıştır¹⁸.

2.2 Meşru Müdafanın Hukuki Esası

Çok eski dönemlerden bu yana, hukuk düzenlerince kabul edilmiş olan meşru müdafanın varlığı halinde, ceza kanununda tanımlanan bir fiili, kendisini savunmak amacıyla, bilerek ve isteyerek gerçekleştiren kişinin cezalandırılmayacağı bir gerçektir. Ancak bu kavramın hukuki esası ile ilgili çeşitli görüşler ileri sürülmüştür¹⁹. Bu görüşleri, subjektif, objektif ve karma olmak üzere üç başlık altında incelemek mümkündür.

2.2.1 Subjektif Görüşler

Subjektif görüşler, meşru müdafaa halinde işlenen fiilin cezalandırılmaması gereğini, subjektif nedenlere dayandırmaktadırlar.

Bunlardan en eskisi olan “Tabii hak” düşüncesine göre; meşru müdafaa tabii bir haktır, insanın kendisini koruma içgüdüsünün bir sonucu olarak doğuştan varolan bir haktır²⁰. Nitekim ÇİÇERO bu konudaki düşüncesini şöyle açıklamaktadır: *“Meşru müdafaa yazılı değil, doğuştan beri var olan bir kanundur; onu öğrenmeyiz, iktibas etmeyiz, okumayız, fakat tabiatın kendisinden doğru olarak alırız.”*²¹.

Sosyal sözleşmecilere²² göre de meşru müdafaa tabii bir haktır. Toplum haline geçen insanlar, meşru müdafaa hakkını topluma devretmişlerdir, ancak bu

¹⁸ TANER, Fahri Gökçen, “Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma”, CHD Nisan 2010, Yıl: 5, S. 12, s. 219, 219-255.

¹⁹TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku, Ankara 2005, s. 103; WALLERSTEIN, Shlomit, “Justifying The Right To Self- Defense: A Theory of Forced Consequences”, Virginia Law Review 2005, Vol. 91, s. 999, 999-1035; ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2013, s. 305.

²⁰ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Ankara 1995, s. 20, 29, 30; GÜRİZ, Adnan, Hukuk Felsefesi, Ankara 1999, s. 149 vd.

²¹ DÖNMEZER / ERMAN, (C. II), s. 99.

²² Sosyal sözleşmeciler konusunda bkz. GÜRİZ, s. 189 vd.

görüŖe göre toplum bu korumayı yapamadığı zamanlarda kişiler tekrar bu haklarına sahip olmaktadır²³.

Meşru müdafaayı tabii bir hak olarak kabul eden ve ona pozitif hukuktan öncelik veren bu görüşler günümüzde önemini yitirmiştir. Ancak tarihi değerini korumaktadır²⁴.

Bir diğerk görüş, “saikte meşruluk” görüşüdür. Buna göre; meşru müdafaada bulunan kişinin amacı başkasına saldırmak değildir. Haksız bir saldırıya maruz kalan kişi, sadece kendini veya başkasını korumak amacıyla, meşru saiklerle hareket eder. Pozitivistler tarafından ortaya atılan bu görüş, failin amacını esas alır. Sadece kendini veya başkasını korumak saikiyle hareket eden kişi, tehlikeli bir kişi değildir; davranışı sosyal düzene ve hukuka uygundur, intikam düşüncesi yoktur, adalet bilinciyle hareket etmiştir; dolayısıyla bu kişinin cezalandırılmasına da imkan yoktur²⁵.

Saikte meşruluk düşüncesi çok eleştirilmiştir; savunmada bulunan kimse, toplum için çok tehlikeli, hatta kolluk tarafından aranmakta olan bir kişi olabilir; bu takdirde onun tehlike hali göstermediğini ileri sürerek, cezalandırılmaması mümkün değildir²⁶.

Bir başka görüş olan “manevi cebir” veya “psikolojik baskı” düşüncesine göre; saldırıya maruz kalan kişi, manevi bir baskı altına girer ve soğukkanlılığını kaybeder. Bu kişi, yasadışı heyecan ve korku dolayısıyla irade serbestisine sahip değildir, kasten hareket etme yeteneğini kaybetmiştir. Dolayısıyla bu kişinin hareketinde kusur yoktur, cezalandırılması mümkün değildir. PUTENDORF tarafından ortaya atılan bu görüş de çeşitli bakımlardan eleştirilmiştir. Yapılan

²³ ÖZEN, s. 30-31.

²⁴ ÖZEN, s. 31; DÖNMEZER / ERMAN, (C. II), s. 99.

²⁵ EREM, Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi-Genel Hükümler, C. I, Ankara (1993), s. 386.

²⁶ DÖNMEZER / ERMAN, (C. II), s. 103.

eleştirilerden en önemlisi; manevi cebir düşüncesine göre, üçüncü kişiyi savunmakta meşru müdafaa kurumuna sığınmanın imkansız olduğudur. Çünkü üçüncü kişiye yapılan bir saldırı esnasında, failin korku ve heyecana kapıldığını, böylelikle irade serbestisini kaybettiğini söylemek mümkün değildir²⁷.

“Kusurlu fakat cezalandırılmayan hareket” teorisine göre; savunmada bulunmak için bile olsa suç işlemek, hukuk düzenine aykırıdır. Kanonik hukuktan doğan ve KANT tarafından savunulan bu görüşte, meşru müdafaa halinde olan kişinin hareketi kusurludur. Ancak, bu kusurlu hareket, sırf amaca uygunluk düşünceleriyle cezalandırılmamaktadır²⁸.

Ancak, bu görüş de eleştirilere maruz kalmıştır. Çünkü, KANT’ın sisteminde suçluyu cezalandırmak mutlak ve kategorik bir zorunluluktur. Buna rağmen, amaca uygunluk düşüncesi, meşru müdafaa halinde suç işlemiş kişinin cezalandırılmamasını sağlamaktadır. Bu büyük bir çelişkidir²⁹.

“Kendini koruma içgüdüsü” düşüncesine göre; meşru müdafaa, kişinin kendini koruma içgüdüsünün hukuken tanınmasıdır³⁰. Saldırıya maruz kalan kişi, bu saldırıyı uzaklaştırmak için tepki gösterir. Hukuk düzeni, böyle bir tepkiyi haklı görmektedir. Çünkü hukukun amacı, adaletsizliği önlemek, haksızlığı yenmektir. Hukuku korumaya çalışan, haksızlığa direnen kişinin hareketini, hukuk düzeni hukuka aykırı kabul etmez³¹.

Ancak bu düşüncenin de zayıf tarafları vardır. Çünkü kendini koruma düşüncesi ile üçüncü kişi lehine meşru müdafaayı açıklamak mümkün değildir³².

²⁷ ÖZEN, s. 32; DÖNMEZER / ERMAN, (C. II), s. 101, 102; EREM, (1993), s. 50.

²⁸ DÖNMEZER / ERMAN, (C. II), s. 101.

²⁹ ÖZEN, s. 35.

³⁰ TOROSLU, s. 103.

³¹ KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara (2009), s. 259.

³² ÖZEN, s. 37.

2.2.2 Objektif Görüşler

Bu görüşler, meşru müdafaanın hukuki esasını, objektif nedenleri ele alarak açıklamaya çalışmaktadır.

Bunlardan biri olan “hakkın doğrulanması” teorisine göre; saldırı, hakkı yok etmekte, meşru müdafaada bulunan kimse ise hakkı teyit etmektedir. Bu teori HEGEL’in diyalektik metodunu meşru müdafaaya uygulaması ile ortaya çıkmıştır. Bu metoda göre; kendi zıddını yaratan her kavram, zıddı tarafından da yok edilir ve ikisini bağdaştıran üçüncü bir kavram ortaya çıkar, kavramlar arasındaki ilişki böyle devam eder gider. Böylece müdafaada bulunan kişi, hukuka uygun hareket etmektedir ve cezalandırılmayacağı açıktır. Ancak bu görüş de, tüm hukuk düzenini bir tezatlar mantığıyla açıklamanın güçlüğü nedeniyle eleştirilmektedir³³.

“Hakların çatışması” görüşüne göre; meşru müdafaada saldırıya uğrayanın hakkı, saldırıyı yapanın hakkına tercih edilecektir³⁴. VON BURI ve MEZGER tarafından savunulan bu düşünceye göre, iki hakkın çatışması halinde, devlet bu haklardan üstün olanını korumak zorundadır. Meşru müdafaada üstün olan hak, saldırıya uğrayandır. Bu nedenle, saldırıya karşı savunmada bulunan cezalandırılmaz³⁵.

Bu görüş de çok eleştirilmiştir. Çünkü bu görüşe göre saldırganın hakkı hiç korunmayacak, saldırıya uğrayanın hakkı hep üstün tutulacaktır. Oysa ki kanun, savunmada sınırın aşılmasına ceza öngörmüştür, böyle bir durumda ise saldırganın hakkı feda edilmemektedir³⁶.

“Kötülüğün kötülükle karşılanması” görüşüne göre ise; cezalandırma hakkı devlete aittir. Saldırı, bir haksızlıktır. Bununla birlikte kendini korumak için bile olsa,

³³ DÖNMEZER / ERMAN, (C. II), s. 104; ÖZEN, s. 37, 38.

³⁴ EREM, Faruk, Türk Ceza Hukuku-Genel Hükümler, C. II, Ankara (1971), s. 22.

³⁵ CENTEL, Nur, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 2. Baskı, İstanbul 2002, s. 287; DÖNMEZER / ERMAN, (C. II), s. 103.

³⁶ ÖZEN, s. 39; DÖNMEZER / ERMAN, (C. II), s.103.

yasak bir fiili işlemek de bir haksızlıktır. Ancak bu haksızlığa diğer bir haksızlık, saldırı sebep olmuştur. Bu iki haksızlığın karşılaşması ile çatışma bitmiştir. Artık devletin müdahalesine de gerek kalmamıştır³⁷. Alman yazar GEYER tarafından ortaya atılan bu görüşe göre; haksızlığın ortadan kaldırılması ahlaki bir kefarettir. Meşru müdafaada bulunan kişi, toplum düzenini korumayı sağlamıştır. Bu kişiye ceza verilmemesi, onu ödüllendirmektir³⁸.

Ancak bu düşünce de meşru müdafaanın esasını açıklayamamaktadır. Çünkü devlet, meşru müdafaaya izin vermekte, kanunlar ise onu hak seviyesine yükseltmektedir. Dolayısıyla meşru müdafa bir haksızlık olarak kabul edilemez. Ayrıca, bazen saldırıyı uzaklaştırmak için yapılan savunma fiili, saldırıdan daha şiddetli olabilir. Bu durumda kötülüğün yok edildiğini iddia etmek, hukuken mümkün değildir³⁹.

“Tali kamu savunması” görüşünde; asıl olan ferdi savunmadır. Ferdi savunmanın yetersiz kaldığı durumlarda kamusal savunma devreye girer. CARRARA tarafından savunulan bu görüşte, ferdi savunma asli, kamusal savunma ise tali niteliktedir. Kişisel savunma etkiliyse, kamusal savunmaya başvurmaya gerek yoktur, kişisel savunma üstünlüğünü sürdürür.⁴⁰ VIDAL-MAGNOL’un da savunduğu bu görüşe göre, meşru müdafa kişiye ait tabii bir haktır⁴¹.

Temeli tabii hukuka dayanan bu görüş de eleştirilmiştir. Kamusal savunmanın asli olduğu günümüz hukuk sistemlerinde bu görüş kabul edilemez. Nitekim meşru

³⁷ EREM, (1971), s. 22.

³⁸ ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s. 241. DÖNMEZER / ERMAN, (C.II), s. 102.

³⁹ ÖZEN, s. 42; DÖNMEZER / ERMAN, (C.II), s. 103.

⁴⁰ DÖNMEZER / ERMAN, (C.II), s. 99.

⁴¹ MAMMADOV, Tufan, Azerbeycan Ceza Hukukunda Meşru Müdafa, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2004, acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/280/572.pdf, Erişim Tarihi: 29/09/2014, s. 24.

müdafaa halinde, devletin cezalandırma hakkı ortadan kalkmamaktadır. Devlet, saldırganı, ferdin savunmasına rağmen cezalandırabilmektedir⁴².

“Yetki devri” düşüncesinde ise; devlet, zorunluluk nedeniyle saldırıya uğrayan kişiye, polis yetkisini vekaleten vermiştir. Bu durumda, saldırıya karşı savunmada bulunan kişi, kamu görevi yapmaktadır⁴³. MANZINI tarafından ileri sürülen bu görüşe göre, bu şekilde kamusal bir görev yapan kişi cezalandırılmaz⁴⁴.

Tali kamu savunması görüşünden farklı olarak, bu görüşte kamusal savunma asıl olandır. Devletin etkili bir şekilde müdahale edemediği durumlarda, polise ait söz konusu yetkiyi, fert kullanmaktadır. Kamu müdafaası üstündür⁴⁵.

Bu görüş de çok eleştirilmektedir. Öncelikle devlet bu yetkiyi vekaleten veriyorsa, yetkinin niteliği, sınırı tartışmalıdır. Ayrıca bu vekaletin varlığı da şüphelidir. Vekaleti alan ferdin yetkileri, vekaleti veren devletinkinden fazla olamaz. Dolayısıyla meşru müdafaa halinde bulunan kişi, böyle bir durumda kalan kamu görevlisinden daha fazla ve şiddetli bir tepkide bulunduğu takdirde, meşru müdafaanın kabul edilmemesi gerekir⁴⁶.

“Hukuk için mücadele” düşüncesine göre; hukuk, yaşamak için savaşmak zorundadır ve haksızlığa uğradıkça bu böyle devam edecektir. Meşru müdafaa da, hukuk için mücadelenin bir şeklidir⁴⁷. İlk olarak JHERING tarafından ortaya atılan bu düşüncede, meşru müdafaa halinde işlenen fiil hukuka uygundur. Çünkü hukuk düzeni, hakkın saldırıya uğramasına asla izin vermez⁴⁸. Hukukun amacı, haksızlığı yenmek, adaletsizliği, saldırıları yasaklamak olduğundan; hukuku korumak için haksızlıkla savaşılan kişinin hareketini, hiçbir hukuk düzeni hukuka aykırı olarak

⁴² ÖZEN, s. 41.

⁴³ EREM, (1971), s. 23; EREM, (1993), s. 388.

⁴⁴ DÖNMEZER / ERMAN, (C.II), s. 100.

⁴⁵ DÖNMEZER / ERMAN, (C.II), s. 100; ÖZEN, s. 44; EREM, (1993), s. 386; EREM (1971), s. 23.

⁴⁶ DÖNMEZER / ERMAN, (C.II), s. 100; ÖZEN, s. 44.

⁴⁷ ÖZEN, s. 45.

⁴⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu E.1991/1-4 K.1991/39 T.18/02/1991.

http://www.hukuki.net/ictihat/911-4_cgk.asp, Erişim Tarihi:19.08.2014.

kabul etmez. Bu nedenle, savunmanın meşruluğu, hukukun kendi görev kavramlarından doğmaktadır⁴⁹.

“Toplumsal zararın yokluğu” düşüncesine göre ise; meşru müdafaa halinde işlenen fiil, toplumun çıkarları ile çatışmamaktadır. Saldırıya uğrayanın hakkı, saldırganın hakkından daha üstün tutulmaktadır⁵⁰. ANTOLISEI tarafından ortaya atılan bu düşüncede, hukuk düzeni, saldırıya uğrayanın hakkını korumak için savunmaya izin vermektedir. Böyle bir savunma ile toplumsal zarar ortaya çıkmaz. Fiil, toplumun çıkarlarıyla çatışmaz. Bu nedenle de, böyle bir fiilin hukuka aykırı olması söz konusu olamaz⁵¹.

ALACAKAPTAN da, meşru müdafaa durumunda savunma fiilinin hukuka uygun bulunmasını ve savunmada bulunanın cezalandırılmamasını, böyle bir hareketin toplum ve insanlık bakımından zararlı sayılmayacağı olgusuna dayandırmaktadır⁵². Aynı görüşü savunan ERSOY da, saldırıya uğrayanın, saldırgana karşılık vermesi halinde cezalandırılmasını haklı kılan sosyal bir zarar yoktur, demektedir⁵³.

Son 30 yılda, meşru müdafaanın hukuki esası ile ilgili yeni görüşler ortaya atılmıştır. Bunlardan biri, “daha az zararlı sonuçlar” (lesser harmful results) teorisi, bir diğeri de “haklar teorisi” (rights theory) dir. Daha az zararlı sonuçlar teorisini ileri sürenler, meşru müdafaayı daha az zararlı sonuçların seçimi olarak nitelendirmektedirler. Bunlara göre meşru müdafaa, genel güç kullanımı yasağının bir istisnasıdır. Çünkü, meşru müdafaa yoluyla güç kullanımı sayesinde, genel yasağa uyma sonucu doğacak zarardan daha az zararlı bir sonuç çıkacaktır⁵⁴. Fail, iki

⁴⁹ DÖNMEZER / ERMAN, (C.II), s. 104,105.

⁵⁰ CENTEL, s. 287.

⁵¹ ÖZEN, s. 47.

⁵² ALACAKAPTAN, Uğur, Suçun Unsurları, Ankara 1975, s. 107.

⁵³ ERSOY, Yüksel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1999, s. 115.

⁵⁴ WALLERSTEIN, s. 999, 1003.

kötülük karşısında kalmıştır. Daha ağır bir zararı, kötülüğü önlemek için, daha az kötü olanı, suç işlemeyi tercih etmek durumundadır⁵⁵.

Bu değerlendirme saldırgan ile saldırıya uğrayanın çıkarlarının karşılaştırılmasına dayanmaktadır. Teori, tarafların, yani savunmacı ile saldırganın olayın çıkışındaki sorumluluklarını hesaba katmaktadır. Olayın çıkışının sorumlusu saldırgan olduğuna göre, meşru müdafaa savunması yapılmaması halinde, saldırgan hedefine ulaşıp istediği zararı yaratacaktır. Oysa meşru müdafaa hakkı kullanılırsa, saldırgan bertaraf edilecek ve zarar görecektir. Görülüyor ki, her hal ve durumda zararın doğması kaçınılmazdır. Bu iki zarar karşılaştırıldığında, saldırganın doğuracağı zarar ile meşru müdafaa sonucu savunmacının doğuracağı zarar farklı değerlendirilmektedir. Savunmacının güç kullanımı tercih edildiğinde, toplumda daha az zararlı bir sonucun doğduğu kabul edilmektedir. Çünkü, meşru müdafaa sonucu ortaya çıkan zarar, toplum düzenini daha az sarsmaktadır. FLETCHER bu zararları, önlenen zarar (harm avoided) ve beklenen zarar (harm anticipated) olarak isimlendirmiştir⁵⁶.

Haklar teorisini (rights theory) benimseyenler, esas itibariyle meşru müdafaa hakkı olarak kabul etmektedirler. Bu teori, kişinin hakları ile bu hakların başka kişilere dayattığı görevler arasındaki karşılıklı etkileşim üzerine temellenmektedir. Eğer saldırganın öldürülme veya yaralanmama hakkı yoksa, başka bir deyişle saldırmakla bu hakkını yitirmişse, bunun karşılığı olarak savunmacının öldürme veya yaralama hakkı vardır. Böylece haklar teorisi, saldırgan ile savunmacının hakları arasında bir denge kurmaktadır. Tabii hukuk teoristleri (natural law theorists) haklılık teorisini bir tür feragat versiyonu (a version of forfeiture) üzerine dayandırmaktadırlar. Bu düşünceye göre; saldırı fiiliyle saldırgan,

⁵⁵ HAKERİ, Hakan, "Amerikan Ceza Hukukuna Genel Bakış", CHD Aralık 2008, Yıl: 3, S. 8, s. 9, 5-27.

⁵⁶ FLETCHER, (2000), s. 774, 775; WALLERSTEIN, s. 999, 1003.

yaşama hakkından feragat etmiştir. Böylece savunmacıya, meşru müdafaayla kendisini yaralama, muhtemelen öldürme izni vermektedir⁵⁷.

2.2.3 Karma Görüşler

Meşru müdafaanın hukuki esasına ilişkin görüşlerden biri de “zorunlu seçim” (forced choice) teorisidir. Son yıllarda ortak hukukçular tarafından ortaya atılan bu teoride meşru müdafa, bir mazeret sebebi (excuse) ve hukuka uygunluk nedeni (justification) karışımı olarak izah edilmektedir. Mazeret sebebi olarak zorunlu seçim teorisine göre, savunmacının (defender) gerçek bir seçim şansı yoktur. Böylece, fiili tam anlamıyla iradi değildir. Hukuka uygunluk nedeni olarak zorunlu seçim teorisine göre ise, savunmacıyı kendi yaşamı ve saldırganın yaşamı arasında seçim yapmaya zorlayan saldırgan, bedel ödemesi gereken kişidir⁵⁸.

Bu teori bir bütün olarak incelendiğinde, meşru müdafaayı kısaca şöyle tanımlamak mümkündür: Meşru müdafa, savunma gücü (defensive force) kullanmaktan başka gerçek bir seçim şansı olmadığı hallerde, zorunlu karşılık vermektir. Her ne kadar bu teori, yaşam hakkı üzerinde temellendirilse de, korunmaya çalışılan hak ne olursa olsun, önemli olan, savunmacının saldırı karşısında seçim yapmaya zorlanmasıdır⁵⁹.

2.3 Meşru Müdafaanın Suça Etkisi

“Suç”, cezai nitelikteki bir hukuk kuralının ihlalidir. Dolayısıyla, temel özelliği, hukukla çatışmasıdır. Bu çatışma ise “hukuka aykırılık” olarak adlandırılır⁶⁰. Hukuka aykırılık, işlenen ve kanuni tanıma uygun bulunan fiile hukuk düzenince cevaz verilmemesi, fiilin tüm hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunması,

⁵⁷ WALLERSTEIN, s. 1015, 1016.

⁵⁸ WALLERSTEIN, s. 999, 1005.

⁵⁹ WALLERSTEIN, s. 1006.

⁶⁰ TOROSLU, s. 70.

anlamındadır. Bazı yazarlara göre hukuka aykırılık, suçun özünü oluşturmaktadır. Bazılarına göre ise, suçun unsurlarından biridir⁶¹.

Meşru müdafaa halinde işlenen fiilin, suçun hangi unsuruna etki ettiği ve bu nedenle cezalandırılmayacağına ilişkin çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bazı yazarlar, meşru müdafaa kusurluluk (manevi unsur) üzerine etki ettiğini ve kusurluluğu ortadan kaldıran bir mazeret sebebi olduğunu ileri sürmektedirler. Ancak hakim görüş, meşru müdafaa hukuka aykırılık unsuruna etki ettiği ve bir hukuka uygunluk nedeni olduğudur⁶².

Meşru müdafaa, Türk hukuk sisteminin de dahil olduğu Kıt'a Avrupası hukuk sisteminde, bir hukuka uygunluk nedeni olarak görülmektedir. 5237 sayılı TCK'nın 25/1 maddesinde meşru müdafaa kurumu düzenlenmiştir. Meşru müdafaa kanunda "ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler" arasında yer verilmiş, ancak madde gerekçesinde, bu tarihi kurumun bir "hukuka uygunluk nedeni" olduğu belirtilmiştir. Madde gerekçesi aynen şöyledir:

*"Maddenin birinci fıkrasında **bir hukuka uygunluk nedeni** olarak meşru savunma düzenlenmiştir. Meşru savunma bakımından Tasarı şu koşulları saptamıştır:*

Bir kere her türlü hakka yönelik haksız bir saldırıya karşı meşru savunmanın söz konusu olduğu belirtilmiş ve böylece kurumun, bazen anlamsız ve sosyal gereklere aykırı düşecek derecede dar tutulmasının önüne geçilmesi istenilmiştir.

Ayrıca, şu husus da belirtilmelidir ki, kişileri suç işlemekten caydıracak en etkin araçlardan birisi, suç işlediklerinde karşılık görebilecekleri endişesi olduğundan, meşru savunma hakkının böylece genişletilmesi, kriminolojik yönden caydırıcı etki de yapabilecektir.

İkinci olarak meşru savunmanın "haksız saldırı" koşulu bakımından, "gerçekleşen haksız saldırı" ile "gerçekleşmesi muhakkak haksız saldırı" veya "tekrarı muhakkak haksız saldırı" aynı sayılmıştır. Böylece kişilerin haksız saldırılara karşı kendilerini korumaları olanağı daha da genişletilmiş olmaktadır.

Savunmanın "saldırı ile orantılı biçimde" olması, yani saldırıyı defederek ölçüde olması, meşru savunmanın temel koşullarından birisi olarak kabul edilmiştir. Saldırıya uğrayan kişi, ancak bu saldırıyı etkisiz kılacak ölçüde bir

⁶¹ DÖNMEZER / ERMAN, (C. II), s. 2 – 7.

⁶² ÖZEN, s. 49, 61; TANER, s. 222, 223.

*davranış gerçekleştirdiği takdirde, meşru savunma hukuka uygunluk nedeninden yararlanacaktır*⁶³.

Kıt'a Avrupası hukuk sistemi ile Anglo-sakson hukuk sistemi arasında, hukuka uygunluk nedenleri (justification) ve mazeret nedenleri (excuse) konusunda çok önemli bir terminoloji farklılığı bulunmaktadır. Bir sistemde hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilen durum, diğerinde mazeret nedeni olarak kabul edilebilmektedir⁶⁴. Çok önemli olan mazeret nedeni ve hukuka uygunluk nedeni ayrımı, Anglo-sakson hukukçularının bazılarına göre gereksiz bir ayrımdır. Onlara göre, ceza hukukunda suç oluşturan hareket, yasaklayıcı bir normun ihlali niteliğindedir ve bu hareketten dolayı sorumluluğun ileri sürülebilmesi için, emreden veya yasaklayan ceza normuna, hukuka uygunluk veya mazeret nedenleri gibi istisna oluşturacak durumlar eklenmemelidir⁶⁵.

Kıt'a Avrupası hukuk sisteminde, bu ayrımın varlığı ve kesinliğinin tartışmasız olmasına karşın, Anglo-sakson ceza hukukunda, hukuka uygunluk nedenleri ve mazeret nedenleri arasında sadece savunma nedenlerine dayanan bir ayrım yapılmaktadır⁶⁶.

Bu kapsamda meşru müdafanın hukuki niteliğinin daha açık ve anlaşılır olması açısından, cezai savunmalar içinde meşru müdafanın yerinin belirlenmesinde yarar görmekteyiz.

⁶³5237 sayılı TCK madde gerekçeleri, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc, Erişim Tarihi: 28.10.2014.

⁶⁴1800'lü yıllarda yapılmış ceza yasalarına ve hukuk eserlerine bakıldığında hukuka uygunluk nedenleri ile mazeret nedenleri arasındaki ayrımın ve bunların tanımlarının bulunmadığı görülmektedir. Geçmiş dönemlerde hukuka uygunluk nedenleri normatif düzenlemeye konu olmamakta, meşru müdafaa gibi durumlar için benimsenmekle birlikte genel bir kabul görmemekteydi. Hukuka aykırılık ve kusurluluk ayrımı yapılmadan birlikte ele alınmaktaydılar. 1800'lü yılların başında Alman hukukçu Franz Von Liszt tarafından, hukuka aykırılığın, kusurluluktan farklı ve suçun objektif yanını oluşturan yapısal bir unsur olduğu görüşünün ifade edilmesiyle, mazeret nedenlerinin cezasızlığa yol açan diğer nedenlerden ayrılması da gündeme gelmiştir. Bkz. DÜLGER, Murat Volkan, "Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Mazeret Nedenleri Arasındaki Ayrımın Tarihçesi, Niteliği ve Gerekliliği Üzerine Karşılaştırmalı Bir Deneme", CHD Nisan 2014, S. 24, s. 122, 121-180.

⁶⁵FLETCHER, (2000), s. 562; DÜLGER, s. 125.

⁶⁶DÜLGER, s. 133.

Bir cezai savunma, belli bir suçtan bir sanığın neden mahkum olmaması gerektiğine yeterli gerekçe oluşturan bir dizi durum ve koşullardır⁶⁷. SMITH, “*bir kişinin fiilinin tam olarak tanımı yapılan suçla örtüşmesi, o kişinin o suçtan zorunlu olarak mahkum olacağı anlamına gelmez*”, demektedir⁶⁸.

Suçlar, haksız, kusurlu ve cezalandırılabilir hareketlerdir⁶⁹. Yapılmamalarının bir nedeni vardır. Cezai sorumluluktan kurtulmaları için bir açıklamaya muhtaçtırlar. Öte yandan savunmalar ise, suç oluşturan hareket sonrası cezai sorumluluğun neden faile yükletilemeyeceğini gösteren durum ve koşullardır⁷⁰.

Ortak hukukta savunmalar; kanıt yetersizliği savunması (failure of proof defences), cezai ehliyetsizlik savunması (lack of capacity defences), aklamadışı savunmalar (non-exculpatory defences), hukuka uygunluk savunması (justification defences) ve mazeret hali savunması (excuse defences) şeklinde bir tasnife tabi tutulmuştur⁷¹.

Hukuka uygunluk savunması (justification defences), sanığın fiilinin kabul edilebilir görüldüğü, başka deyişle, o koşullarda fiili yapma hakkının olduğu bir savunma kategorisidir. Mazeret hali savunması (excuse defences) ise, sanığın fiilinin yanlış ve kabul edilemez görüldüğü, ancak bir nedenle tamamen veya kısmen bağışlandığı halleri kapsayan savunma kategorisidir. Kişi, fiillerinden dolayı ahlaki olarak sorumlu addedilir, fakat sözü edilen fiilinden dolayı suçlanmaz⁷².

Suçun hem maddi hem de manevi unsurları bakımından, hukuka uygunluk savunmaları ile mazeret hali savunmaları benzeşmektedirler. Fakat önemli bazı

⁶⁷ LEVERICK, Fiona, Killing in Self Defence, Oxford 2006, s. 13.

⁶⁸ SMITH, J.C., Justification and Excuse in the Criminal Law, The Hamlyn Lectures, Fortieth Series, London 1989, s. 1.

⁶⁹ CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2011, s. 201.

⁷⁰ LEVERICK, s.14.

⁷¹ LAW REFORM COMMISSION, Defences in Criminal Law, First Published, December (2009), s.12, 13.

⁷² LAW REFORM COMMISSION, (2009), s.12, 13.

hususlarda ayrılmaktadırlar. Hukuka uygunluk temelli savunmalarda, sanığın hareketi, suçun tanımını tamamen karşılamakta olsa bile, sanığın bu fiili gerçekleştirmesi doğru kabul edilir. Oysa mazeret hali temelli savunmalarda, tezat teşkil edecek şekilde, sanığın hareketi yanlış kabul edilmektedir. Ne var ki, sanığın beraat etmesi için bir neden vardır. Sanık, mazur görülmesi, affedilmelidir⁷³.

Lord ORMEROD, iki yararlı varsayıma dayalı senaryo ile bu iki tür savunma arasındaki farkı şöyle izah etmektedir: Dokuz yaşında bir çocuk bilerek bir kişiyi öldürür. Hiç kimse çocuğun haklı olduğunu söyleyemez ama mazur görülür ve affedilir. Buna tezat teşkil edecek şekilde, bir kişinin ailesinin yaşamını korumak amacıyla bir suç işlemesi karşısında, hemen herkes sanığın hareketini haklı görüp onaylayacaktır⁷⁴.

Ünlü hukuk felsefecisi HLA HART da, bu ayrımı şöyle izah etmektedir: *“Hukuka uygunluk hallerinde yapılan, sanığın hareketinin hukuk tarafından haklı görülmesi, hatta hoş karşılanmasıdır. Fakat adam öldürme mazur görüldüğünde, sanığın cezai sorumluluktan kurtulması, başka bir zemine dayanır. Yapılan kınanır, fakat sanığın fiili esnasındaki psikolojik durumu ve bir takım koşulların varlığı, onun, toplumsal kınamadan ve kişisel cezalandırmadan hariç tutulmasını sağlar. Bu, adaletin bir gereğidir”*⁷⁵. FLETCHER de bu görüşü kabul etmektedir. Şöyle ki; hukuka uygunluk talep edenler, suçun tanımının karşılandığını kabul etmektedirler, fakat fiilin yanlış olmadığını iddia etmektedirler. Mazeret hali talep edenler ise hukuk düzeni açısından fiilin yanlış olduğunu kabul etmektedirler. Fakat fiilin sanığa atfedilmesinden kaçınmaya çalışırlar. Hukuka uygunluk, fiilin haklılığından; mazeret hali ise, aşikar bir yanlış fiil için sanığın sorumlu tutulmamasından bahseder⁷⁶.

