

Meşru Savunmada Orantılılık^(*)

Proportionality in Self-Defense

Dr. Nuri Berkay ÖZGENÇ^(**)

Öz:

Orantılılık koşulu, meşru savunma kurumunun şah damarını oluşturmaktadır. Zira meşru savunma, insanın intikam duygusunun tatminine değil, insanın kendisini veya başkalarını koruma içgüdüsüne hizmet etmektedir. Meşru savunmanın gündeme gelebilmesi için haksız saldırıya karşı gerçekleştirilecek olan savunmanın söz konusu saldırı ile orantılı olması şarttır. Haksız saldırı ile savunma arasında orantılılığın bulunup bulunmadığını tespit edebilmek için iki hususa odaklanılmaktadır. Bunlar, saldırıda kullanılan araçlar ile savunmada kullanılan araçların arasında bulunup bulunmadığı ve saldırıya uğrayan haklar ile zarar verilen haklar arasında orantı bulunup bulunmadığı hususlarıdır. Araçlar ve haklar arasında mutlak bir eşitlik ya da denge arayan anlayış yerinde bir anlayış değildir. Saldırıda kullanılan araçlar ile savunmada kullanılan araçlar arasında orantı bulunmasından, savunma araçlarının saldırıyı bertaraf edecek ölçüde kullanılması gerekliliği anlaşılmalıdır. Saldırıya uğrayan hak ile savunma esnasında zarara uğratılan hak arasında orantı bulunması demek ise, bu haklar arasında aşırı bir dengesizliğin söz konusu olmaması demektir.

Anahtar Kelimeler:

Meşru Savunma, Saldırı, Savunma, Orantılılık, İntikam Duygusu.

Abstract:

The condition of proportionality constitutes the carotid artery of the institution of self-defense. Because self-defense does not serve to satisfy one's sense of revenge, but it serves the instinct of protecting oneself or others. In order for self-defense to be justified, this defense to be made against an unjust attack must be proportionate to the attack in question. In order to determine whether there is proportionality between the unjust attack and the defense, it is necessary to focus on two issues. These are the issues of proportionality between the means used in the attack and the means used in the defense, and between the rights attacked and the rights damaged. The understanding of proportionality that seeks absolute equality or balance between means and rights is not an appropriate understanding. The proportionality between the means used in the attack and the means used in the defense should be understood as the necessity of using the means of defense to the extent that eliminate the attack. The proportionality between the right attacked and the right damaged during defense means that there should not be an excessive imbalance between these rights.

Keywords:

Self-Defense, Attack, Defense, Proportionality, Feeling of Revenge.

^(*) Makale Hakem denetiminden geçmiştir.

Makalenin Editörlüğe Gönderildiği Tarih: 30.06.2022, Makalenin Kabul Tarihi: 21.07.2022.

^(**) E-posta: berkayozgenc@hotmail.com,

Orcid No: <https://orcid.org/000-001-9573-5904>.

GİRİŞ

Meşru savunma (meşru müdafaa), bir kimsenin kendisini veya başkasını hedef alan haksız bir saldırıyı engellemek veya ortadan kaldırmak amacıyla gerçekleştirdiği savunma niteliğindeki davranışları ifade etmektedir.¹

Meşru savunma hâlinde; gerçekleşmekte olan, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı defetmek amacıyla işlenen fiil, dış görünüşü itibarıyla tipik bir fiili oluşturmaktadır. Ancak, bu fiil; gerçekleşmekte olan, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan bir tecavüzü uzaklaştırmak ve başka şekilde korunması mümkün bulunmayan bir hakkı korumak amacıyla işlenmektedir.²

Belirtmek gerekir ki, meşru savunma kurumu bir hukuka uygunluk sebebidir. Meşru savunmanın bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmesinin temelinde her canlının kendisine yönelecek saldırılara, tabiatı gereği, tepki göstereceği anlayışı yatmaktadır. Ceza hukuku meşru savunmayı hukuka uygunluk sebebi olarak düzenleyerek bu gerçeği tanımış ve adı geçen kurumu da bu gerçeğin felsefesiyle beslemiştir. Ayrıca meşru savunma, suçla mücadelede kullanılacak önemli enstrümanlardan biridir. Meşru savunma, aynı zamanda saldırı karşısında kalan kişiye hukuk düzeninin sağlamadığı korumayı saldırı karşısında kalan kişinin bizzat kendisinin sağlaması şeklinde de izah edilebilir.³

26.03.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) m.25/1'de "*Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hâl ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.*" denilmek suretiyle meşru savunma kurumuna yer verilmiştir. Görüldüğü üzere, meşru savunma, haksız bir saldırı ve bu saldırıya karşı gösterilen meşru bir tepki veya bu saldırıya karşı gerçekleştirilen meşru bir savunma sütunları üzerine inşa edilmiştir.⁴ Meşru savunmanın gündeme gelebilmesi için haksız saldırıya karşı gerçekleştirilecek olan savunmanın söz konusu saldırı ile orantılı bulunması şarttır. Savunma, haksız saldırıyı engelleyebilecek veya ortadan kaldıracabilecek ölçüde bulunduğu takdirde orantılı ola-

¹ Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 21. Baskı, Ankara 2021, s. 267.

² Özgenç, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Ankara 2021, s. 357; Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2021, s. 279.

³ Öztürk/Erdem, s. 267.

⁴ Toroslu, Nevzat/Toroslu, Haluk: Ceza Hukuku Genel Kısım, 24. Baskı, Ankara 2018, s. 163.

rak kabul edilir. Meşru savunma, insanın intikam duygusunun tatminine değil, insanın kendisini veya başkalarını koruma içgüdüsüne hizmet eder.

I. ORANTILILIK İLKESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Orantılılık ilkesi, tüm hukuk alanlarında egemen bir ilke olan ölçülülük ilkesinin⁵ unsurlarından biridir. Dolayısıyla orantılılık ilkesinin açıklanabilmesi için ölçülülük ilkesinin esaslı bir şekilde irdelenmesi gerekmektedir.

Ölçülülük ilkesi; bir özgürlüğü ya da hakkı sınırlamak için başvuru alanının sınırlandırılmayla ulaşılmak istenen amacı hayata geçirmeye elverişli olması, sınırlandırma aracının amaç için gerekli olması, araçla amaç arasında ölçülü bir oran bulunması⁶ şeklinde izah edilebilir. Ölçülülük ilkesi Danıştay ve İdare Mahkemesi kararlarında ise; “adil denge”,⁷ “gerekli denge”,⁸ “adil bir oran”,⁹ “fiil ile ceza arasında uyum”¹⁰ gibi kavramlarla ifade edilmiştir.¹¹

Ölçülülük ilkesi, Anayasa’da düzenlenmeden önce de Anayasa Mahkemesi kararlarına istikamet vermektedir. Bunun temelinde ise Türkiye’nin de imzacıları arasında bulunduğu İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) yatmaktaydı. Ölçülülük ilkesi, 2001 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliğiyle Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın temel hakların ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını düzenleyen 13 üncü maddesinin bünyesine dâhil edilerek hukuki bir zemine kavuşturulmuştur. Böylelikle söz konusu ilke, sınırlamanın sınırını teşkil eden anayasal prensipler arasında yerini almıştır.¹²

⁵ Yıldırım, M. Kamil: “İcra Hukukunun Anayasa ile İlişkisi ve Ölçülülük İlkesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.: LV, S.: 1-3, 1989, s. 103.

⁶ Özbudun, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2011, s. 114.

⁷ Dan. 5. D., T.: 26.01.1971, E.: 1969/5398, K.: 1971/380 (Hatipoğlu, Mehmet: “Kamu Görevlilerine Disiplin Cezalarının Uygulanmasında Ölçülülük İlkesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.: 143, Temmuz-Ağustos 2019, s. 200 ve dn. 80).

⁸ Dan. 5. D., T.: 18.01.1971, E.: 1968/5769, K.: 1971/220 (Oğurlu, Yücel: “AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak “Ölçülülük İlkesi””, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, İzmir 2001, s. 497 ve dn. 67).

⁹ Dan. 11. D., T.: 04.11.1976, E.: 1976/17, K.: 1976/3958 (Erdem, Jülide Gül: “Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: 62, S.: 4, Aralık 2013, s. 997).

¹⁰ Ankara 5. İdare Mahkemesi, T.: 16.09.1998, E.: 1998/297, K.: 1998/743 (Oğurlu, s. 496).

¹¹ Kaya, Cemil: “Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler”, Amme İdaresi Dergisi, C.: XXXVIII, S.: 2, Haziran 2005, s. 71.

¹² Uçar, Onur/Yereli, Ahmet Burçin: “Hukuka Uygunluk Kriteri Olarak “Ölçülülük” İlkesinin Yüksek Yargı Organlarının Vergi Suçlarına İlişkin Kararları Bağlamında Değerlendirilmesi”, Maliye Dergisi, S.: 176, Ocak-Haziran 2019, s. 578.

Ölçülülük ilkesinin üç temel unsuru mevcuttur. Bunlar; elverişlilik, gereklilik ve orantılılıktır.¹³ Nitekim Anayasa Mahkemesi de 1989 yılında bu konuyla ilgili verdiği bir kararda ölçülülük ilkesinin; elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç unsurdan meydana geldiği hususunun altını çizmiştir.¹⁴

Elverişlilik unsuru, sınırlamada kullanılan aracın sınırlama amacını hayata geçirmek için uygun olmasını ifade eder.¹⁵

Gereklilik unsuru, sınırlamanın taşıdığı amacı hayata geçirebilmek için temel hakkın ve özgürlüğün sınırlandırılmasında en yumuşak aracın seçilmesi gerektiğini vurgular.¹⁶

Orantılılık unsuru ise, bir aracın hayata geçirilmek istenen amaç ile açık bir orantısızlık içinde bulunmaması şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁷ Ölçülülük ilkesinin sonuncu unsurunu oluşturan ve ölçülülük ilkesi ile eşitlik ilkesi arasında irtibat kuran bu unsur, hukukun genel prensiplerinden biri olarak vasıflandırılmakta ve hâliyle hukuk devleti sisteminin olmazsa olmaz sonucu olarak değerlendirilmektedir.¹⁸ Alman Anayasa Mahkemesi de orantılılık unsurunu, “amaçla araç birbirine karşı ölçüsüz bir oran içinde olmamalıdır” biçiminde anlamlandırmaktadır.¹⁹ Dikkat edilirse; burada amaçla aracın ölçülü olması değil, amaçla aracın arasında bir ölçsüzlüğün bulunmaması aranmaktadır.²⁰

Orantılılık unsuru, amaçla amaca ulaşmada kullanılacak aracın açık bir ölçsüzlük içinde bulunmamasını gerektirir. Buradan yola çıkarak orantılılık

¹³ Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi: 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2012, s. 155; Gözler, Kemal: İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı, Bursa 2018, s. 370 vd.; Gözler, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 13. Baskı, Bursa 2021, s. 421.

¹⁴ Söz konusu karar; “... *itiraz konusu kuralı, amaç ve sınırlama orantısının korunması ile ilgili ‘ölçülülük ilkesinin’ alt ilkeleri olan yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik ‘elverişlilik’, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadığını arayan ‘zorunluluk-gereklilik’, ayrıca amaç ve aracın ölçsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçsüz bir yüküm getirip getirmediğini belirleyen ‘oranlılık’ ilkeleriyle çatışan bir sınırlama sayılan görüşler bu nedenle yerinde bulunmamıştır.*” biçimindedir. AYM., T.: 23.06.1989, E.: 1988/50, K.: 1989/27 (R.G.: 04.10.1989, S.: 20302).

¹⁵ Gözler, Anayasa, s. 421; Sungurtekin Özkan, Meral: “İcra Hukukunda Oranlılık İlkesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, İzmir 2001, s. 179; Yüzer, Dilara: “Kamu İcra Hukukunda Ölçülülük İlkesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: 16, Özel Sayı, 2014, s. 4847.

¹⁶ Gözler, Anayasa, s. 421; Sungurtekin Özkan, s. 179; Yüzer, s. 4848.

¹⁷ Gözler, Anayasa, s. 422.

¹⁸ Fendoğlu, Hasan Tahsin: “Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında “Bağımsız Ölçü Norm” veya “Destek Ölçü Norm” Sorunu”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.: 17, S.: 1, 2000, s. 369.

¹⁹ Grabitz, E.: “Der Grundsatz Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, AöR 98 (1973), s. 575, dn. 33’te belirtilmiş kararlar (Nakleden: Sungurtekin Özkan, s. 179, dn. 9).

²⁰ Sungurtekin Özkan, s. 179.

unsurunu; alınan bir tedbirin, ilgililere ölçsüz bir yükümlülük yüklememesi, onlar için tahammül edilemez mahiyette bulunmaması biçiminde formüle etmek mümkündür.²¹ Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında; orantılılık unsurunu, taşınan amaçla bu amaca ulaşmada kullanılacak aracın ölçsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığının ve kişiye yüklenen yükümlülüklerin ölçsüz bulunup bulunmadığının belirleyicisi olarak nitelendirmiştir.²²

Ölçülülük ilkesinin ihtiva ettiği üç temel unsurdan en zor saptananı orantılılıktır. Zira hâkim, orantılılık unsurunu normatif ve ampirik kriterlere dayanarak tespit edemez. Orantılılığın tespitinde hâkimin toplumsal ve fikri konumu, adalet hissi ve vicdanı etkili olur.²³

Orantılılık değerlendirmesi yapılırken, amaçla araç arasındaki ilişkinin dinamiklerine bakılır. Dolayısıyla bu aşamada somut olayın kendisine has şartlarının göz ardı edilmemesi hususunda özenli davranılmalıdır.

“Dar anlamda ölçülülük” hatta “ölçülülük” olarak da tabir edilen orantılılık kavramının, teoride ve uygulamada, kimi zaman unsuru olduğu ölçülülük ilkesinden ayrıştırılamaz biçimde kimi zaman ise doğrudan ölçülülük ilkesinin yerine, onu bütünüyle temsil eder nitelikte kullanıldığı gözlemlenmektedir.²⁴

Belirtmek gerekir ki; ölçülülük ilkesi, adaletin mihenk taşıını oluşturmaktadır. Hukukta ölçülülüğün matematiksel ya da somut değişkenlere bağlı olarak açıklanması mümkün bulunmadığından ölçülülük belirli bir değerlendirme kıstası olarak kabul edilir. Bu perspektifte ölçülülük ilkesi, temel hakların ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında bir sınırlama sınırı olmanın ötesinde aynı zamanda yorum ölçütü olarak da fonksiyon icra etmektedir. Dolayısıyla uygulayıcıların belirli konulardaki öznel görüşlerine göre de biçimlenmektedir.²⁵

II. MEŞRU SAVUNMADA SALDIRI İLE SAVUNMA ARASINDA ORANTI BULUNMASI

A. Genel Olarak

Meşru savunma kurumu, saldırı ve savunma sütunları üzerine inşa edilmiştir. Saldırı, hukukça korunan haklara zarar verecek veya onlar üzerinde

²¹ Uçar/Yereli, s. 582.

²² AYM., T.: 23.06.1989, E.: 1988/50, K.: 1989/27 (R.G.: 04.10.1989, S.: 20302).

²³ Yüzer, s. 4849, 4850 ve dn. 39.

²⁴ Uçar/Yereli, s. 589, dn. 21.

²⁵ Yüzer, s. 4847.

tehlike oluşturacak icrai ya da ihmali insan davranışı olarak tanımlanabilir.²⁶ Saldırıda kötülük maksadı ön planda bulunmaktadır.²⁷ Ortada saldırı mahiyetinde bir hareket yoksa, buna karşı savunma yapma mecburiyetinden, dolayısıyla meşru savunmadan bahsedilemez.²⁸ Savunma ise, saldırıyı gerçekleştiren kişiye yönelen ve saldırının uzaklaştırılması maksadıyla icra edilen her türlü hareketler olarak tanımlanabilir. Bu bakımdan savunma yalnızca saldırıyı uzaklaştırmak gayesiyle ve saldırıda bulunan kişiye karşı gerçekleştirildiğinde, yani yalnızca saldıran kişinin hakkının ihlal edilmesi neticesini doğurduğunda meşru bir savunma olur ve hukuka uygunluk vasfı taşır.²⁹

Yukarıda da değişik vesilelerle belirtildiği üzere, meşru savunmanın gündeme gelebilmesi için haksız saldırıya karşı gerçekleştirilecek olan savunmanın söz konusu saldırı ile orantılı bulunması şarttır. Zira meşru savunma, insanın intikam duygusunun tatminine değil, insanın kendisini veya başkalarını koruma içgüdüsüne hizmet eder.

Mülga 01.03.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki meşru savunma düzenlemesinde açıkça yer verilmemiş bulunan orantılılık şartı, söz konusu kanunun hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması kurumunu düzenleyen 50. maddesinden hareketle öğretilerde ve uygulamada meşru savunmanın bir şartı olarak kabul edilmekteydi. Mülga 765 sayılı TCK'nın 50. maddesi, meşru savunmada zorunluluğun (zaruretin) gerektirdiği sınırın aşılması hâlinde, kişilerin cezalandırılacağı hükmünü ihtiva ediyordu. Buna göre de; meşru savunma açısından zorunluluk sınırının ihlal edilmemesi, yani saldırı ile savunma arasında bir orantı bulunması gerekiyordu.³⁰

Haksız saldırı ile savunma arasında orantı bulunması şartı, 5237 sayılı TCK'da ise açıkça düzenlenmiştir. TCK'da bu şart "*saldırısı o andaki hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetme*" şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre savunma, o andaki hâle ve şartlara göre haksız saldırıyı defedecek ölçüde olmalıdır.³¹ Madde gerekçesinde de "... Savunmanın "*saldırısı ile orantılı*

²⁶ Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2021, s. 301; Koca/Üzülmez, s. 279.

²⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 301.

²⁸ Özen, Muharrem: Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Ankara 1995, s. 75.

²⁹ Koca/Üzülmez, s. 282.

³⁰ Dönmezer, Sulhi/Sahir, Erman: Nazarı ve Tatbiki Ceza Hukuku Umumi Kısım, C.: II, 4. Bası, İstanbul 1969, s. 134; Özen, s. 121.

³¹ Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, Mehmet Emin/Çakır, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2021, s. 515; Özgenç, s. 363.

biçimde” olması, yani saldırıyı defedecek ölçüde olması, meşru savunmanın temel koşullarından birisi olarak kabul edilmiştir. Saldırıya uğrayan kişi, ancak bu saldırıyı etkisiz kılacak ölçüde bir davranış gerçekleştirdiği takdirde, meşru savunma hukuka uygunluk nedeninden yararlanacaktır...”³² ibarelerine yer verilmek suretiyle, saldırı ile savunma arasındaki orantılılığın meşru savunma için taşıdığı önem vurgulanmıştır. Şayet savunmanın saldırıyı defetmeye, bir diğer ifadeyle uzaklaştırmaya yönelik ölçüsüzlüğü sebebiyle orantılılıktan söz etmek mümkün değilse, bu hâlde savunmada sınır aşılmış olacak ve şartlar uygunsa meşru savunmada sınırın aşılmasına ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır.³³

Belirtmek gerekir ki; StGB’de (Alman Ceza Kanunu’nda), 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki meşru savunma kurumunda olduğu gibi, saldırı ile savunma arasında orantı bulunması gerektiği şeklinde bir ibareye yer verilmemiştir. Alman öğretisinde; saldırı ile savunma arasındaki orantılılık konusuyla ilgili olabilecek hususlar, StGB’deki ‘savunmanın gerekliliği’ başlığı ile de bağlantılı olarak, daha ziyade ‘savunmanın uygunluğu’ başlığı altında ele alınmaktadır. Oysa ki; savunmanın gerekliliği ile savunmanın uygunluğu, birbiriyle tam anlamıyla örtüşen kavramlar değildir.³⁴

Alman öğretisinde, savunmanın uygunluğu açısından meşru savunma hakkının sosyal etik nedenlerle sınırlandırılmasının gerekip gerekmediği hususu da önemli bir konu başlığı oluşturmaktadır. Bu, saldırıyı gerçekleştiren kişide mey-

³² TCK’nın 25. maddesinin gerekçesi için bkz. Yurtcan, Erdener: Yargıtay Kararları Işığında Türk Ceza Kanunu (Genel Hükümler), C.: 1, 2. Bası, Ankara 2015, s. 451.