⁷³ LAW REFORM COMMISSION, (2009), s. 14.

⁷⁴ ASHWORTH, Andrew, Principles of Criminal Law, Third Edition, Oxford (1999), s. 248.

⁷⁵ SANGERO, s. 11; LAW REFORM COMMISSION, (2009), s. 14.

⁷⁶ FLETCHER, (2000), s. 759.

Genel olarak FLETCHER'in bu tanımı ile herkes hemfikirdir. Fikir ayrılığı, hangi kategoriye hangi savunmaların gireceğine ilişkin hususta ortaya çıkar. Meşru müdafaa genel olarak hukuka uygun (justificatory) nitelikte sayılır. Ne var ki, kullanılan gücün aşırı olduğu hallerde savunma, mazur görülen savunma kabul edilir⁷⁷.

Özetleyecek olursak, cezai savunmalar çeşitli yöntemlerle sınıflandırılabilir. Ancak, kullanılan sınıflandırma, başlıca hukuka uygunluk ve mazeret hali savunmalarıdır. Genel olarak herhangi bir savunmanın, özel olarak meşru müdafaa'nın hukuka uygunluk kategorisi ya da mazeret hali kategorisi içerisinde yer almasının gerçekten bir önem arz edip etmediği hususunda birbiriyle çelişen görüşler vardır⁷⁸.

Nitekim bazı hukukçular, bu teorik ayrımın öneminden kuşku duyduklarını, bu ayrıma bir anlam yüklenemeyeceğini, çünkü hem hukuka uygunluk nedeninin hem de mazeret halinin her ikisinin de, fiili suç olmaktan çıkaracağını söylemektedirler. Onlara göre, bu ayrım yararsız ve anlamsızdır. Pratikte, beraat kararı verilirken, ne hukuka uygunluk nedeninden ne de mazeret halinden söz edilmektedir. Dolayısıyla kamu, bu ayrımın farkında bile olmaz. Ayrıca hukuka uygunluk nedeni ile mazeret hali ayrımı, tam olarak belirlenmiş değildir. Her iki savunmanın da sınıflandırılması ile ilgili evrensel bir fikir birliği yoktur⁷⁹.

Bu argümana yanıt olarak, bu sınıflandırmaya büyük bir ahlaki önem yüklediği ileri sürülmüştür. Çünkü sanığın cezai sorumluluğunu olumsuzlama gerekçelerinin, özenle değerlendirilmesine çok yardımcı olmaktadır. Öte yandan, teorik bir tartışmayla ilgili evrensel bir görüş birliği aramak da, anlamsızdır. Her

⁷⁷ LAW REFORM COMMISSION, (2009), s. 14.

⁷⁸ LAW REFORM COMMISSION, (2009), s. 15.

⁷⁹ LODGE, Anne, "Criminal responsibility for intrusions on the rights of innocent person: the limits of self defence, necessity and duress", Durham University, Yayınlanmamış Doktora Tezi 2009, <http://etheses.dur.ac.uk/2102/>, Erişim Tarihi:11.09.2014, s. 58.

durumda, bu farklılığın ya da ayrımın çok önemli pratik sonuçları olduğu ileri sürülmektedir. Bir hareketin, hukuka uygun veya mazeret hali olarak sınıflandırılmasının, üçüncü kişilerin hakları üzerinde de önemli etkileri vardır. Hukuka uygun harekette bulunan kişiye, üçüncü kişinin yardımına hukuk izin verirken, mazur görülebilir harekete yardım etmek isteyen üçüncü kişiye, hukuk izin vermemektedir⁸⁰.

Böylece hukuka uygunluk ve mazeret hali ayrımı, ahlaki altyapıları ile ilgili anlayışımızı aydınlatmak üzere, savunmaların sınıflandırılması için yararlı bir yöntem olarak benimsenmiştir⁸¹.

Her hukuk düzeni, bir tarafta emir ve yasaklar öngörürken, diğer taraftan emrettiği ve yasakladığı fiillerin yapılmasına izin vermektedir. Yasaklanan ve emredilen bir harekete belirli koşullarda izin vererek, toplumda çıkar çatışmaları ve irade uyumsuzluklarını düzenlemek mümkün olmaktadır. Böylece hukukun, yasaklanan veya emredilen bir hareketin belli bazı koşullarda yapılmasına veya yapılmamasına aynı değerdeki diğer bir hükmü ile izin vermesinden dolayı, yasaklanan veya emredilen hareketin yapılması, hukuki bir değer veya menfaatin ihlali sayılmamaktadır. Toplumsal hayatın karmaşıklığından kaynaklanan bu durumlarda, fiilin hukuka uygun sayılmasının, dolayısıyla bir suça vücut vermemesinin nedeni, genelde ya hukuki menfaatin yokluğu, ya hukuki menfaatin üstünlüğü ya da hukuki menfaatin eşitliği esasına dayandırılmaktadır. Meşru müdafaada fiilin hukuka uygun bulunmasının, dolayısıyla suç sayılmamasının nedeni, korunan değer veya menfaatin, çatışma içinde bulunan değer veya menfaate göre daha üstün sayılmasıdır⁸².

⁸⁰ FLETCHER, (2000), s. 760; LODGE, s.59.

⁸¹ LODGE, s. 59.

⁸² HAFIZOĞULLARI, Zeki, "Hukuka Uygunluk Nedenleri", <http://www.abchukuk.com/cezahukuku/hukuka-uygunluk.html>, Erişim Tarihi:27.11.2014.

Kanaatimizce, meşru müdafaa halinde işlenen fiil, toplumun çıkarlarıyla çatışmamakta, toplumsal bir zarara neden olmamaktadır. Dolayısıyla baştan itibaren hukuka uygun olarak doğan bu fiilin cezalandırılması için bir neden yoktur.

2.4 KKTC Ceza Hukukunda Meşru Müdafanın Hukuki Esasının Değerlendirilmesi

KKTC’de yürürlükte bulunan Fası 154 Ceza Yasası, meşru müdafaa kurumunu düzenlememiştir. KKTC’de, 9/76 sayılı Mahkemeler Yasası 38 (d) maddesi uyarınca ortak hukukun uygulandığından daha önce bahsetmiştik. Dolayısıyla, meşru müdafaa kurumu, ortak hukuk ve KKTC Anayasası’ndaki düzenleme ile hukuk sistemimizde yer almaktadır. KKTC Anayasası’nın 15. maddesi “*hayat ve vücut bütünlüğü hakkını*” düzenlemektedir. Anayasa, devlete, herkesin yaşam ve vücut bütünlüğünü koruma görevi yüklemiştir. Anayasa’nın meşru müdafaa ile ilgili 15. maddesinin 3. paragrafı aynen şöyledir:

“(3)Yasa ile konduğu zaman ve gösterildiği şekilde:

(a)Kişinin ve malvarlığının, başka türlü kaçınılması ve tamiri olanaksız aynı derecede bir zarara karşı savunulması; veya

(b)Bir kişinin yakalanması veya yasaya uygun tutukluluktan kaçmasının önlenmesi; veya

(c)Bir ayaklanmanın veya karşı koymanın bastırılması amacıyla girişim eylem sırasında kesin olarak gerekli olduğu kadar zor kullanmak suretiyle yaşama son verilmesi, (1). ve (2). fıkra kurallarına aykırı sayılmaz.”

Anayasanın yaşam hakkına gönderme yapması, meşru müdafanın sadece öldürücü güç (lethalforce) kullanımına bağlandığını akla getirmektedir. Oysa yaşam hakkı, basit olarak ölüme karşı koruma ihtiyacı ile özdeşleştirilmemelidir. Çünkü yaşam hakkı, aynı zamanda yaşam kalitesi ile de bağlantılıdır. Kişilerin sağlıklı ve eksiksiz bir beden varlığına sahip olması da, yaşam hakkı kapsamında değerlendirilmektedir⁸³.

⁸³TACİR, Hamide, “Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı”, MÜHF-HAD 2013, C.19, S. 2, s. 1302, 1301-1319.

KKTC Yüksek Mahkemesi'nin meşru müdafaya ilişkin vermiş olduğu bütün kararlarda, meşru müdafaa mazeretinden bahsedilmiştir. Oysa ki, mazeret hali savunmasından söz edebilmek için, daha önce de belirttiğimiz gibi, sanığın yapmış olduğu fiilin yanlış ve kabul edilemez olması gerekir. Yüksek Mahkemenin vermiş olduğu kararlarda, özellikle Yargıtay Ceza 9/89'da, sanıkların uğramış oldukları saldırı karşısında, kendilerini savunmak, saldırıdan kurtulmak maksadıyla yapmış oldukları hareketler, Yüksek Mahkemece haklı, kabul edilebilir bulunmuştur. Yüksek Mahkeme, bu kararda, şu değerlendirmelere yer vermiştir: *“Unutulmaması gereken en önemli noktalardan biri sanıkların yabancı bir ülkede gayri meskun ve en yakın evden üç kilometre kadar uzakta bir sahilde gecenin sessizliği içinde küçük çadırlarında uykuda iken korkunç bir saldırıya uğradıklarıdır. Saldırı sadece fiziki şekilde kalmamış zorla seksüel ilişki şekline de dönüşmüştü. O kadar ki anne durumunda olan sanık 1, gözleri önünde öz kızı olan sanık 2'nin seksüel saldırıya uğradığını görme bedbahtlığına da maruz bırakılmıştı. Daha sonra yer alan bir hayat mebat mücadelesi içinde, elleriyle, tırnak ve dişleriyle ve çadırın demir çubuklarıyla kendilerini korumaya çalışan sanıkların korku ve dehşet saçan bu ortamda maktule indirmek mecburiyetinde bırakıldıkları darbelerin niteliğini gecenin 7-7.30 sıralarında değerlendirdiklerini söylemek veya bunların etkisini görüp soğukkanlılıkla bir değerlendirmeye tabi tutmalarını onlardan beklemek ve böyle hareket etmedikleri nedeniyle onları mahkûm etmek son derece tehlikeli olur”⁸⁴.*

3/75 sayılı Ceza istinafta⁸⁵ da, meşru müdafaa mazeretinden bahsedilmiştir. Oysa aynı kararda, Yüksek Mahkeme'nin atıfta bulunduğu, gerek *R. v. Wheeler*

⁸⁴30/06/1989 D. 9/89 Birleştirilmiş Y/C 27/89, 28/89, 29/89 ve 30/89, <http://www.mahkemeler.net/KARARLAR>, Erişim Tarihi: 28.06.2014.

⁸⁵13/06/1975 Ceza istinaf No:3/75, <http://www.mahkemeler.net/Kararlar>, Erişim Tarihi: 11.10.2014.

(1967)⁸⁶, gerekse *R. v. Julien* (1969)⁸⁷ kararlarından yapmış olduğu alıntılarda, meşru müdafanın hukuka uygunluk nedenlerinden biri olduğu görülmektedir. Yüksek Mahkeme'nin aynı kararda, böyle bir çelişki içerisinde görülmesinin, kurumun hukuki esasına ilişkin bilgisizlikten olmadığı, sadece bir kavram kargaşası yaşandığı kanaatindeyiz. Dolayısıyla, diğer kararlardan da görüleceği üzere, Yüksek Mahkeme iradesini, saldırıya karşı yapılan savunma hareketlerini haklı ve kabul edilebilir bularak ortaya koymuş, böylece bu fiillerin hukuka uygun olduğunu da anlatmaya çalışmıştır, inancındayız.

Bu noktada Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne de kısaca değinmekte yarar görmekteyiz. Kıbrıs Cumhuriyeti 1962 yılında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olmuş ve 39/62 sayılı yasa ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini iç hukuk haline getirmiştir. 1975 KTFD Anayasası'nın Geçici 1 (1) maddesi şöyledir:

“(1) 16 Ağustos 1960 tarihli Anayasanın ve bu Anayasaya uygun olarak, 21 Aralık 1963 tarihine kadar kabul edilmiş mevzuatın; 28 Aralık 1967 tarihli Kıbrıs Türk Yönetimi Temel Kurallarının ve tadillerinin ve bunlara uygun olarak kabul edilmiş mevzuatın; Otonom Kıbrıs Türk Yönetimi Yürütme Kurulu Meclisinin 13 ve 18 Şubat 1975 tarihlerinde birleşik olarak yaptıkları toplantılarda alınan kararların ve bunlara uygun olarak kabul edilmiş mevzuatın; bu Anayasa uyarınca konulacak yasalara aykırı olmayanları, yürürlükte kalır.”

1985 KKTC Anayasasının Geçici 4 (1) maddesi ise şöyledir:

“(1) Bu Anayasanın yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte olan mevzuat, bu Anayasa kurallarına aykırı olmadığı ölçüde yürürlükte kalır.”

Görüleceği gibi 39/62 sayılı yasa KKTC'de halen yürürlükte ve AİHS iç hukukun bir parçasıdır. Meşru müdafaa da, Sözleşme'nin yaşam hakkını düzenleyen 2. maddesinin (2) a bendinde yer almaktadır:

⁸⁶ *R. v. Wheeler* (1967) 3 All E.R. 829.

⁸⁷ *R. v. Julien* (1969) 2 All E.R. 856.

“(2) Öldürme, aşağıdaki durumlardan birinde kuvvete başvurmanın kesin zorunluluk haline gelmesi sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlali suretiyle yapılmış sayılmaz:

a) Bir kimsenin yasadışı şiddete karşı korunması için...”

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Kasa v. Türkiye* (2008) davasında, *McCann v. Diğerleri* (1995) kararına da atıf yaparak, Sözleşmenin 2. maddesini şöyle yorumlamıştır: “2. madde metni, bir bütün olarak okunduğunda 2. fıkranın öncelikli olarak bir bireyin kasten öldürülmesine izin verilen durumları tanımlamadığını, ancak istenmeyen bir sonuç olan öldürmeyi ortaya çıkarabilecek, güç kullanmaya izin verilen durumları açıkladığını ortaya koymaktadır. Ne var ki güç kullanma (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilen amaçlara ulaşmak için “mutlak zorunluluğu” aşmamalıdır. Bu bağlamda 2. maddenin 2. paragrafında “mutlak zorunluluk” ifadesinin kullanımı, bu maddeye ilişkin olarak, AİHS’nin 8-11. maddelerinin 2. fıkrası kapsamında, Devlet görevlilerinin hareketinin “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığını belirlerken, normalde uygulanan gereklilik testinden daha katı ve zorlayıcı bir test uygulanması gerektiğini ortaya koymaktadır. Özellikle, kullanılan güç, maddenin bentlerinde belirtilen amaçlara ulaşmakla kesin olarak orantılı olmalıdır”⁸⁸.

AİHS’nin 2. maddesinde meşru müdafaa, yaşam hakkının istisnalarından biri olarak yer almıştır. Buna göre, haksız bir saldırıya karşı insanın kendisini savunması, eğer savunmada zorunluluk varsa, saldırganı öldürme hakkını da vermektedir. Başka bir deyişle, bir insanın kasten öldürülmesine, yalnızca hukuka aykırı bir saldırıya karşı güç kullanmanın mutlak gerekli olduğu durumlarda müsaade edilmektedir. Bazı görüşler, bu kuraldan, sırf malvarlığı haklarını korumak amacıyla gerektiğinde

⁸⁸*Kasa v. Türkiye davası*, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 3. Daire, Strazburg, 20 Mayıs 2008, <http://caselaw.echr.globe24h.com/0/0/turkey/2008/05/20/case-of-kasa-v-turkey-86357-45902-99.shtml>, Erişim Tarihi: 08.09.2014.

öldürücü bir savunmanın yapılmasının caiz olmayacağı neticesini çıkarmaktadırlar. 2. maddede, eşyanın savunulmasına (defence of property) herhangi bir gönderme yapılmamaktadır. Bu durumda eşyanın savunulmasında öldürücü güç kullanılmasının AİHS'nin ihlali riskini taşıdığından söz edilmektedir⁸⁹. Dolayısıyla “meşru müdafaa”, Sözleşme'nin 2. maddesi anlamında, yaşama yönelik haksız saldırılarda söz konusu olduğundan, mala yönelik bir saldırıyı savmak için saldırganın öldürülmesi, ilke olarak, Sözleşme'nin 2. maddesi çerçevesinde meşru müdafaa olarak değerlendirilmeyecektir⁹⁰.

İngiltere'deki durumu, AİHS bağlamında analiz ederken ASHWORTH şöyle demektedir: “*Hukuka uygun güç kullanımına ilişkin yasal hükümler kısa ve belirsizdir. İstinaf Mahkemeleri bugüne kadar gerekçelerini AİHS gereksinimleri ve içtihatlarına uyarlama fırsatı yakalamamış bulunmaktadır*”⁹¹. Meşru müdafaa bağlamında bu beklentinin haklı bir gerekçesi vardır. Meşru müdafaaya ilişkin İngiliz içtihatları meseleyi “makuliyet (reasonableness)” ya da “makul ve zorunlu (reasonable and necessary)” terimleri açısından analiz ederken, AİHS'nin 2. maddesi “mutlak olarak zorunlu (absolutely necessary)” ve “kesin olarak ölçülü (strictly proportionate)” terimlerini benimsemiştir. Belli ki AİHS, meşru müdafaa hakkının sınırlarını bu terimleri kullanmakla, daraltmak istemektedir⁹².

Önemi tartışmasız olan bu kuruma ilişkin çoğu ülkelerde çağdaş düzenlemeler yapılmıştır. Oysa ki KKTC'de Ceza Yasası'nda yer almadığı gibi, meşru müdafaaya ilişkin kararların azlığı dikkati çekmektedir. Dolayısıyla sınırları belirlenmiş, kolay anlaşılır bir meşru müdafaa için yasama organının düzenleme

⁸⁹LAW REFORM COMMISSION, (2009), s. 28.

⁹⁰YILDIZ, Mine, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Yaşam Hakkı ve Sınırları”, T.C Süleyman Demirel Üniversitesi Yüksek lisans tezi, Isparta 2004, <http://eprints.sdu.edu.tr/>, Erişim Tarihi: 07.06.2014, s. 68; REİSOĞLU, Safa, Uluslar arası Boyutlarıyla İnsan Hakları, İstanbul 2001, s.40.

⁹¹ASHWORTH, (1999), s.137.

⁹²ASHWORTH, (1999), s. 137.

yapması gerekmektedir. Bu kapsamda AİHM tarafından verilmiş çağdaş kararlar da gözönünde tutulmalıdır.

2.5 Meşru Müdafanın Tarihsel Gelişimi

Günümüz ceza hukukunu anlayabilmek için tarihsel perspektif yaşamsal önem taşır. Bu perspektif meşru müdafaa yönünden daha fazla öneme sahiptir⁹³. Meşru müdafaa, ceza verme tekelinin devletin eline geçmesinden daha sonra hukuk düzenlerince kabul edilmiştir. Bu nedenle bu bölümde öncelikle cezanın tarihçesini, daha sonra da geçmiş hukuk sistemlerinin bakış açısından meşru müdafaa'yı kısaca inceleyeceğiz.

2.5.1 Eski Dönemler

İnsanlık tarihindeki ilk kanunlar, ceza kanunlarıdır. Fakat eski devirlerde ceza, kurulu ve yerleşik bir otorite adına verilmezdi⁹⁴.

İlkel topluluklar döneminde ceza sorumluluğu bakımından, sadece zararlı netice göz önünde tutulmuştur. Bu dönemde cezalandırma için, suç kimin tarafından, ne şekilde işlenirse işlensin kusur aranmamış, maddi fiil yeterli sayılmıştır⁹⁵.

Üç büyük döneme ayrılan hukukun, “İntikam Devrine” ait hiçbir kaynağa rastlanmamaktadır. XII Levha kanunları, Salık kanunları gibi çok eski zamanlara ait kanunlar bile ilk dönemi çoktan aşmış, halkın kanunlarıydı. İlk dönemin son zamanlarında cezalandırma yetkisi kısmen devlete geçmiştir. İkinci dönem, devletin cezalandırma yetkisini tekeline aldığı dönemdir ki; 1789 Fransız ihtilaline kadar sürmüş olan bu döneme “Eski Hukuk Devri” denmektedir. Bundan sonraki dönem, günümüze kadar gelmiş olan üçüncü dönem yani “Çağdaş Hukuk Devri”dir⁹⁶.

⁹³ SANGERO, s. 30.

⁹⁴ SEVİG, Vasfi Raşid, “Cezanın Tarihi Menşei”, AÜHFD 1955, C. 12, S. 3, s. 9, 9-49.

⁹⁵ İÇEL, Kayıhan / DONAY, Süheyl, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım, 1.Kitap, B. 3, İstanbul 1999, s. 38.

⁹⁶ SEVİG, s.10, 11.

Milattan önce 5. Yüzyılda yaşıyan Sümerlerin 60 maddelik kanunları ve diğer eski kanunlar, ilk dönemde öç almanın sınırsız olduğunu göstermektedir. Aynı topluma mensup kişiler arasında zarar verici fiillerin işlenmesi halinde, egemen başkan, suçluyu cezalandırmakta idi. En ağır zararlara neden olan fiillere karşılık olarak verilen cezalar, ölüm ve sürgün cezası idi. Sürgün cezası ise dönemin şartlarına göre verilen en ağır ceza idi. Çünkü bu şekilde cezalandırılan kişi, artık ailesinin ve totemin himayesinden yoksun hale gelirdi. Zarar verici fiilin iki ayrı topluma mensup kişiler arasında işlenmesi halinde, failin cezalandırılması imkansızdı. Dolayısıyla öcalma ve uyuşma adı verilen kurumlar işlerdi. Zarar veren veya onun üyesi olduğu topluma, zarar gören veya onun üyesi olduğu aile, klan veya kabile, karşılık verirdi⁹⁷. Böylece, yapılan zararlı hareketin öcü alınmış olurdu. Sorumluluk kusura dayanmadığı için istenilerek ya da istenilmeden oluşan bütün zararlar aynı sonucu doğurmakta idi. Bu dönemde ceza sorumluluğu kolektif olmuştur. Suçu işleyenin ailesi de, suçtan sorumlu tutulmuştur⁹⁸.

İntikam devrinde, kötülüğe karşı kötülükle karşılık vermek, yani *kısas*, zorunlu bir adalet şekliydi. Bu kural ilk dönemde, kişisel öç almayı sınırlandırmıştır ve adalet bilincinin oluşması açısından çok önemli bir gelişmedir⁹⁹. Kısas, daha ileriki zamanlarda yerini *diyete* bıraktı. Devletin oluşumu ile intikam kaldırıldı. Böylece, devletin miktarını kendisinin tespit etmiş olduğu diyetin kabulü ile intikamdan vazgeçilmesi, zorunlu bir hal aldı. Devletin kuvvetlenmesi ile de özel adaletin yerini, tamamen kamu adaleti aldı ve ceza, mağdur adına değil, kamu düzeninin bozulmasından dolayı toplum adına verilmeye başlandı. Böylece devlet,

⁹⁷DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, (C. I), B. 12, İstanbul 1997, s. 39-43.

⁹⁸ZAFER, s. 22.

⁹⁹CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 15.

hangi suçların kamu yararını ihlal ettiğini belirlemeye ve o suçları takip etmeye başladı. Bu tür suçlara “genel suçlar” denirdi¹⁰⁰.

Devletin adalet dağıtma işini kendi eline almamış olduğu “özel adalet” denilen dönemde, suçlar; özel ve genel olmak üzere ikiye ayrılıyordu. Örneğin, Yunan’da hırsızlık, genel suç, adam öldürme ise özel suç kabul ediliyordu. “Roma Hukukunun Ruhu” adlı eserinde JHERING, özel adaleti, meşru müdafaa, haksız tahrik ve istihkak-ı hak (hak isteme) olmak üzere üç fikre ayırmaktaydı¹⁰¹.

Hitit kanunlarına bakıldığında, öldürme fiilinin, meşru müdafaa sonucunda oluşması halinde, kanun bunu dikkate alıyor ve cezayı ona göre hafif tutuyordu¹⁰². Moğol kanunlarında da meşru müdafaa'nın varlığını görmekteyiz. Bu kanunlarda meşru müdafaa, cezayı kaldıran nedenler arasında yer almaktaydı¹⁰³.

2.5.2 Roma Hukuku

Kıt’a Avrupası hukuk sisteminin temelini oluşturan Roma hukuku, asırlarca Avrupa, Kuzey Afrika ve Asya’da, egemen hukuk sistemi olmuştur¹⁰⁴. Geniş topraklarda hakimiyet kurmuş olan Roma Devleti, M.Ö. 1. yüzyılda İtalya’da kurulmuş, M.S. 1453 yılına kadar varlığını sürdürmüştür. Roma Devleti’nin ilk zamanlarında, kişisel öç alma geçerli olmuş ve aile içinde babanın cezalandırma yetkisi kabul edilmiştir¹⁰⁵.

¹⁰⁰ SEVİG, s.11, 12; DÖNMEZER / ERMAN, (C.1), s. 43.

¹⁰¹ SEVİG, s. 12.

¹⁰² ALP, Sedat, “Hitit Kanunları Hakkında”, Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih Coğrafya Fakültesi Dergisi 1947, C. 5, S. 5, s. 480, 465-482.

¹⁰³ ALINGE, Curt, “Moğol Kanunları”, Çev. Prof. Dr. Coşkun Üçok, III. Bölüm, AÜHFD (1955), C. 12, S. 1, s. 286, 285-297; (1. §) itaatsizlik, kötü muamele ve tecavüz hâlini aldığı takdirde, suçun ağırlığına göre gittikçe artan basamaklı cezalar konulmuştu (2. §) Tedip hakkının sınırlarını aşan babasını öldüren oğul, bütün malını (ve miras hissesini) kaybederdi (3. §) Meşru müdafaa böylelerini cezadan kurtaramazdı. III) Meşru müdafaa ceza verilmemesi için sebeptir (18. §). Bunun gibi, ammeye zararlı bir deliyi öldürmek de meşru müdafaa sayılarak cezalandırılmamıştır (19. §). Daha ayrıntılı bilgi için bkz., ALINGE, Curt, “Moğol Kanunları”, Çev. Prof. Dr. Coşkun Üçok, III. Bölüm, AÜHFD (1956), C. 13, S. 1, s.194-219.

¹⁰⁴ KOPEL, David B. / GALLANT, Paul / EISEN, Joanne D., “The Human Right of Self-Defense”, BYU Journal of Public Law 2007, Vol. 22, s. 108, 43-178.

¹⁰⁵ ZAFER, s. 34.

Roma hukukunun temelinde 12 Levha adı verilen kanunlar bulunmaktaydı. Her yurttaşın kolayca okuyabileceği, 12 bronz levha, temel hukuk kurallarını içermektedir. Meşru müdafaa 8. levhada, 12. ve 13. maddelerde düzenlenmiştir. Bu maddelere göre, eğer bir hırsız, bu suçu gece işlerken öldürülürse, öldürme fiili hukuka uygun kabul edilmekteydi. Eğer hırsız gündüz suç işlerken öldürülürse, öldürme fiili hırsızın silahlı olması halinde hukuka uygun kabul edilmekteydi¹⁰⁶.

M.S. 534 yılında Bizans İmparatoru Justinian tarafından çıkarılan Corpus Juris, 12 Levha Kanunlarının yerini almıştı ve daha ayrıntılı kurallar içermekteydi. Bu kanunda meşru müdafaa ile ilgili, haklı olarak yapılmış (done rightfully) ibaresi kullanılmaktaydı. Bu ibare, mazeret halinden ziyade, hukuka uygunluğu işaret etmektedir¹⁰⁷.

Roma hukukçuları “kuvvetin kuvvetle uzaklaştırılmasına bütün kanunlar ve bütün hukuk düzenleri izin verir.” demişlerdir. Roma hukukunda, hayata, vücut bütünlüğüne, namusa ve hatta mala karşı meşru müdafaa kabul edilmekteydi¹⁰⁸. Bununla birlikte, Corpus Juris’e göre, hırsız tutuklayabilecek halde iken öldürmek, hukuka uygun kabul edilmemekteydi. Ama hırsız silahlıysa, öldürme fiili hukuka uygun kabul edilmekteydi. Yine bir kişinin eşiyle zina halinde yakaladığı adamı öldürmesi, adamın silahlı olması halinde hukuka uygun kabul edilmekteydi. Kendini soymak isteyen köleyi öldürmek de, hukuka uygun kabul edilirdi¹⁰⁹.

2.5.3 Kanonik Hukuk

Kanon hukuk ya da kilise hukuku gibi isimlerle de anılan kanonik hukuk, Hristiyan hukuk anlayışını yansıtır¹¹⁰. Hristiyanlık dininin Katolik inanisinden yola çıkan bu hukukta, tüm hakların Tanrı tarafından yaratıldığı düşüncesi hakimdir.

¹⁰⁶ KOPEL / GALLANT / EISEN, s. 108, 109.

¹⁰⁷ KOPEL / GALLANT / EISEN, s. 112, 113.

¹⁰⁸ DÖNMEZER / ERMAN, (C.II), s. 97.

¹⁰⁹ KOPEL / GALLANT / EISEN, s. 114-116.

¹¹⁰ BAŞOĞLU, Tuncay, “Hristiyan Hukuku”, İslam Araştırmaları Dergisi 2007, S. 9, s. 38, 25-66.

Dolayısıyla, insanlar tarafından yaratılan hukuk değişebilir ama ilahi hukuk değişemez¹¹¹.

Başlangıçta Corpus Juris'i esas alan Kanonik hukukta, 1140 yılında temel prensipleri içeren Decretum adı altında bir kanun yapıldı. Bu kanunda da, 1234 yılında Papa 9. Gregory tarafından çıkarılan Decretals'ta da meşru müdafaa kurumu düzenlenmişti¹¹².

Ancak bu hukukta meşru müdafaa, Hristiyanlıkta öğüt niteliğinde yer alan, haksızlığa katlanmak ve tepkide bulunmamak kuralından dolayı, bir hak değil, kusuru kaldıran bir mazeret nedeni olarak kabul edilmiştir¹¹³.

2.5.4 Cermen Hukuku

Hint-Avrupa kökenli olan Cermenler, Hristiyanlık öncesi dönemde, ortak bir dile sahip, kabileler halinde yaşayan insan topluluklarıydı. Örf ve adetlerinin etkisinde yaşayan Cermen toplulukları ilk yazılı hukuk kurallarını 5. Yüzyılda, oluşturmuşlardır¹¹⁴.

Cermen hukukunda meşru müdafaaaya yer verilmekle birlikte, meşru müdafaa, öç alma hakkının derhal icrası şeklinde düşünülmekteydi. Hayata, vücut bütünlüğüne, namusa, hatta şerefe ve mala yönelik saldırılara karşı da meşru müdafaa kabul edilmekteydi¹¹⁵. Cermen kanunları, haklar arasında fark gözetmeksizin, bütün haklar için meşru müdafaaayı geçerli saymışlardır¹¹⁶.

¹¹¹ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 18.

¹¹² KOPEL / GALLANT / EISEN, s. 120, 121.

¹¹³ DÖNMEZER / ERMAN, (C.II), s. 98; ÖZEN, s. 22,

¹¹⁴ KANGAL, Zeynel Temel, Zorunluluk Durumunun Ceza Hukukuna Etkisi, Doktora Tezi, İstanbul 2006. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, Erişim Tarihi: 22.11.2014, s. 51.

¹¹⁵ DÖNMEZER / ERMAN, (C.II), s. 97; ÖZEN, s.22.

¹¹⁶ ÇOLAK, Abdullah, "İslam Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa", Ekev Akademisi Dergisi 2004, Yıl. 8, S. 19, s. 144, 135-156.

2.5.5 Ortak Hukuk

İngiltere de dahil olmak üzere bütün ortak hukuk yetkilerini kullanan ülkelerde, ceza hukukundaki en yerleşmiş olan savunmalardan birisi meşru müdafadır. Öyle ki, meşru müdafadan yararlanılması en azından 800 yıl öncesine kadar uzanmaktadır¹¹⁷.

Ortak hukukun egemen olduğu hukuk sistemlerinde, genel tarihsel süreçte, fiillerin cezalandırılmasından başlayarak, meşru müdafaa önce mazeret sebebi (excuse), daha sonra ise hukuka uygunluk nedeni (justification) şeklinde kabul edilmiştir¹¹⁸.