³³ Kocalı, s. 284. “Oluşa, dosya içeriğine ve tanık anlatımlarına göre, olay günü maktulün, kendisini hayvan otlattığı yer yüzünden şikâyet ettiğini düşündüğü sanıkla önce tartışmaya girdiği, orada bulunanlarca ayrıldıkları, bu aşamada maktulün, saniğe “bu burada kalmaz, seninle görüşeceğiz” dediği, aynı gün içinde aynı mevkide koyun otlatmaya çıkan maktulün ve saniğin karşılaştıkları, olay yerinde maktulün, saniğin üzerine yürüdüğü, saniğin gelmemesi için uyarmasına rağmen, gelip saniğe bastonuyla vurduğu, daha sonra silahını çeken maktulün 4 metre mesafede saniğe doğru iki el ateş ettiği, nitekim, maktulün tabancasıyla uyumlu olduğu ekspertiz raporuyla sabit olan bir kovanın olay yerinde, diğer bir kovanın da maktulün tabancasında sıkışmış vaziyette bulunduğu; öldürüleceği korkusuna kapılan saniğin, üzerinde taşıdığı ruhsatsız tabancasını çıkararak, silahlı saldırının devamı sırasında maktule ateş ettiği, maktulün biri sağ bacak diz üzerinden, diğeri göbük sağ taraftan olmak üzere iki yerinden yaralandığı ve batındaki büyük damar parçalanması sonucu öldüğü, öldürme eyleminin meşru savunma koşullarında gerçekleştirildiği ve meşru savunmada aşırıya kaçılmadığı anlaşıldığı hâlde, 5237 sayılı TCK’nın 25. maddesi uyarınca beraat kararı verilmesi yerine, 765 sayılı TCK’nın 448., 50. ve 59. maddeleri uyarınca karar verilmesi yasaya aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülmele, hükmün tebliğnameeki düşünce gibi (BOZULMASINA), 05.12.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.” Yarg. 1. CD., T.: 15.12.2007, 6258/9115 (Yargıtay Kararları Dergisi, C.: 34, S.: 5, 2008, s. 975).

³⁴ Ersan, Aykut: Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması, İstanbul 2013, s. 44.

dana getirilen zarar ile tehdit altında bulunan yarar arasında bir dengenin söz konusu olmadığı bazı istisnai durumlarda savunmanın orantılı bulunmayacağı felsefesine dayanmaktadır. Bunun için de meşru savunma hakkının sınırlandırılması gereken olay grupları kurulmaktadır. Bu olay gruplarını; saldırı ile savunma arasında tahammül edilemez şekilde orantısızlık bulunan durumlar, kusur yeteneği olmayanlara ya da kusur yeteneği azalmış olanlara karşı savunmanın gerçekleştirildiği durumlar, failerin bizzat saldırıları provoke ettiği durumlar ve saldırıyı gerçekleştiren kişiler ile savunmada bulunan kişiler arasında sıkı kişisel ilişkilerin bulunduğu durumlar olarak sıralamak mümkündür.³⁵

Saldırı ile savunma arasında orantı bulunması şartı, savunmanın zorunluluğu şartı ile yakın bir ilişki içerisinde. Savunma zorunlu olduğu sürece, orantılılık için de ön şart gerçekleşmiş demektir. Savunmanın zorunlu olması, maruz kalınan saldırının başka şekilde defedilmesi imkânının bulunmaması anlamına gelmektedir. Bu itibarla savunmanın zorunlu olması kriteri, savunmanın o andaki duruma ve şartlara göre saldırı ile orantılı bulunması mecburiyetini de beraberinde getirmektedir. Meşru savunmada savunmanın zorunluluk arz etmesi gerekmekte ve savunma fiilinin de bu zorunluluğun gerekleriyle orantılı bulunması aranmaktadır.³⁶

Saldırı ile savunma arasında orantı bulunup bulunmadığı meselesi, doktrinde iki açıdan ele alınmaktadır. İlk aşamada, kullanılan araçlar arasında bir orantının söz konusu olup olmadığı ele alınmaktadır. İkinci aşamada ise, saldırıya uğrayan hak ile savunma dolayısıyla zarar verilen hak arasında bir orantının bulunup bulunmadığı ele alınmaktadır.³⁷

B. Saldırıda Kullanılan Araç ile Savunmada Kullanılan Araç Arasında Oran

Saldırıda kullanılan araçlar ile savunmada kullanılan araçlar arasında orantı bulunması demek, söz konusu araçlar arasında mutlak anlamda bir eşitliğin ya da dengenin mevcut olması demek değildir.³⁸ Saldırıda kullanılan araçlar ile

³⁵ Öztürk/Erdem, s. 274-275.

³⁶ Ersan, s. 45.

³⁷ Zafer, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, 6. Bası, İstanbul 2016, s. 331; Özen, s. 123-133; Demirbaş, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2020, s. 301; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 517; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 312; Ersan, s. 44; Apaydın, Cengiz: Meşru Savunma, İstanbul 2016, s. 114-116; Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artaç, Mustafa: Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C.: 1, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 712-715.

³⁸ Demirbaş, s. 301; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 313; Zafer, s. 331; Özen, s. 123; Ersan, s. 45; Apaydın, s. 116, 117; Kartal, Melik: Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gereklilik ve Orantılılık, 1. Baskı, İstanbul 2019, s. 58.

savunmada kullanılan araçlar arasında orantı bulunmasından, savunma araçlarının saldırıyı bertaraf edecek ölçüde kullanılması gerekliliği anlaşılmalıdır.³⁹

Belirtmek gerekir ki, bir hakka yönelen saldırıda saldırganın kullandığı araçlar ile savunmayı gerçekleştiren kişinin kullandığı araçlar aynı olmak mecburiyetinde değildir. Savunmayı gerçekleştiren kişi o esnada elinde bulunan bir aracı bu faaliyette kullanacaktır. Savunmayı gerçekleştiren kişinin elinde bulunan araç niteliksel açıdan daha etkin olmakla birlikte, saldırıyı derhâl bertaraf edecek ölçüde kullanılmış ise, dengenin aşıldığı söylenemez.⁴⁰ Örneğin;

³⁹ Öztürk/Erdem, s. 276; İçel, Kayıhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, İstanbul 2021, s. 357-358; Hakeri, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2019, s. 337; Koca/Üzülmmez, s. 286; Ersan, s. 45; Apaydın, s. 116; Kartal, s. 58.

⁴⁰ Ersan, s. 44; Hakeri, s. 336 vd.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 517-518; Şare, Ersin: "Yüksek Mahkeme Kararlarında Meşru Savunma", İzmir Barosu Dergisi, Y.: 83, S.: 1, Ocak 2018, s. 36. "... Maktulün bıçakla sanığın masasına yürüdüğü, diğer maktulünde sandalye ile sanığa vurup onu yere düşürdüğü, sanığın yerden kalkmak isterken darbelerin devam etmesi sonucu silahı ile ateş etmeye başladığı, maktul ve arkadaşlarının saldırgan kişilikleri, sanığın birden çok kişinin aynı anda birçok ve sandalyeli saldırısı ile muhatap olması ve saldırının yoğunluğu sebebi ile silahını hedef seçerek ateş ettiğinin belirlenememesi, ateş etmesine rağmen maktullerin saldırısına devam etmesi hususları göz önünde bulundurulduğunda sanığın savunmada aşırılığa kaçmadığının kabulü ..." denilmek suretiyle failin saldırganına karşı gerçekleştirdiği savunmanın kullanılan araç bakımından orantılı olduğu ifade edilerek, sanığın fiilinin meşru savunma kapsamında olduğuna karar verilmiştir. Yarg. 1. CD., T.: 23.12.1992, 2807/2996 (Güler, Dilek: Meşru Savunma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017, s. 78-79, dn. 373). "İlk haksız hareketin maktulden kaynaklanmasıyla başlayan, devam eden ve artarak devam etmesi de muhakkak olan haksız saldırıyı sanığın o andaki hal ve şartlara göre önce maktul ve yeğenin saldırıda kullandıkları sopaların benzeri olan bir sopayla, sopanın elinden alınması üzerine ise içerisinde çok sayıda mermi bulunmasına rağmen tabancayla yalnızca yakın mesafeden ve hedef gözetme imkanı olmadan iki kez ateş etmek suretiyle defetmeye çalıştığı anlaşılan olayda ... meşru müdafaa şartları gerçekleşmiştir.". Yarg. CGK., T.: 10.12.2013, E.: 2013/1-60, K.: 2013/603 (Özen, Mustafa: Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2021, s. 567-568). "Mağdur sanık ... ile mağdur sanık ... ve mağdur suçta sürüklenen çocuk ... arasında önceye dayalı husumet olduğu, olay günü ...'in, kendisine ait olmayan araç ile ...'in geçiş yolları üzerinde beklemeye başladığı, yanında kalaşnikof marka silah ve 2 adet dolu şarjör bulunduğu, ...'in sürücü olduğu ...'in ön yolcu koltuğunda oturduğu aracın, ...'in aracının 20 metre yakınına geldiğinde, ...'in kalaşnikof marka silahıyla ...'ye doğru ateş ettiği, ...'in buldukları aracın kapılarını açarak kendilerini yere atıp, ...'in av tüfeğiyle, ...'nin ruhsatsız silahıyla ...'e doğru ateş ettikleri, ...'in bu ateşler sonucunda yaralandığı, ...'nin ...'i hareketsiz gördüklerinde ateş etmeyi bıraktıklarının anlaşıldığı olayda; Sanık ... ve suçta sürüklenen çocuğun ...'e karşı gerçekleştirdikleri eylemlerinin meşru müdafaa niteliğinde olduğu ve haklarında TCK'nin 25. maddesi uyarınca beraat kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden". Yarg. 1. CD., T.: 04.11.2019, E.: 2018/4117, K.: 2019/4625 (Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 518, dn. 1017). "Agresif şekilde kapıyı yumruklayan katılan sanık ile ölenin metrobüs içinde katılan sanığı elleriyle ve metal çantayla darp ettikleri, yere düşmesi sonucu olaydan duyduğu korku, kaygı, panik, heyecan ve telaşla daha önce silahını kılıfına koyarken kılıfının kapağını kilitlemeyi unutan katılan sanığa ait görev silahının savrulduğu, bunu ele geçiren katılan sanığın silahla katılan sanığın başına vurarak darp etmeye devam ettiği, metrobüs içindeki vatandaşların araya girmesiyle darp etmeyi bırakan katılan sanığın sağ eli tetikte olacak şekilde ve "beni psikopata bağlatmayın" diyerek metrobüsten indiğinin tanık anlatımlarıyla da sabit olduğu, şuru iyice bulanıklaşan ve başından kanlar akmakta olan katılan sanığın ısrarla silahını istemesine rağmen vermeyen sanıktan sanığın silahını almak ve görevi nedeniyle kendisine zimmeli olan