İnsan toplumlarının oluşumundan önce, bireysel yaşam baskındı ve güç egemendi. Toplumların oluşmasıyla birlikte kanunkoyucu ilk olarak, meşru müdafaa da dahil, kişilerin kendi kendilerine hak aramalarının her türlüünü engellemeye çalıştı. Bu amaca ulaşmak için de kanunkoyucular, kusursuz sorumluluğu (strict liability) kullandılar. Önceleri cezai savunma, yasaklayıcı normların geçerliliğini zayıflatacağı düşüncesiyle, kuşku ile karşılandı. Daha sonraki zamanlarda, merkezi otoritenin güçlenmesiyle birlikte kusursuz sorumluluk ortadan kaldırılmış, böylece meşru müdafanın tanınması mümkün olmuştur¹¹⁹.

12. Yüzyılın başlarına kadar, meşru müdafaa nedeniyle adam öldürme, failin suçluluğunu ortadan kaldırmıyordu. Tüm iradi adam öldürmeler cinayet idi ve suçluya en ağır ceza olan ölüm cezası verilmekteydi. Ne şekilde olursa olsun kendini savunmanın yasaklanması, erken dönem İngiliz yöneticilerinin, şiddeti kontrol etme ve hukuk düzenine itaati sağlamanın bir aracı olarak kullanıldı. “Kendini savunma”

¹¹⁷ LEVERICK, s. 30.

¹¹⁸ SANGERO, s. 30.

¹¹⁹ SANGERO, s. 30, 31.

yasadışı olduğundan, kişisel güvenlik için devlet otoritesine dayanmak bir zorunluluk olmaktaydı¹²⁰.

12. ve 16. Yüzyıllar arasında, iradi adam öldürmede kusursuz sorumluluk, ortadan kalkmaya başladı. Suç önlemek için adam öldürme, savaşta adam öldürme veya bir cezanın yasal infazını yerine getirmek için adam öldürme meşru sayılmaya başlandı. Böylesi iradi öldürmeler, mağdurun çıkarlarını ihlal etmekteydi. Ne var ki o koşullarda, adam öldürmelerden toplum yarar sağlamaktaydı. Çünkü bu öldürmeler, devletin kişilere ve eşyaya yönelik saldırıları kontrol etme yetkisini tehdit eden kişilere karşı, devlet adına yapılmaktaydı¹²¹.

Ortaçağda, kusursuz sorumluluğa istisna olarak, “suçu önleme” kavramı gündeme geldi. Çok kısıtlı bir şekilde meşru müdafaa hukukta filizlenmeye başladı. İlk başlarda bir mazeret sebebi olarak kabul edilen meşru müdafaa koşullarında bile olsa adam öldürme, mahkumiyetle sonuçlanmaktaydı. Bu mahkumiyet, sanığın malını hatta yaşamını yitirmesine neden olmaktaydı. Ölüm cezası alması durumunda ise sanık, af beklentisi içine giriyordu¹²².

14. Yüzyıla gelinceye kadar af (pardon), herkese bahşedilmezdi. Bu dönemde af, sanığın sadece canını kapsamaktaydı. Meşru müdafaa durumunda bile, ölenin ailesine tazminat ödenmekte, sanığın malları af kapsamı dışında tutulmaktaydı. Bu durum, o zamanki avukatlar ile yargıçlar arasında süregiden bir ihtilafın konusu idi. Çünkü, avukatlar sanığın mallarının da affa konu olmasını talep ederken, yargı mensupları buna karşı çıkmaktaydı. Bu ihtilaf, 16. Yüzyıla kadar sürdü. VIII. Henry zamanında yürürlüğe koyulan kanun “Statute 24 Henry VIII” ile sanığın malının müsaderesini öngören düzenlemeler iki durum için, saldırganın soygun ve iradi adam

¹²⁰ ROSEN, (Cathryn Jo), “The Excuse of Self-Defence: Correcting A Historical Accident on Behalf of Battered Women Who Kill”, The American University Law Review 1986, Vol. 36, s. 25, 11-56.

¹²¹ ROSEN, (Cathryn Jo), s. 26.

¹²² SANGERO, s. 33.

öldürme girişimi sonucu öldürülmesi hallerinde, yürürlükten kaldırıldı¹²³. Bu kanunda, haneye tecavüz eden ya da cana kasteden saldırganı öldüren kişinin fiili, haklı kabul edilmekteydi. Özellikle haneye tecavüz suçlarında, ölçülülük ve daha az güç kullanımı gibi gereksinimlere de ihtiyaç duyulmamaktaydı. Çünkü toplum adına çok ciddi bir tehdit oluşturan bu durumlarda, saldırganın öldürülmesi ile toplum fayda görmekteydi¹²⁴.

Bu kanunun yerine daha sonra “9 George IV” kanunu yürürlüğe girdi. Bu kanunda da bir öncekine benzer bir düzenleme yapıldı. Nihayet haklı görülebilir nedenle adam öldürme (justified homicide) ile mazur görülebilir adam öldürme (excusable homicide) arasındaki fark iyice azaldı. Böylece günümüzde kabul edilen hukuka uygunluk nedeni olarak meşru müdafaa algısı, İngiliz hukukunda yerleşti¹²⁵.

17. Yüzyılda yaşamış ünlü İngiliz hukukçusu BLACKSTONE, adam öldürme suçunu; haklı, mazur görülebilir ve kasıtlı olmak üzere üçe ayırmaktaydı. Yazara göre, insan hayatı büyük yaratıcının bir hediyesidir. Bu nedenle hiç kimse, kendini ya da başkasını öldürme hakkına sahip değildir. Ancak belli durumlarda, cezasızlık ya da cezada indirim sebebi olabilir. Haklı nedenle adam öldürme durumunda, işlenen fiil cezalandırılmaz; mazur görülebilir adam öldürmede ise, cezada indirim yapılırdı¹²⁶.

Meşru müdafanın ilk analitik incelemesi FOSTER tarafından yapılmıştır. FOSTER, iradi adam öldürme girişimindeki saldırganın öldürülmesi biçimindeki meşru müdafaa ile bir kavga esnasında zorunlu olarak öldürme biçimindeki (chance-medley tipi) meşru müdafaa arasında kesin bir ayırım yapmıştır. Birinci eylemciyi,

¹²³ SANGERO, s. 35.

¹²⁴ KOPEL / GALLANT / EISEN, s. 125, 126.

¹²⁵ SANGERO, s. 35.

¹²⁶ BLACKSTONE, William Blackstone, Commentaries on the Laws of England (1765-1769) Book 4, Chapter 14 of Homicide, <http://www.lonang.com/exlibris/blackstone>, Erişim Tarihi:28.09.2014.

tam masum ve haklı sınıfına dahil etmiş, ikinciye ise kusurlu fakat affedilebilir sınıfına koymuştur¹²⁷.

1967 yılında meşru müdafaa, İngiltere’de ilk kez kanun haline getirildi. Bu Ceza Yasası’nda (Criminal Law Act. 1967) madde 3’ün düzenlemesi şöyleydi:

“1) Bir kişi, suç işlenmesine engel olmak veya yasal olarak suçluların veya suç zanlılarının veya genel olarak yasadışı kişilerin yasal tutukluluklarının gerçekleştirilmesi veya gerçekleştirilmesine yardımcı olmak için o koşullarda makul güç kullanabilir.

2)Yukarıdaki 1. fıkrada belirtilen amaçlar için güç kullanımını hukuka uygun sayan ortak hukuk kurallarının yerine geçer”¹²⁸.

Bu kanun ile, meşru müdafaa, suçu önleme için makul güç kullanımı yönünde kamusal bir hak (public right) olarak da benimsendi ve böylece ortak hukuktakinden daha geniş bir düzenleme getirilmiş oldu¹²⁹.

Ortak hukuku uygulayan Amerika Birleşik Devletleri’nde de, ABD Anayasa’sında, meşru müdafaa, açıkça yer almamakla birlikte, bütün yargıçlar tarafından benimsenmiş ve davalarda uygulanmıştır. Nitekim ABD’nin otuz yedi eyaletinin Anayasalarında da, meşru müdafaa yer almaktadır¹³⁰.

2.5.6 Türk Hukuku

2.5.6.1 İslamiyet Dönemi

İslam hukuku hayata, mala, ırz ve namusa yönelmiş bütün saldırılara karşı meşru müdafaayı kabul etmekteydi. Haksız saldırıyı gerçekleştirenin çocuk, akıl hastası gibi kişiler olması bile, kendisine saldırılan kişinin müdafaada bulunmasına

¹²⁷ SANGERO, s. 34.

¹²⁸Criminal Law Act. 1967, “3 (1)A person may use such force as is reasonable in the circumstances in the prevention of crime, or in effecting or assisting in the lawful arrest of offenders or suspected offenders or of persons unlawfully at large.

(2)Subsection (1) above shall replace the rules of the common law on the question when force used for a purpose mentioned in the subsection is justified by that purpose”.
<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/58/section/3>, Erişim Tarihi: 27.05.2014.

¹²⁹LACEY, Nicola / WELLS, Celia / QUICK, Oliver, Reconstructing Criminal Law, Cambridge University Press, 3. Edition, UK 2003, s.796.

¹³⁰ KOPEL / GALLANT / EISEN, s. 128.

engel görülmemekteydi. İslam ceza hukukunda haksız saldırının varlığı, meşru müdafaa için yeterli görülmüştür¹³¹.

2.5.6.2 Osmanlı Dönemi

Osmanlı Devleti'nde Tanzimatın ilanından sonra çıkarılan kanunlar, bazı yenilikler getirmekle birlikte, İslam hukukundan çok ayrılmamaktaydı¹³². Meşru müdafaa kurumu, ilk olarak 1274 tarihli Ceza Kanunu'nun özel kısmında yer almıştır. 1274 tarihli Kanun'un 186. maddesinde “*müdafaa ve muhafazai nefis ve ırz için katil, cerh muaftır.*” şeklindeki düzenleme ile sadece adam öldürme ve müessir fiil suçlarını kapsayan meşru müdafaanın alanı dar tutulmuştur. 22 Mayıs 1327 tarihli Kanunla genel kısımda düzenlenen meşru müdafaanın, alanı da genişletilmiştir¹³³.

2.5.6.3 Cumhuriyet Dönemi

Cumhuriyet dönemi ile birlikte, her alanda olduğu gibi hukuk alanında da devrim yapılmış, şer'i hukuk dönemi kapanmış, laik hukuk dönemi başlamıştır. Bu

¹³¹ÇOLAK, s. 146. (Meşru müdaafa (defül zarar) durumunda hiç kimse yaralama ve öldürmeden dolayı cezalandırılmaz. Böyle bir fiilin meşru müdaafa durumunda işlenip işlenmediğini tesbit edebilmek için bu fiilin nerede ve ne zaman işlendiğine bakılır. Bir kasabada veya kasaba dışında, gece veya gündüz olmasına göre sonuç değişmektedir. Bir kişi kendisine kılıçla ya da sopayla saldırı, bu saldırı nerede olursa olsun öldürebilir ve bundan ötürü cezalandırılmaz. Buna karşılık gündüz vakti kendisine sopa ile saldırıyı öldüren kimse cezasız kalmaz, çünkü sopa, öldürücü bir alet değildir ve saldırıyı yardım isteyerek ya da başka şekilde savmak mümkündür. Kılıçla saldırıya karşı yapılan savunma hareketi her zaman, meşru müdafaa kapsamına girer, çünkü kılıç öldürücü bir alettir. Bununla birlikte malını geceleyin çalan hırsız, malını kurtarmak için öldüren kişi de cezalandırılmaz. Eğer gündüzse, mal sahibi malını hırsızın çalmasına başka türlü engel olamadığı için hırsız öldürmüştü gene cezalandırılmaz. Evine giren ve kendisini öldüreceğini anladığı silahlı kişiyi öldüren ev sahibi de cezalandırılmaz. Kendisine saldıran bir erkeği başka türlü savamayacağını anlayan kadın da o erkeği öldürebilir. Bu durumda kadının cezasız kalması bazı şartlara bağlıdır.) Daha fazla bilgi için bkz., ÜÇOK, Coşkun, “Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler II”, AÜHFD 1946, C. 3, (S. 2), s. 369, 365-383.

¹³² ÜÇOK, Coşkun, “Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler”, AÜHFD 1946, C. 3, (S. 1), s. 125, 125-146.

¹³³ ÖZEN, s. 27, 28; (Kıyas dışında verilen cezaları İslam Devlet Reisi uygular. Ancak isterse, bu görevi tayin ettiği yargıçlar aracılığıyla da yerine getirebilir. Bazı durumlarda bireyler de, kendileri bir cezaya çarptırılmaksızın başkalarına karşı cebir kullanabilirler. Çünkü, suç işlemekte olan bir kimseyi bundan menetmesi her müslümanın vazifesidir. Bunun için haram bir fiil işlemekte olan bir kimseyi gören bir Müslüman, kuvvet kullanarak onu bundan vazgeçirtebilir ve bunu yapmış olduğu için cezalandırılmaz. Bir kimsenin kendi nefisine karşı olan bir saldırıyı kuvvet kullanarak savması durumunda da, bu kişi cezalandırılmaz. Baba, çocuklarını; koca, karısını; efendi, kullarını ve öğretmen, öğrencilerini cezalandırabilirler. Ancak burada belli sınırlar çizilmiştir, bu sınırları aşanlar da işledikleri fiillerinden ötürü sorumludurlar. Bununla birlikte, zina işlerken karısını yakalayan koca ve malını çalarken hırsız yakalayan mal sahibi için, cezalandırma bakımından bir sınır konulmamıştır.) Bkz., ÜÇOK, (S. 1), s. 132.

dönemde 1889 tarihli Zanardelli Kanunu'nun Türkçeye çevrilmesi ile 1926 tarihli 765 sayılı Türk Ceza Kanunu oluşturulmuştur¹³⁴.

765 sayılı TCK'nın 49/2. maddesinde meşru müdafaa ile ilgili "*Gerek kendisinin gerek başkasının nefesine veya ırzına vukubulan haksız bir taarruzu filhal def'i zaruretinin bahis olduğu mecburiyetle işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez*" hükmü yer almaktaydı.

5237 sayılı TCK'da ise bu hüküm genişletilerek, 25/1. 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*" şeklinde düzenlemiştir. Böylece sadece nefse ve ırza yönelik saldırı değil, her türlü hakka yönelik saldırıya karşı da meşru müdafaa kabul edilmiştir.

Evrensel bir kurum olarak meşru müdafaa bugün bütün hukuk düzenlerinde yer almaktadır. Ancak, meşru müdafaa'nın şartları ve sınırları bakımından çeşitli mevzuatlar arasında farklar bulunmaktadır. Meşru müdafaa bazı kanunlarda sadece kişiye yönelik saldırılar bakımından kabul edilirken, çağdaş ceza kanunlarının çoğunda tüm hakları kapsayacak şekilde düzenlemeler yapılmıştır¹³⁵.

¹³⁴ ÖZEN, s. 28.

¹³⁵ DÖNMEZER / ERMAN, (C.II), s. 98.

Bölüm 3

MEŞRU MÜDAFAANIN KOŞULLARI

Meşru müdafanın koşulları, Türk hukuk sisteminde “saldırıya ilişkin” ve “savunmaya ilişkin” koşullar olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir. Oysa ortak hukuk, böyle bir ayrıma gitmemekte, bu koşulları; zorunluluk şartı, kaçma görevi, eşzamanlılık ve ölçülülük şartı şeklinde sınıflandırmaktadır. Nitekim, bunlardan her birinin ya saldırıya ya da savunmaya ilişkin koşullar olduğu ortadadır. Dolayısıyla biz de, çalışmamızı daha anlaşılır kılmak için koşulları, saldırıya ilişkin ve savunmaya ilişkin koşullar başlıkları altında incelemeyi uygun bulduk.

3.1 Saldırıya İlişkin Koşullar

3.1.1 Haksız Bir Saldırının Varlığı

Meşru müdafaa için en temel koşul, bir saldırının varlığıdır. Doğal olarak saldırı olmaksızın, savunmadan bahsedilmesi olanaksızdır. Kişinin, hukuken korunan haklarına yönelik, zarar verici hareketlerin tümüne saldırı denir¹³⁶.

Saldırının haksız olması demek, hukuk düzeninin, kişiye tahammül göstermesi konusunda görev yüklediği durum demektir. Eğer hukuk düzeni kişiden, bu harekete katlanmasını istiyorsa, yani hareket hukuka uygun ise, burada haksız saldırıdan söz edilemez. Şöyle ki; hukuka uygunluk nedeni içinde gerçekleştirilen hareketin de, daha ileride ayrıntılı izah edeceğimiz sınırları aşmamış olması gerekir¹³⁷.

¹³⁶ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 302.

¹³⁷ ÖNDER, s. 242.

Haksız saldırı, hukuk düzeninin izin vermediği saldırdır. Saldırının ille de suç teşkil etmesi gerekmez, hukuka aykırı olması yeterlidir. Haksız saldırı, hakkın kötüye kullanılması hallerini de kapsar. Milletvekilliği dokunulmazlığı, diplomasi dokunulmazlığı gibi bağışlıktan faydalanmış olmak da, saldırının haksızlığını ortadan kaldırmaz¹³⁸. Aynı şekilde, anne baba veya öğretmenin çocuğa karşı cebir ve şiddette bulunması, çocuğu terbiye sınırları dahilinde kabul edilemez, çocuğun bu hareketlere karşı savunma hakkı vardır¹³⁹. Yine, bir memurun görevini yaparken keyfi cebir ve şiddete başvurması, hakkın kötüye kullanılması dolayısıyla haksız saldırı niteliğindedir¹⁴⁰.

Saldırı, icrai bir hareketi ifade ettiğine göre, hareketsizlik kuralı olarak saldırı değildir. Ancak fail, belirli bir şekilde hareket etmek mecburiyetindeyken hareketsiz kalmışsa, bu davranışı da saldırı niteliği taşır. Yani saldırı, icrai hareketle olabileceği gibi, hukuksal bir yükümlülüğü ihlal edecek şekilde, ihmali hareketle de olabilir¹⁴¹. SANGERO'ya göre; meşru müdafaa gereksinim duyulan saldırıların büyük çoğunluğu, aktif fiillerdir. Ancak yasal bir yükümlülüğü ihlal edecek şekilde hareketsiz kalarak yapılan saldırılara karşı da meşru müdafaa kabul edilmelidir¹⁴². Bir evin kapısında durarak eve girişin önlenmesi, ihmali hareketle gerçekleştirilen haksız saldırıya örnek verilebilir¹⁴³. ÖNDER'e göre de, ihmal suretiyle icra suçlarında meşru müdafaa kabul edilirken; sırf ihmal suçlarına karşı, meşru müdafaa mümkün değildir¹⁴⁴.

¹³⁸ EREM, (1993), s. 393.

¹³⁹ CENTEL, s. 291.

¹⁴⁰ ÖZEN, s. 84.

¹⁴¹ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 302; TANER, s. 226.

¹⁴² SANGERO, s. 139; FLETCHER, (2000), s. 385; KOCA / ÜZÜLMEZ; (2009), s. 260.

¹⁴³ TANER, s. 226.

¹⁴⁴ ÖNDER, s. 241.

Saldırı kelimesi çoğunlukla, cebir ve şiddet anlamına gelmektedir¹⁴⁵. Ancak saldırının mutlaka cebir ve şiddet içermesi gerekmez. Önemli olan savunmayı zorunlu kılan bir saldırının varlığıdır. Kişinin herhangi bir vasıta ile kendini bilmeyecek ve savunamayacak hale getirilmesi de cebir sayılır (TCK madde 148/3). Örneğin, uyuşturucu madde verilmek suretiyle yapılan saldırıya karşı da meşru müdafaa kabul edilmektedir¹⁴⁶.

Bazı kanunlar haksız bir saldırı tehdidini bile, özellikle ölüm tehdidini, meşru müdafaa kapsamına sokmuşlardır. Ölüm tehdidi, ancak bu tehdidin derhal icraya konacağına dair makul kanaat uyandırması halinde, meşru müdafaa yolunu açabilir. Aksi halde tehdit edeni öldürmeyi ya da yaralamayı haklı göstermez¹⁴⁷.

Hukuk düzeni, insan hareketlerini değerlendirdiğine ve normlar insanlara hitap ettiğine göre, hayvan hareketlerine veya doğa olaylarına karşı meşru müdafaa bahsedilemez. Şartları varsa, zorunluluk halinin varlığından söz edilebilir¹⁴⁸. Ancak, hayvanın sahibinin elinde bir vasıta olarak kullanıldığı hallerde, saldırı hayvandan değil, insandan kaynaklanmış demektir¹⁴⁹.

Saldırıda bulunan kişinin isnat yeteneğine sahip olmaması durumunda meşru müdafaa'nın kabul edilip edilmeyeceği yönünde doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bazı yazarlar, akıl hastası ya da yaşı küçük kişilerin saldırılarına karşı da meşru müdafaa'nın kabul edilmesi gerektiğini söylemektedirler¹⁵⁰. Ancak bazılarına göre, bu kişilerin saldırıları, haksızlık vasfına sahip değildir ve bunlara karşı meşru müdafaa söz konusu olamaz¹⁵¹. TANER'e göre, önemli olan saldırganın haksızlık bilincinde olması ya da bu kişilerin soruşturulması değil, saldırı niteliği

¹⁴⁵ EREM, (1993), s. 391.

¹⁴⁶ ÖZEN, s. 75, 76; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 303.

¹⁴⁷ EREM, (1993), s. 391.

¹⁴⁸ ÖNDER, s. 242.

¹⁴⁹ EREM, (1993), s. 391.

¹⁵⁰ KOCA / ÜZÜLMEZ, (2009), s. 261.

¹⁵¹ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 304; TANER, s. 227.

taşıyan fiilin, hukuk normuyla çatışmasıdır. Bundan dolayı, isnat yeteneğine sahip olmayan kişilerin saldırılarına karşı da meşru müdafaa mümkündür¹⁵². Kanaatimizce de saldırıda bulunan kişinin kusur yeteneğine sahip olup olmaması meşru müdafaa engel teşkil etmemelidir. Eğer haksız bir saldırı varsa, savunma, meşru müdafaa kapsamında değerlendirilmelidir.

Saldırının halen var olması gerekir. Ancak henüz başlamamış olmakla birlikte, başlaması muhakkak olan bir saldırıya karşı da meşru müdafaa kabul edilebilir. Bunun gibi bitmiş olmakla birlikte, tekrar başlaması muhakkak olan bir saldırıya karşı da meşru müdafaa kabul edilir. Zaten tekrarı muhakkak olan bir saldırıyı, sona ermemiş saymak gerekir¹⁵³.

Saldırının başlangıcını, devamını ve sona ermesini incelerken, yakın tehlikenin araştırılması gerekir. Müdafaaı meşru kılacak olan, yalnız saldırının mevcudiyeti değil, aynı zamanda tehlikenin mevcudiyetidir. Saldırıya uğrayan kişinin savunmada bulunması için saldırının başlamış olması değil, başlaması muhakkak saldırı tehlikesinin belirmeye başlamış olması yeterlidir¹⁵⁴. Saldırıya uğrayan kişi, müdafaa için zarar verilmesini beklemek mecburiyetinde değildir. Aksi halde müdafaa gecikmiş olabileceğinden, saldırıdan kurtulmak mümkün olamayacaktır. Müdafaaı meşru kılan, yakın bir tehlikenin varlığıdır¹⁵⁵.

Fakat meşru olarak güç kullanımından önce, tehlikenin ne kadar yakın olması gerektiği sorusu akla gelmektedir. Saldırı tehdidinin yakın olması (immediate), meşru müdafaaaya yönelik güç kullanımından önce, saldırının fiilen başlamış olması demek değildir. Mantıken yakın bir tehditin gerçekleşmesi, yakın olmayana göre daha olasıdır. Bu gerçek, İngiliz hukukunda önleyici tedbirin (pre-emptive strike)

¹⁵² TANER, s. 227.

¹⁵³ DÖNMEZER / ERMAN, (C.II), s. 113.

¹⁵⁴ SANGERO, s. 154.

¹⁵⁵ GÖZÜBÜYÜK, A. Pulat, "Meşru Müdafaanın Başlangıcı, Devamı ve Sona Ermesi", Ankara Barosu Dergisi 1946, C. 3, S. 24, s. 1-5.

kabul görmesi şeklinde kendini gösterir. Şu şartla ki; önleyici tedbir makul olmalıdır¹⁵⁶. Öyle gözüküyor ki, eşzamanlılık gereksiniminin amacı, halihazırda var olmayan tehlike tehdidini önlemektir.

1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu da saldırıdan değil, onun doğurduğu tehlikeden söz etmektedir. Bu kanun, savunmanın meşruluğu için saldırının doğurduğu bir tehlikenin varlığını yeterli görmektedir. Aynı şekilde İsviçre Ceza Kanunu da haksız saldırı tehdidini meşru müdafaa açısından yeterli saymaktadır¹⁵⁷.

Yargıtay da bu konuya ilişkin olarak şöyle demektedir: “*Savunmada bulunmak, her canlının ve bu arada insanın, kendisini koruma tepkisinin bir sonucudur. Ceza Genel Kurulu’nun uyum gösteren içtihatlarına göre, saldırının varlığını geniş manada anlamak ve başlayacağı artık muhakkak olan bir saldırıyı başlamış, keza bitmiş olmasına rağmen tekrarından korkulan bir saldırıyı da, henüz sona ermemiş saymak zorunludur. Saldırının bilfiil başlaması beklenemez olursa, bir çok halde savunma etkisini kaybetmiş olur. Bu nedenle 1931 tarihli İtalyan Ceza Yasası "saldırının değil, ondan doğan tehlikelerin halen var olmasından" söz etmiştir. Henüz başlamamış bir saldırı da tehlike teşkil edebilir*”¹⁵⁸.

İngiliz İstinaf Mahkemesi (Court of Appeal)’nin 1984 yılında verdiği bir kararda¹⁵⁹, sanığın Toxteth’deki dükkanı saldırıya uğramış ve ayaklananlar dükkana büyük hasar vermişlerdir. Daha fazla saldırı olacağı korkusu ile dükkan sahibi yani sanık, saldırganları geri püskürtmek amacıyla en son çare olarak kendi imkanlarıyla el yapımı petrol bombası hazırlamıştır. Bu yüzden sanık, patlayıcı madde tasarrufu suçu ile itham edilmiştir. Sanık, amacının kendini savunmak olduğunu belirtmiş ve alt mahkemede beraat etmiştir. Mahkemenin bu kararını istinaf eden savcılık, “sanık,

¹⁵⁶LODGE, s. 153.

¹⁵⁷ÖZEN, s. 74.

¹⁵⁸Yargıtay 1. Ceza Dairesi 1991/2556 E, 1991/2846 K.

<http://www.kararara.com/yargitay/ycdk2/yrgtyk13897.htm>, Erişim Tarihi:17.10.2014.

¹⁵⁹Attorney-General’s Reference No.2 of 1983 (1984) Q.B. 456 Court of Appeal.

bir şiddet uygulamadı ki, meşru müdafaa savunmasına sığınsın.” diyerek, bu meselenin meşru müdafaa kapsamında olmadığını iddia etmiştir. İstinaf Mahkemesi kararını verirken şu görüşler ışığında, meşru müdafaa talebini reddetmiştir: “*Sanığa yönelik bir şiddet beklentisi olmakla birlikte, yakın bir tehlikenin ve/veya şiddetin yokluğunda meşru müdafaadan söz edilemez. Böylesi bir durumda sanık, pekala kendisini korumak üzere polis çağırabilir, diğer kişilerle birlikte kendisini savunabilirdi; bomba hazırlamasına gerek yoktu*”. Savcılığın görüşüne itibar eden mahkeme, sanığı mahkum etmiştir¹⁶⁰.

3.1.2 Saldırının Bir Hakka Yönelmiş Olması

Meşru müdafaa, kişilere ait bütün haklar bakımından söz konusudur. Sadece kişilerin fiziksel bütünlükleri değil, kişilerin sahip oldukları tüm haklara karşı meşru müdafaa kabul edilir¹⁶¹. Keza korunan haklar arasında fark yaratılmayacağından şerefe karşı saldırılara ilişkin olarak da meşru müdafaa kabul edilmektedir¹⁶². Yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, kişi güvenliği, sağlık, özgürlük, özel yaşamın korunması, kişisel onur ve duygular, konut dokunulmazlığı, malvarlığı, bu hakların hepsi meşru müdafaa kurumunun koruması kapsamındadır¹⁶³.

Saldırıya sebebiyet veren kişi, meşru müdafaa kurumundan yararlanabilir mi? Doktrinde “meşru müdafaaya karşı meşru müdafaa olmaz”¹⁶⁴ ifadesi sıkça yer almaktadır. Dolayısıyla saldırıyı tahrik eden kişi, karşı tarafı meşru müdafaa durumuna sokmuşsa, saldırganın meşru müdafaa sınırları içinde işlediği fiil haksız sayılamayacağından, meşru müdafaaya imkan vermez¹⁶⁵. Ancak, saldırıya sebebiyet veren kişi, kendisini koruma hakkından yoksun bırakılamaz. Çünkü tahrik, fiilin

¹⁶⁰ ALLEN, Michael J / COOPER, Simon, Elliot&Wood’s Cases and Materials on Criminal Law, Ninth Edition, London 2006, s. 345.

¹⁶¹ WILLIAMS, Glanville, Textbook of Criminal Law, London (1978), s. 448; LAW REFORM COMMISSION, Consultation Paper-Legitimate Defence, Ireland (2006), s. 18,19.

¹⁶² EREM, (1993), s. 393.

¹⁶³ WILLIAMS, (1978), s. 448; CENTEL, s. 292, 293.

¹⁶⁴ CENTEL, s. 291; ÖZEN, s.89.

¹⁶⁵ ZAFER, s. 307; TOROSLU, s. 105.

haksızlığını hafifletirse de, fiili meşrulaştırmaz. Daha ileride inceleyeceğimiz üzere, kusurlu bir harekete karşı gösterilen aşırı, ölçüsüz tepki, haklı sayılmayacağından, bu tepkiye karşı meşru müdafaa söz konusu olabilir¹⁶⁶.

Karşılıklı çatışma ve kavga hallerinde, saldırıyı kimin başlattığı, meşru müdafaaanın tespitinde büyük önem arz etmektedir. Aynı görüşü paylaştığımız DÖNMEZER-ERMAN'a göre, her iki tarafın da saldırı hazırlıklarında bulunmuş olması durumunda, saldırıyı ilk başlatan tespit edilemiyorsa, her iki tarafı da savunma halinde kabul etmek gerekecektir. Aksi halde, gerçekte meşru müdafaa halinde olanı da mahkum etmek sonucu ortaya çıkar ki; bu durum, adaletsizliğe neden olacaktır¹⁶⁷.

3.2 Savunmaya İlişkin Koşullar

3.2.1 Eşzamanlılık

Eşzamanlılık, saldırının hangi andan itibaren savuşturulabileceği ve saldırının hangi anda sona erdiğiyle ilgilidir¹⁶⁸. Mevcut bir saldırı olmaksızın meşru müdafaaadan bahsetmek olanaksız olduğuna göre, saldırı ile savunmanın eşzamanlı olması gerekir. Çünkü bir saldırı başlamadan savunmaya geçmek meşru sayılmayacağına göre, başlamış bitmiş bir saldırıdan sonra savunmaya kalkışmak da meşru değildir. Biten bir saldırıdan sonra "savunma" adı altında yapılan fiiller artık meşru müdafaa olmaz, olsa olsa öç alma olur¹⁶⁹.

Eşzamanlılık, zorunluluk şartı ile iç içe geçmiştir. Ancak eşzamanlılık şartının ayrı bir tartışma konusu yapılması çok önemlidir. Yazarların çoğu, bunun gerekliliğini kabul ederler. Hatta bazıları bu fikri, hem en temel ve önemli gereklilik olarak, hem de zorunluluk şartının özünü oluşturan merkezi bir öge olarak açıklarlar.

¹⁶⁶ TOROSLU, s. 105; DÖNMEZER / ERMAN, (C.II), s.109; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 306.

¹⁶⁷ DÖNMEZER / ERMAN, (C.II), s.111.

¹⁶⁸ TANER, s. 228.

¹⁶⁹ CENTEL, s. 289.

Bu çalışmada olduğu gibi, hukuk sistemlerinin hemen hepsinde eşzamanlılık kavramı incelenmekte ve ceza kanunlarında da meşru müdafanın tanımı içerisinde yer bulmaktadır. Günümüzde mahkemeler, zorunluluk şartını, eşzamanlılığı da içerecek şekilde yorumlamaktadırlar¹⁷⁰.