somut olayda ateşli silaha karşı kesici delici alet kullanılması durumunda da, baltaya karşı ateşli silah kullanılması durumunda da meşru savunma gündeme gelebilecektir. Burada önemli olan husus, aracın saldırıyı defedecek ölçüde kullanılmasıdır.⁴¹

Meşru savunma kurumunda kullanılan aracın niteliği değil, aracın ne şekilde kullanıldığı önem taşır. Zira aynı araç çok değişik zarar potansiyellerini bünyesinde barındırabilir. Örneğin; tabanca birini tehdit etmek, yaralamak veya öldürmek için kullanılabilir.⁴² Dolayısıyla kişinin; aracı savunmaya yetecek ölçüde, bir diğer ifadeyle saldırıyı defedecek ölçüde kullanıp kullanmadığına odaklanılır.

Meşru savunma kurumunda savunma faaliyeti esnasında ateşli silahların ne ölçüde kullanılacağı ve bunun sınırlarının hangi kriterlere dayanılarak çizilmesi gerektiği meselesi de önemli bir gündem maddesi oluşturmaktadır. Zira ateşli silahlar, meşru savunma kurumunun uygulama alanı kapsamında en çok kullanılan araçlardır ve kişinin en önemli hakkı olan yaşam hakkını tehdit etmektedir. Söz konusu araçların savunma faaliyeti esnasında kullanılabilmesi için öncelikli kural, mevcut savunma imkânları arasında bu araçlardan daha hafif bir aracın bulunmamasıdır. Dolayısıyla herhangi bir tehlikeli silah kullanmaksızın, özellikle bedensel kuvvetine ve kabiliyetine dayanarak saldırıyı defedebilecek bir kişinin, savunmasında bu silahları kullanmasına onay verilmemektedir. Bununla birlikte; şayet saldırganı karşı gerçekleştirecek daha özenli bir savunma, sonuç açısından yetersiz kalacaksa ve diğer araçlar da güvenilir değilse, işte bu durumda silah kullanma -saldırgan üzerinde son derece ağır etkiler ortaya çıkarsa da- meşru savunma hakkının son çaresi olarak karşımıza çıkacaktır.⁴³

silahına yönelik gerçekleşmekte olan saldırıyı ve bu silahla katılan sanığın etraflıklarına da zarar vermesini engellemek amacıyla o anki hâlin koşullarının gerektirdiği ölçülerde hareketlerde bulunarak katılan sanığa kafa attığı ve bileğini tuttuğu, halen direnmeye devam eden katılan sanığın elinin de tetikte bulunması dolayısıyla patlayan silahtan çıkan merminin yakın mesafede bulunan katılan sanığın arkadaşına isabet ettiği, başından beri katılan sanığın kendisini koruma kastıyla hareket ettiği ve ölçülü olarak başka biçimlerde saldırıyı defetmeye çalıştığı; ancak katılan sanık ile ölenin eylemlerine ve saldırılarına devam ettikleri de gözetildiğinde katılan sanığın hareketlerinin bir bütünlük içerisinde tek eylem olarak kabul edilerek meşru savunma sınırları kapsamında kaldığının kabulüyle TCK 25/1. maddesi gereğince beraatine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, sanığın eylemi bölünerek silahla tehdit ve taksirle öldürme suçlarından mahkumiyetine karar verilmesi". Yarg. 12. CD., T.: 04.02.2020, E.: 2017/10647, K.: 2020/1085 (Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 518, dn. 1017).

⁴¹ Güler, s. 78.

⁴² Toroslu/Toroslu, s. 169.

⁴³ Kartal, s. 103, 104.

Her ne kadar kanuni bir karşılığı olmasa da, söz konusu nitelikteki silahların kullanımı açısından orantılılık prensibinin ışığı altında bazı kriterler geliştirilmiştir. Buna göre; meşru savunma kapsamında hareket eden kişi saldırganın ağır bir saldırısına karşı örneğin bir tabanca kullanacaksa, onun öncelikle saldırganı bu tabancayı göstererek tehdit etmesi gerekmektedir. Ancak bu tehdidin yetersiz kaldığı/kalacağı hâllerde uyarı ateşinde bulunması, bunun da yetersiz kaldığı/kalacağı hâllerde saldırganın ayağına doğru ateş etmesi ve son çare olarak da hedef gözetmeksizin ateş etmesi gibi bir sıralamaya uyması kendisinden beklenmektedir.⁴⁴ Bazı istisnai durumlar haricinde bu sıralamaya uyulmaması, orantılılık prensibinin zedelenmesine yol açabilir.

Hâkim, somut olayın kendine has şartlarını göz önünde bulundurarak meşru savunmayı gerçekleştiren kişinin aracı hangi amaçla kullandığını tespit etmeli ve orantı kriterini de burada ulaştığı sonuca göre değerlendirmelidir. Orantılılık değerlendirmesi esnasında, saldırıyı ve savunmayı gerçekleştiren kişilerin fiziksel özellikleri de dikkate alınmalıdır.⁴⁵ Zira güçlü kuvvetli bir erkeğin bıçaklı saldırısına karşı, bir kadının ateşli silahla karşılık vermesi; bir tekvando ustasının tekmelerine maruz kalan bir kimsenin kendisini baltayla savunması; sağlıklı ve orta yaşlı bir kişinin bıçaklı saldırısına karşı, yaşlı veya engelli bir kişinin ateşli silahla savunma yapması olaylarında saldırıda kullanılan araçlar ile savunmada kullanılan araçlar arasında orantı bulunduğu kabul edilmelidir. Silahın fiziki açıdan güçsüzlüğü gidermek için icat edildiğini göz ardı etmemek gerekir.⁴⁶ Burada dikkat edilmesi gereken konu; meşru savunma konumunda

⁴⁴ Kartal, s. 104, 105; Hakeri, s. 339; Ersan, s. 45. Yargıtay'ın da bu hususları dikkate aldığı görülmektedir. "Mağdur tarafın kalabalık bir grup hâlinde ellerinde sopa, demir boru ve taşlarla muhtarlık odası önüne gelip sanığın üzerine yürüdükleri, tanıkların bir olay olmaması için engel olmaya çalışıp sanığı içeriye aldıkları, buna rağmen, mağdur tarafın ellerindeki demir, sopa ve taşlarla köy odasına saldırdıkları, camları ve kapıyı kırıp içeri girdikleri sırada sanığın tabancasını çıkarıp uyardığı, içlerinde mağdur ve müdahilin de bulunduğu grubun eylemlerine devam etmesi üzerine ilk önce havaya ateş ettiği, saldırının sürdürülmesiyle yere ateş ettiği ve mağdurları hayatı tehlike geçirmeyecek şekilde yaraladığı olayda, sanığın kendisine yönelmiş, gerçekleşen haksız saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlediği fiilden yasal savunma nedeniyle TCK m.25/1 gereğince ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması". Yarg. 1. CD., T.: 15.05.2008, 1007/1774 (Şen, Ersan/Aksüt, Ertekin: "Öldürmeye Teşebbüs ile Kasten Yaralama Mukayesesi ve Uygulama Sorunları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.: 109, Kasım-Aralık 2013, s. 349).

⁴⁵ Ersan, s. 45; Şare, s. 36.

⁴⁶ Apaydın, s. 122. "Sanık elinde bulunan bıçak ile müştekinin kalçasına tek darbe vurmuştur. Saldıran kişinin güçlü bir erkek, sanığın ise kadın olduğu gözetildiğinde saldırı ile savunma arasında oran vardır. Çünkü bıçak darbesinin hayatı önem taşıyan organlara yönelik olmaması nedeni ile savunmada aşırılığa kaçılmadığı açıktır". Yarg. CGK., T.: 10.03.1998, 2-370/75 (Ermeşdan, İdris: "Yargıtay Kararları Işığında Meşru Savunmada Sınırın Aşılması", Fatih Sultan Mehmet İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, S.: 3, Bahar 2014, s. 145).

bulunan daha az güçlü kişinin, saldırganın elindeki araca göre daha güçlü olan bir araçla gerçekleştireceği savunmada bu aracı saldırıyı defedecek ölçüde kullanması gerektiği hususudur. Zira örneğin meşru savunma durumunda bulunan kadın; karşısındaki güçlü kuvvetli erkeğin saldırısından, havaya ateş etmek suretiyle veya onun ayağına ateş etmek suretiyle kurtulabilecekken doğrudan onun hayati organlarına ateş ederse meşru savunmadan faydalanamayacaktır. Burada hâkim, sınırın aşıp aşılmadığını somut olayın kendine has özelliklerini dikkate alarak tespit edecektir.⁴⁷

C. Saldırıya Uğrayan Hak ile Zarar Verilen Hak Arasında Oran

5237 sayılı TCK-sadece “ırza veya nefse yönelik” saldırılara karşı meşru savunma imkânı tanımış bulunan mülga 765 sayılı TCK’dan farklı olarak - “*gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş saldırı*”dan bahsetmek suretiyle, her türlü hakka yönelik saldırılara karşı ve bu arada mal varlığına yönelik saldırılara da karşı meşru savunmayı kabul etmiştir. 5237 sayılı TCK meşru savunmaya konu olan hakkın niteliği bakımından herhangi bir ayırıma gitmediğinden yaşam, beden bütünlüğü, cinsel dokunulmazlık, şeref, özgürlük, mülkiyet, özel hayat gibi ceza hukuku korumasından faydalanan hukuksal yararlaraya yönelik saldırıların yanında, genel kişilik hakkı ve hatta genel davranış özgürlüğü gibi şahsi nitelikteki tüm hukuksal yararlaraya yönelik saldırılar açısından da meşru savunmayı mümkün hâle getirmiştir.⁴⁸

Savunmanın meşru bir savunma olarak nitelendirilebilmesi için, saldırıya uğrayan hak ile savunma esnasında zarara uğratılan hak arasında da orantı bulunmalıdır. Saldırıya uğrayan hak ile savunma esnasında zarara uğratılan hak arasında orantı bulunmasından anlaşılması gerekenin ne olduğu hususunda doktrinde hararetli tartışmalar yaşanmaktadır. Doktrindeki birçok yazar orantılılık şartının haklar arasında mutlak bir eşitliğin ya da denkleğin bulunmasını gerektirmediğini, sadece haklar arasında aşırı bir dengesizliğin bulunmaması-

⁴⁷ Güler, s. 79. “*Sanık, kız kardeşinin ırzına yönelik bir saldırının mevcut olduğu düşüncesi ile hayati öneme haiz bölgelerini hedef alıp silahı ile önce bir el sonrada 3 el ateş etmek sureti ile, sırtından ve ensesinden S’yi öldürmüştür. Maktulün üzerinden bir adet kasatura elde edilmiş ise de maktulün bu bıçağı çekmek için herhangi bir davranışta bulunduğu belirlenememiştir. Sanık ise, daha etkin nitelikteki av tüfeği ile maktulün öldürücü olmayan bölgelerine ateş ederek saldırganı etkisiz duruma getirmek imkânına sahip olduğu ve saldırının bundan sonraki boyutunun ne olabileceğini, diğer bir deyişle ilk atıştan sonra maktulün saldırısına devam edip edemeyeceğini öngörebilecek durumda bulunduğu halde atışlarına devam etmek sureti ile yasal savunmada zaruret sınırını aşmıştır.*”. Yarg. CGK., T.: 04.01.1997, 215 (Hakeri, s. 338).

⁴⁸ Erdem, Mustafa Ruhan: “Malvarlığına Yönelik Saldırlara Karşı Meşru Savunma İçin İnsan Öldürme ve Yaşam Hakkı (AİHS m.2)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: 9, Özel Sayı, 2007, s. 989.

nı gerektirdiğini ileri sürmektedir.⁴⁹ Buna karşılık, doktrindeki bazı yazarlar ise orantılılık şartını daha katı bir şekilde yorumlamakta ve bu şartın haklar arasında bir dengenin bulunmasını gerektirdiğini ileri sürmektedirler.⁵⁰ Bütün bunların yanı sıra, doktrindeki diğer bazı yazarlar ise meşru savunmanın kendine has yapısı nedeniyle haklar arasında bir oranın aranmayacağını ileri sürmektedirler.⁵¹ Kanaatimizce meşru savunma kurumundaki orantılılık şartının katı bir şekilde yorumlanması kurumda aşınmalara yol açar. Meşru savunmanın gündeme gelebilmesi için saldırıya uğrayan hakkın savunma esnasında zarara uğratılan haktan daha değerli olmasını aramak, kurumun temeline dinamit koymak anlamına gelir. Böyle bir şartın kabul edilmesi hâlinde; ırzına geçmek isteyen saldırganı başka bir savunma imkânı bulamayarak öldüren kişiyi, cinsel özgürlük hakkı karşılığında yaşama hakkının feda edilmesinde oran bulunmadığı gerekçesiyle, meşru savunmadan yararlandırma imkânsızlaşacaktır.⁵² Sadece bu örnek bile, orantılılık şartının katı bir şekilde yorumlanmasının ne gibi tutarsız sonuçların ortaya çıkmasına yol açabileceğini gözler önüne sermektedir. Yine belirtmek

⁴⁹ Dönmezer/Erman, s. 135; Demirbaş, s. 302; Özen, s. 127; Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. Baskı, İstanbul 2020, s. 324; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 517; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 714; Apaydın, s. 114. Bkz. benzer yönde Ersan, s. 46.

⁵⁰ Zafer, s. 331; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 315; Soyaslan, Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2020, s. 394.

⁵¹ Özgenç, s. 363, dn. 501; Hakeri, s. 340. Doktrinde Koca/Üzülmez; bir yandan orantılılık bakımından yapılacak değerlendirmede saldırının ve savunmanın yöneldiği hukuksal değerlerin de göz önünde bulundurulacağını ifade etmekte, ancak diğer yandan böyle bir oran bulunmamasının her zaman savunmanın meşru olmadığı neticesini doğurmayacağını da vurgulamaktadırlar (Koca/Üzülmez, s. 284).

⁵² Saldırıya uğrayan bir hakkın korunması için saldırgana ait daha değerli bir hakkın zarara maruz bırakılması hususu, tek başına savunmanın orantılı olmadığını ortaya koymaz. Bunun aksinin kabul edilmesi birçok olayda meşru savunma kurumunun gündeme gelememesine yol açacaktır. Bu bakımdan karşı karşıya gelen değerler arasındaki derecelendirmenin nispi nitelikte olduğu ifade edilmelidir (Kartal, s. 58-59). "(...) *Yasal savunmanın uygulanması için savunmanın saldırı ile orantılı biçimde olması, daha doğrusu saldırının ölçülü bir savunma ile uzaklaştırılması veya etkisizleştirilmesi gerekmektedir. Fail saldırıyı etkisiz hale getirirken, saldırı veya tecavüze karşı ölçülü bir savunma gerçekleştirdiği takdirde, hukuka uygunluk nedeni olan yasal savunma hakkından yararlanacaktır. aa) Araçların bakımından orantılılık, saldırganın saldırıda kullandığı araç ile savunma yapanın savunmada kullandığı araç arasında bir oran veya ölçü bulunmalıdır. Bu kural, saldırıyı yapanın elindeki aracın aynısının, kendini savunmak zorunda bulunan kişide bulunması olarak anlaşılmalıdır. Kendisine bıçakla saldıran kişiye karşı savunma yapanın tüfekle ve sopa ile kendini koruması mümkündür. Araçlar arasındaki oran durumu, özellikle aracın ölçülü olarak kullanılması bakımından göz önünde tutulmalıdır. bb) Hak ve korunun yararlar bakımından orantılılık, hakların veya değerlerin bir derecelendirmeye tabi tutulması halinde, birçok durumda yasal savunma halinin uygulanması mümkün olmaz. Burada önemli olan, yasal savunma konusu hakkın veya faydanın var olup olmadığıdır. Bir hakkın korunması için, ondan daha değerli bir hakka veya yarara zarar verilebilir. Irza geçmek isteyen saldırganı başka türlü uzaklaştırma olanağı bulamayarak öldüren kişinin yasal savunma kapsamında hareket ettiği kabul edilir. Burada cinsel dokunulmazlık hakkı karşılığında hayat hakkının feda edilemeyeceği, dolayısıyla fayda ve yarar bakımından oran bulunmadığı söylenemez.*" Yarg. CGK., T.: 31.10.2017, 841/440 (Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 516-520, dn. 1019).

gerekir ki, meşru savunma kurumundaki orantılılık şartının rafa kaldırılması da kurumda aşınmalara yol açar. Meşru savunmanın kendine has yapısı nedeniyle saldırıya uğrayan hak ile savunma esnasında zarara uğratılan hak arasında bir oranın aranmayacağını ileri sürmek, kurumun ruhunu zedeler. Böyle bir tabloda basit bir oyuncağı, çok az miktardaki bir parayı veya az miktardaki meyveyi çalan bir kimsenin meşru savunma amacıyla silahla ağır yaralanması veya öldürülmesi gündeme gelebilecektir.⁵³ Sadece bu örnekler bile, orantılılık şartının rafa kaldırılmasının ne gibi katlanılmaz sonuçların ortaya çıkmasına yol açabileceğini gözler önüne sermektedir. Unutulmamalıdır ki; meşru savunma kurumu, insanın intikam duygusunun tatminine değil, insanın kendisini veya başkalarını koruma güdüsüne hizmet eder. Bu kurumdaki orantılılık şartını rafa kaldırmak ise, onu tehlikeli bir intikam aracı hâline dönüştürür. Dolayısıyla meşru savunma kurumu, hassas bir teraziye andırmaktadır. Temeline katı olmayan bir orantılılık ilkesini yerleştirmedeği takdirde iflas etmeye mahkûmdur. Saldırıya uğrayan hak ile savunma esnasında zarara uğratılan hak arasında orantı bulunması demek, bu haklar arasında aşırı bir dengesizliğin söz konusu olmaması demektir.