FLETCHER ve SANGERO'nun da dahil olduğu bir grup yazara göre; kişinin özerkliği her şeyin üzerindedir. Dolayısıyla kişinin özerkliğine yapılan bir saldırı durumunda meşru müdafanın haklılığı, eşzamanlılık ve dolayısıyla da zorunluluk şartını dikte ettirmez. Ancak bu şartlar, sosyal-yasal düzenin faktörleridir. Meşru müdafayı haklı çıkaran eşzamanlılık şartı, zorunluluk şartı tarafından karakterize edilir. Genelde zorunluluğun, özelde ise eşzamanlılığın eksikliği durumunda, saldırganın ciddi şekilde yaralanması, sosyal-yasal düzenin ihlali anlamına gelir¹⁷¹. Nitekim ROSEN de bu konuda “meşru müdafaa hukukunda eşzamanlılık kavramı, zorunluluk nosyonundan bağımsız düşünüldüğünde önemsizdir” demektedir¹⁷².

Eşzamanlılık, sadece savunma fiilinin zorunluluğunu güvence altına almamakta, aynı zamanda zarar olasılığı sorununu da ortaya çıkarmaktadır. Savunma fiilinin, meşru olabilmesi için, ne çok erken ne çok geç olması gerekir¹⁷³.

Meşru müdafaa hukukunda, eşzamanlılık (immediacy) kavramı, korunan hukuki değere yönelik tehlike tehdidi ile bu tehdide karşı savunma eylemi arasında geçen süreye atıf yapmaktadır. Savunma eylemi, tehdit eden tehlikenin yakın olması durumunda meşrudur¹⁷⁴. Nitekim İstinaf Mahkemesi (Court of Appeal)'nin, *R.v.Chisam* (1963)¹⁷⁵ kararında da Lord Parker, “sadece gerçekleşen bir saldırıya karşılık değil, makul ve dürüst olarak bir saldırı beklentisiyle güç kullanımı halinde

¹⁷⁰ SANGERO, s. 150,151.

¹⁷¹ SANGERO, s. 152.

¹⁷² ROSEN, (Richard), “On Self-Defence, Imminence and Battered Women Who Kill Their Batterers”, North Caroline Law Review 1993, Vol. 71, s. 379, 371-398.

¹⁷³ LODGE, s. 153.

¹⁷⁴ LODGE, s. 152.

¹⁷⁵ *R. v. Chisam* (1963), ALLEN / COOPER, s. 343.

de meşru müdafaa savunması söz konusu olur. Ancak beklenen saldırı ihtimalinin çok yakın (imminent) olması gerekir.” demiştir.

Eşzamanlılık şartı, çok yoğun desteklenmesine rağmen, bir kısım yazarlar çeşitli sebeplerle bu kavramın tadil edilmesini ya da tamamen terk edilmesini savunmaktadırlar¹⁷⁶. Çok güçlü bir eleştiri de şudur ki; eşleri tarafından şiddete uğrayan kadınların eşlerini öldürmeleri ve onlara karşı güç kullanmaları durumunda, eşzamanlılık gereksinimi, bu kişilerin meşru müdafaadan yararlanmalarını sınırlamaktadır. Şiddete maruz kalan kadınların davalarının (battered women cases) bir kısmında meşru müdafaa savunmasının diğer meşru müdafaa meselelerinden farkı olmayabilir. Ancak bazı durumlarda, eşzamanlılık gereksiniminin karşılanması zordur. Bir kadın düşününüz ki; kocası veya erkek arkadaşı tarafından sürekli ve ciddi biçimde şiddete maruz kalmakta, ne yapsa bu taciz ve suistimalden kurtulamamaktadır ve son çare olarak eşini uyurken öldürmüştür. Yüzyüze şiddetin uygulanmadığı ortamda (non-confrontational situation) kadının eşini öldürmesi halinde, son şiddet fiili ile öz-savunmasal güç (self-defensive force) arasında yakın nedensellik bağı olmamasından dolayı, eşzamanlılık gereksiniminin karşılandığı söylenemez¹⁷⁷.

Şiddete maruz kalıp, eşini uyurken öldüren kadınlara ilişkin birçok mahkeme kararı vardır. Uyumakta olan bir eşten kaynaklanan bir zarar tehdidinin yakınlığından, dolayısıyla meşru müdafaa savunmasından bahsetmek olası değildir. Bazı yazarlar, gerek zorunluluk gerekse eşzamanlılık gereksinimlerinin şiddete uğrayan kadınlar bakımından tamamen ortadan kaldırılmasını savunmaktadırlar¹⁷⁸. Bu yazarlar, şiddete maruz kalan kadının, öldürme zorunluluğu olmasa bile, ahlaksal olarak hakkı (morally justified) olduğunu belirtmektedirler. Ne var ki bu yaklaşımın,

¹⁷⁶ WILLIAMS, (1978), s. 503; SANGERO, s. 157-162; LEVERICK, s. 93-108.

¹⁷⁷ LODGE, s. 154.

¹⁷⁸ LEVERICK, s. 93, 94.

insan yaşamının özerkliğini ve bedensel bütünlüğünü koruma arzusu ile uzlaştırılması zordur. Üstelik hukuk düzeninin saldırgan olmayan seçenekler (non-aggressive alternatives) yaratma girişimleri ile de bağdaşmamaktadır¹⁷⁹.

Diğer bazı yazarlar ise, eşzamanlılık ile zorunluluk gereksinimlerinin tamamen ilgası yerine, yeniden kavramlaştırılmalarını (reconceptualised) istemektedirler. Örneğin eşzamanlılık kavramı, eşlerini öldüren, şiddete maruz kalan kadınları içerecek şekilde genişletilebilir. Çünkü zarar tehdidi sürekli olup, saldırı tehlikesi her an mevcuttur. Bazılarıysa, eşzamanlılık kavramına geniş bir anlayış sağlamak üzere, müstakbel zarar tehdidini de içerecek (incorporate a threat of future harm) biçimde yeniden yorumlanmasını önermektedirler¹⁸⁰.

Ancak bu öneriler reddedilmektedir. LEVERICK'e göre, bir eşzamanlı zarar, gelecekte gerçekleşmesi beklenen bir zarar değildir. Eşzamanlı zarar, gerçekleşmesi eli kulağında bir zarardır¹⁸¹.

Başını ROBINSON'un çektiği bazı hukukçular ise, şiddet mağduru kadınlar bakımından, tehlikenin yakın olması anlamını taşıyan eşzamanlılık (immediacy) kavramının, daha zayıf bir gereksinme olan eşzamanlı zorunluluk (immediate necessity) kavramına yerini bırakmasını önermişlerdir. Meşru müdafaa söz konusu olduğunda araştırılması gereken, tehdidin yakınlığı (immediacy of threat) değil ama savunma için karşılık verme zorunluluğunun yakınlığı (immediacy of the response necessary indence) olmalıdır. Eğer zarar tehdidi son ana kadar beklenilmesi halinde defedilemeyecekse, meşru müdafaa prensibi, kişinin daha erken davranmasına cevaz vermelidir¹⁸².

¹⁷⁹ LODGE, s. 155.

¹⁸⁰ LEVERICK, s. 95, 96.

¹⁸¹ LEVERICK, s. 96.

¹⁸² LODGE, s. 156.

Şiddete maruz kalan kadının kötü durumu, bir rehinenin (hostage) durumu ile karşılaştırılmaktadır. Kaçıran pasif durumda iken, rehine, içine itildiği kötü durumdan kurtulabilmek için her yolu deneyebilmektedir. Bu örnek, daha genel bir zorunluluk testi (a more general test of necessity) ya da eşzamanlı zorunluluk (immediate necessity) destekçileri tarafından benimsenmiştir¹⁸³.

Bu yaklaşımın, şiddete maruz kalan kadınları rahatlıkla meşru müdafaadan yararlandıracağı bir gerçek olmakla birlikte, şiddet karşısında devletin yeterli koruma sağlamadığı iddiasıyla, sayısız meşru müdafaa talebiyle karşılaşacağı da aşikardır. Ayrıca eşzamanlılık gereksiniminin bu şekilde yorumlanması, mahkemelere, savunma fiili bağlamında, zorunluluğun ne olduğu ya da ne olmadığı hususunda da çok geniş bir esneklik getirebilecektir. Dolayısıyla hangi fiilin meşru müdafaa kapsamında olduğu ya da olmadığı hususunda, mahkemelerin tutarlı kararlar vermeleri zorlaşacaktır. Zararın yakınlığı nosyonunun gerekliliği yönünde öne sürülen en güçlü argüman şudur: Zarar tehdidi ne kadar uzaksa, bu tehdidin gerçekleşme olasılığı o kadar zayıftır ve alternatif şiddet dışı (non-violent) fiil kullanabilme olasılığı da daha yüksektir. Bundan dolayı da savunma gücüne başvurma gerçekte zorunlu değildir¹⁸⁴.

İngiliz hukukunda eşzamanlılık (imminence) meşru müdafaanın temel gereksinmesini oluşturan zorunluluğun sadece bir göstergesidir ama önemi de küçümsenmemelidir. Aslında meşru müdafaa, yaklaşmakta olan zarar olasılığının bir tür kaçınılmazlığını talep etmektedir. Ancak bu düzeye erişildikten sonra, başkasının haklarına tecavüz eden bir sanık meşru müdafaadan yararlanabilir. Bu standardı karşılayabilmek için sanık, eğer savunma fiili olmasaydı zarar tehdidinin kaçınılmaz olarak gerçekleşmiş olacağını ve başka türlü de bu zararın önlenememiş olacağını

¹⁸³ LODGE, s. 156.

¹⁸⁴ LODGE, s.157.

göstermelidir. Bu kapsamda şiddete maruz kalmış kadının (battered woman) zararın kaçınılmazlığı testini ve orantılılık testini karşılayabileceği kuşkuludur¹⁸⁵.

Bu konuda şiddete maruz kalan kadınlar bağlamında çözüm olarak, meşru müdafanın halihazırda mevcut koşullarında bir değişiklikten çok, aile içi şiddet mağdurlarına (domestic violence victims) sağlanan korumada değişiklik yapılması önerilmektedir. Şiddet mağduru kadınlar, mevcut hukuk çerçevesinde, kısmi mazeret ve ehliyetsizlik savunmalarına (partial excuse or lack of capacity defences) sığınabilirler. Açıkçası bütün meselelerin, mevcut meşru müdafaa formülleri içine sokulması geçmişten beri yerleşmiş prensiplerin erozyonu ile sonuçlanacaktır¹⁸⁶.

Eşzamanlılık (imminence), meşru müdafanın bir gerekliliği olarak, İngiliz ceza hukukunun gelişiminde istikrarsız bir biçimde uygulanagelmiştir. Bazı geçmiş içtihat kararlarında, eşzamanlılık gereksiniminden bahsedilmekle birlikte *Palmer v. The Queen* (1971)¹⁸⁷ kararında Yüksek Mahkeme (Privy Council), eşzamanlılığın, savunma fiilinin makul olarak zorunlu olup olmadığını belirlemede sadece bir faktör olarak kabul edilmesi gerektiğini beyan etmiştir. Bu esnek yaklaşım sonrası, bir dizi kararda eşzamanlılık gereksiniminden söz bile edilmemiştir. Görülüyor ki, dar spesifik koşullar yerine daha genel bir makuliyet testi uygulaması kullanılmaya başlanmıştır. Böylece, eşzamanlı olmasa da bir zararı önlemek üzere bir kişiyi öldüren sanığın beraatinin kapısı neredeyse açılmıştır. Yeter ki kullandığı güç makul olarak nitelendirilsin. *R v. Martin* (2002)¹⁸⁸ davasında benimsenen yaklaşım da budur. Bu karar, eşzamanlılık bağlamında meşru müdafanın bugünkü geçerli hukuki durumunu temsil etmektedir. Ne var ki bu, eşzamanlılık gereksiniminin ortadan

¹⁸⁵ LEVERICK, s. 102-108.

¹⁸⁶ LODGE, s. 158.

¹⁸⁷ *Palmer v. The Queen* (1971), AC 814.

¹⁸⁸ *R v. Martin (Antony)* (2002), 1 Cr. App Rep 27.

kalktığı biçiminde yorumlanmamalıdır. Eşzamanlılık, daha ziyade genel zorunluluk gereksiniminin doğal bir sonucu kabul edilmektedir¹⁸⁹.

KKTC Yüksek Mahkemesi de, daha önce incelediğimiz Ceza İstinaf 3/75 sayılı kararında, *Palmer v. Queen* (1971) kararına atıf yaparak aynı prensipleri tekrarlamıştır. Bu davada şöyle denmektedir: “*Sanığa yapılan hücum ehemmiyetsizse sanığın ahvalin gerektirdiğinden fazla şiddetle mukabele etmesi yanlıştır. Fakat hücum şiddetli ise ve sanık yakın bir tehlike içerisindeyse derhal savunma tedbiri alabilir. Hücum bitmişse ve tehlike kalmamışsa, o zaman sanığın kullanacağı şiddet, nefsi müdafaa için değil de intikam almak için olabilir. Unutulmamalıdır ki yapılan hücum karşısında nefsi müdafaa gerekiyorsa, sanık alacağı savunma tedbirini tam olarak ölçüp dökemez; tehlikede olduğu an dürüst olarak ve sevki tabii ile hareket ederse, aldığı tedbirin makul olduğu kabul edilebilir*”¹⁹⁰.

3.2.2 Zorunluluk

3.2.2.1 Genel Olarak Zorunluluk

Saldırıya yönelik ve saldırının defii amacını taşıyan hareketlerin tümüne savunma denir. Savunmanın meşru olabilmesinin en önemli koşulu zorunluluk ilkesidir. Bundan maksat, saldırının savunma yapılmadan uzaklaştırılma imkanının olmamasıdır. Yani, saldırı başka bir şekilde defedilebiliyorsa, savunmada zorunluluk yoktur¹⁹¹. Failin, kendisine ya da başkasına ait bir hakkı koruyabilmesi için savunmadan başka olanağının bulunmadığı hallerde, zorunluluk gereksiniminin karşılandığı kabul edilmektedir¹⁹².

Zorunluluk (necessity) terimi, meşru müdafaaanın adeta özünü kapsayan bir terimdir. Çünkü savunmanın diğer koşulları ile de iç içe geçmiştir. TURNER, kişinin

¹⁸⁹ LODGE, s. 159.

¹⁹⁰ 13/06/1975 Ceza İstinaf No:3/75 <http://www.mahkemeler.net/Kararlar>, Erişim Tarihi: 11.10.2014.

¹⁹¹ KOCA / ÜZÜLMEZ, (2009), s. 263.

¹⁹² ZAFER, s. 309.

kendisini, başkalarını ya da eşyayı savunmak üzere zorunlu güç kullanımı hukuka uygundur, fakat hukuka uygunluk, olayın zorunluluğu ile sınırlıdır ve gereksiz güç kullanımı saldırı niteliği taşır, demektir¹⁹³.

Dolayısıyla, zorunluluk, saldırının ağırlığı ve direncine göre değerlendirilir¹⁹⁴. Savunma, saldırıyı önlemek için yapılan hareketler olduğuna göre, ki bu hareketler ceza hukuku bakımından suç teşkil edebilir, dolayısıyla saldırıdan başka türlü kurtulma imkanı olmaması halinde kuvvete başvurulmalıdır. Daha hafif fiillerle bertaraf edilebilecek olan saldırılara, ağır karşılık vermekte zorunluluk yoktur¹⁹⁵.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, meşru müdafanın bir hukuka uygunluk nedeni olmasının en önemli şartı, savunmada zorunluluk bulunması, saldırıya uğrayanın başka türlü davranma olasılığının olmamasıdır¹⁹⁶. Saldırıyı defetmek için imkanlar ölçüsünde zorunlu olarak yapılan her şey, savunmadır. Bu amaçla, saldırgana karşı gerçekleştirilen savunma fiili, korunma amacıyla pasif bir şekilde olabileceği gibi, aktif olarak karşı koyma şeklinde de olabilir¹⁹⁷.

Savunmada zorunluluk olması bakımından failin içinde bulunduğu maddi ve manevi şartlar çok önem arz etmektedir. Dolayısıyla, sadece savunma hareketinin şekli, derecesi değil, sanığın içinde bulunduğu psikolojik durum da değerlendirilmelidir¹⁹⁸. Bu durum değerlendirilirken, objektif bakımdan, failin haksız saldırıya karşı koymaması halinde doğacak neticelerle, sübjektif bakımdan, bu saldırı karşısında failin ruh halinin dikkate alınması gerekmektedir. Çünkü, haksız bir

¹⁹³ TURNER, J.W., Russell on Crime, Twelfth Edition, Vol. 1, UK 1964, s. 680.

¹⁹⁴ ÖNDER, s. 245.

¹⁹⁵ GÜRAL, Jale, “Türk Hukukunda Mal İçin Meşru Müdafaa”, AÜHFD 1949, C. 6, S. 1, s. 183, 184, 179-198.

¹⁹⁶ DÖNMEZER / ERMAN, (C.II), s. 115.

¹⁹⁷ ERSAN, Aykut, Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması, İstanbul 2013, s. 36.

¹⁹⁸ ÖNDER, s. 244; GÜRAL, s. 185.

saldırıya uğrayan kişinin o anki hissettiklerini, heyecanını, korkusunu, herhangi bir kimsenin soğukkanlılıkla kendini onun yerine koyarak hissetmesi oldukça zordur¹⁹⁹.

Savunmada zorunluluk bulunup bulunmadığı, hal ve şartlara göre değerlendirilir. Saldırının başka suretle uzaklaştırılmasının imkansız olması, saldırgana zarar vermeden saldırıdan kurtulmanın mümkün olmaması halinde, zorunluluk gerçekleşmiş demektir. Zorunluluk, içinde bulunulan ortamın şartları, saldırının mahiyeti, saldırganın ve saldırıya uğrayanın kişisel durumlarına bağlı olarak her somut olayda değerlendirilir. Failin saldırganı bertaraf etmek için bir seçeneğe sahip olduğu durumlarda, zorunluluk gerçekleşmemiştir²⁰⁰. Örneğin; güvenlik güçlerini çağırmak, saldırganı durmaya ikna etmek, yolunu değiştirmek gibi imkanları olan birinin, bunları kullanmadan saldırgana zarar vermesi durumunda, savunmada zorunluluktan söz edilemez²⁰¹.

Bu kapsamda, saldırıdan başka şekilde kurtulma imkanının olmaması, hukukun kişiye kaçma görevi yükleyip yüklediği sorununu da beraberinde getirmektedir²⁰². Dolayısıyla ortak hukukta ayrı olarak incelenen kaçma görevini de, zorunluluk şartı altında incelemeyi uygun bulduk.

3.2.2.2 Kaçma Görevi

Saldırıdan kaçmak suretiyle kurtulma ihtimalinin olduğu hallerde, failin kaçmayıp kendini savunması durumunda meşru müdafaaadan yararlanıp yararlanamayacağı uzun zamandır tartışılan bir konudur. Nitekim kaçmanın şeref varlığını ihlal edeceğini kabul eden eski hukukçular, soylu sınıftan olanlarla halk tabakası arasında bir ayrıma gitmişlerdir. Halk tabakasından olanlara zorunluluk gereksiniminin tatmin edilmesi için kaçma görevi yüklenmiş; soylu kişilerin ise, bir

¹⁹⁹ GÜRAL, s. 185.

²⁰⁰ TOROSLU, s. 105.

²⁰¹ ZAFER, s. 309; TOROSLU, s. 105.

²⁰² TANER, s. 232.

saldırı karşısında kaçmalarının, onların toplumda itibarını sarsacağı düşünülerek, kaçma imkanı olduğu hallerde bile kaçmayıp savunmada bulunmalarında zorunluluk gereksiniminin karşılandığı kabul edilmiştir²⁰³.

“Kanun kimseyi korkak ve alçak bir biçimde davranmaya zorlayamayacağı gibi, gereksiz kabadayılıkları da hoş karşılamaz.” düşüncesinden hareket eden birçok ceza hukukçusu, kaçma yükümlülüğünü kabul etmemektedirler. Bu görüşü benimseyen yazarlara göre, şerefli bir biçimde saldırıyı önlemek mümkün ise, örneğin saldırganın pusu kurduğu yoldan geçmemek durumunda, savunma zorunluluğundan söz edilemez; ancak saldırganın önünden kaçmak failin şerefini zedeleyecekse savunma zorunludur²⁰⁴.

Bu görüşü destekleyen bir başka anlayış da “mücadele teorisi”dir. Hukuk için mücadele teorisi, kaçma zorunluluğunu kesin olarak reddeder. Bu görüşü benimseyenlere göre, savunma ödev; kaçmak ise korkaklıktır. Bu sebeple, kişileri kaçmaya zorlamak, kanunen imkansızdır. Saldırıya maruz kalan kişinin, o anda kaçmanın mümkün ve faydalı olacağını düşünmesini beklemek çok zordur²⁰⁵.

Türk hukuk sisteminde meşru müdafaa zorunluluk kapsamında kaçma şartı aranmamıştır. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulunun vermiş olduğu bir kararda da, “*yasal savunmada hiçbir zaman ve hiçbir ahvalde sanığa kaçma mükellefiyeti yüklenemez ve kaçarak kurtulması istenemez. Failin kaçma olanağının bulunup bulunmadığı da, dikkate alınmaz.*” denmiştir²⁰⁶.

²⁰³ DÖNMEZER / ERMAN, (C.II), s. 116.

²⁰⁴ TOROSLU, s. 106.

²⁰⁵ EREM, (1993), s. 400.

²⁰⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu E.1991/1-4 K.1991/39 T.18/02/1991.
http://www.hukuki.net/ictihat/911-4_cgk.asp, Erişim Tarihi: 19.08.2014.

Ancak, isnat yeteneğine sahip olmayan ya da yaşı küçük saldırganlara karşı, kaçma ihtimali olduğu halde kaçmayıp savunmada bulunmakta, savunmada zorunluluğun bulunmadığı ileri sürülmüştür²⁰⁷.

Aynı şekilde Alman hukuku da, Türk hukukundaki gibi isnat yeteneğine sahip olmayan ve küçüklerin saldırıları dışındaki her durumda, kaçma görevini reddetmektedir. Bununla ilgili başlıca prensip “hak asla yanlış karşısında boyun eğmez”; eğer savunmacı kaçmaya zorlanırsa, yani kaçmak zorunda kalırsa, kötülerin gücüne boyun eğmiş olacaktır²⁰⁸. Bu konuyla ilgili olarak ünlü Alman hukukçusu JESCHECK şunları söylemiştir: Çocuklar, gençler, sarhoşlar, akıl hastaları ve taksirle suç işleyen kişilerin söz konusu olduğu hallerde, saldırıya uğrayan kişinin, sadece tehdit altında bulunan menfaati kaybetmeksizin saldırıdan kaçınmadığı hallerde, saldırıda bulunana verdiği zarar hukuka uygundur.²⁰⁹.

Ortak hukukta, kaçma görevi (duty to retreat), meşru müdafanın en önemli şartıdır²¹⁰. Savunmacının makul hiçbir alternatifi olmaması halinde, saldırıya karşı koymasında zorunluluk vardır. FLETCHER’e göre; eylemcinin onuru ile saldırganın yaşamı arasında bir seçim yapılacaksa, saldırganın yaşamı tercih edilmelidir²¹¹.

Ortak hukuk, kaçma görevine ilişkin olarak birkaç evreden geçmiştir. 19. yüzyıl boyunca kişilerin özerkliği ön planda olduğundan, kaçma görevi büyük oranda reddediliyordu. Oysa 18. yüzyılın meşhur hukukçusu BLACKSTONE, özerklik ilkesi yerine, “zorunlu savunma” görüşünü yerleştirmeye çalışmıştı. Bu zorunlu savunma görüşüne göre; meşru müdafaa kapsamında güç kullanımı, devletin koruma sağlayamaması ve devletin bu konuda zayıflık göstermesi halinde ancak gerçekleşebilirdi. Buna göre, eğer savunmacının geri çekilmesi ile saldırganın hayatı

²⁰⁷ DÖNMEZER / ERMAN, (C.II), s. 117.

²⁰⁸ FLETCHER, (2000), s. 865.

²⁰⁹ JEASHECK, s. 25.

²¹⁰ ASHWORTH, (1999), s. 120.

²¹¹ FLETCHER, (2000), s. 865.

kurtulabilecekse, daha büyük sosyal yarar oluşacaktı. Dolayısıyla toplum yararı, kaçma ihtimali olduğu hallerde, savunmacının geri çekilmesini zorunlu kılmaktaydı²¹².

Ancak 18. ve 19. yüzyıllardaki içtihatlar, oldukça ihtilaflydı. Bu dönemlerdeki yaygın görüşe göre; saldırgandan kaçmanın mümkün olmaması durumunda güç kullanımı, meşru müdafaa kapsamında kabul edilmekteydi. Onur veya cesaret tartışmaları söz konusu değildi. Saldırganı öldürme ile onursuz bir hareket olan kaçma arasında bir tercih yapılacaksa, kişinin kaçmayı seçmesi doğru kabul edilmekteydi. Bununla birlikte, kaçma görevinin bir takım istisnaları da mevcuttu. Eğer bir kişi kaçarak ailesini veya yakın arkadaşlarını savunmasız bırakacaksa, o kişinin kaçma zorunluluğu yoktu. Aynı şekilde, bir kişi kaçmak suretiyle hırsızın mallarını alıp gitmesine imkan verecekse, o kişiye kaçma mükellefiyeti yüklenemeyeceği gibi, kişinin ikametgahını da hırsıza bırakıp kaçması düşünülemezdi²¹³.

Hiçbir zaman hiçbir ülkede, kaçma görevi ile ilgili bir görüş birliği sağlanamamıştır. Tartışmaların en yoğunu Amerika Birleşik Devletleri'nde yaşanmıştır. Bazı yazarlara göre, kaçmak suretiyle bir kişinin hayatını kaybetmesinin önüne geçilebilecekse, bu, ne kadar onursuzca veya korkakça olursa olsun, kaçma görevi zorunludur. Buna karşılık tam tersi görüşü benimseyenlere göre ise, saldırıya uğrayan hiç kimseye kaçma mükellefiyeti yüklenemez. Bu ihtilaf, yargı kararlarına da yansımaktadır. ABD Yüksek Mahkemesi (U.S. Supreme Court)'nin, *Brown v. United States* (1921)²¹⁴ kararında, geri çekilmeme, meşru müdafaa hakkına bir engel olarak kabul edilmemiştir. Aynı kararda, sanığın haklı hareketin ötesine geçip

²¹² FLETCHER, (2000), s. 867.

²¹³ WILLIAMS, (1978), s. 459; TURNER, s. 442.

²¹⁴ *Brown v. United States*, 256 U.S. 335 (1921), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/256/335/case.html>, Erişim Tarihi: 15.09.2014.

geçmediğini belirlemek üzere tüm durum ve koşulların gözönünde bulundurulması gerektiği, vurgulanmıştır. İngiltere’de ise İstinaf Mahkemesi, kaçma görevini, muhtelif kararlarıyla yeniden formüle etmeye çalışmış, ne var ki her defasında birbiriyle çelişen kararlar vermiştir²¹⁵. Ta ki *R. v. Julien* (1969)²¹⁶ ve sonrasındaki kararlara değin... İngiltere İstinaf Mahkemesi (Court of Appeal) Julien kararı ile kaçma görevini tekrar tanımlayarak, dövüşme isteksizliğini gösterme görevi şeklinde belirtmiştir. Bu ifade kapsamında, saldırganla araya mesafe koymak, kenara çekilmek suretiyle saldırıyı durdurmak, uzaklaşır gibi davranmak, oyalamaya çalışmak veya zaman kazanmak için karar vermeyi geciktirmek örnek olarak verilebilir²¹⁷.

Eskiden güç kullanımından önce kaçma görevine ilişkin bir takım teknik kurallar olduğunu söyleyen SMITH&HOGAN, bunun artık, kuvvet kullanmanın makul ve gerekli olup olmadığına karar verirken sadece dikkate alınması gereken bir faktör olduğunu ileri sürmektedir. Saldırıya uğrayan kişiye kaçma görevi yükleyen herhangi bir yasa olmamasına rağmen, eğer makul davranış kaçmak, geri çekilmek ise, o zaman orada kalmak ve dövüşmek, gereksiz güç kullanımı olarak görülmelidir²¹⁸.

1985 yılında İngiliz İstinaf Mahkemesi (Court of Appeal)’nin verdiği *R. v. Bird*²¹⁹ kararında, saldırıya uğrayan kişiye kaçma görevi yüklemenin çok ağır olduğu belirtilmiştir. Bu noktada da, sanığın meşru müdafaa içinde mi, yoksa intikam veya karşılık verme duygusu içinde mi hareket ettiği sorusu gündeme gelmiştir²²⁰.

²¹⁵ WILLIAMS, (1978), s. 460.

²¹⁶ *R. v. Julien* (1969) 2 All E.R. 856.

²¹⁷ ASHWORTH, Andrew, Principles of Criminal Law, Sixth Edition, Oxford, (2009), s. 121.

²¹⁸ SMITH&HOGAN, Criminal law, Seventh Edition, London 1992, s. 255.

²¹⁹ *R. v. Bird* (1985) 2 All E.R. 513.

²²⁰ ASHWORTH, (2009), s. 121.

KKTC’de Yüksek Mahkeme’nin meşru müdafaa ile ilgili vermiş olduğu kararlarda da kaçma görevini irdelediği görülmektedir. Bu kararlarda mümkün ve güvenli durumlarda kaçma zorunluluğundan bahsedilmektedir. 3/75 sayılı davada meşru müdafaa’nın var olup olmaması incelenmiştir. Bu davaya konu olayda Türk olan sanık, Rum olan maktulle münakaşa ve kavga ederken, maktulü göğsünden bıçaklayarak, ölümüne sebep olmuştur. Adam öldürmeye sebep olmakla itham edilen sanık “ben onu öldürmeseydim, o beni öldürecekti” iddiasında bulunarak, meşru müdafaa savunması yapmıştır²²¹.

Ağır Ceza Mahkemesi, sanığın maktulün eline vurup bıçağı düşürdükten veya eğilip bıçağı yerden aldıktan sonra, kaçma fırsatı olduğu halde kaçmadığını dikkate alarak, olayda meşru müdafaa bulunmadığına karar vermiş ve sanığı 7 yıl hapse mahkum etmiştir. Sanık mahkemenin bu kararına karşı, hükmü istinaf etmiştir. Yüksek Mahkeme, Ağır Ceza Mahkemesi’nin sanığı kaçmak zorundaymış gibi değerlendirdiğini, halbuki meşru müdafaa sanığın her zaman kaçmak zorunda olmadığını, ancak kaçmanın mümkün ve güvenli (possible and safe) hallerde gerektiğini belirterek; sanık yere düşen bıçağı almak için eğildiğinde, maktulün, onu tutması ve vurmaya başlamasıyla, sanığa kaçma fırsatı vermediği tespitinde bulunarak, sanığın beraatine karar vermiştir. Bu kararı verirken Yüksek Mahkeme’nin atıfta bulunduğu, *R. v. Julien* (1969) kararında da, “*sanığın ancak mümkün ve güvenli olan hallerde kaçma mecburiyeti vardır.*” denilmektedir²²².

Görülüyor ki, KKTC Yüksek Mahkemesi, meşru müdafaa tespitinde bulunurken, bir kişinin saldırganı karşı kuvvet kullanmasının makul ve zorunlu olup olmadığını, kaçma fırsatının olup olmadığını ve varsa bu fırsatı kullanıp kullanmadığını değerlendirmektedir. Mahkeme bu değerlendirmeyi yaparken de,

²²¹13/06/1975 Ceza İstinaf No:3/75, <http://www.mahkemeler.net/Kararlar>, Erişim Tarihi: 11.10.2014.

²²²*R. v. Julien* (1969) 2 All E.R. 856.

mümkün ve güvenli olan hallerde kaçma zorunluluğu olduğunu vurgulamıştır. Saldırıdan kaçmanın mümkün ve güvenli olup olmadığı, her somut olayın koşullarına göre değerlendirilecektir. Örneğin, yukarıda atıfta bulunduğumuz mahkeme kararında, sanığın maktulden kaçması mümkün olamamıştır. Çünkü, maktul sanığa vurmaya devam etmekte, ona kaçma fırsatı vermemektedir. Kendi yaşamı ve maktulün yaşamı arasında bir tercih yapan sanık, kendi yaşamını tercih etmiş ve güç kullanmıştır. Eğer tersi hareket etmiş olsa idi, belki de hayatta olamayacaktı.