Belirtmek gerekir ki, saldırıya uğrayan hak ile savunma esnasında zarara uğratılan hak arasında orantı bulunup bulunmadığını belirlemeye hizmet edecek genel geçer bir formül ortaya koyabilmek mümkün değildir.⁵⁴ Hâkim, orantılılığın bulunup bulunmadığını sağlıklı bir şekilde belirleyebilmek için önündeki somut olayın kendisine özgü özelliklerini dikkate alarak değerlendirme yapmalıdır.⁵⁵ Orantılılık tespiti oldukça hassas bir süreçtir. Özellikle mal varlığına ilişkin haklara yönelik saldırılara karşı savunma gerçekleştirilirken, savunmanın hangi sınırlarda kalması gerektiği meselesi önemli bir problem olarak gündeme gelmektedir.⁵⁶

Yukarıda da vurgulandığı üzere, 5237 sayılı TCK mal varlığına yönelik saldırılara karşı da meşru savunmayı kabul etmiştir. Dolayısıyla kişinin mal varlığına veya mülkiyet hakkına karşı gerçekleştirilen bir saldırıyı o andaki duruma ve şartlara göre saldırı ile orantılı şekilde defetmek zorunluluğu ile yapılan savunmalar vücut dokunulmazlığına veya yaşam hakkına da yönelik olabilecektir.⁵⁷

⁵³ Örnekler için bkz. Hakeri, s. 341.

⁵⁴ Ersan, s. 46.

⁵⁵ Özen, s. 131.

⁵⁶ Güler, s. 82.

⁵⁷ Bkz. benzer yönde Özgenç, s. 363, dn. 501; Ersan, s. 47. Bu konuda doktrinde savunulan farklı bir görüş ise; miktarı ve kıymeti her ne olursa olsun mal varlığı değerinin, bir kişinin hayatı pahasına korunacak bir değer olmadığı gerekçesinden yola çıkarak malını koruduğu iddiasıyla saldırganı öldüren kimsenin meşru savunmadan yararlanmasının mümkün olmaması gerektiğini ileri sürmektedir (Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 520; Koca/Üzülmez, s. 285; Zafer, s. 332; Erdem, s. 987 vd.; Şare, s. 35).

Nitekim Yargıtay da mal varlığını korumak maksadıyla gerçekleştirilen savunma esnasında saldırganın ölümüne sebebiyet verilen bir olayda meşru savunma kurumunun varlığını kabul etmiştir.⁵⁸

Mal varlığına yönelik saldırılarda meşru savunma ile ilgili değerlendirmelerde bulunulurken muhakkak değinilmesi gereken hususlardan biri de İHAS'ın 2. maddesi düzenlemesidir. İHAS'ın "Yaşama Hakkı" başlıklı 2. maddesi; "1. Herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez. 2. Öldürme, aşağıdaki durumlardan birinde kuvvete başvurma kesin zorunluluk hâline gelmesi sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlâli suretiyle yapılmış sayılmaz: a. Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunması için; b. Hukuka uygun olarak bir kişiyi yakalamak veya hukuka uygun olarak özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin kaçmasını önlemek için; c. Ayaklanma veya isyanın hukuka uygun olarak bastırılması için." hükmünü ihtiva etmektedir. Görüldüğü üzere, İHAS'ın 2/2. maddesinde yaşam hakkının ihlal edilebileceği hâller sayılmıştır. Bunlar; bir insanın haksız bir şiddet karşısında savunulması için saldırganın öldürülmesi, hukuka uygun bir yakalama işleminin icrası için söz konusu kişinin öldürülmesi veya hukuka uygun olarak yakalanmış bir kişinin kaçmasının engellenmesi amacıyla öldürülmesi, ayaklanmanın veya isyanın hukuka uygun olarak bastırılması için ilgili kişilerin öldürülmesi durumlarıdır. Mal varlığına yönelik saldırıların ortadan kaldırılması zorunluluğu içerisinde saldırganların öldürülmesinin meşru savunma kurumu çerçevesinde iç hukuka uygun sayılmasının, İHAS'ın 2. maddesine aykırılık teşkil edip etmeyeceği meselesi öğretilerde hararetli tartışmaların yaşanmasına sebebiyet vermektedir.

Öğretilerde bu konuda savunulan bir görüşe göre; İHAS m.2, TCK m.25/1 üzerinde doğrudan tesire sahip olup, mal varlığına yönelik bir saldırının bertaraf edilmesi amacıyla bir kişinin öldürülmesini yasaklamakta ve dolayısıyla da mal varlığına yönelik bir saldırının bertaraf edilmesi zorunluluğu içerisinde saldırganın öldürülmesini meşru savunma kapsamında değerlendirmemekte-

⁵⁸ "Sanık (İ.H.)'in maktul (C) ve arkadaşlarının hırsızlık suçunu işlemek amacıyla marketin kepenginin açılmasından itibaren, bu suçun gerçekleşmemesi ve vazgeçmeleri için çabalamasına rağmen saldırıyı defedememesi karşısında ve kendisine ait malları korumak amacıyla, olay yerinden malları ile kaçan maktulün bulunduğu araca ateş etmesinde yasal savunma koşullarının gerçekleştiği ve yasal savunmada aşırıya kaçmadığı, maktul (C)'nin yaralanarak ölmesinin yasal savunma kapsamında kaldığı ve sanığın bu suçtan sorumlu tutulamayacağı anlaşılmakla, TCK'nın 25/1 ve CMK'nın 223/2-d maddeleri uyarınca sanık (İ.H.) hakkında ceza verilmesine yer olmadığına ve beraatine karar verilmesi gerekirken..." Yarg. 1. CD., T.: 10.10.2013, E.: 2013/2791, K.: 2013/5664 (Koca/Üzülmöz, s. 285, dn. 805).

dir. Altını çizmek gerekir ki; bu görüş, mal varlığına ilişkin bir yararı savunma zorunluluğu içerisinde saldırganı öldüren kişinin kasten öldürme suçundan ötürü cezalandırılması gerektiğini ileri sürmektedir.⁵⁹

Öğretide bu konuda savunulan diğer bir görüş ise; İHAS'ın 2. maddesinin yalnızca devlet-birey ilişkisinde önem taşıdığına, buna karşılık kişilerin kendi aralarındaki ilişkiler üzerinde herhangi bir tesirinin bulunmadığına altını çizmektedir. Bahsedilen görüş, bu noktadan hareket etmek suretiyle, İHAS'ın kişinin mal varlığına yönelik bir hakkı savunmak için saldırganı öldürmesini yasaklamadığı neticesine ulaşmaktadır.⁶⁰

Öğretide bu konuda savunulan değişik görüşlerle ilgili sağlıklı değerlendirme yapılabilmesi için kanaatimizce bazı hususların net bir şekilde ortaya konulması lazım gelmektedir. İlk olarak belirtmek gerekir ki; meşru savunma, mal varlıklarına karşı saldırı gerçekleştirilen bütün insanların bu saldırıları durdurabilmek için saldırganları anında öldürmelerine cevaz veren bir kurum değildir. Meşru savunma kurumunun gündeme gelebilmesi için haksız saldırı ile savunma arasında orantı bulunması gerekmektedir. Mal varlığına yönelik saldırılarda da meşru savunmanın gündeme gelebilmesi için haksız saldırı ile savunma arasında orantı bulunması şarttır. Böyle bir tabloda 5237 sayılı TCK'nın belirli durumlarda mal varlığına yönelik saldırılar gerçekleştiren saldırganların da öldürülmesini meşru savunma kapsamında değerlendirmesi, tek başına, İHAS'ı ihlal eden bir durum değildir. Ayrıca unutulmamalıdır ki; milletlerarası nitelikte bir sözleşme olan İHAS, 2. maddesinde getirdiği düzenlemeyle, kendisini imzalayan devletlerin meşru savunma hakkını sınırlandırmaktadır. İHAS'ı imzalayan devletlerin vatandaşları olan kişilerin meşru savunmaya ilişkin hakları, sözleşmenin konusu dışında kalmaktadır. Dolayısıyla da mal varlığına yönelik saldırıların ortadan kaldırılması zorunluluğu içerisinde saldırganların öldürülmesinin meşru savunma kurumu çerçevesinde iç hukuka uygun sayılmasının, İHAS'ın 2. maddesine aykırılık teşkil ettiği istikametindeki görüş bünyesinde bazı isabetsizlikler barındırmaktadır. İHAS'ın 2. maddesi yalnızca devlet-birey ilişkilerinde önem taşır; söz konusu hükmün kişilerin kendi aralarındaki ilişkileri üzerinde herhangi bir tesiri bulunmamaktadır.

⁵⁹ Erdem, s. 992; Durmuş, Tezcan/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancakdar, Oğuz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2. Bası, Ankara 2004, s. 216; Gözübüyük, Şeref/Gölcüklü, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 6. Bası, Ankara 2005, s. 164; Kaymaz, Seydi/Bozbayındır, Ali Emrah: "Neticesi Sebebiyle Ağırlaşan Yaralama Suçundan Sorumluluk ve Bu Konudaki Bazı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.: LXVIII, S.: 1-2, Aralık 2010, s. 108.

⁶⁰ Hakeri, s. 347; Taner, Fahri Gökçen: "Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma", Ceza Hukuku Dergisi, C.: 5, S.: 12, Nisan 2010, s. 231; Ersan, s. 49; Güler, s. 84.

Meşru savunma kurumunun düzenlendiği TCK m.25/1’de her türlü hakka yönelik saldırılara karşı ve bu arada mal varlığına yönelik saldırılara da karşı meşru savunmaya imkân tanınmıştır. Belirtmek gerekir ki, Türk Hukukunda -bahsedilen düzenlemenin haricinde- mala yönelmiş saldırılar açısından meşru savunma imkânı getiren başka düzenlemeler de mevcuttur.⁶¹ Bu düzenlemeler 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda (TMK) ve 11.01.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda (TBK) yer almaktadır.

TMK’ya göre; zilyet, malına karşı gerçekleştirilen haksız saldırıyı bertaraf edebilmek için kuvvet kullanma yetkisine sahiptir. Hakikaten, “*Zilyet, her türlü gasp veya saldırıyı kuvvet kullanarak defedebilir.*” hükmünü getiren TMK m.981’de,⁶² buna imkân tanınmış olmaktadır. TMK m.981, zilyetliğin korunmasına hizmet eden bir hükümdür.⁶³

TMK’nın 981. maddesinde yer alan “Savunma hakkı” başlıklı düzenlemenin hukuki niteliği tartışmalıdır. Öğretideki bazı yazarlar, bu düzenlemeyi hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi kapsamında değerlendirmektedirler.⁶⁴ Görüşlerine bizim de katıldığımız öğretideki diğer bazı yazarlar ise, bu düzenlemeyi meşru savunma hukuka uygunluk sebebi kapsamında ele almaktadırlar.⁶⁵

TMK m.981, saldırı altında olan bir hakkın kuvvet kullanılması suretiyle savunulmasını düzenlediği için meşru savunma hukuka uygunluk sebebi kapsamında değerlendirilmelidir. Bu düzenleme, mahiyeti itibarıyla özel bir meşru savunma hükmüdür.

TMK m.981’den faydalanabilmek için, zilyetliğe karşı gerçekleştirilen saldırının haksız bir saldırı olması gerekir. Öte yandan; maddede sadece zilyede meşru savunma hakkı tanındığı için, zilyedin malike karşı da malını koruma

⁶¹ Öztürk/Erdem, s. 285.

⁶² TMK’nın “Savunma hakkı” başlıklı 981. maddesine göre; “*Zilyet, her türlü gasp veya saldırıyı kuvvet kullanarak defedebilir. / Zilyet, rızası dışında kendisinden alınan şeyi taşınmazlarda el koyarak, taşınırlarda ise eylem sırasında veya kaçarken yakalananın elinden alarak zilyetliğini koruyabilir. Ancak, zilyet durumun haklı göstermediği derecede kuvvet kullanmaktan kaçınmak zorundadır.*”

⁶³ Centel/Zafer/Çakmut, s. 343.

⁶⁴ Centel/Zafer/Çakmut, s. 343; Demirbaş, s. 323-324; Zafer, s. 343; Soyaslan, Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2020, s. 372.

⁶⁵ Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Özdemir, Saibe Oktay: Eşya Hukuku, 19. Baskı, İstanbul 2016, s. 81; Otacı, Cengiz: “Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Zilyetliğin Korunması”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y.: 3, S.: 10, Temmuz 2012, s. 542.

yetkisi mevcuttur. Haksız saldırıyı gerçekleştiren kişi malın maliki bile olsa, zilyedin ona karşı kuvvet kullanmak suretiyle malı savunma yetkisi mevcuttur.⁶⁶

Belirtmek gerekir ki, zilyedin malını korumak maksadıyla gerçekleştirebileceği hareketler TMK'da sınırlı olarak gösterilmiştir.⁶⁷ Buna göre; zilyet, rızası dışında kendisinden alınan malı taşınmazlarda el koyanı kovarak, taşınırlarda ise eylem sırasında veya kaçarken yakalananın elinden alarak zilyetliğini koruyabilir (TMK m.981/2).

Türk Medeni Kanunu gibi Türk Borçlar Kanunu da zilyede ve malike malını koruma hakkı tanımıştır (TBK m.64).⁶⁸ TBK m.64/1'e göre; meşru savunmada bulunan, saldıranın kişiliğine veya mallarına verdiği zarardan sorumlu tutulamaz. Keza hakkını kendi kuvvetiyle koruma durumunda kalan kişi, hâl ve şartlara göre o esnada kolluk kuvvetinin yardımını zamanında sağlayamayacak ise ve hakkının kayba uğramasını ya da kullanılmasının önemli ölçüde zorlaşmasını engelleyecek başka bir yol da yoksa, verdiği zarardan sorumlu tutulamaz.⁶⁹

Görüldüğü üzere; TMK ve TBK, mala yönelik olarak gerçekleştirilen haksız saldırılara karşı meşru savunmada bulunulabileceğini kesin bir dille ortaya koymaktadır.⁷⁰

Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki; orantılılık ilkesinin izlerine, TCK m.25'de olduğu gibi, TMK m.981'de ve TBK m.64'de de rastlanmaktadır. TCK m.25'de "*saldırılı o andaki hâl ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğundan*", TMK m.981'de "*durumun haklı gösterdiği derecede kuvvet kullanmaktan*", TBK m.64'de ise "*durum ve koşullara göre hakkını kendi gücüyle korumaktan*" bahsedilmektedir. Orantılılık ilkesiyle ilgili kanunların getirdiği bu düzenlemeler birbirinden farklıdır. TCK, orantılılığı "*saldırı*" kavramına dayandırmaktadır. TMK, orantılılığı "*haklılık*" kavramına dayandırmakta-

⁶⁶ Erem, Faruk: "Türk Hukukunda Mal İçin Meşru Müdafaa", Adalet Dergisi, C.: 34, S.: 8, 1943, S. 620; Centel/Zafer/Çakmut, s. 343.

⁶⁷ Centel/Zafer/Çakmut, s. 344.

⁶⁸ TBK'nın "Sorumluluk" başlıklı 64. maddesine göre; "*Haklı savunmada bulunan, saldıranın şahsına veya mallarına verdiği zarardan sorumlu tutulamaz. / Kendisini veya başkasını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak için diğer bir kişinin mallarına zarar verenin, bu zararı giderim yükümlülüğünü hâkim hakkaniyete göre belirler. / Hakkını kendi gücüyle koruma durumunda kalan kişi, durum ve koşullara göre o sırada kolluk gücünün yardımını zamanında sağlayamayacak ise ve hakkının kayba uğramasını ya da kullanılmasının önemli ölçüde zorlaşmasını önleyecek başka bir yol da yoksa, verdiği zarardan sorumlu tutulamaz.*"

⁶⁹ Öztürk/Erdem, s. 286; Centel/Zafer/Çakmut, s. 344.

⁷⁰ Öztürk/Erdem, s. 286.

dır. TBK ise, orantılılığı “zorunluluk” kavramına dayandırmaktadır. TMK’nın ve TBK’nın kullandığı ölçütler-orantılılık ilkesini ihtiva etse bile-ceza hukuku düzenindeki saldırı-savunma orantılılığını değil, zilyetlik ve mülkiyet gibi daha üstün bir hakka dayanmayla irtibatlı orantılılığı vurgulamaktadır. Zilyetliğe yönelmiş haksız saldırılara karşı gerçekleştirilen savunmaların orantılı olup olmadığını tespit edebilmek için TCK’nın 25. maddesindeki orantı formülasyonunun kullanılmasında hiçbir mahzur yoktur.⁷¹

Görüldüğü üzere; TCK ve TBK, el altında bulunan bir malı saldırıya karşı kuvvet kullanmak suretiyle koruma hakkını kişilere vermiştir. Ancak, zilyedin saldırılara karşı malını korumak ve önleyici olmak üzere önceden aldığı tedbirlerle de (offendicula) saldırgana zarar vermesi mümkündür.⁷² Bu noktada malın korunabilmesi amacıyla henüz saldırı gerçekleştirilmeden önce, bu tür tedbirler alınmasının hukuka uygun olup olmadığı meselesinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Offendicula; zilyetliğin/mülkiyetin korunması için, saldırı ya da ihlal olasılığına dayalı olarak, önceden hazırlanan, saldırı esnasında kendiliğinden harekete geçen ya da hazırlanmış biçimi itibarıyla saldırı anında saldırgana zarar veren veya saldırgana zarar vermesi mümkün olan önlemlerle malın korunmasıdır.⁷³ Evin çevresindeki duvarların üzerine keskin jiletli teller konulması, duvarların üzerine cam kırıkları yerleştirilmesi, korunmak istenen sahayı çeviren tellere elektrik akımı verilmesi, evin bahçesine saldırgana zarar verecek tehlikeli hayvanların salınması, evin duvarının kenarına çukurlar kazılması, kapıların açılması ile birlikte silahları ateşleyen düzeneklerin kurulması; saldırıda veya ihlalde bulunan kişilere zarar veren ya da zarar verme olasılığı olan önlemlere misal olarak gösterilebilir.⁷⁴

Offendicula sistemiyle özel veya tüzel kişilerin mallarının korunması, faillerin saldırıları gerçekleştirdikleri anda yakalanabilmeleri veya faillerin saldırılarına devam etmelerinin önlenmesi hedeflenmektedir.⁷⁵

Offendiculanın da hukuki niteliği tartışmalıdır. Öğretideki bazı yazarlar, bu kurumu meşru savunma hukuka uygunluk sebebi kapsamında değerlendirir-

⁷¹ Otacı, s. 554.

⁷² Centel/Zafer/Çakmut, s. 344.

⁷³ Hakeri, Hakan/Gülşen, Recep: “Offendicula ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: IX, S.: 1-2, Haziran 2005, s. 41.

⁷⁴ Otacı, s. 558.