Yine KKTC Yüksek Mahkemesi'nin 1989 tarihinde vermiş olduğu karara konu olayda; KKTC'ye turist olarak gelen, ana kız olan Alman sanıklar, Yeni Erenköy'de, sahilde, köye yaklaşık üç kilometre mesafede, küçük bir çadır kurarak orada kalmaya başlamışlardır. 20 yaşlarında olan maktul, sanıkların uyumakta olduğu küçük çadırın fermuarını zorlayarak çadıra girmiş, elindeki çatallı bir değnekle sanıkları tehdit ederek onlara vurmuş ve el kol hareketleri ile sanıklar ile cinsel ilişkide bulunmak istediğini belli etmiştir. Anne olan sanık 1'i uyku tulumunu çıkarmaya ve sanık 2'yi soyunmaya zorlamış ve sanık 2 ile rızası dışında cinsi münasebette bulunmuştur. Cinsel ilişkiyi üç değişik pozisyonda yaptıktan sonraki bir anda, sanık 2, maktulün pozisyonundan da yararlanarak onun testislerine kuvvetlice bir yumruk vurmuş, hemen arkasından çıkan boğuşma, tarafların eline geçirdikleri çadır demirleri ile devam etmiştir. Bu sırada maktul tarafından indirilen bir darbe sonucu sanık 1'in dört ön dişi kırılmış ayrıca kafası yarılmıştır. Aynı zamanda maktul de yaralanmıştır. Ancak maktulün aldığı en önemli yara, sanık 1'in kavga sırasında maktulün testislerini ısırmasıyla testislerinin bir tanesinin yuvasının yırtılması sonucu dışarı sarkmasıdır. İlk Mahkemenin bulgularına göre, kavga, çadırdan 72 metre mesafeye kadar sürmüş, orada sanıklar, ellerine geçirdikleri bir kemeri maktulün boğazına geçirmişler ve birisi bir taraftan, öteki diğer taraftan

çekmek suretiyle maktulü boğarak, ölümüne sebep olmuşlardır. Bundan sonra sanıklar, yıkılan çadıra geri gidip çıplak olan üstlerini alelacele kapatmışlar ve yalınayak, perişan bir durumda köye gelmişler ve ilk rastladıkları evdekilerden yardım istemişlerdir. Davayı gören Ağır Ceza Mahkemesi, maktulü tesirsiz hale getirdikten sonra sanıkların, olay yerinden kaçmaya fırsatları olduğu halde kaçmamalarının ve maktulün bu halinden sonra boğazına geçirdikleri kemeri sıkarak, gereğinden fazla şiddet kullanmalarının, meşru müdafaa olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna varmış ve sanıkları adam öldürmekten mahkum etmiştir²²³.

Bu kararın istinafinda Yüksek Mahkeme; “Unutulmaması gereken en önemli noktalardan biri sanıkların yabancı bir ülkede gayri meskun ve en yakın evden üç kilometre kadar uzakta bir sahilde gecenin sessizliği içinde küçük çadırlarında uykuda iken korkunç bir saldırıya uğradıklarıdır. Saldırı sadece fiziki şekilde kalmamış zorla seksüel ilişki şekline de dönüşmüştü. O kadar ki anne durumunda olan sanık 1, gözleri önünde öz kızı olan sanık 2’nin seksüel saldırıya uğradığını görme bedbahtlığına da maruz bırakılmıştı. Daha sonra yer alan bir hayat mebat mücadelesi içinde elleriyle, tırnak ve dişleriyle ve çadırın demir çubuklarıyla kendilerini korumaya çalışan sanıkların korku ve dehşet saçan bu ortamda maktule indirmek mecburiyetinde bırakıldıkları darbelerin niteliğini gecenin 7-7.30 sıralarında değerlendirdiklerini söylemek veya bunların etkisini görüp soğukkanlılıkla bir değerlendirmeye tabi tutmalarını onlardan beklemek ve böyle hareket etmedikleri nedeniyle onları mahkum etmek son derece tehlikeli olur.” tespitinde bulunarak, sanıklar hakkında beraat kararı vermiştir²²⁴.

²²³ 30/06/1989 D. 9/89, Birleştirilmiş Y/C 27/89, 28/89, 29/89 ve 30/89, <http://www.mahkemeler.net/KARARLAR>, Erişim Tarihi: 28.06.2014.

²²⁴ 30/06/1989 D. 9/89 Birleştirilmiş Y/C 27/89, 28/89, 29/89 ve 30/89, <http://www.mahkemeler.net/KARARLAR>, Erişim Tarihi: 28.06.2014.

3.2.3 Ölçülülük

Meşru müdafadan yararlanılabilmesi için, saldırıya karşı savunmanın zorunluluğu yanında, savunma fiili ile saldırı arasında bir oran, bir ölçü bulunması gerekir. Ölçülülük gereksinimi, meşru müdafanın koşullarından birisidir. Savunma fiilinin zorunlu ve ölçülü olması, iki sınırlandırıcı kuraldır²²⁵.

Ölçülülük kuralı, öldürücü savunma gücü kullanılmasının, sadece tehdidin ölümcül bir karşılık vermeyi haklı kılacak yeterli ciddiyette olmasını sağlamaya yöneliktir. Bundan dolayı ölçülülük, çatışan çıkarların yani saldırgan ile savunmacının çıkarlarının dengelenmesini talep etmektedir²²⁶. WILLIAMS, ölçülülük konusunda şöyle bir örnek vermektedir: Eğer yüzüne tokat yemeyi önlemenin yegane yolu, ateşli bir silah kullanmaksa, kişi, tokat yemeyi göze almalıdır²²⁷.

Bu kapsamda saldırıya uğrayanın zorunlu güç kullanma özgürlüğü, saldırganın fiziki güvenliği ve yaşama hakkı ile sınırlanır. Dolayısıyla saldırganın bu temel hakları, masum bireyin müdahaleden uzak özgür yaşama hakkına tercih edilir²²⁸. Ölçülülük gereksinimini bu bakımdan eleştiren SANGERO, savunmada zorunluluğun varlığına rağmen, ölçülülük dolayısıyla, saldırıya uğrayan kişinin, kendini savunmaktan kaçınmak ve yaralanmaya katlanmak zorunda bırakıldığını ileri sürmektedir. SANGERO, ölçülülük şartının, kişiyi, belirli durumlarda kendini kesinlikle savunmamaya zorladığını ve böylece kişinin kendini savunma hakkından

²²⁵ WILLIAMS, (1978), s. 455, 456.

²²⁶ FLETCHER, George P., Basic Concepts of Criminal Law, Oxford University, (1998), s. 136, LAW REFORM COMMISSION, (2006), s. 231.

²²⁷ WILLIAMS, (1978), s. 456.

²²⁸ ASHWORTH, Andrew, "Self Defence and the Right to Life", Cambridge Law Journal (1975), Vol. 34, s. 282-289.

vazgeçmesinin, yanlışın doğru üzerinde hakim olmasına yol açtığını iddia etmektedir²²⁹.

Bir dengeleme süreci olarak (as a balancing process) ölçülülük kuralı, zorunluluk savunması ile birleşen “daha az kötüyü tercih etme” (lesser evil) ölçütüne benzetilmektedir. Ancak, ölçülülük kuralı altında, savunma hareketinin daha az kötü (lesser evil) olması gerekmez; savunan tarafından korunan çıkarın saldırganın yaşamına ağır basması, başka bir ifadeyle daha önemli olması şart değildir; eşit değerde olması da yeterlidir. Bundan dolayı saldırganın yaşamını ya da kendi yaşamını koruma seçeneği ile karşı karşıya kalan bir sanık, kendi yaşamını korumak yönünde tercih hakkına sahiptir²³⁰.

Saldırgan tarafından tehdit edilen değer (savunmacının yaşamı) ile savunan tarafından tehdit edilen değer (saldırganın yaşamı) aynı türden olduğunda, ölçülülük ilkesi göreceli olarak açık ve anlaşılır uygulanmaktadır. Buna karşın, korunan hukuki değerler farklılaştığında ortaya daha büyük zorluklar çıkmaktadır. Örneğin; saldırı sonucunda ciddi biçimde yaralanma tehlikesi altındaki savunmacının, saldırganı öldürmesi halinde, ölçülülük ilkesi ihlal mi edilmiş olacaktır? Ya da, konut dokunulmazlığının ihlali halinde, sanığın savunma hakkı nasıl olacaktır? Tehditin yaşama yönelik olmadığı tüm hallerde, ölüm sonucunu doğuran savunma gücü kullanımının yasaklanması egemen yaklaşımdır. Ne var ki, ortak hukuk, bunu, ölçülülüğü çok basite indirgeyen bir yaklaşım olarak görmektedir. Bunun sonucu olarak ölçülülük ilkesinin kesin bir tanımını yapmak da kolay değildir²³¹.

Bunun zorluğunu ortaya koyabilmek için şu örnekten hareket edebiliriz: Sanık konumunda olan kişi, gecenin bir vakti, evinde, silahlı bir hırsızla karşı karşıya

²²⁹ SANGERO, s. 167.

²³⁰ UNIACKE, *Permissible Killing: The Self Defence Justification of Homicide*, Cambridge University 1994, s. 232.

²³¹ LAW REFORM COMMISSION, (2006), s. 232.

gelir. Sanığın da hırsızın da silahı vardır ve sanık, hırsızı vurur. Bu olayın ölçülülük açısından değerlendirmesi yapılırken, hırsızın sadece savunmacının yaşam hakkına değil, aynı zamanda mülküne, özel yaşamının gizliliğine ve güven içinde yaşama duygusuna da tehdit oluşturduğu dikkate alınmalıdır. Diğer taraftan sanığın silahını ateşlemesiyle hırsızın büyük ihtimalle öleceği gerçeği karşılaştırıldığında, bu tehditlerin her birinin gerçek bir zarara dönüşeceği de hesaba katılmalıdır. Her türlü saldırı senaryosu karşısında, öldürücü savunma gücünün ölçülü olabilmesi yönünde bir görüş birliği sağlama zorluğunun, ancak ayrıntılı, hukuksal yol gösterici kurallarla aşılabileceği ileri sürülmektedir. Ancak, yapılan karşılaştırmalı incelemelerde, pek çok ülkede, genel olarak ölçülülük kuralının dayattığı hareket standardı esnetilmiş durumdadır ve ölçülülük artık bağımsız bir hukuksal gereksinme statüsüne sahip değildir²³². Gerçekten de öldürücü savunma gücü kullanımının ölçülülük açısından belli kurallara bağlanması, sınırlarının kesin olarak belirlenmesi zordur.

Şimdilerde ölçülülük gereksinimi, ölümcül savunma gücü kullanımına katı sınırlandırmalar getirilmesi isteksizliğinin bir yansıması olarak, “makuliyet testi”nin içine sarmalanmıştır ve sanığın fiillerinin makuliyeti değerlendirilirken sadece bir etken olarak hesaba katılmaktadır²³³. Nitekim İngiltere Yüksek Mahkemesi (Privy Council), *Beckford v. R* (1988) davasında, “*meşru müdafaa da uygulanacak test şudur: Bir kişi, kendisini veya bir başkasını savunmak için o koşullarda elzem olduğuna dürüstçe inandığı makul olan bir güç kullanabilir.*” demektedir²³⁴. Makuliyet testi, nasıl yorumlanmalıdır sorusuna cevaben ASHWORTH, şu yol gösterici önermeyi yapmaktadır: “*Kesin bir standart olamaz. Büyük bir olasılıkla onu tanımlamanın en iyi yolu, sanığın uğraması olası zararın tutarına veya eğer güç*

²³² LAW REFORM COMMISSION, (2006), s. 233.

²³³ LAW REFORM COMMISSION, (2006), s. 237.

²³⁴ *Beckford v. R*. (1988) A.C. 130.

kullanılarak müdahale yapılmamışsa, olası sonucuna göre, makul olarak ölçülülüğün ne olduğunun belirlenmesidir."²³⁵. Dolayısıyla, ölçülülük kavramı, mutlak anlaşılmamalıdır. Daha ziyade, tehdit konusu saldırı ile savunma fiillerinin yöntem ve şiddeti arasında kaba bir hesaplama veya yaklaşık bir değerlendirme yeterlidir²³⁶. SMITH&HOGAN da, mutlak ölçülülüğün bir gereksinme olmadığı hususunda ASHWORTH ile aynı fikirdedir²³⁷.

Ölçülülük kavramının bu geniş yorumunu destekleyen bir dizi içtihat kararı vardır. Örneğin *Palmer v. The Queen* (1971)²³⁸ davasında İngiltere Yüksek Mahkemesi (Privy Council), iddia makamının ölçülülükten öte bazı şeyler göstermek zorunda olduğunu belirtmektedir ve şöyle demektedir: "*Eğer göreceli olarak küçük bir saldırı varsa, sağduyu, durumun zorunluluklarının tamamıyla dışında ölçüsüz bir savunma fiiline izin vermez.*" Ölçülülük sorunu, Jüri'nin²³⁹ (KKTC'de Mahkeme'nin), hakemliğinde kararlaştıracağı sorunlardan sadece bir tanesidir²⁴⁰. Açıkça görülmektedir ki; Lordlar Kamarası, *R. v. Clegg* (1995)²⁴¹ davasında kararını verirken aklında benzer bir test vardı. Ortak hukuku uygulayan Yeni Zelanda Mahkemeleri'nin de, İngiltere Mahkemeleri'ndekine benzer bir yaklaşımı benimsedikleri görülüyor. Yine ortak hukuku uygulayan ülkelerden biri olan Avustralya'daki eğilim de, ölçülülük ilkesinin rolünün minimize edilmesi doğrultusundadır²⁴².

²³⁵ ASHWORTH, (2009), s. 117.

²³⁶ ASHWORTH, (1975), s. 296.

²³⁷ SMITH&HOGAN, s. 257.

²³⁸ *Palmer v. The Queen* (1971), A.C. 814.

²³⁹ Jüri; ortak hukuk yetkilerini kullanan ülkelerin, başta İngiltere olmak üzere, bazılarında özellikle ağır ceza davalarında genelde 12 kişiden oluşan ve halk içinden seçilen, olgusal konularda karar veren bir heyettir. Daha fazla bilgi için bkz. SÜTÇÜ, Nezih, "Amerika Hukuk Sistemine Kısa Bir Bakış", İstanbul Barosu Dergisi 2006, C. 80, S. 3, s. 1153-1177. Ancak KKTC'de jüri sistemi yoktur.

²⁴⁰ *Palmer v. The Queen* (1971) A.C. 831-832.

²⁴¹ *R. v. Clegg* (1995) 1 A.C. 482.

²⁴² LAW REFORM COMMISSION, (2006), s. 239.

Kıt'a Avrupası hukuk sisteminin uygulandığı Alman hukuku, eskiden beri, zorunlu savunma gücüne sınır konmasına karşı çıkmıştır²⁴³. FLETCHER'e göre; bu konudaki Alman yaklaşımı, "hak yanlışla asla boyun eğmemelidir (right need never yield to wrong)" sözü doğrultusundadır. FLETCHER şöyle demektedir: "Kişisel bir hakka tecavüz eden bir saldırgana karşı haklı olunması fikri, kişinin direnme yetkisine sahip olduğu anlamına gelir. Sivil bir toplumda özerk kişi, işte tam da budur. Kişiye, devlet kontrolünden bağımsız bir alan vermek, ne yapılması gerektiğine dair vicdani yargılar yapmak değil, kişinin vicdani tercih yapma gücünü tanımadır"²⁴⁴. Bu yaklaşım, hukuksal olarak korunan tüm çıkarların aynı derecede korunmaya hak sahibi olduğunu varsaymaktadır. Şu da var ki, teoride özerkliğe bu bağlılık, ihtilaf üretmekten ziyade, sivil toplumun temel yapısını desteklemektedir. Yani, güç kullanılarak saldırının defedilebileceği gerçeği, herkese, bu özgürlüğü kullanabileceğinin güvencesini sağlamaktadır. Bunun sonucu olarak hukuk düzeni, bireylerin haklarını saldırgana teslim etmelerini isteyemez. Bunun yerine hem hukuk düzenini hem de özerkliklerini kanıtlamak üzere kişiler, zorunlu güç kullanabilirler²⁴⁵.

Alman bakış açısına göre; saldırgan, yasadışı fiili ile kendisini hukuk dışına itmekte ve böylece zorunlu savunma sonucu bir zarara uğrama riskini almaktadır. Buna bağlı olarak ölçülülük ilkesini hesaba katmaya gereksinim yoktur²⁴⁶. Ne var ki, FLETCHER, Alman hukukunun özerklik üzerine mutlak değer atfetmesini, zorunlu

²⁴³ LAW REFORM COMMISSION, (2006), s. 240.

²⁴⁴ FLETCHER, (2000), s. 872.

²⁴⁵ FLETCHER, George P., "The Right and the Reasonable", Harvard Law Review (1985), Vol. 98, s. 968, 949-971.

²⁴⁶ ESER, Albin, "Justification and Excuse", American Journal of Comparative Law 1976, Vol. 24, s. 633, 621-637.

savunma teorisinde üretilen en zor problem olarak gördüğünü ve o günden bugüne Alman hukuk teorisinin peşini bırakmadığını belirtmektedir²⁴⁷.

Alman yasa koyucunun, ölçülülük gerekliliğini belli kurallara oturtmaması sonucu, saldırganın durumu ile ilgili endişeleri artırması, meşru müdafaa hakkına sosyo-etik sınırlamalar getirilmesi neticesini doğurmuştur. Bu bağlamda, tehdit konusu zarar karşısında ölümcül savunma gücü büyük oranda ölçsüz olmamalıdır, denmektedir²⁴⁸.

Yukarıda belirtilen yaklaşımlar ışığında, ölçülülüğü dört kategoriye ayırmak mümkündür:

A- *Kesin Ölçülülük (Strict Proportionality)*: Savunma fiilinin bedeli (örneğin saldırganın yaşamına son verme), elde edilen yarardan (örneğin sanığın yaşamının kurtarılması) daha fazla değildir. Başka bir deyişle, niyet edilen yararlı etkiler ağır basmasa da, beklenen ölümcül savunma gücünün kötü etkileri ile eşit olmalıdır²⁴⁹.

B- *Büyük Oranda Ölçsüzlük (Gross Disproportionality)*: Bu yaklaşım kesin ölçülülüğe daha esnek bir seçenek oluşturmaktadır. Ölçülülüğü bir sosyal değer yargısı sorunu olarak temellendiren bu görüşe göre, ölçülülüğün kesin bir tanımı yapılamaz. Bu test, tehdidin büyüklüğü ile karşılığın büyüklüğü arasında kesin bir nedensel bağıntı istemez. Savunma gücü, aşırı ölçsüz durumlarda yasaklanır²⁵⁰.

C- *Makuliyet Yaklaşımı (Reasonableness Approach)*: Bu yaklaşım ölçülülük gereksinimini oldukça esnetmekte, bağımsız bir gereklilik statüsü yerine,

²⁴⁷ FLETCHER, (2000), s. 871.

²⁴⁸ ESER, s. 633.

²⁴⁹ LAW REFORM COMMISSION, (2006), s. 244.

²⁵⁰ WILLIAMS, (1978), s. 441.

sanığın fiillerinin makuliyetini değerlendirmede hesaba katılması gereken etkenlerden sadece biri olarak kabul etmektedir²⁵¹.

D- Son olarak *ölçülülük kavramının tamamıyla terk edilmesi* önerilmektedir.

Şöyle ki, zarar verme tehdidi ne kadar önemsiz olursa olsun, sanığın (veya diğerlerinin) çıkarlarını korumanın zorunlu olduğu her zaman, ölümcül savunma gücü kullanılabileceği öngörülmektedir²⁵².

Karşılaştırmalı bir inceleme ışığında ortak hukuk yetkisini kullanan ülkelerde şu an benimsenmiş olan yaklaşım, makuliyet ile büyük oranda ölçsüzlük yaklaşımlarının bileşimidir. Bir başka deyişle ölçülülük, makuliyet sorunu ile ilgilidir. Fakat bu ilgililik sadece standarttan büyük bir sapma olduğunda söz konusu olmaktadır. Bir çok ortak hukuk yetkisini kullanan ülkedeki eğilim, ölümcül savunma gücü kullanımına mutlak sınır koyma isteksizliğinin bir göstergesi olarak, gevşek bir ölçülülük ilkesinin benimsenmesi yönündedir²⁵³.

KKTC’de de, gerek Kaza Mahkemeleri’nin gerekse Yüksek Mahkeme’nin vermiş olduğu kararlarda, ölçülülük gerekliliğinin, ortak hukuku uygulayan diğer ülkelerde olduğu gibi makuliyet yaklaşımı çerçevesinde değerlendirildiği görülmektedir.

Nitekim, KKTC Yüksek Mahkemesi’nin, 1990 yılında vermiş olduğu karara konu olayda, maktul, 2.4.1989 tarihinde sabah saatlerinde, aralarında anlaşmazlık olan konuyu sanıkla görüşmek amacıyla, sanığın evine giderek bahçe kapısında durup sanığa seslenmiş, dışarıya çıkan sanığın eşine geliş maksadını söylemiş, sanığın eşi ise maktulün kendisini istediğini sanığa bildirmiştir. Sanık, maktülü görmek istemediğini eşi vasıtası ile ona iletmiştir. Bu cevaba sinirlenen maktul, sanığın eşinin müdahalesine rağmen onu bir kenara itip, evin önce holüne girmiş,

²⁵¹ LAW REFORM COMMISSION, (2006), s. 245.

²⁵² LAW REFORM COMMISSION, (2006), s. 245.

²⁵³ WILLIAMS, (1978), s. 441, 442; LAW REFORM COMMISSION, (2006), s. 245.

orada tabure üzerinde duran bir vazoyu alarak sanığın bulunduğu yatak odasına girmiştir. Aradan çok kısa bir süre geçtikten sonra bir silah sesi duyulmuş ve karnından yaralanan maktul, kanlar içerisinde evden ayrılmıştır. Olay sonrası hastaneye ulaştırılan maktul, yapılan tıbbi müdahaleye rağmen kurtarılamamış ve hayatını kaybetmiştir. Ağır Ceza Mahkemesi sanığı suçlu bulup, 7 yıl hapis cezasına hükmetmiştir. Mahkumiyet aleyhine istinafta Yüksek Mahkeme, şu ifadeye yer vermiştir: *“Bu durumda sanığın eline av tüfeğini alıp doldurması, emniyetini açıp atışa hazır vaziyete getirerek maktulü bu şekilde karşılaması bir nefsi müdafaa olarak ileri sürülemez. Geçerli nefsi müdafaa ileri sürülebilmesi için kendini müdafaa durumunda olan şahsın kullandığı silah ve kuvvetin ona yönelik saldırının vehameti ile orantılı olması gerekir”*²⁵⁴.

Kanaatimizce, ölçülük gerekliliği çerçevesinde, sanığın hareketinin makuliyetinin değerlendirilmesi, savunmanın zorunluluğu koşulu ile de yakın bir ilişki içerisinde. Nitekim bir hakka yönelik saldırının başka şekilde defedilmesinin imkansızlığı anlamındaki zorunluluk, savunmanın saldırıyla orantılı olması gerekliliği ile birlikte incelenmelidir. Önemli olan zorunluluk ekseninde, savunmanın saldırıyı defedecek ölçüde olup olmadığıdır. Bu anlamda kesin kriterlerle ölçülülüğün belirlenmesi imkansızdır. Nitekim ölçülülüğün, her somut olayda, olayın oluş şekli, saldırı ile savunmanın yöneldiği haklar ve kullanılan silahlar çerçevesinde incelenmesi gerekmektedir.

²⁵⁴ 27.08.1990 Yargıtay Ceza 47,49/1989, D. No. 8/1990 <http://www.mahkemeler.net/KARARLAR>, Erişim Tarihi: 22/10/2014.

Bölüm 4

MEŞRU MÜDAFAADA HATA ve SINIRIN AŞILMASI

4.1 Meşru Müdafaada Hata

4.1.1 Genel Olarak Hata

Hata, sözlükte, yanlış, yanılığ, bilmeyerek, istemeyerek gibi anlamlara gelmektedir. Hata yapmak ise, yanılığa düşmek, yanlış yapmaktır²⁵⁵. Genel anlamda hata, failin dış dünyaya ait olan bir şeyi, gerçekte olduğundan farklı algılamasıdır. Yanılma olarak da ifade edilen hata durumunda, failin düşüncesi ile gerçek birbirine uymamaktadır²⁵⁶. Dolayısıyla, failin iç dünyasına ilişkin sübjektif bir niteliğe sahip olan hata, ceza hukukunda, kişinin kusuru üzerinde etkili bir hal olarak kabul edilir²⁵⁷.

Hata durumunda fail, ya ceza normunda yasaklanandan farklı bir fiil istemektedir, yani gerçekte zarar vermeyi istememektedir; ya da norm tarafından öngörülen fiilin aynısını istemekte ancak bunun yasaklanmamış olduğuna inanmaktadır. Birinci durumda failin suç kastı yoktur. Dolayısıyla kanunda fiilin taksirli şekli öngörülmüşse, ancak taksirli suçtan dolayı cezalandırılabilir. İkinci durumda ise, norm üzerinde hata sözkonusudur. Fail, kötü ve zarar verici hareketinin bilincinde olduğundan, kastın varlığı devam etmektedir²⁵⁸.

²⁵⁵ ÖZBEK, Veli Özer, “Türk Ceza Kanununda Hata”, CHD Ağustos 2008, Yıl:3, S. 2, s. 83-100.

²⁵⁶ TOROSLU, s. 158.

²⁵⁷ ÖZBEK, s. 83.

²⁵⁸ TOROSLU, s. 161.

Ceza hukukunda hata, fiili hata (mistake of fact) ve hukuki hata (mistake of law) olarak iki şekilde incelenir²⁵⁹. Hatanın iki kategoriye ayrılması noktasında Türk hukuku ile İngiliz Ortak hukuku örtüşmektedir. Hukuki hatada fail, işlediği fiilin bir ceza kuralı tarafından cezalandırıldığını bilmez ya da bu kuralı bilir ancak yanlış anlamlandırır²⁶⁰. Fiili hata durumunda ise fail, ceza kuralını bilir ancak işlediği suçun unsurlarına ve konusuna ilişkin hususlarda yanılır²⁶¹.

Türk hukukunda; 765 sayılı TCK'nın 44. maddesinde, "*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*"²⁶² ibaresiyle, hukuki hatanın sorumluluğa etki etmeyeceği hükme bağlanmıştı. Ancak 5237 sayılı TCK'nın 4. maddesinde "*ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz*" hükmü, 2. fıkradaki "*Ancak sakınamayacağı bir hata nedeniyle kanunu bilmediği için meşru sanarak bir suç işleyen kimse cezaen sorumlu olmaz*" hükmüyle yumuşatılmıştır²⁶³. Ancak, daha sonra yapılan değişiklikle 4. maddenin 2. fıkrası kaldırılmış ve 30. maddeye 4. fıkra olarak şu hüküm eklenmiştir: "*İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi cezalandırılmaz*". Kaçınılmazlık, madde gerekçesinde, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususundaki hatasının kaçınılmaz olması halinde, kişinin kusurlu sayılamayacağı şeklinde ifade edilmiştir²⁶⁴.

Hukuki hatayla ilgili "kanunu bilmemek mazeret sayılmaz (ignorance of law is no excuse)" kuralı nedeniyle kişilerin istisnalar dışında, sorumluluktan

²⁵⁹ ÖZEN, s. 138; JEFFERSON, Michael, Criminal Law, Foundation Series Eleventh Edition, UK 2013, s. 292.

²⁶⁰ ÖZEN, s.138.

²⁶¹ ÖZEN, s.138.

²⁶²Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz kuralı, temeli Roma Hukukuna dayanan, özellikle Kilise hukuku tarafından benimsenmiş bir kuraldır. Bkz. DEĞİRMENCİ, Olgun, "Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma", TBB Dergisi 2014, S. 110, s. 137, 129-188.

²⁶³TOROSLU, s. 167; GÜNGÖR, Devrim, "Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata", TBBD. 2007, S. 68, s. 135-160.

²⁶⁴ DEĞİRMENCİ, s. 146.

kurtulmaları söz konusu olmaz²⁶⁵. Ortak hukukta, genel kural gereği, fail, hukuksal bir hata yaparsa, sorumlu; fiili bir hata yaparsa, sorumsuz kabul edilir²⁶⁶.

KKTC ceza hukukunda hata, Fasıl 154 Ceza Yasası'nın "Genel Kurallar" başlıklı 1. kısmının 4. bölümü olan "Cezai Sorumluluğa İlişkin Genel Kurallar" altında incelenmiştir. Bu bölümün "yasaları bilmemek" yan başlıklı 7. maddesinde hukuki hata şu şekilde düzenlenmiştir: "*Yasaları bilmeme, suç teşkil edecek herhangi bir fiil veya ihmâl için mazeret teşkil etmez; meğer ki suç işleyenin yasayı bilmesinin, suçun bir unsuru olduğu açıkça belirtilmiş olsun*". Dolayısıyla, genel kural gereği kanunu bilmemek mazeret değildir. Ancak, yasayı bilme, ilgili normda, suçun bir unsuru olarak düzenlenmişse, mazeret kabul edilecektir.

Fiili hata ise "maddi ve olgusal hata" yan başlığıyla 10. maddede yer almaktadır. Bu madde şöyledir: "*Herhangi bir durumun varlığına inanarak iyi niyetle ve makul olarak ancak hatalı bir inanç olarak bir fiil yapan veya yapmayı ihmâl eden bir kişi gerçek durum inandığı biçimde olsa idi o fiil veya ihmâl için taşıyacağı cezai sorumluluktan daha fazla bir sorumluluk taşımaz.*

Bu kural, konuya ilişkin yasada öngörülen açık veya zımnî kurallarla uygulama dışı tutulabilir".

4.1.2 Meşru Müdafaa Hata

4.1.2.1 Hukuki Hata

Meşru müdafaa durumunda hukuki hata, tipe uygun fiili hukuka uygun hale getiren, fiile izin veren normla ilgili olarak ortaya çıkmaktadır. Fail, ya ceza kanununda yer almayan bir hukuka uygunluk nedeninin var olduğunu

²⁶⁵ ARCHBOLD, Criminal Pleading, Evidence and Practice, London, 2003, paragraf 21-27, s. 1812; HAKERİ, s. 10.

²⁶⁶ JEFFERSON, s. 292.

sanmaktadır²⁶⁷, ya da mevcut normu yanlış yorumlamakta ve normun anlamı konusunda yanılmaktadır²⁶⁸.

Türk ceza hukukunda, hukuki hatanın ceza sorumluluğunu kaldırması için, kaçınılmaz olması aranmaktadır. İşlemiş olduğu fiilin hukuka uygun olduğunu zanneden kişide haksızlık bilinci olmadığından, kusurluluğu ortadan kalkmaktadır ve faile ceza verilmez. Ancak, hatanın kaçınılmaz olması gerekmektedir²⁶⁹. Failin yaşı, mesleği, eğitimi, sosyal çevresi, fiili işlediği zaman ve yer gibi koşullar, hatanın kaçınılmaz olup olmadığıyla ilgili olarak her somut olayda değerlendirilir²⁷⁰.

Hukuki hata, ortak hukukta faili sorumluluktan kurtarmaz²⁷¹. “Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” kuralının bir uzantısı olan hukuki hatanın, meşru müdafaa bakımından ceza sorumluluğunu etkilemeyeceği anlayışı, ortak hukukta egemendir²⁷². Dolayısıyla KKTC ceza hukukunda da, hukuki hata, kişinin cezai sorumluluğuna engel teşkil etmez.

4.1.2.2 Fiili Hata

Fiili hata, meşru müdafaa'nın gerçekleşme şartlarına ilişkindir. Hukuka uygunluk nedenlerinde aranan koşulların gerçekleştiğine inanan failin, bu hatasından yararlanması mümkündür. Fail, meşru müdafaa koşullarının, somut olayda bulunmamasına rağmen, bulunduğunu zannetmektedir²⁷³.

765 sayılı TCK'da hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarının gerçekleştiğine ilişkin hata haliyle ilgili bir düzenleme bulunmamaktaydı. Ancak doktrinde, bu hata halini fiili hata kapsamında ele alan görüşler bulunmakta ve kişinin hatasının esaslı

²⁶⁷ ÖZBEK, s. 90.

²⁶⁸ GÜNGÖR, s. 136.

²⁶⁹ KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması”, EÜHFD (2007), C. XI, S. 1-2, s. 44, 39-53.

²⁷⁰ ZAFER, s. 381.

²⁷¹ WILLIAMS, (1978), s. 405.

²⁷² JEFFERSON, s. 292-295; DEĞİRMENCİ, s.140.

²⁷³ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 425; MAMMADOV, s. 86; DEĞİRMENCİ, s. 167.

olup olmadığına bakılmaktaydı²⁷⁴. Meşru müdafanın gerçekleşme şartlarında hataya düşen kişinin hatası esaslı ise, fiilin hukuka aykırılığı ortadan kalkmaktaydı. Fail, hatanın ortaya çıkışında kendisine bir kusur yüklenemiyorsa, hukuka uygunluk nedeninden yararlanmaktaydı. Ancak failin hatasının esaslı olmaması, yani failin kusurlu olması halinde, fiilin hukuka aykırılık vasfı da devam edeceğinden, meşru müdafaa kabul edilmemekteydi²⁷⁵.

Hukuka uygunluk nedenlerinde hatayı düzenleyen TCK'nın 30. maddesinin üçüncü fıkrasında, kaçınılmaz hatanın varlığı halinde, failin bu hatadan yararlanacağı ifade edilmiştir. Ancak bu maddede, hatanın hukuki niteliğine değinilmemiştir. Öte yandan Türk hukuk doktrininde, hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarının gerçekleştiğine ilişkin kaçınılmaz hatanın, kusuru kaldıracağı düşüncesi hakimdir. Çünkü bir kişinin hataya düştüğü kabul edildikten sonra, ne kastın ne taksirin varlığından söz edilebilir. Bununla birlikte, hatanın kaçınılabilir olması halinde, özenli davranmadığı için hataya düşen fail, meydana gelen neticeden taksiri nedeniyle sorumlu tutulacaktır. O halde, hata kaçınılmaz olması halinde tümüyle kusuru; kaçınılabilir olması halinde ise, sadece kastı ortadan kaldırmaktadır²⁷⁶.

Hatanın kaçınılmaz olması halinde kişi, gerçek durumu yanlış algılamaktadır. Böylece, doğru algılasaydı yapmak istemeyeceği bir fiile neden olmaktadır. Yani fail, gerçekte var olmayan saldırının var olduğunu zannetmekte ve bu düşünceyle savunma yapmaktadır. Bu durumda hatanın sübjektif olarak varlığından söz edilmektedir²⁷⁷.

Nitekim Ortak hukukta da, meşru müdafaa koşullarının gerçekleştiğine ilişkin

²⁷⁴ TOROSLU, s.168; ÖZEN, s. 145-149; ERSAN, s. 56.

²⁷⁵ ALACAKAPTAN, s. 99, 100; ÖZEN, s. 151.

²⁷⁶ ÖZBEK, s. 90, 91; TANER, s. 242; DEĞİRMENCİ, s. 169.

²⁷⁷ TANER, s. 242.

hata hali, kastı kaldıran bir hata olarak değerlendirilmektedir²⁷⁸.

Ortak hukuk tarihine baktığımızda, erken dönem hukukçuların meşru müdafaada hata konusunda, hatanın makul (reasonable) olması gerektiği düşüncesini ifade ettiklerini görüyoruz²⁷⁹. Bu hukukçulara göre; meşru müdafaada bulunan kişinin güç kullanmak zorunda olduğuna inanması yeterli sayılmaktadır. Bu konuda fail yanılmış olsa bile durum değişmez. Tartışılması gereken konu ise, bu yanılığın makul (reasonable) olup olmadığıdır²⁸⁰.

Başlangıçta İngiliz içtihat hukuku, bu hukukçuların görüşlerine paralel kararlar vermişlerdir. Birbiri ardı sıra verdikleri birçok kararda, savunmaya ilişkin hatanın, makul olmaması halinde, beraat için yetersiz olduğunu vurgulamışlardır. Bu durum, *DPP v. Morgan* (1976)²⁸¹ kararına değin sürmüştü, bu kararla birlikte o güne kadar verilmiş olan kararlardaki tekdüzelik bozulmuş, Lordlar Kamarası (House of Lords) bu kararda, hatanın, sadece dürüst (honest) olmasını yeterli saymıştır. Bu karar meşru müdafaada hata konusunda bir belirsizlik yaratmıştır. 1987 yılına kadar süren bu belirsizlik, *R. v. Williams* (1984)²⁸² davasında eleştirilmiştir. Bu karara konu olayda, saldırıya uğradıklarını düşündüğü gençlere yardım etmek isteyen adam, saldırgan vurmıştır. Aslında, saldırgan zannettiği kişi, soygun yapan gençlerin kaçmasını önlemeye çalışmaktadır. Bu davada, İstinaf Mahkemesi (Court of Appeal) hata konusunda makul olmasa da dürüst bir inanın meşru müdafa için yeterli olduğuna karar vermiştir. Williams kararında olduğu gibi, *R. v. Scarlett* (1993)²⁸³ davasında da Mahkeme, objektif bir test yerine sübjektif bir testi uygun görmüştür.

²⁷⁸ JEFFERSON, s. 302.

²⁷⁹ LODGE, s. 160.

²⁸⁰ WILLIAMS, (1978), s. 451.

²⁸¹ *DPP v. Morgan* (1976) A.C. 182.

²⁸² LOVELESS, Janet, *Criminal Law – Text, Cases and Materials*, Oxford 2008, s. 427, 428.

²⁸³ *R. v. Scarlett* (1993) 4 All E.R. 629.

Bu yaklaşım daha sonraki kararlara da yansımıştır. Sonunda bu görüş bir yasayla²⁸⁴ da onaylanmıştır²⁸⁵.

4.1.2.3 Şahısta Hata ve Sapma

Hata, sadece iradenin oluşumunu değil, iradenin gerçekleşme sürecini de etkilemektedir. Öngörülen olayla, ortaya çıkanın gelişimi arasında fark olduğunda, şahısta hata ve sapma halinden söz edilir²⁸⁶.

Her iki durumda da fail, amacını gerçekleştirememektedir, yani suçu gerçekleştirmeyi istediği konu üzerinde gerçekleştirememiştir. Ancak şahısta hata ile sapma farklıdır. Şahısta hata durumunda, fail, hareketinin sonuna kadar işlemeyi kastettiği suçu hangi konu üzerinde gerçekleştirmek istiyorsa, bu konuda gerçekleştirdiğini zannetmektedir. Sapmada ise fail, hareketine başladığı zaman, hareketinin istediği konuya yönelik olduğunu bildiği halde, elinde olmayan sebeplerle, gerçekleşmesi istenmeyen bir konu üzerinde sonuç meydana gelmiştir. Ancak, gerçekleştirilmek istenen ile gerçekleştirilen suç yönünden aslında bir farklılık yoktur²⁸⁷.

Sapma durumunda failin istediği sonuç, istediğinden farklı bir kişi üzerinde gerçekleşmektedir. B'yi vurmak isterken onun yanında duran C'nin vurulması durumunda tek neticeli sapma; B'ye isabet eden merminin onun vücudundan çıkıp, arkasında duran C'ye isabet etmesi halinde ise, çift neticeli sapma söz konusu olmaktadır²⁸⁸. Oysa şahısta hatada, sonuç, hedef alınan şahıs üzerinde gerçekleşmekte, ancak hedef alınan şahısta hata yapılmaktadır. Örneğin, B'yi vurmak isteyen A'nın, karanlıkta B zannederek C'yi vurması. Hedefte sapmada fail,

²⁸⁴ Section 76 (3) and (4) of the Criminal Justice and Immigration Act 2008.

²⁸⁵ LODGE, s. 160, 161; JEFFERSON, s. 300; JAVED, s. 272.

²⁸⁶ TOROSLU, s. 172.

²⁸⁷ KAŞIKARA, M. Serhat, "Türk Ceza Hukukunda Şahısta Hata ve Hedefte Sapma", TAAD Temmuz 2010, Yıl: 1, S. 2, s. 352, 347-384; ÖNDER, s. 331, 332.

²⁸⁸ TOROSLU, s. 172, 174.

bir kişiyi diğeriyle karıştırmamakta, mağdurun kimliğinde yanılmamaktadır. Ancak hareketinin sonucunda, ateş ederken elinin titremesi, mağdurun kendini sakınması gibi nedenlerle, hedef aldığı kişiden farklı bir kişi zarar görmektedir²⁸⁹.

Meşru müdafaada, savunmada bulunan kişinin, hata sonucu saldırganı değil de, başka bir kişiyi yaralaması veya öldürmesi durumunda ne yapılacağıyla ilgili 765 sayılı TCK'da bir hüküm bulunmamaktaydı. Ancak doktrinde, bu durum, şahısta hata ve sapmayı düzenleyen 52. madde kapsamında değerlendirilmekte ve fiil saldırganı karşı işlenmiş gibi kabul edilerek, savunma yapana ceza verilmemesi öngörülmekteydi²⁹⁰.

5237 sayılı TCK' da ise, şahısta hata ve sapmaya ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, doktrinde bu konuda ne yapılacağına ilişkin olarak da görüş birliği yoktur. Meşru müdafaa halinde olan fakat kusuru olmaksızın, üçüncü bir kişiye zarar veren kişinin fiilini suç saymak, hukuka uygunluk nedenlerinin yapısıyla bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla yasal düzenlemenin eksikliğinin hissedildiği bu durumda da, yapılan savunma hareketlerinin meşru sayılması ve hareketin, saldırganı yapılmış gibi ele alınması gerekmektedir²⁹¹.

Meşru müdafaada hata durumunda cezai sorumluluğun ne olacağına ilişkin, Fesil 154 Ceza Yasası'nın genel hükümlerinden faydalanılmaktadır. Şahısta hata ve sapma konusunda da bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla kişi hata yapmamış olsaydı, yani gerçek durum inandığı gibi olsaydı cezai sorumluluğu ne olacaksa, bundan daha fazla bir sorumluluk taşımayacaktır. Şahısta hata ve sapmanın, bu çerçevede ele alınması ve kusuru olmadan üçüncü kişiye zarar veren kişinin fiilinin meşru sayılması gerekmektedir.

²⁸⁹ DÖNMEZER / ERMAN, (C.II), s. 323; TOROSLU, s. 173.

²⁹⁰ ÖZEN, s. 151, 152.

²⁹¹ TANER, s. 241; KAŞIKARA, s. 381.

4.2 Meşru Müdafaada Sınırın Aşılması

Hukuka uygunluk nedenlerinin, suçun kanuni tanımına uygun olarak işlenmiş olmasına rağmen, fiilin işlenmesine izin veren, dolayısıyla fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran nedenler olduğunu yukarıda belirtmiştik. Hukuka uygunluk nedenleri, kişiye, hukuken tanınan izin sınırları çerçevesinde, bir başka kişinin hukuken korunan değerlerine müdahale etme izni vermektedir²⁹². İşte somut fiilin işlenmesiyle ilgili olarak, hukuk düzeninin verdiği iznin sınırlarının aşılması durumunda, aşan kısım bakımından failin cezai sorumluluğunun ne olacağının tespiti gereklidir²⁹³.

765 sayılı TCK'nın 50. maddesinde, hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması, zorunluluk sınırının aşılması olarak değerlendirilmekte; doktrinde, sınırın mücbir sebeple aşılması, sınırın kasten aşılması ve sınırın taksirle aşılması şeklinde bir ayırım yapılmaktaydı²⁹⁴.

Bu konuyu 5237 sayılı TCK, 27. maddesinde anlaşılır bir şekilde düzenlemiştir. "Sınırın aşılması" başlığını taşıyan 27. maddede "(1) Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altında birinden üçte birine kadarı indirilerek hükmolunur. (2) Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez." denilmektedir.

Bu maddenin, 1. fıkrasında, hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın kast olmadan aşılması gerektiğine ve taksirle aşılmasına ilişkin bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre, sınırın kasten aşılması halinde kasttan doğan sorumluluk

²⁹² KOCA / ÜZÜLMEZ, (2009), s. 278; ERSAN, s. 64.

²⁹³ KOCA / ÜZÜLMEZ, (2007), s. 39.

²⁹⁴ ÖNDER, s. 264, 265; DÖNMEZER / ERMAN, (C.II), s. 137; ÖZEN, s. 157; ERSAN, s. 65.

gündeme gelmektedir. 2. fıkrada ise özel olarak meşru müdafaaya ilişkin bir düzenleme yapılmıştır. Sınırın korku, heyecan veya telaşla aşılması, kusurluluk üzerinde etkili bir husustur. Burada fail, saldırgana karşı aşırı tepkide bulunduğu bilincindedir, dolayısıyla bir hata söz konusu değildir. Ancak içinde bulunduğu ruhsal durum nedeniyle hukuk düzeni, onu, mazur görmektedir²⁹⁵.

Türk ceza hukukunda, meşru müdafaada sınırın aşılması durumunda; saldırı karşısında faildeki tehdit alma duygusunun sebep olduğu, korku, telaş ve heyecanın hakim olduğu psikolojik durum, hukuka uygun bir iradenin oluşumuna engel olduğundan, failin kusur içeriği azalmaktadır. Böyle bir durumda fiilin haksızlık içeriği de azaldığından, faile ceza verilmesi hakkaniyete aykırı olacağı için, hukuk düzeni faili mazur görmektedir²⁹⁶.

Meşru müdafaanın sınırlarını aşan failin haklı görülmesi, sınırın aşılmasının onaylandığı gibi, yanlış bir sonuca sebep olacaktır. Diğer yandan, fail cezalandırılırsa, fiili işlediği zamanki yoğun duygu durumunun hesaba katılmamış olması nedeniyle, haklı olarak, haksızlığa uğradığını düşünecektir. Türk hukukunda fail, meşru müdafaanın sınırlarını aştığı için haklı görülmemektedir. TCK 27. maddede mazur görülebileceği ifade edilmiştir. Mazeret nedeni altında suç işleyen kişinin fiilinin haksızlığı ve kusurluluğu tamamen ortadan kalkmaz ancak önemli ölçüde azalır. Bu açıdan, meşru müdafaada sınırı aşan kişiye ceza verilmez²⁹⁷. Ortak hukukta da meşru müdafaada sınırın aşılması, bir mazeret nedeni olarak kabul edilmektedir²⁹⁸.

Hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılmış aşılmadığı, her somut olayda ilgili hukuka uygunluk nedeninin şartları ve olayın gerçekleştirilme şekli dikkate

²⁹⁵ KOCA / ÜZÜLMEZ, (2007), s. 41.

²⁹⁶ MERAKLI, Serkan, "Mazeret Sebeplerinin TCK Bakımından Değerlendirilmesi", CHD Nisan 2010, Yıl:5, S: 12, s. 269, 261-302; DÜLGER, s.129.

²⁹⁷ DÜLGER, s. 147-149.

²⁹⁸ LAW REFORM COMMISSION, (2009), s. 14.

alınarak değerlendirilmelidir. Eğer hukuka uygunluk nedeni amacına uygun olarak, sınırları çerçevesinde kullanılmışsa sorun yoktur²⁹⁹. Meşru müdafada sınırın aşılması, ölçülülük koşulu çerçevesinde gündeme gelmektedir ve saldırıyı defedecek ölçünün üzerinde bir savunma yapılmasını ifade etmektedir. Bu bağlamda gerek saldırı ile savunmada kullanılan araçlar, gerekse saldırı ile savunmanın yöneldiği değerler bağlamında ölçülülük bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerekmektedir³⁰⁰.

Hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın kast olmaksızın aşılması, doktrinde, hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarına ilişkin kastı kaldıran hata (fili hata) veya hukuka uygunluk nedenlerinin izin sınırlarına ilişkin kusurluluğu kaldıran hata (hukuki hata) kapsamında incelenmektedir³⁰¹.

Nitekim İngiliz ortak hukuk sisteminde de, bir kişinin saldırıya uğramak üzere olduğu yanlış inancı, zorunluluk koşuluyla ilgili bir husustur. Bu ise fiili bir hatadır. Halbuki kullanılan güç oranına yönelik normun yanlış bilinmesinden kaynaklanan inanış, hukuki bir hatadır. Çünkü savunma gücü kullanımının makuliyeti, hukuksal bir sorundur. Bu demektir ki, meşru müdafada koşulların varlığını belirlemede objektif bir yaklaşım uygulanırken, kullanılan gücün makuliyetini belirlemede sübjektif bir yaklaşım uygulanmaktadır³⁰².

Bu duruma örnek, *R. v. Scarlett* (1994) davasında³⁰³, İngiliz İstinaf Mahkemesi (Court of Appeal) meşru müdafada kullanılan gücün makuliyetine yönelik sübjektif yaklaşımı iyice genişletmiştir. Bu karar, saldırgan karşı aşırı güç kullanımını da kolaylaştırmıştır. Böylece, sanığın küçük suçlar karşısında bile öldürücü güç kullanması, olası bir hale gelmiştir. Bu yaklaşıma göre, eğer sanık,

²⁹⁹ KOCA / ÜZÜLMEZ, (2007), s. 48.

³⁰⁰ ERSAN, s.77, 87; KOCA / ÜZÜLMEZ, (2009), s. 280, 281.

³⁰¹ ERSAN, s. 68.

³⁰² JAVED, s. 273.

³⁰³ *R. v. Scarlett* (1994), ALLEN / COOPER, s. 356, 357.

kullandığı gücü kullanmaya hakkı olduğuna inanırsa, beraat etmeye de hak kazanır. Ne var ki bu yaklaşım AİHM tarafından reddedilmiştir³⁰⁴.

Ortak hukukta, meşru müdafaa sınıрын aşılması, kastın varlığı halinde Türk hukukunda olduğu gibi meşru müdafaa savunmasını bertaraf etmektedir. Fail, kullandığı gücün olay esnasında makul olduğuna inansa bile, meşru müdafaa savunmasına sığınamaz. Kontrolsüz gücün öldürücü seviyede kullanılması, ancak kast için bir savunma yaratabilir ve cezada indirim sebebi olabilir ama suçun niteliği değişmez; kasten adam öldürme (murder)³⁰⁵, adam öldürmeye (manslaughter)³⁰⁶ dönüşmez. Savunma, ya hep ya hiç esasına dayandırılır. Meşru müdafaa ya vardır ya yoktur³⁰⁷.

Nitekim, *R. v. Scarlett* (1994) davasına konu olayda, bir barın sahibi olan sanık, saldırgan bir sarhoşu bardan atarken öldürmüştür. İlk derece Mahkemesi, meşru müdafaa iddiasında bulunan sanığı, gereksiz ve orantısız güç kullanarak kurbanı attığı ve kurbanın kafasının üzerine düşerek öldüğü gerekçesiyle, adam öldürmeden (manslaughter) mahkum etmiştir. İngiliz İstinaf Mahkemesi (Court of Appeal) kararını verirken durumu şöyle değerlendirmiştir: *Sanığın burada kanunsuz bir güç kullanma kastı yoktu. Adam öldürme (manslaughter) suçunda, meşru müdafaa iddiası yapan sanık, ancak kullandığı gücün aşırı olması durumunda suçlu bulunabilir. Ya da suçlu bulunabilmesi için, bu suçu kasıtlı veya ihmalkarlıkla*

³⁰⁴ JAVED, s. 272.

³⁰⁵ HAKERİ, s. 25.

³⁰⁶ Gazimağusa Ağır Ceza Mahkemesi'nin 05.08.2005 tarihli, 4/05 no'lu kararında adam öldürmenin (manslaughter) tanımı hakkında şöyle denilmektedir: “Ortak hukukta, katillik (murder) dışında bütün öldürmeler, adam öldürme (manslaughter) kabul edilir. Halsbury's Laws of England 3. Baskı, sayfa 715, paragraf 1371 değerlendirildiğinde, adam öldürme (manslaughter) suçu üç türlü işlenebilir. 1- Yasadışı bir fiille niyet ederek öldürme. 2- Adam öldürme niyeti olmadan yasadışı bir fiil niyet ederek, bu fiil sonucu adam öldürme. 3- Ağır ihmâl sonucu niyet etmeden öldürme. Görüleceği üzere 1. tür adam öldürme iradi (voluntary), 2. ve 3. tür adam öldürmeler ise gayri iradi (involuntary) adam öldürmedir. Bu kararda, Güney Kıbrıs'ta verilmiş Fostieri v. The Republic (1969) ve Poutziouris v. The Republic (1990) davalarına da atıfta bulunulmuş ve bu kararlarda adam öldürme (manslaughter) suçu ile ilgili yapılmış değerlendirmeler de teyit edilmiştir.

³⁰⁷ CARD, Richard, Criminal Law, 15. Edition, UK 2001, s. 644, 645; HERRING, Jonathan, Criminal Law Text-Cases and Materials, Third Edition, Oxford 2008, s. 638, 639.

işlediğinin ispatlanması gerekir. Mahkemenin jüriyi bu şekilde yönlendirmesi gerekirdi. Halbuki Mahkeme, jüriye, gereksiz ve orantısız güç kullanıldı, dolayısıyla meşru müdafaa yoktur demiştir. Şu kanaate vardık ki, jürinin yönlendirilmesiyle adam öldürme (manslaughter) mahkumiyeti yersizdir. Maktulü bardan atmak için gerekli ve makul güç kullandığını sanık kanıtlamıştır. Ne jüri tarafından ne de mahkeme tarafından ihmalkarlık olduğu gözlenmemiştir. Olayda ihmalkarlık yoktur. Mahkeme sadece olayın olgularına bakarak, kullanılan gücün fazla olduğu ve bunun mahkumiyet için yeterli olduğu kanaatine varmıştır. ” Bu kararla, sanık aleyhine verilen mahkumiyet kararı bozulmuş ve sanık beraat etmiştir³⁰⁸.

Bir sanık, olgusal (fili) bir hata olmaksızın, meşru müdafaada güç kullanması halinde, ya beraat eder, ya da aşırı güç kullanırsa beraat etmez. Eğer itham kasten adam öldürme (murder) ise, sanık bundan suçlu bulunur, başka bir nedenden suçsuz addedilmez. Eğer ağır ihmal yoksa, sanığı adam öldürmekten (manslaughter) mahkum etmeye bir neden yoktur. Sanık kullandığı gücün makul olduğuna inanmış olabilir ama aslında güç makul değilse bir hukuki hata yapıyor olur ki, bu bir savunma teşkil etmez ve kasten adam öldürmeden suçlu bulunur. Bu, İngiltere’de geçerli olan bir kuraldır. Avustralya’da ise uzunca bir süre meşru müdafaada sınırın aşılması, kastı ortadan kaldıran bir durum olarak değerlendirilmiş ve kasten adam öldürmekten (murder) itham edilen bir sanığın meşru müdafaa iddiası kabul görmüş ve adam öldürmeyle itham edilip, beraat imkanına kavuşabilmiştir. Avustralya’daki bu duruma örnek *R. v. MacKay* (1957)³⁰⁹ davasında şöyle denmektedir: “*Eğer durum meşru müdafasal bir fiili gerekli kılıyorsa ve savunmacı bu anlamda harekete geçerse ve durumun zorunlu kıldığından ötesinde bir fiil gerçekleştirilerek saldırganı öldürürse, suç kasten adam öldürme (murder) değil, adam öldürme*

³⁰⁸ ALLEN / COOPER, s. 357.

³⁰⁹ ALLEN / COOPER, s. 354.

(*manslaughter*)dir”. Kanada’daki bazı davalarda da Avustralya’daki prensip uygulanmış, fakat Kanada Yüksek Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. İngiliz Mahkemeleri de, bunlara benzer kararlar üretmişlerdir. Ancak Lordlar Kamarası (House of Lords) ve Yüksek Mahkeme (Privy Council) katı bir biçimde bu tutumu reddetmişlerdir. Avustralya Yüksek Mahkemesi de, Zezeviç davasıyla, Palmer davasındaki prensipleri tekrar ederek, Avustralya hukukunu İngiliz hukuku ile aynı hizaya getirmiştir³¹⁰.

Palmer v. The Queen (1971)³¹¹ davasına konu olayda, bir grup insan uyuşturucu satın almaya gitmişlerdir. Sanıkla aralarında tartışma çıkmış, adamlar, parayı ödemedi, malları da alarak kaçmışlardır. Silahlı olan sanık, adamları kovalamış ve birini vurarak öldürmüştür. Sanık kasten adam öldürmeden (murder) yargılanmış, meşru müdafaa iddiasında bulunmuş ancak ilk derece mahkemesince mahkum edilmiş ve kararı istinaf etmiştir. İstinaf Mahkemesi (Privy Council), McInnes (Court of Appeal in McInnes (1971)) davasındaki esasları teyit ederek, “*failde adam öldürme ya da vahim zarara uğratma kastı varsa, kasten adam öldürme (murder), adam öldürmeye (manslaughter) dönüşmez. Bunu değiştirmek mahkemenin değil, yasakoyucunun elindedir*” demiştir. *Zezevic v. D.P.P* (1987) davasında da Avustralya Yüksek Mahkemesi (High Court of Australia) aynı görüşleri tekrar etmiştir. Böylece İngiliz ortak hukukuyla aynı seviyeye gelinmiştir. Bu kararda şöyle denilmiştir: “*Meşru müdafaa karmaşık bir konudur. Bu konunun jüri tarafından kolay algılanması için İngiliz ortak hukukunda olduğu gibi değerlendirilmelidir; ya var ya yok. Aynı zamanda adam öldürme ve diğer suçlar arasında uyum sağlamak ve Avustralya’nın diğer eyaletleriyle de uyum sağlamak*

³¹⁰ SMITH&HOGAN, s. 260, 261.

³¹¹ *Palmer v. The Queen* (1971), A.C. 814.

için İngiliz ortak hukukundaki esaslar uygulanmalıdır”³¹².

Palmer davasında, görüşleri aynen teyit edilen *McInnes* (Court of Appeal in *McInnes* (1971)) davasında da; “*sınırın aşılmasından (excessive use of force) kaynaklanan ölümden, sebep, bir suçu ya da tutukluluğu önlemek olsa bile, eğer sanığın öldürme veya vahim ciddi zarara uğratma kastı ya da düşüncesi varsa, burada suç, adam öldürmeye (manslaughter) dönüşmez*” denmiştir. Aynı görüşler *R. v. Clegg* (1995) davasında da onaylanmıştır³¹³.

1989’da Cinayet ve Müebbet Hapis Komitesi, aşırı güç kullanarak sınırın aşılması durumunda, suçun kasten adam öldürmeden (murder), adam öldürmeye (manslaughter) dönüşmesi için bir öneri sunmuştur. Ancak, Lordlar Kamarası (House of Lords), bu fikri ne kadar onaylasa da, “*kasten adam öldürmeyi, adam öldürmeye indirme, meşru müdafaa durumunda ancak yasama organının kararıyla mümkün olur. Yargısal kapasitesi içinde bu görev Yüksek Mahkemeye düşmez*” diyerek, bunu değiştirmek görevinin Parlamentoda olduğu kararına varmıştır³¹⁴. Konuyla ilgili olarak, yazarlar, mahkemenin bu tutumunu eleştirerek, sorumluluğun Parlamenteoya atılmamasını, aslında mahkemenin bu yetkisinin olduğunu ve suçun değişmesi gerektiğini ifade etmişlerdir³¹⁵.

İngiliz ortak hukukundaki prensibe göre; bir kişi, olgusal hata (fili hata) içinde olmadan, meşru müdafaa durumunda aşırı güç kullandığı hallerde, meşru müdafaa savunması ya başarılı olur ve beraatle sonuçlanır ya da kasten adam öldürme (murder) ithamı karşısında meşru müdafaa ileri sürüldüğünde, savunma başarısız olur. Çünkü kullanılan güç aşırıdır ve adam öldürmeye (manslaughter) indirilmesi makul değildir. 1800’lü yıllarda meşru müdafaa sınırlarının aşılması

³¹² ALLEN / COOPER, s. 352, 353.

³¹³ CARD, s. 644, 645; HERRING, s. 638, 639.

³¹⁴ CARD, s. 644; JAVED, s. 280, 281.

³¹⁵ HERRING, s. 734.

hallerinde, kasten adam öldürmenin (murder), adam öldürmeye (manslaughter) indirilmesi vakasına rastlanmaktaydı. Bir dizi karara da yansımış olan bu durum, İstinaf Mahkemesi (Privy Council)'nin verdiği *Palmer v. The Queen* (1971) kararına değin devam etmiş ve bugünkü noktaya gelinmiştir³¹⁶.

Nitekim KKTC'de Yüksek Mahkemenin vermiş olduğu Y/C 21/85 sayılı kararda³¹⁷ da aynı görüşler teyit edilmiştir. Bu karara konu olay şöyle gelişmiştir: Sanık sayesinde tanıdığı birine para veren maktul, parayı geri alabilmek için sanıktan yardım istemiştir. Sanık ise, maktulün parayı kendisine danışmadan vermiş olduğunu ve konunun onu ilgilendirmediğini söyleyerek maktulün yardım talebini reddetmiştir. Bir süre sonra sanık maktulden onu gideceği yere götürmesini istemiştir. Köye yakın bir yerde maktul sigara içmek için arabayı durdurmuş ve sanıkla aralarında bir tartışma başlamış, sanık maktule taşla vurarak öldürmüştür. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından yargılanan sanık, adam öldürmekten 13 yıl hapis cezasına mahkum edilmiştir. Meşru müdafaa savunması yapan sanık, kararı istinaf etmiştir. Yüksek Mahkeme kararını verirken, *“sanık, kendi gönüllü ifadesinde maktulün kuvvetine dayanamadığı için yerden taş alarak onun başına vurduğunu söylemiştir. Bu böyle olduğuna göre de sanığın maktule taş ile ilk vuruşu nefsi müdafaa sayılabilir. Ancak ne var ki maktul bu şekilde yere düştükten sonra sanık oradan kaçmaya teşebbüs etmemiş ve maktule, yerden kalkmak isterken, başına çökme kırığı yapacak şekilde ikinci bir defa taş ile vurmıştır. Maktul yere düştükten sonra sanığın kaçma fırsatından yararlanmaya teşebbüs etmediği veya mücadele niyetinde olmadığını herhangi bir şekilde göstermediği ve ikinci öldürücü darbenin maktulün vücuduna indirildiği yer ve bunun şiddeti göz önünde tutulduğunda öne sürülen nefsi müdafaa*

³¹⁶ JAVED, s. 280, 281.

³¹⁷ Yargıtay/Ceza 21/85 D.15/87 <http://www.mahkemeler.net/KARARLAR>, Erişim Tarihi: 20/10/2014.

mazeretinin, bu meselede geçerli olamayacağı, kanımızca, şüpheden ari şekilde gözükmetedir” ifadelerini kullanmış ve Palmer v. Queen (1971) kararına atıfta bulunmuş, bu karardan şu pasajı alıntılamaştır: “Hem hukuksal hem de mantıksal olarak bir insana saldırıldığında, cevap vermesi normaldir. Küçük ve basit bir saldırıda tamamen orantısız ve gereksiz savunma yapmak normal değildir. Ama ciddi bir saldırı varsa, ciddi tehlikeye sokan, kişi, o an kendini savunmak için gerekli bir fiil yapabilir. Eğer saldırı geçmişse ve tehlike kalmamışsa, o zaman kullanılan güç, intikam, cezalandırma veya tamamen agresiflikten olabilir. Böyle bir durumda savunma gerekliliği ortadan kalkmıştır. Eğer bir saldırı varsa ve savunma da gerekliyse, o zaman, kendini savunan kişi, iyiniyet çerçevesinde gerekli fiili tartamayabilir. Bu durumda jüri, saldırıya yönelik savunma hareketlerinin dürüstçe ve gerekli olduğu düşüncesiyle yapıldığına ikna edilebilirse, ki en büyük ispat odur; kişi beraat eder”³¹⁸.

Sonuç itibariyle ortak hukukta ve dolayısıyla KKTC’de şu anki hukuksal durum, kasten adam öldürme (murder) ithamı karşısında meşru müdafaa savunması kabul görmeyeceğinden, sanık işlemiş olduğu kasıtlı fiilden sorumlu tutulmaktadır. Eğer itham, adam öldürme (manslaughter), sanık, ağır kusurunun ve kastının olmadığını, ve fiili işlerken kullanmış olduğu gücün, makul ve gerekli olduğuna ilişkin inancını kanıtladığı takdirde, meşru müdafaa savunması başarılı olur ve mazur görülen sanık beraat eder.

³¹⁸ Yargıtay/Ceza 21/85 D.15/87 <http://www.mahkemeler.net/KARARLAR>, Erişim Tarihi: 20/10/2014.

Bölüm 5

MEŞRU MÜDAFAA İLE HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNDEN ZORUNLULUK HALİNİN ve SUÇA ETKİ EDEN NEDENLERDEN HAKSIZ TAHRİKİN DEĞERLENDİRİLMESİ

5.1 Meşru Müdafaa İle Zorunluluk Halinin Değerlendirilmesi

5.1.1 Genel Olarak Zorunluluk Hali

Zaruret hali, zorda kalma ya da ıztırar hali de denilen zorunluluk hali, kişinin bilerek sebep olmadığı ciddi bir tehlikeden, kendisini veya başkasını kurtarmak zorunluluğu karşısında, tehlikeyi uzaklaştırmaya yetecek ölçüde bir fiil işlemesini gerekli kılan durumdur³¹⁹.

Tehlike altında bulunan hukuki değeri korumak amacıyla başkalarının hukuki değerlerine zarar vermek, ilkçağlardan bu yana süregelen bir davranış şeklidir. Tarihte, zorunluluk hali dolayısıyla masum kişilerin zarar görmesi, uzunca bir süre ahlak dışı olarak görülmüştür. Ancak, aynı toplumda yaşayan kişilerin başka kişilere yardımda bulunması biçimindeki ahlak kuralından temellenen zorunluluk hali, önce din kuralı, ardından da hukuk kuralı şeklinde belirmeye başlamıştır³²⁰.

Zorunluluk halinin esasları ile ilgili değişik görüşler vardır. Bazı yazarlara göre, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenlerden biri olan zorunluluk halinde işlenen suça ceza verilmemesinin nedeni, insanın doğasından kaynaklanan kendini koruma

³¹⁹ DÖNMEZER / ERMAN, (C.II), s. 120; LODGE, s. 48.

³²⁰ KANGAL, s. 14.

içgüdü³²¹ ve tehlike karşısında bundan vazgeçmesinin beklenemeyecek olmasıdır. Bu durumda sosyal bir zarar oluşmaz. Çatışma halinde olan aynı iki değerden birini olsun kurtarmak gerektiğine göre, diğerini feda etmekte sakınca yoktur³²². Bununla birlikte bazı yazarlar zorunluluk halinin esasını, koşulların dayatması (duress of circumstances) olarak, bazıları da iki kötünün en azı (the lesser of two evils) olarak açıklamaktadırlar³²³.

Türk ceza hukukunda, 5237 sayılı TCK'nın 25/2. maddesinde zorunluluk hali şöyle düzenlenmiştir. *“Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.”*

Bu kapsamda, zorunluluk halinin varlığı için bazı koşulların bulunması gerekmektedir. Öncelikle, o anda olmasa bile çok yakın bir zamanda, ağır zarar verecek bir tehlike olmalıdır. Bu tehlikenin, kişinin kendisine veya başkasına ait bir hakka yönelik olması gerekir. Fail, tehlikeye kendisi bilerek sebep olmamalıdır. Tehlikenin bir insandan kaynaklanması gerekmez, doğa olaylarından ya da hayvanlardan da kaynaklanabilir. Ancak failin tehlikeden başka türlü kurtulma imkanı olmamalıdır. Yani tehlikeye karşı korunma, zorunlu olmalıdır. Korunan hukuki değer, feda edilenden önemsizse, ikisi arasında orantı yoksa, zorunluluk hali

³²¹ Zorunluluk halinin esasını, kendini koruma içgüdüne dayandıran görüşler, zorunluluk halinde başkalarını kurtarmayı açıklayamamaktadır. Ancak, kurtarılan kişi ile failin bir yakınlık bağı olması halinde, içgüdüden söz edilebilir. Bkz., HAFIZOĞULLARI, Zeki, “Türk Ceza Hukuku Sisteminde Zaruret Hali ve Üçüncü Kişiyi Kurtarma”, AÜHFD (1971), C. 28, S. 1, s. 100, 91-132.

³²² CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 313; TOROSLU, s. 109.

³²³ HERRING, s. 641.

kabul edilmez. Aynı şekilde, failin tehlikeye karşı koyma görevi varsa, örneğin fail bir polis memuruysa, zorunluluk halinden söz edilemez³²⁴.

Nitekim, Fası 154 Ceza Yasası'nın 17. maddesinde zorunluluk hali şu şekilde düzenlenmiştir: *“Başka şekilde suç oluşturacak olan bir fiil veya ihmâl, suç işlemekle itham edilen kişi, yapılan veya yapılması ihmâl olunan fiilin salt başka şekilde önlenmesi mümkün olmayan sonuçların önlenmesi amacıyla yapıldığını ve sonuçların gerçekleşmesi halinde kendisine veya korumakla yükümlü olduğu kişilere kaçınılmaz ve telafisi imkansız kötülük veya zarar geleceğini; bu amaç için makul olarak yapılması gerekenden daha fazla bir şey yapmadığını ve sebep olunan kötülük veya zarar ile önlenen kötülük veya zarar arasında orantısızlık olmadığını gösterebildiği takdirde, mazur görülebilir”*.

Bu kanunda, zorunluluk halinin varlığı için, tehlikeden kurtarılması gereken kişiler, failin kendisi ve korumakla yükümlü olduğu kişiler olarak düzenlenmiştir. Böylece, Fası 154 Ceza Yasası, zorunluluk durumunda kurtarılacak üçüncü kişilerin kapsamını dar tutmuştur. Halbuki TCK'da böyle bir şart aranmamış, failin kendisiyle birlikte, üçüncü bir kişiyi kurtarmak amacıyla yaptığı hareketler zorunluluk hali kapsamında değerlendirilmiştir.

Hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk hali, hukuken daha değerli olanı korumak için daha değersiz olana zarar verilmesi olarak açıklandığına göre, korunmak istenenin önemli ölçüde üstün olması gerekir³²⁵. Dolayısıyla, Fası 154'deki düzenleme, bu doğrultuda oldukça isabetlidir. TOROSLU da, zorunluluk halinde kurtarılan varlığın, feda edilenden üstün olan belli kişilerle sınırlandırılması gerektiği düşüncesindedir³²⁶.

³²⁴ ZAFER, s. 316-319; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 315-318.

³²⁵ ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN Koray, “Zorunluluk Halinin Hukuki Niteliği” Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2007, C. 9, S. 2, s. 203, 216, 195-222.

³²⁶ TOROSLU, s. 111.

İngiliz ortak hukukunda, zorunluluk hali, meşru müdafaa gibi hukuka uygunluk savunmalarından biridir³²⁷. Ancak, 16. Yüzyıldan itibaren zorunluluk hali ile ilgili tartışmalar yapılmaktadır. Bu meseleyle ilgili olarak gerek yasama gerekse yargı, zorunluluk hali gibi genel bir savunmanın varlığı konusunda daima isteksiz davranmışlardır. Şimdilerde böyle bir savunmanın varlığı konusunda bir ihtilaf olmamasına rağmen zorunluluk doktrini nispi olarak gelişmemiş olup, çok sınırlı bir uygulaması vardır³²⁸. Nitekim Kıbrıs'ta da (Kuzey Kıbrıs ve Güney Kıbrıs) ceza yasalarında³²⁹ yer almasına rağmen, zorunluluk haline ilişkin mahkeme kararlarına rastlanmamaktadır.

İngiltere'de 1884'de meydana gelen bir olay, zorunluluk hali ile ilgili olarak hala tartışma konusudur. *R. v. Dudley and Stephens*³³⁰ davasına konu olayda, 1884'de Avustralya'ya gitmek üzere İngiltere'den yola çıkan bir geminin batması sonucu, bir filikaya binen dört adamdan ikisi, açlığa dayanamayınca, kendi yaşamlarını kurtarabilmek için aralarından 17 yaşındaki kabin görevlisi Richard Parker'ı seçip, öldürerek yemişlerdir. Mahkeme, failleri, kasten adam öldürmeden, ölüme mahkum etmiştir. Bu meselede, öldürme, zorunluluk nedeniyle hukuka uygun bulunmamıştır. Ancak kazazedelerin kamuoyunda sempati toplaması sonucu, Kraliçe Victoria merhamet göstererek, bu cezayı altı ay hapis cezasına çevirmiştir³³¹.

Zorunluluk hali ile ilgili çok önemli olan, *London Borough of Southwork v. Williams* (1971)³³² kararında Lord Denning şunları söylemiştir: “Zorunluluk doktrini öyle bir kapı açacaktır ki, hiç kimse bunu kapatamayacak ve zorunluluk talebi her tür yanlış eylemin bir mazereti haline gelecektir. Bu nedenle mahkemeler hukuk

³²⁷ HERRING, s. 641.

³²⁸ LODGE, s. 48.

³²⁹ Güney Kıbrıs Ceza Yasası'da İngiliz ortak hukukundan kodifiye edilmiş olup, Fasil 154 Ceza Yasası'nın aynısıdır.

³³⁰ *R. v. Dudley and Stephens* (1884) 14 QBD 273, (1881-85) All ER Rep., s. 61.

³³¹ DÖNMEZER / ERMAN, (C.II), s. 121; *R. v. Dudley and Stephens* (1884), http://en.wikipedia.org/wiki/R_v_Dudley_and_Stephens, Erişim Tarihi: 02.12.2014.

³³² *Southwork London Borough Council v. Williams* (1971) 2 All ER, s.175, 179.

düzeni adına buna karşı koymalıdır”. Lord Denning aynı kararda, “eğer kişi açım deyip hırsızlık yaparsa kimsenin malı güvende olmayacak, her türlü düzensizlik ve kanunsuzluk geçerli olacaktır. Eğer kişi evsizim deyip başkasının evine tecavüz ederse kimsenin evi güvende olmayacaktır. Bu nedenle zorunluluk halinin ciddi bir biçimde ele alınıp sınırlarının iyi çizilmesi gerekmektedir.” demiştir.

Bu sınırlı uygulamasına karşın öyle durumlar vardır ki, zorunluluk prensibine başvurmak kaçınılmaz olmaktadır. Örneğin, mahkumun yangın çıkan bir hapisaneden kaçmak zorunda kalması veya fırtınaya tutulmuş gemiyi kurtarmak için gemideki kargonun denize atılması gibi³³³. WILLIAMS’a göre, açlık halinde yiyecek hırsızlığı, zorunluluk hali dolayısıyla hukuka uygun kabul edilmelidir. Ancak bu açlığın olağanüstü koşullarda ortaya çıkmış olması gerekmektedir. Buna karşın, evsiz kişinin başkalarının boş evlerine girmesi, hukuka uygun sayılıp zorunluluk halinden faydalanılması düşünülemez. Çünkü burada zorunluluk sadece ekonomiktir. Genel olarak, tıbbi operasyonlarda zorunluluk savunması yapılabileceği kabul edilmektedir³³⁴. Nitekim, tecavüze uğraması sonucu hamile kalmış 15 yaşında bir kızın, o zaman yürürlükte bulunan yasaya göre hamileliğe son verme fiili suç olduğu halde, sanık doktorun cenini alması davasıyla ilgili *R. v. Bourne* (1938) kararında, Mahkeme, hamile kadının, hamileliğinin sürmesi halinde ağır ruhsal ve fiziksel zarara uğraması tehlikesine karşın, gebeliğin sonlandırılmasını zorunluluk hali olarak kabul etmiştir³³⁵.

Yasaca öngörülen durumlar dışında zorunluluk hali, trafik meselelerinde bir savunma olarak kabul görmektedir. Bu da ancak bazı ciddi koşullar altında adaletin tecellisi adına mümkün olmaktadır. Örneğin, bazı yasalarla, ambulans, itfaiye ve

³³³ LODGE, s. 49.

³³⁴ WILLIAMS, (1978), s. 575, 576.

³³⁵ *R. v. Bourne* (1938), <https://www.msu.edu/user/schwenkl/abtrbng/rvbourne.htm>, Erişim Tarihi: 22.01.2015.

polis araçları, görevle ilgili kullanılmaktaysa, hız limitlerine uymaktan muaf tutulmaktadır³³⁶. Tıbbi operasyonlarla ilgili olarak, bir küçüğün büyüklerinin izni alınmadan acil bir operasyona tabi tutulması, zorunluluk savunmasından faydalanmaktadır. Kuşkusuz bir intiharı önlemeye yönelik fiiller de, hukuka uygun kabul edilmelidir. Bununla ilgili olarak, hapisanedeki açlık grevindeki mahkumların zorla beslenebileceği kurala bağlanmıştır³³⁷.

Ortak hukukta, hukuka uygunluk nedenleri arasında yer alan zorunluluk halinin, Türk hukuk doktrininde de, hukuka uygunluk nedenlerinden biri olduğu ifade edilmektedir³³⁸.

5.1.2 Meşru Müdafaa İle Zorunluluk Hali Arasındaki Fark

Meşru müdafaa olduğu gibi, zorunluluk halinde de diğerini feda ederek korunabilen menfaatler çatışması sözkonusudur³³⁹. Bir hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinde, iki hukuksal değer çatışması halinde, failin başka türlü davranma imkanı yoksa, hukuk düzeni daha değerli olanı korumak amacıyla, daha değersiz olana zarar verilmesine izin vermektedir³⁴⁰.

Her iki hukuka uygunluk nedeninde de ortak husus, failin dışında bir etkinin, yani, haksız bir saldırı ya da kaçınılmaz ve telafisi imkansız zarar tehlikesinin varlığıdır. Zira her iki durumda da, failin, savunmaya yönelik ya da korunmaya yönelik fiili, zorunluluk arz etmektedir³⁴¹.

Meşru müdafaa aranan eşzamanlılık koşulu zorunluluk halinde de mevcuttur. Yani, tehlike ile failin korunmaya yönelik fiilinin eş zamanlı olması gerekir. Meşru müdafaa olduğu gibi, sona ermiş bir tehlike bakımından zorunluluk

³³⁶ JAVED, s. 274, 275.

³³⁷ WILLIAMS, (1978), s. 576.

³³⁸ TOROSLU, s. 108; AKYAZAN, Ahmet Emrah, “5237 Sayılı TCK.nunda Hukuka Uygunluk Sebepleri”, Ankara Barosu Dergisi 2006, S. 1, s. 87, 77-98.

³³⁹ TOROSLU, s. 109.

³⁴⁰ ÖZBEK / DOĞAN, s. 216.

³⁴¹ ÖZEN, s. 167.

halinden söz edilemez³⁴². Mevcut bir tehlikeye karşı korunma fiili yapılabileceği gibi, gerçekleşmesine kesin gözüyle bakılan bir tehlikeye karşı yapılan korunma fiili de zorunluluk hali kapsamında kabul edilmektedir³⁴³. Bununla birlikte, korunma fiilinin, tehlikenin ağırlığı ile orantılı olması gerekir. Failin, zorunluluk halinden faydalanabilmesi için, fiilinin makul olması, verdiği kötülük veya zarar ile önlediği kötülük veya zarar arasında orantısızlık olmaması gerekir. Zorunluluk halinde, meşru müdafaadan daha katı bir ölçülülük aranmaktadır. Zira burada zararlı davranış, masum bir kişiye yöneltilmiştir³⁴⁴.

Meşru müdafa ile zorunluluk hali büyük benzerlik göstermelerine rağmen, birçok yönden birbirinden ayrılmaktadır. Öncelikle, meşru müdafaada savunma fiili, haksız saldırıda bulunan saldırgana karşı işlenmekte; zorunluluk halinde ise korunma fiilinin hedefi tamamen masum üçüncü kişinin hakkı olmaktadır. Dolayısıyla savunmanın, bu iki hukuka uygunluk nedeninden hangisi olduğunu belirlemede temel ölçüt, savunmanın hedefidir³⁴⁵.

Meşru müdafaada, savunma için haksız bir saldırının varlığı aranırken, zorunluluk halinde tehlikenin bulunması yeterlidir. Haksız saldırı, insandan kaynaklanacağı için, meşru müdafa sadece insan fiillerine karşı olabilmektedir. Dolayısıyla, zorunluluk halinin meşru müdafaadan ayrıldığı bir diğer önemli nokta, tehlikenin kaynağı bir insan davranışı olabileceği gibi, doğa olayları, hayvan saldırıları ya da biyolojik nedenler olabilir³⁴⁶.

Bir diğer önemli farklılık, zorunluluk halinde tehlikeye bilerek sebep olunmamasıdır. Eğer fail, tehlikeye kendi kusurlu davranışı ile sebep olmuşsa zorunluluk halinden faydalanamaz. Örneğin, gemiyi batıran teröristlerin, cankurtaran

³⁴² ÖZBEK / DOĞAN, s. 210.

³⁴³ KANGAL, s. 233.

³⁴⁴ TOROSLU, s. 113.

³⁴⁵ ÖZEN, s. 168; ZAFER, s. 320.

³⁴⁶ ÖZBEK / DOĞAN, s. 209; ZAFER, s. 320.

sandalına el koymalarında zorunluluk hali sözkonusu olamaz. Oysa ki meşru müdafaada, kendi davranışı ile saldırıya neden olması halinde bile kişi, kendini savunması durumunda meşru müdafaadan yararlanabilmektedir³⁴⁷. Eklemek gerekir ki, tehlikeye bilerek sebep olmama şartı, zorunluluk hali dolayısıyla hareket eden kişi ile ilgilidir. Halbuki kurtarılan üçüncü kişinin tehlikeye sebep olması, failin zorunluluk halinden faydalanmasına engel teşkil etmez³⁴⁸.

Zorunluluk halinden söz edebilmek için, bir tehlikenin yani korkulan zararlı sonucun gerçekleşme ihtimalinin varlığı gereklidir. Tehlike, suç olan fiili yapmaksızın geçirilebilecekse, korunma fiili sonucu ortaya çıkan zarar ne kadar küçük olursa olsun zorunluluk halinden söz edilemez³⁴⁹. Zorunluluk halinde müdahalenin, somut olayın özellikleri açısından gerekli olması, failin tehlikeden başka şekilde korunma imkanının olmaması gerekir. Failin tehlikeden kaçarak kurtulma olanağı varsa, zorunluluk halinden faydalanamaz³⁵⁰. Buna karşılık meşru müdafaada, başka şekilde hareket etme imkanının olup olmaması konusunda, özellikle de kaçma konusunda katı bir tutum söz konusu değildir³⁵¹.

Meşru müdafaa bakımından akıl hastası ya da küçüklerin saldırılarına karşı savunmanın kabul edilip edilmeyeceğine ilişkin farklı görüşler olduğundan daha önce bahsetmiştik. Bazılarına göre, bu kişilerin saldırıları, meşru müdafaa bakımından bir saldırı olarak nitelendirilemez. “Tehlike” olarak nitelendirilen bu saldırılara karşı, meşru müdafaa değil, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran zorunluluk halinin uygulanması gerekir³⁵².

³⁴⁷ ÖZEN, s. 170.

³⁴⁸ HAFIZOĞULLARI, s. 109.

³⁴⁹ HAFIZOĞULLARI, s. 109; TOROSLU, s. 110.

³⁵⁰ ÖZBEK / DOĞAN, s. 211.

³⁵¹ TANER, s. 245.

³⁵² CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 304; KANGAL, s. 240.

5.2 Meşru Müdafaa İle Haksız Tahrikin Değerlendirilmesi

5.2.1 Genel Olarak Haksız Tahrik

Haksız tahrik, failin, haksız bir fiil neticesinde, duyduğu aşırı üzüntü ve öfkenin etkisiyle suç işlemesidir. Genel bir cezada indirim sebebi olan haksız tahrik, herhangi bir ayırım yapılmaksızın, her suç bakımından gözönünde bulundurulur³⁵³.

Bazı yazarlara göre, haksız tahrik, niteliği gereği taksirli suçlarla bağdaşamaz. Çünkü haksız tahrik sonucu yapılan hareketin ve bundan doğacak sonucun bilinmesi ve istenmesi gerekir³⁵⁴. Ancak bazı yazarlar, taksirli suçlarda da haksız tahrik olabileceğini söylemektedirler. Onlara göre, haksız tahrik durumunda sadece hareketin istenmesi yeterlidir, sonucun da istenmesi gerekmez. Dolayısıyla kasıtlı suçlarda olduğu gibi, taksirli suçlarda da haksız tahrik kabul edilmelidir³⁵⁵.

Haksız tahrik TCK'nın 29. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; haksız bir fiilin meydana getirdiği öfke ve şiddetli üzüntünün etkisi altında suç işleyen kimseye daha az ceza verilir.

Bu kanunda, genel hükümlerde düzenlenen haksız tahrik, Fasıl 154 Ceza Yasası'nın 208. maddesinde, İngiliz ortak hukukundakine benzer şekilde, özel hükümlerde "tahrik ile adam öldürme" başlığı altında düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; *"Bir kişi, bu madde kuralları olmasa idi taammüden katillik teşkil edecek koşullar altında yasadışı olarak başka birini öldürdüğünde, ölüme yol açan fiili, makul bir kişiyi, kendi kendini kontrol edecek iradede yoksun bırakacak nitelikte herhangi bir haksız fiil veya hakaret veya öfkelenmekle meydana gelen ve bu gibi makul kişinin öfkesinin geçmesi için sakinleşmesine fırsat verecek bir zamandan*

³⁵³ DÖNMEZER / ERMAN, (C.II), s. 346, CENTEL, s. 392; ÖNDER, s. 347.

³⁵⁴ DÖNMEZER / ERMAN, (C.II), s. 349.

³⁵⁵ ÖNDER, s. 349; KOCA / ÜZÜLMEZ, (2009), s. 306.

önce ani tahrikin sebep olduğu şiddetli bir kızgınlık ve öfke anı içinde işlemişse, sadece adam öldürme suçu işlemiş olur”.

Ortak hukukta, sadece kasten adam öldürme (murder) meselelerinde bir savunma olan haksız tahrik (provocation), bunun dışındaki bütün meselelerde, cezada indirim sebebidir. Diğer suçlar için, örneğin darp olaylarında sanığın mağdura saldırması tahrik sonucu meydana gelmişse, bu durum uygun cezanın verilmesinin kararlaştırılmasıyla ilgilidir. Çünkü kasten adam öldürme suçunda, ceza, yasa ile kesin olarak saptanmıştır. Bu da ömür boyu hapislik cezası olup, cezada indirim söz konusu olamaz. Ancak kasten adam öldürme (murder) suçlarında haksız tahrik savunması yapılabilir ki, kabul edilmesi halinde, kasten adam öldürme (murder) ithamı, adam öldürmeye (manslaughter) indirilir³⁵⁶.

İngiltere’de haksız tahrik savunması, 1957 tarihli Adam Öldürme Yasası (Homicide Act) 3. maddede³⁵⁷ düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, haksız tahrik (provocation), sadece kasten adam öldürme (murder) için bir savunmadır. Sanık, iki şeyi ispatlamalıdır:

- 1- Kişi söylenen bir sözle ya da yapılan bir davranışla tahrik edilmiş olmalı ve bunun sonucunda kontrolünü (self-control) kaybetmiş olmalıdır.
- 2- Aynı koşullarda, makul bir kişi (reasonable man) de aynı tepkiyi gösterecek olmalıdır.

Burada hem objektif hem de sübjektif bir test uygulanmaktadır. Haksız tahrikin varlığı için bu iki koşulun tatmin edilmiş olması gerekir. Kasten adam öldürme

³⁵⁶ CARD, s. 224; HERRING, s. 224; SMITH&HOGAN, s. 350, 351; WILLIAMS, (1978), s. 477.

³⁵⁷ Provocation: “Where on a charge of murder there is evidence on which the jury can find that the person charged was provoked (whether by things done or by things said or by both together) to lose his self-control, the question whether the provocation was enough to make a reasonable man do as he did shall be left to be determined by the jury; and in determining that question on the jury shall take into account everything both done and said according to the effect which, in their opinion, it would have on a reasonable man.” Homicide Act 1957, www.legislation.gov.uk

(murder) ithamıyla yargılanan sanık, haksız tahrik savunmasında başarılı olursa, adam öldürmeden (manslaughter) suçlu bulunur³⁵⁸.

Haksız tahrik, sadece failin fiiliyle değil, mağdurun fiiliyle de ilgilidir. Çünkü bu kurumun merkezinde, mağdurun söz ve davranışları vardır. Tahrikten söz edebilmek için, mağdurun haksız fiili sonucu, failin öfke ve üzüntüye kapılması ve bunun sonucunda tepki olarak bir suç işlemiş olması gerekir³⁵⁹.

Dolayısıyla haksız tahrikin uygulanabilmesi için bazı koşulların varlığı gerekir. Öncelikle tahriki oluşturan bir fiilin bulunması gerekir. Bu fiil, olumlu ya da olumsuz bir hareket olabileceği gibi, söz, yazı, işaret veya davranış biçimi de olabilir. Koşullar tek başına tahriki oluşturmaz³⁶⁰. *R. v. Acott (1997)*³⁶¹ davasında, Lord Steyn şöyle bir örnek vermektedir; “*bir kişinin kar yağışı nedeniyle trafiğin yavaşlamasından dolayı kontrolünü kaybetmesi, bunu, haksız tahrik olarak kullanmasına engel olur*”. Ne var ki bu koşul, bazı davalarda geniş yorumlanmaktadır. *R. v. Doughty (1986)*³⁶² davasında, ağlayan bir bebeğin tahrikkar bir fiil oluşturabileceği kabul edilmiştir

Haksız tahrik oluşturan fiilin haksız bir fiil olması gerekir. Öfke ve üzüntü, hukuka aykırı fiil neticesinde meydana gelmelidir. Ancak fiilin haksız olması için suç teşkil etmesi şart değildir. Hukuka uygun bir fiilden dolayı, failin öfke ve üzüntüye kapılması ve tepkide bulunması, haksız tahrik kapsamında değerlendirilemez. Dolayısıyla, fiilin haksızlığı, her somut olayda, sosyal değerlere göre, hakim tarafından takdir edilir³⁶³.

³⁵⁸ HERRING, s. 238; SMITH&HOGAN, s. 351.

³⁵⁹ AYDIN, Devrim, “Yeni Türk Ceza Kanununda Haksız Tahrik”, AÜHFĐ 2005, C. 54, S. 1, s. 227, 225-254.

³⁶⁰ HERRING, s. 240.

³⁶¹ *R. v. Acott (1997)*, 2 Cr App R 94, 102.

³⁶² *R. v. Doughty (1986)*, 83 Cr App R 319.

³⁶³ ÖNDER, s.348; DÖNMEZER / ERMAN, (C.II), s. 353; TOROSLU, s. 179.

Tahrikkar fiilin tepkide bulunana yapılmış olması gerekmez, failin bir yakınına, sevdiği bir kişiye, hatta bir yabancıya yapılan bir fiil de öfke ve üzüntü yaratabilir³⁶⁴. Örneğin, sokakta bir çocuğun dövüldüğünü görüp sinirlenen ve bunun üzerine karşılıklı bulunan kişi de haksız tahrikten faydalanabilir. Aynı şekilde, failin eşyasına, hayvanına, bitkilerine karşı işlenen fiiller de haksız tahrik teşkil edebilir³⁶⁵.

Tahriki oluşturan fiilin insan tarafından yapılması gerekir. Bundan dolayı, bir hayvana kötü muamelede bulunan kişi, hayvan tarafından tahrik edildiğini iddia edemez. Küçükler ve akıl hastalarının fiillerinin, haksız tahrik teşkil edip etmeyeceği konusunda doktrinde farklı görüşler vardır. Bir görüşe göre, bu kişilerin fiilleri haksız tahrik teşkil etmez. Ancak, karşılıklı bulunan kişi, bu kişilerin durumu hakkında yanılmışsa, haksız tahrik kabul edilir³⁶⁶. Diğer görüşe göre ise, bu kişilerin durumları, fiillerinin haksız sayılmasına engel değildir. Çünkü, kusur yeteneği bulunmayan bu kişilerin fiilleri de, haksızlık niteliğine sahiptir³⁶⁷. Hukuka aykırı, hukuk düzenince onaylanmayan her hareket haksız fiil niteliği taşıdığından³⁶⁸, kanaatimizce bu kişilerin de hukuka aykırı fiillerine karşı haksız tahrik kabul edilmelidir.

Sanık tahrik edilmiş olmalıdır. Sanığın sadece kendini kaybettiğini göstermesi yeterli değildir. Kendini kaybetmesine neden olacak bir tahrik altında olduğunu göstermelidir³⁶⁹. *R. v. Acott* (1997) davasında sanık, annesini öldürmüştür. Sanığın bu suçu, kontrolünü kaybetmesi sonucu işlediğine ilişkin yeterli şahadet mahkemeye sunulmuştur. Ancak, kendini kaybetmesine neden olan harekete dair

³⁶⁴ HERRING, s. 243. CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, 429.

³⁶⁵ DÖNMEZER / ERMAN, (C.II), s. 352; ÖNDER, s. 348, TOROSLU, s.178.

³⁶⁶ DÖNMEZER / ERMAN, (C.II), s. 354.

³⁶⁷ KOCA / ÜZÜLMEZ, (2009), s. 303.

³⁶⁸ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 431.

³⁶⁹ HERRING, s. 240.

delil, mahkemeye sunulmadığı için, sanık haksız tahrik (provocation) savunmasından faydalanamamıştır³⁷⁰.

Haksız tahrik oluşturan fiil ile failin psikolojik durumu arasında nedensellik bağının bulunması gerekir. Öfke ve üzüntü başka bir şeyden kaynaklanmışsa, haksız tahrikten sözedilemez. Normal olarak öfke ve üzüntü doğurmayacak bir fiilin, failin fazla alıngan ve hassas olması sebebiyle, onun üzerinde böyle bir etki yapması halinde, nedensellik bağının olmadığı kabul edilmektedir. Çünkü, bu durumda, öfke ve üzüntünün sebebini, failin ruhsal yapısında aramak gerekir³⁷¹. Bununla birlikte, sanık normalden çok daha sakin, soğukkanlı biriye ve makul bir kişinin kontrolünü kaybetmesine neden olacak esaslı bir tahrikkar fiil ile karşı karşıya geldiği halde kontrolünü kaybetmediyse, haksız tahrikten faydalanamaz³⁷². Görülüyor ki, haksız tahrik kurumu oldukça karışıktır. Objektif ve sübjektif koşulların hepsinin bir arada bulunması gerekir. Bunlardan birinin yokluğu halinde, haksız tahrikten faydalanılamaz.

Kişi, hem haksız fiil neticesinde derin öfke ve üzüntü duymalı, hem de suç, bu psikolojik etki altında işlenmiş olmalıdır. Fiil ile tepki arasında bir sürenin bulunması önemli değildir. Önemli olan, suçun işlenmesi anında psikolojik etkinin devam edip etmediğidir. Dolayısıyla, hakim bunu takdir ederken objektif bir test uygulayacak ve makul bir kimsenin ne kadar süre öfke ve üzüntünün etkisinde kalacağını tespit edecektir³⁷³.

İşlenen suç, öfke ve üzüntünün bir tepkisi olmalıdır. Yani, suçun haksız tahrik altında işlenmiş kabul edilmesi için, failin hareketinin, tahrikkar fiil sonucu duyulan öfke ve üzüntünün etkisiyle işlenmiş olması gerekir. Dolayısıyla, tepkinin, haksız

³⁷⁰ *R. v. Acott* (1997), 2 Cr App R 94, 102.

³⁷¹ DÖNMEZER / ERMAN, (C.II), s. 357.

³⁷² HERRING, s. 239; CARD, s. 483; KOCA / ÜZÜLMEZ, (2009), s. 306.

³⁷³ ÖNDER, s. 350; TOROSLU, s. 179; DÖNMEZER / ERMAN, (C.II), s. 356, 357.

tahrik oluşturan fiille orantılı olması gerekir. Aşırı ölçüsüz bir tepki varsa, nedensellik bağı yoktur. Çünkü her nedensellik bağı, bir oranı, ölçüyü gerekli kılar³⁷⁴.

Hukuk düzeni, birine kızıp, acısını başkasından çıkaran kişileri korumayacağı için, tepkinin, tahrikkar fiili yapana yönelmiş olması gerekir. Ancak bazı yazarlar, tepkinin, tahrikkar fiili yapana değil de onun yakınlarına yönelmiş olmasını da kabul etmektedirler³⁷⁵. Ancak bu görüş çok kabul görmez. Ortak hukukta da, haksız tahrikten faydalanabilmek için, tepkinin tahrikkar fiili yapana yönelmiş olması gerekir³⁷⁶.

Sanık, ani ve geçici bir kontrol kaybına uğramış olmalıdır. Sanığın tamamen kontrolünü kaybetmesine gereksinim yoktur. Örneğin sanığın kasten adam öldürmeden (murder) yargılanması için, öldürme veya vahim zarara uğratma niyetinin olması gerekir. Tamamen kontrolünü kaybetmesi halinde sanık zaten bir şeye niyet edemeyecek durumdadır³⁷⁷. Haksız tahrik teşkil eden fiil, failin şuur ve hareket serbestisini önemli derecede etkileyecek bir hal almışsa, artık haksız tahrikten değil, kusur yeteneğini etkileyen hallerden bahsedilir³⁷⁸.

Haksız tahrik savunmasının başarılı olabilmesi için, sanığın tahrikkar fiil neticesinde yaşadığı öfke ve üzüntü hali ile kendini kaybettiğini kanıtlaması yetmez. Aynı zamanda, makul bir kişinin de aynı koşullar altında kendini kaybedeceğinin ve aynı şekilde davranacağını kanıtlanması gerekir³⁷⁹. Bu aşamada belirtmekte yarar vardır ki, makul kişinin neye göre belirleneceği, bu kişinin sanığın ırkına ve kültürüne göre değişip değişmeyeceği tartışmalıdır. Bununla birlikte, sanığın

³⁷⁴ DÖNMEZER / ERMAN, (C.II), s. 359; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 434.

³⁷⁵ ÖNDER, s. 350; DÖNMEZER / ERMAN, (C.II), s. 360.

³⁷⁶ CARD, s. 225.

³⁷⁷ HERRING, s. 240.

³⁷⁸ DÖNMEZER / ERMAN, (C.II), s. 351.

³⁷⁹ HERRING, s.243.

karakteristik özellikleri, yetişme tarzı dahil geçmişi de, makul kişi bakımından hesaba katılmalıdır³⁸⁰.

Bu konuda önemli bir mesele de yanlış algılanmış olan (misperceived provocation), mefruz tahriktir. Yani gerçekte olmayan ancak failce varsayılan bir fiilin doğurduğu öfke ve üzüntü, haksız tahrik oluşturur mu? Bazı yazarlar bu durumda haksız tahriki kabul etmemektedirler³⁸¹. Bazılarına göre ise, haksız tahrikte cezanın indirilmesinin esas sebebi, psikolojiktir. Önemli olan failin öfke ve üzüntü içinde hareket etmesi olduğuna göre, bu psikolojik durum, gerçekte olmayan ancak failce oldu sanılan bir durumdan kaynaklansa bile, haksız tahrik kabul edilmelidir. Failin, söyleneni yanlış işitmesi ya da yapılanı yanlış yorumlaması halinde bile, eğer ki fail, tahrik edildiğine inanmış ve bunun neticesinde öfke ve üzüntüye kapılıp suçu işlemişse, bu, yapıldığına inandığı fiil altında değerlendirilmeli ve haksız tahrik kapsamında ele alınmalıdır³⁸².

Haksız bir fiil ile birisini tahrik eden kişi, bu kişinin tepkisiyle karşılaşınca, kural olarak, tahrik edildiğini ileri süremez. Yani haksız tahrike karşı haksız tahrik olmaz³⁸³. *Edwards v. The Queen* (1973)³⁸⁴ davasında, Yüksek Mahkeme (Privy Council), böyle bir durumda tahrik savunmasının mümkün olamayacağını söylemiştir. Bu görüş, *R. v. Johnson* (1989) davasında, İstinaf Mahkemesi (Court of Appeal) tarafından reddedilmiş ve şöyle denilmiştir; “*Tahrikkar fiil, sanık tarafından başlatılmış olsa bile, haksız tahrik savunmasına dayanılabilir. Fakat bu olgusal bir sorundur ve her meselenin olgularına göre, makul bir kişinin davranışına bağlı*

³⁸⁰ WILLIAMS, (1978), s. 490, 491.

³⁸¹ ÖNDER, s. 350.

³⁸² DÖNMEZER / ERMAN, (C.II), s. 358; HERRING, s. 244.

³⁸³ HERRING, s. 243.

³⁸⁴ *Edwards v. The Queen* (1973) AC 648.

olarak belirlenmelidir”³⁸⁵. Tahriki oluşturan fiil ile tepki arasında çok büyük orantısızlık varsa, karşılıklı tahrik söz konusu olabilir³⁸⁶.

İntikam arzusuyla hareket edilmiş olması, haksız tahrikle bağdaşmamaktadır³⁸⁷. Ünlü Lord Devlin, *R. v. Duffy* (1949) davasında şöyle demektedir: “*Bir intikam arzusunu dürtüleyen koşullar, haksız tahrikle bağdaşmamaktadır. Çünkü intikam arzusunda olan kişinin derinlemesine düşünmeye vakti vardır. Bu ise, tahrikin özünü teşkil eden ani ve geçici kontrol kaybını olumsuzlamaktadır*”³⁸⁸.

Bu konuya ilişkin *R. v. Kiranjit Ahluwalia* (1992) davası çok önemlidir. Bu davaya konu olayda, Asyalı Ahluwalia İngiltere’de yaşamak için mağdurla anlaşmalı bir evlilik yapmıştır. Ancak kocası konumunda olan kişiden sürekli şiddet, hakaret ve aşağılama görmektedir. Bir akşam yine adam, kadına saldırmış, Ahluwalia, aynı gece adam uyurken üzerine petrol dökerek onu yakmıştır. Kısa bir süre hastanede tedavi gören adam, aldığı yanıklardan ötürü ölmüştür. Mahkeme, burada çok önemli bir karar vermiştir. Genel kurala istisna getiren bu kararda şöyle denmiştir: “*Tahrik sonucu kontrolün kaybedildiğinin kanıtlanması gerekir. Tahrikkar fiil ile suç işlenmesi arasındaki zaman aralığı, ani ve geçici kontrol kaybının ortadan kalktığı anlamına gelmez. Ancak, zaman aralığı ne kadar uzarsa, ani ve geçici kontrol kaybının kanıtlanması o kadar zorlaşır*”³⁸⁹. Dolayısıyla, haksız fiile tepki olan suç, hemen işlenebileceği gibi, daha sonraki bir zamanda da işlenebilir. Önemli olan, haksız fiilin doğurduğu şiddetli öfke ve üzüntünün devam edip etmediğidir. Üzüntü

³⁸⁵ *R. v. Johnson* (1939) 2 All ER 839.

³⁸⁶ DÖNMEZER / ERMAN, (C.II), s. 355; ÖNDER, s. 349.

³⁸⁷ HERRING, s. 241.

³⁸⁸ *R v Duffy* (1949) 1 All ER 932.

³⁸⁹ *R. v. Ahluwalia* (1992) 4 All E.R. 889.

ve öfkenin etkisi azalmış olabilir. Ancak etki az da olsa devam ediyorsa, haksız fiil ile suç arasındaki zaman aralığı önemli değildir³⁹⁰.

5.2.2 Meşru Müdafaa İle Haksız Tahrik Arasındaki İlişki

Meşru müdafaa, fiilin hukuka uygun sayılmasını ve cezalandırılmamasını gerektiren bir hukuka uygunluk nedeni iken; haksız tahrik bir hukuka uygunluk nedeni değildir. Haksız tahrikte fiil hukuka aykırı kalmakta ancak, failin cezası hafifletilmektedir. Meşru müdafaa halinde hukuk düzeni, belli bir fiilin işlenmesi yönünde yetki vermektedir. Halbuki haksız tahrik durumunda, böyle bir yetki söz konusu değildir³⁹¹.

Meşru müdafaa ile haksız tahrik aynı fiilde bir arada bulunamaz. Çünkü, aynı olayda hukuki nitelikleri ve şartları farklı olan bu iki kurumdan birinin varlığı, diğerini ortadan kaldırır³⁹². Meşru müdafaa kapsamında işlediği fiilden ötürü, ceza almayan kişiye, haksız tahrik uygulanması ve bu kapsamda cezasının indirilmesi de söz konusu olamaz³⁹³. Ancak tahrikkar fiili yapmış olan kişi, haksız tahrik üzerine tepkide bulunan kişiye karşı, meşru müdafaa da bulunabilir. Meşru müdafaa da sınırın aşılmasıyla da haksız tahrik bir arada bulunamaz³⁹⁴.

Meşru müdafaa da devam eden haksız saldırıyı sona erdirmeye zorunluluğu vardır. Haksız tahrikte ise, sona ermiş ya da devam eden haksız fiile karşılıklıta bulunmaktadır ve bu karşılık zorunlu değildir. Meşru müdafaa da savunmanın eşzamanlı olması gerekirken, haksız tahrikte bu şart aranmaz. Bununla birlikte, meşru müdafaa koşulları sona erdikten sonra, saldırıya uğrayan failin, saldırgana

³⁹⁰ KOCA / ÜZÜLMEZ, (2009), s. 306. Yargıtay da, 1983 yılında vermiş olduğu bir kararda, olay tarihinden üç yıl önce, gelinine tecavüz edip mahkum olan kişiyi, cezasını çekip çıktıktan sonra öldüren sanığın haksız tahrikten faydalanacağını, belirtmiştir. Bkz., YCGK, 06.06.1983-1-43/275, CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 433.

³⁹¹ AYDIN, s. 240.

³⁹² KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 307.

³⁹³ AYDIN, s. 241.

³⁹⁴ DÖNMEZER / ERMAN, (C.II), s. 349; CENTEL, s. 403.

duyduğu öfke ve üzüntünün etkisiyle, suç oluşturacak bir fiil yapması halinde haksız tahrik uygulanabilir. Çünkü artık devam eden bir saldırı olmadığı için, meşru müdafaa halinden söz edilemez³⁹⁵.

³⁹⁵ERMEYDAN, İdris, “Yargıtay Kararları Işığında Meşru Savunmada Sınırın Aşılması”, FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi 2014 Bahar, S. 3, s. 149, 131-170; DÖNMEZER / ERMAN, (C.II), s. 349; CENTEL, s. 403, AYDIN, s. 242.

Bölüm 6

SONUÇ

Günümüzde bütün hukuk düzenlerinde yerleşmiş bir kurum olan meşru müdafanın temelleri tarihin çok eski zamanlarında atılmıştır. Kişinin kendisine ya da başkasına yönelik haksız bir saldırıya karşı, saldırının başka şekilde savuşturulma imkanı olmaması halinde, saldırıyla orantılı güç kullanımı anlamına gelen meşru müdafaa, kişilerin sahip olduğu bütün hakların korunmasını amaçlamaktadır.

Bu kurumun hukuki esasıyla ilgili birçok görüş bulunmaktadır. Toplumsal zararın yokluğu düşüncesine göre, meşru müdafaa halinde işlenen fiil, toplumun çıkarlarıyla çatışmamaktadır. Kanaatimizce bu kurumun hukuki esasını en iyi açıklayan düşünce de budur. Gerçekten de savunmacının fiili, toplum bakımından zararlı değildir. Toplumun çıkarlarıyla çatışmayan bu fiil baştan itibaren hukuka uygun olarak doğmuştur. Dolayısıyla hukuka aykırılık unsuru bulunmayan bu fiilin cezalandırılması için bir neden yoktur.

KKTC Ceza Yasası'nda meşru müdafaya ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ortak hukuku benimsemiş olan KKTC'de, meşru müdafaa, ortak hukuk ve KKTC Anayasası'ndaki düzenleme ile hukuk düzeninde yer almaktadır. Bir hukuka uygunluk nedeni olan bu kuruma ilişkin olarak mahkeme kararları bize yol gösterici olmaktadır.

Meşru müdafanın varlığı için belirli koşullara ihtiyaç vardır. Saldırıya ilişkin ve savunmaya ilişkin olmak üzere ikiye ayrılarak incelenen bu koşullardan en temel olanı haksız bir saldırının varlığıdır. Bu haksız saldırının bir hakka yönelmiş olması

gerekir. Eşmazanluluk şartı çerçevesinde meşru müdafaa, sadece devam etmekte olan saldırıya karşı değil, henüz başlamamış olmakla birlikte başlamasına kesin gözüyle bakılan bir saldırıya karşı olabileceği gibi, bitmiş olmakla birlikte tekrarı muhakkak bir saldırıya karşı da kabul edilmektedir. Nitekim başlama ihtimali çok az ya da tamamen sona ermiş bir saldırıya karşı savunmada bulunmak meşru müdafaa kapsamında kabul edilmemektedir.

Saldırının savunma yapılmadan uzaklaştırılma imkanının olmaması anlamına gelen zorunluluk şartıysa, meşru müdafaa'nın en önemli şartıdır. Eğer kişi, saldırıdan başka şekilde kurtulma imkanına sahip olduğu halde güç kullanmışsa, zorunluluk gereksinimi tatmin edilmemiş olacağından meşru müdafaa söz edilemez. Kaçma görevi de bu ekseninde incelenmektedir. KKTC Mahkemeleri'nin vermiş olduğu kararlarda da gördüğümüz üzere, saldırıdan kaçarak kurtulma imkanına sahip bir kişinin, buna rağmen güç kullanması, zorunluluk şartı dolayısıyla meşru müdafaa olarak kabul edilmemektedir. Ancak kaçmanın mümkün ve güvenli olması gerekmektedir. Eğer saldırıdan kaçarak kurtulmak mümkün değilse ya da kaçma güvenli değilse saldırıya karşı savunmada bulunmak zorunludur. Bununla birlikte savunma fiili saldırı ile ölçülü olmalıdır. Bu kapsamda savunma fiilinin makuliyeti sorunu gündeme gelmektedir. Ölçülülük şartı kapsamında sanığın hareketinin makuliyetinin değerlendirilmesi, savunmanın zorunluluğu şartı ile de yakın bir ilişki içerisindedir. Önemli olan zorunluluk çerçevesinde, savunmanın saldırıyı defedecek ölçüde olup olmadığıdır. Bu anlamda ölçülülüğün, kesin kriterlerle belirlenmesi imkansız olduğundan, her somut olayda, olayın oluş şekli, saldırı ile savunmanın yöneldiği haklar ve kullanılan araçlar bakımından incelenmesi gerekmektedir.

Meşru müdafaa hata durumunda cezai sorumluluğun ne olacağına ilişkin, Fesil 154 Ceza Yasası'nın genel hükümlerinden faydalanılmaktadır. Hukuki hatanın

cezai sorumluluğa etkisi olmamakla birlikte; fiili hata durumunda meşru müdafaa koşullarının gerçekleştiğine ilişkin yanlış inanç, failin cezai sorumluluğunu etkilemekte ve fail bu hatasından yararlanmaktadır. Fiili hata durumunda, kişinin güç kullanmak zorunda olduğuna inanması yeterlidir. Ancak bu hatanın makul olması gerekmektedir. Bununla birlikte bazı mahkeme kararlarında, makul olmasa bile dürüst inanış da yeterli kabul edilmiştir. Dolayısıyla kişi hata yapmamış olsaydı, yani gerçek durum inandığı gibi olsaydı cezai sorumluluğu ne olacaksa, bundan daha fazla bir sorumluluk taşımayacaktır. Şahista hata ve sapmanın, kanunda bir hüküm bulunmamasıyla birlikte, bu çerçevede ele alınması ve kusuru olmadan üçüncü kişiye zarar veren kişinin fiilinin meşru sayılması gerekmektedir.

Hukuk düzeninin, yasakladığı bir fiilin belli bazı koşullar altında yapılmasına izin vermesi hallerine, hukuka uygunluk nedeni denmektedir. Hukuka uygunluk nedeni, izin sınırları içerisinde kullanılmışsa sorun yoktur. Aksi halde, sınırın aşılması sorunu gündeme gelmektedir. Bir hukuka uygunluk nedeni olan meşru müdafaa durumunda, hukuk düzeninin verdiği izin sınırlarının aşılması, ölçülülük şartı çerçevesinde değerlendirilmekte ve bir mazeret nedeni olarak kabul edilmektedir. Meşru müdafaada sınırın aşılması, kastın varlığı halinde meşru müdafaa savunmasını bertaraf etmektedir. Sınırın kast olmaksızın aşılması halinde ise, sübjektif kriterler uygulanmakta, failin olay anındaki durumu göz önüne alınmaktadır. Savunma fiilini dürüstçe ve gerekli olduğu inancıyla yapan fail, meşru müdafaadan yararlanmaktadır.

Meşru müdafaa ile diğer hukuka uygunluk nedenlerinden biri olan zorunluluk hali arasında büyük benzerlik olmasına rağmen, birçok yönden farklılıklar bulunmaktadır. Ayrıca Fesil 154 Ceza Yasası'nda düzenlenmiş olmakla birlikte, zorunluluk haline ilişkin bir mahkeme kararı bulunmamaktadır.

Genel bir cezada indirim sebebi olan haksız tahrik, failin haksız bir fiil neticesinde duyduğu öfke ve üzüntünün etkisiyle suç işlemedir. Meşru müdafaa ile haksız tahrik bir arada bulunamaz. Ancak, haksız tahrik sonucu aşırı ölçüsüz bir tepki verene karşı, tahrikkar fiili yapanın meşru müdafaada bulunabileceği kabul edilmektedir.

KKTC yargı kararlarını incelediğimizde, meşru müdafaaya ilişkin kararların azlığı dikkati çekmektedir. Ne yazık ki, KKTC’de, bu konu tartışılmamaktadır. Oysa bu kurum, hukuk sistemleri içerisinde önemli bir yer işgal etmektedir. Çoğu ülkelerde, meşru müdafaa kurumuna yasama meclisleri el atmakta ve çağdaş yaklaşımlarla düzenlemeler yapmaktadır. Kanaatimizce, özellikle AİHS’nin geçerli olduğu bir ülke olarak AİHM’nin bu yönde verilmiş çağdaş kararları da gözönünde tutularak, yasama organının düzenleme yapması gerekmektedir. Çünkü kolay anlaşılır, sınırları iyice belirlenmiş bir meşru müdafaa tanımına ihtiyaç vardır.

KAYNAKÇA*

AKYAZAN, Ahmet Emrah: “5237 Sayılı TCK.nunda Hukuka Uygunluk Sebepleri”, Ankara Barosu Dergisi 2006, S. 1, s. 77-98.

ALACAKAPTAN, Uğur: Suçun Unsurları, Ankara 1975.

ALINGE, Curt: “Moğol Kanunları”, Çev. Prof. Dr. Coşkun Üçok, III. Bölüm, AÜHFD (1955), C. 12, S. 1, s. 285-297.

ALINGE, Curt: “Moğol Kanunları”, Çev. Prof. Dr. Coşkun Üçok, III. Bölüm, AÜHFD (1956), C. 13, S. 1, s. 194-219.

ALLEN, Michael J / COOPER, Simon: Elliot&Wood’s Cases and Materials on Criminal Law, Ninth Edition, London 2006.

ALP, Sedat: “Hitit Kanunları Hakkında”, Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih Coğrafya Fakültesi Dergisi 1947, C. 5, S. 5, s. 465-482.

ARCHBOLD: Criminal Pleading, Evidence and Practice, London 2003.

ASHWORTH, Andrew: “Self Defence and the Right to Life”, Cambridge Law Journal (1975), Vol. 34, s. 282-289.

* Aynı yazarın birden çok eserine atıf verildiğinde, parantez içerisindeki kısaltmalar kullanılacaktır.

ASHWORTH, Andrew: Principles of Criminal Law, Sixth Edition, Oxford (2009).

ASHWORTH, Andrew: Principles of Criminal Law, Third Edition, Oxford (1999).

AYDIN, Devrim: “Yeni Türk Ceza Kanununda Haksız Tahrik”, AÜHFD 2005, C. 54, S. 1, s. 225-254.

BAŞOĞLU, Tuncay: “Hristiyan Hukuku”, İslam Araştırmaları Dergisi 2007, S. 9, s. 25-66.

CARD, Richard: Criminal Law, 15. Edition, UK 2001.

CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2011.

CENTEL, Nur: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 2. Baskı, İstanbul 2002.

ÇOLAK, Abdullah: “İslam Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa”, Ekev Akademisi Dergisi 2004, Yıl. 8, S: 19, s. 135-156.

DEĞİRMENCİ, Olgun: “Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, TBB Dergisi 2014, S. 110, s. 129-188.

DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, (C. II), B. 11, İstanbul, 1997.

DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, (C. I), B. 12, İstanbul 1997.

DÜLGER, Murat Volkan: “Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Mazeret Nedenleri Arasındaki Ayrımın Tarihçesi, Niteliği ve Gerekliliği Üzerine Karşılaştırmalı Bir Deneme”, CHD Nisan 2014, S. 24, s. 121-180.

EREM, Faruk: Türk Ceza Hukuku-Genel Hükümler, C. II, Ankara (1971).

EREM, Faruk: Türk Ceza Kanunu Şerhi-Genel Hükümler, C. I, Ankara (1993).

ERMEYDAN, İdris: “Yargıtay Kararları Işığında Meşru Savunmada Sınırın Aşılması”, FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi 2014 Bahar, S. 3, s. 131-170.

ERSAN, Aykut: Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması, İstanbul 2013.

ERSOY, Yüksel: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1999.

ESER, Albin: “Justification and Excuse”, American Journal of Comparative Law 1976, Vol. 24, s. 621-637.

FLETCHER, George P.: “The Right and the Reasonable”, Harvard Law Review (1985), Vol. 98, s. 949-971.

FLETCHER, George P.: Basic Concepts of Criminal Law, Oxford University, (1998).

FLETCHER, George P.: Rethinking Criminal Law, Oxford University, (2000).

GÖZÜBÜYÜK, A. Pulat: “Meşru müdafanın başlangıcı, devamı ve sona ermesi”, Ankara Barosu Dergisi 1946, C. 3, S. 24, s. 1-5.

GÜNGÖR, Devrim: “Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata”, TBB Dergisi 2007, S. 68, s. 135-160.

GÜRAL, Jale: “Türk Hukukunda Mal İçin Meşru Müdafaa”, AÜHFD 1949, C. 6, S. 1, s. 179-198.

GÜRİZ, Adnan: Hukuk Felsefesi, Ankara 1999.

HAFIZOĞULLARI, Zeki: “Türk Ceza Hukuku Sisteminde Zaruret Hali ve Üçüncü Kişiyi Kurtarma”, AÜHFD (1971), C. 28, S. 1, s. 91-132.

HAKERİ, Hakan: “Amerikan Ceza Hukukuna Genel Bakış”, CHD Aralık 2008, Yıl: 3, S. 8, s. 5-27.

HERRING, Jonathan: Criminal Law Text-Cases and Materials, Third Edition, Oxford 2008.

HOROWITZ, Donald L.: “Justification and Excuse in the Program of the Criminal Law”, Law and Contemporary Problems 1986, Vol. 49, s. 109-126.

İÇEL, Kayıhan / DONAY, Süheyl: Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım, 1.Kitap, 3.Bası, İstanbul 1999.

JEASHECK, Hans Heinrick: Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş, Çev. Prof. Dr. Feridun Yenisey, İstanbul 1989.

JEFFERSON, Michael: Criminal Law, Foundation Series Eleventh Edition, UK 2013.

JENKS, Edward: “İngiliz Hukuku Hakkında Genel Bilgiler”, Çev. Mukbil Özyörük, AÜHFD 1950, C. 7, S. 1, s. 40-79.

KAŞIKARA, M. Serhat: “Türk Ceza Hukukunda Şahısta Hata ve Hedefte Sapma”, TAAD Temmuz 2010, Yıl: 1, S. 2, s. 347-384.

KING, Edward / HAWLEY, Joseph: “İngiliz Common Law’unun Gelişmesi”, Çev. İlhan Lütem, AÜHFD 1959, C. 16, S. 1-4, s. 178-233.

KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması”, EÜHFD (2007), C. XI, S. 1-2, s. 39-53.

KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara, (2009).

KOPEL, David B. / GALLANT, Paul / EISEN, Joanne D.: “The Human Right of Self-Defense”, BYU Journal of Public Law 2007, Vol. 22, s.43-178.

LACEY, Nicola / WELLS, Celia / QUICK, Oliver: Reconstructing Criminal Law, Cambridge University Press, 3. Edition, UK 2003.

LAW REFORM COMMISSION: Consultation Paper-Legitimate Defence, Ireland (2006).

LAW REFORM COMMISSION: Defences In Criminal Law, First Published, December (2009).

LEVERICK, Fiona: Killing in Self Defence, Oxford 2006.

LOVELESS, Janet, Criminal Law – Text, Cases and Materials, Oxford 2008.

MERAKLI, Serkan: “Mazeret Sebeplerinin TCK Bakımından Değerlendirilmesi”, CHD Nisan 2010, Yıl:5, S: 12, s. 261-302.

MERHACI, Selin Özden: “Common Law Haksız Fiiller Hukukuna Genel Bir Bakış ve İhmale Dayanan Haksız Fiiller”, Ankara Barosu Dergisi 2012, S. 4, s. 177-206.

ÖNDER, Ayhan: Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992.

ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN Koray: “Zorunluluk Halinin Hukuki Niteliği” Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2007, C. 9, S. 2, s. 195-222.

ÖZBEK, Veli Özer: “Türk Ceza Kanununda Hata”, CHD Ağustos 2008, Yıl:3, S. 2, s. 83-100.

ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Ankara 1995.

REİSOĞLU, Safa, Uluslar arası Boyutlarıyla İnsan Hakları, İstanbul 2001.

ROSEN, (Cathryn Jo): “The Excuse of Self-Defence: Correcting A Historical Accident on Behalf of Battered Women Who Kill”, The American University Law Review 1986, Vol. 36, s. 11-56.

ROSEN, (Richard): “On Self-Defence, Imminence and Battered Women Who Kill Their Batterers”, North Caroline Law Review 1993, Vol. 71, s. 371-398.

SANGERO, Boaz: Self Defence in Criminal Law, Oregon 2006.

SEVİG, Vasfi Raşid: “Cezanın Tarihi Menşei”, AÜHFD 1955, C. 12, S. 3, s. 9-49.

SMITH&HOGAN, Criminal law, Seventh Edition, London 1992.

SMITH, J.C.: Justification and Excuse in the Criminal Law, The Hamilyn Lectures, Fortieth Series, London 1989.

SÜTÇÜ, NeziH: “Amerika Hukuk Sistemine Kısa Bir Bakış”, İstanbul Barosu Dergisi 2006, C. 80, S. 3, s. 1153-1177.

TACİR, Hamide: “Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı”, MÜHF-HAD 2013, C.19, S. 2, s. 1301-1319.

TANER, Fahri Gökçen: “Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma”, CHD Nisan 2010, Yıl: 5, S. 12, s. 219-255.

TOROSLU, Nevzat: Ceza Hukuku, Ankara 2005.

TURNER, J.W.: Russell on Crime, Twelfth Edition, Volume 1, UK 1964.

UNIACKE: Permissible Killing: The Self Defence Justification of Homicide, Cambridge University 1994.

ÜÇOK, Coşkun: “Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler II”, AÜHFD 1946, C. 3, (S. 2), s. 365-383.

ÜÇOK, Coşkun: “Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler”, AÜHFD 1946, C. 3, (S. 1), s. 125-146.

WALLERSTEIN, Shlomit: “Justifying The Right To Self- Defense: A Theory of Forced Consequences”, Virginia Law Review 2005, Vol. 91, s. 999-1035.

WILLIAMS, Glanville: Learning The Law, 6. Edition, London (1957).

WILLIAMS, Glanville: Textbook of Criminal Law, London (1978).

ZAFER, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2013.

KARARLAR

13/06/1975 Ceza istinaf No:3/75 <http://www.mahkemeler.net/Kararlar>, Erişim Tarihi: 11.10.2014.

30/06/1989 D. 9/89 Birleştirilmiş Y/C 27/89, 28/89, 29/89 ve 30/89, <http://www.mahkemeler.net/KARARLAR>, Erişim Tarihi: 28.06.2014.

27.08.1990 Yargıtay Ceza 47,49/1989, D. No. 8/1990
<http://www.mahkemeler.net/KARARLAR>, Erişim Tarihi: 22/10/2014.

Beckford v. R. (1988) A.C. 130.

Brown v. United States, 256 U.S. 335 (1921),
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/256/335/case.html>, Erişim Tarihi: 15.09.2014.

DPP v. Morgan (1976) A.C. 182.

Edwards v. The Queen (1973) A.C. 648.

Kasa v. Türkiye davası, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 3. Daire, Strazburg, 20 Mayıs 2008, <http://caselaw.echr.globe24h.com/0/0/turkey/2008/05/20/case-of-kasa-v-turkey-86357-45902-99.shtml>, Erişim Tarihi: 08.09.2014

Palmer v. The Queen (1971), A.C. 814.

R. v. Acott (1997), 2 Cr App R 94, 102.

R v. Martin (Antony) (2002) 1 Cr. App Rep 27.

R. v. Dudley and Stephens (1884) 14 QBD 273, (1881-85) All E.R. Rep., s. 61.

R. v. Dudley and Stephens (1884),

http://en.wikipedia.org/wiki/R_v_Dudley_and_Stephens, Erişim Tarihi: 02.12.2014.

R. v. Bourne (1938), <https://www.msu.edu/user/schwenkl/abtrbng/rvbourne.htm>,

Erişim Tarihi: 22.01.2015.

R. v. Doughty (1986), 83 Cr App R 319.

R. v. Johnson (1939) 2 All E.R. 839.

R v. Duffy (1949) 1 All E.R. 932.

R. v. Wheeler (1967) 3 All E.R. 829.

R. v. Julien (1969) 2 All E.R. 856.

R. v. Clegg (1995) 1 A.C. 482.

R. v. Ahluwalia (1992) 4 All E.R. 889.

R. v. Scarlett (1993) 4 All E.R. 629.

Southwork London Borough Council v. Williams (1971) 2 All E.R., s.175, 179.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi 1991/2556 E, 1991/2846 K.
<http://www.kararara.com/yargitay/ycdk2/yrgtyk13897.htm>, Erişim Tarihi:17.10.2014

Yargıtay Ceza Genel Kurulu E.1991/1-4 K.1991/39 T.18/02/1991.
http://www.hukuki.net/ictihat/911-4_cgk.asp, Erişim Tarihi:19.08.2014.

Yargıtay/Ceza 21/85 D.15/87 <http://www.mahkemeler.net/KARARLAR>, Erişim
Tarihi: 20/10/2014.

YCGK, 06.06.1983-1-43/275, CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 433.

İNTERNET ALINTILARI

BLACKSTONE, William: Commentaries on the Laws of England (1765-1769) Book 4- Chapter 14 of Homicide, <http://www.lonang.com/exlibris/blackstone>, Erişim Tarihi:28.09.2014.

Criminal Law Act. 1967, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/58/section/3>, Erişim Tarihi: 27.05.2014.

HAFIZOĞULLARI, Zeki: “Hukuka Uygunluk Nedenleri”, <http://www.abchukuk.com/cezahukuku/hukuka-uygunluk.html>, Erişim Tarihi:27.11.2014.

JAVED, Azhar: “İntoxication&Self Defence: A Comparative Study of Principles of English Law and Shari’ah”, The University of Leeds U.K., Yayınlanmamış Doktora Tezi May 2004, etheses.whiterose.ac.uk/526/1/uk_bl_ethos_416550.pdf, Erişim Tarihi:28.08.2014.

KANGAL, Zeynel Temel: Zorunluluk Durumunun Ceza Hukukuna Etkisi, Doktora Tezi, İstanbul 2006, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, Erişim Tarihi: 22.11.2014.

LODGE, Anne: “Criminal responsibility for intrusions on the rights of innocent person: the limits of self defence, necessity and duress”, Durham University, Yayınlanmamış Doktora Tezi 2009, <http://etheses.dur.ac.uk/2102/>, Erişim Tarihi:11.09.2014.

MAMMADOV, Tufan: Azerbaycan Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2004, acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/280/572.pdf, Erişim Tarihi: 29/09/2014.

Türk Dil Kurumu-Büyük Türkçe Sözlük, www.tdk.gov.tr, Erişim Tarihi: 17.12.2014.

Yeni TCK madde gerekçeleri, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc, Erişim Tarihi: 28.10.2014.

YILDIZ, Mine: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Yaşam Hakkı ve Sınırları”, T.C Süleyman Demirel Üniversitesi Yüksek lisans tezi, Isparta 2004, <http://eprints.sdu.edu.tr/>, Erişim Tarihi: 07.06.2014.