⁷⁵ Dönmezer/Erman, s. 47; Hakeri/Gülşen, s. 41.

mektedirler.⁷⁶ Görüşlerine bizim de katıldığımız öğretilerdeki diğer bazı yazarlar ise, bu kurumu hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi kapsamında ele almaktadırlar.⁷⁷

Offendicula, ileride gerçekleşme olasılığı bulunan bir hak ihlaline/haksız saldırıya karşı alınmış bir önlemdir. Dolayısıyla bu kurumun meşru savunma hukuka uygunluk sebebi kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Meşru savunma; gerçekleşmekte olan, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan saldırılar için gündeme gelebilir. İleride gerçekleşme olasılığı bulunan soyut saldırılara karşı meşru savunma mümkün değildir. Bu sebeple offendicula kurumunun, TCK'nın 26/1. maddesinde düzenlenen hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi kapsamında değerlendirilmesi gerekir. TMK'nın ziyede zilyetliğini koruma hakkı tanımış olması ve ileride gerçekleşme olasılığı bulunan saldırılara karşı önlem alınmasının kanun tarafından açıkça yasaklanmış olması hususları birlikte değerlendirildiğinde, offendicula kurumunun bazı şartlarda hukuka uygun kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.⁷⁸

Offendicula kurumu ilk defa 1820 yılında Almanya'da, hukuki bir problem olarak gündeme gelmiştir. Samanlığından kuru ot ve bazı eşyalarının çalındığını fark eden Lepold isimli bir şahıs; hırsız yakalamak amacıyla samanlık kapısına, kapı açıldığında kendiliğinden ateş edecek şekilde bir tüfek yerleştirmiştir. Geceleyin samanlığa tekrar gelen hırsız, düzeneğin ateş alması üzerine ölmüştür. Yerel mahkeme bu olaydan ötürü sanık Lepold'u mahkûm etmişse de, istinaf mahkemesi bu kararı bozmak suretiyle kendisini beraat ettirmiştir.⁷⁹

Konunun Fransa'da ilk defa yargı önüne geldiği bir olayda ise sanık, arazisi içindeki nehirden geceleri başkalarının balık tutmalarını önlemek amacıyla otomatik düzenek kurmuş; bu düzenekten ötürü ağır şekilde yaralanan birinin bacağı kesilmiş ve mahkeme burada meşru savunmanın bulunduğu gerekçesiyle sanığı beraat ettirmiştir. Ancak; hukuk mahkemesi meşru savunma

⁷⁶ Erem, s. 622, dn. 6; Hakeri/Gülşen, s. 51; Hakeri, s. 343; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 517; Şen, Ersan/Şahin, Buğra: "Önleyici Meşru Savunma", Yorumluyorum-22, 1. Baskı, Ankara 2020, s. 119 vd.

⁷⁷ Dönmezer/Erman, s. 47; Centel/Zafer/Çakmut, s. 344-345; Demirbaş, s. 324; Önder, Ayhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.: II-III, İstanbul 1991, s. 168; İçel, s. 374-375; Öztürk/Erdem, s. 286-287; Zafer, s. 343; Soyaslan, s. 371-372; Otacı, s. 558-559.

⁷⁸ Dönmezer/Erman, s. 47.

⁷⁹ Demirbaş, s. 324; Önder, s. 168; Hakeri/Gülşen, s. 41-42; Akbulut, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2019, s. 492.

olamayacağı gerekçesi ile tazminata hükmetmiş, Fransız Yargıtay'ı ise meşru savunma hâlini kabul etmiştir.⁸⁰

Günümüzün modern dünyasında bilim ve teknoloji alanında yaşanan baş döndürücü gelişmeler, mal varlığına karşı işlenen suçların sayısında son derece önemli bir artışa yol açmıştır. Bu durum da, *offendicula* kurumunu gündelik hayatın vazgeçilmez bir unsuru hâline getirmiştir. Hukuk da bu gerçeği dikkate alarak bugün *offendicula* kurumuna bünyesinde geniş bir yer ayırmaktadır. Hatta *offendiculanın* hukuki niteliği ile ilgili keskin görüş ayrılıkları öğretilerde hararetli tartışmaların yaşanmasına da neden olmaktadır. Öyleyse buradaki en can alıcı nokta, *offendiculanın* hukuki konumunu doğru bir şekilde tespit edebilmektedir. *Offendiculanın* hukuki niteliğinin doğru bir şekilde tespit edilememesi, hukuk düzleminde bununla ilgili meşruiyet krizlerinin yaşanmasına yol açmaktadır. Bu krizlerin önüne geçilebilmesi için *offendicula* kurumunun “meşru savunma” başlığı altında mı, yoksa “hakkın kullanılması” başlığı altında mı ele alınması gerektiği meselesi açıklığa kavuşturulmalıdır. *Offendicula*; ileride gerçekleşme olasılığı bulunan bir hak ihlaline/haksız saldırıya karşı alınmış bir önlem olduğundan, onun “hakkın kullanılması” başlığı altında ele alınması gerekir.

Ne var ki kişilerin, gerçekte neyi hedef aldığı ve nasıl neticeleneceği tam anlamıyla bilinemeyen olası bir saldırıdan korunabilmek için önceden hazırladıkları zarar verici özel düzenekleri, hakkın kullanılması çerçevesinde tümüyle hukuka uygun kabul etmek mümkün değildir.⁸¹ Düzeneklerin ileride saldırıların gerçekleştirilebileceği düşüncesiyle kurulması, bazı durumlarda saldırılar ile savunmalar arasında orantı bulunmaması, saldırılarla ilgisi olmayan üçüncü kişilerin zarar görme ihtimallerinin bulunması, düzeneklerin harekete geçme zamanında aksamalar yaşanabilmesi, kurulacak düzeneklerin şekil ve içerik itibarıyla ağır neticeler doğurabilmesi gibi hususlar; konuyu oldukça hassas bir hâle getirmektedir.⁸²

Yargıtay, adını açıkça koymasa da ve gerekçesini izah etmese de, *offendicula* kapsamında değerlendirilebilecek bazı olaylarda hukuka uygunluk nedeni görmemiştir.⁸³

Yargıtay 2. Ceza Dairesi, 1989 yılında çiçeklerin korunması amacıyla elektrik akımı bağlanan bahçe tellerine dokunarak yaralanan üç yaşındaki ço-

⁸⁰ Fransız Yargıtay'ı, T.: 25.03.1902 (Erem, s. 622, dn. 6; Centel/Zafer/Çakmut, s. 345, dn. 161; Hakeri/Gülşen, s. 42).

⁸¹ Otacı, s. 560.

⁸² Önder, s. 169.

⁸³ Otacı, s. 560.

cukla ilgili bir olayı karara bağlamıştır. Yüksek Mahkeme, çiçeklerini korumak maksadı ile dahi olsa bahçesindeki tellere bilerek ve neticelerini öngörüp isteyerek elektrik akımı bağlayan sanığın meydana gelen bu olaydaki fiilini kasten yaralama olarak kabul etmiş, bu fiili taksirle yaralama biçiminde değerlendiren yerel mahkeme kararını bozmuştur.⁸⁴

Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 2011 yılında buğday ekili araziye yabancı hayvanların girmesinin engellenmesi amacıyla komşu arazi sınırına konan zehirli yiyeceği yiyerek zarar gören hayvanlarla ilgili bir olayı karara bağlamıştır. Bu olayda -zehirli yiyecekten ötürü- katılanın hayvanlarından biri ölmüş, diğerleri ise hastalanmıştır. Yüksek Mahkeme, buğday ekili arazisine yabancı hayvanların girmesini engellemek amacıyla, komşu arazi sınırına kepekten yapılmış zehirli yiyecek koyan sanığın meydana gelen bu olayda mala zarar verme suçundan ötürü sorumlu tutulması gerektiğine hükmetmiştir.⁸⁵

Önceden hazırlanan zarar verici özel düzeneklerin hakkın kullanılması çerçevesinde hukuka uygun sayılabilmesi için bunlar saldırı anında derhal harekete geçmeli,⁸⁶ saldırı ile orantılı bulunmalı⁸⁷ ve masum üçüncü kişilerin zarar görmesini engelleyecek sistemler içermelidir.⁸⁸

SONUÇ

Meşru savunma (meşru müdafaa), bir kimsenin kendisine veya başkasına yönelik olan haksız bir saldırıyı engellemek veya ortadan kaldırmak maksadıyla gerçekleştirdiği savunma niteliğindeki davranışları ifade etmektedir.

⁸⁴ Yarg. 2. CD., T.: 11.10.1989, 7613/8764 (Otacı, s. 560-561).

⁸⁵ Yarg. 9. CD., T.: 11.07.2011, 14192/9259 (Otacı, s. 559).

⁸⁶ Dönmezer/Erman, s. 47; İçel, s. 375; Demirbaş, s. 324. "*Offendicula'da zamansal bakımdan saldırıdan önce ayarlanan, ancak saldırı ile eş zamanlı olarak faaliyete geçen, etkili olan bir mekanizma söz konusudur.*" (Hakeri/Gülşen, s. 42).

⁸⁷ Dönmezer/Erman, s. 48; İçel, s. 375; Demirbaş, s. 324. Orantının bulunup bulunmadığı ortak hayat tecrübelerine, somut olayın kendine has özelliklerine ve mevcut delillere göre değerlendirilecektir. Örneğin; tavuk hırsızlığını engellemek için, kümeste, insan vücudu ısısına göre ayarlanabilen otomatik silah tertibatı kurmakta orantı bulunmamaktadır. Buna karşılık; kimseye zarar vermeyecek şekilde bağlı tutulan bir köpeğin geceleri, dışarıdan gelebilecek saldırılara karşı bahçede serbest bırakılması ve bahçede köpek bulunduğunu bildiren tabelanın herkesçe görülebilecek bir vaziyette kapıya ve bahçe duvarına asılması durumunda orantı vardır (Öztürk/Erдем, s. 287).

⁸⁸ Dönmezer/Erman, s. 48; İçel, s. 375; Demirbaş, s. 324. Kurulan sistemin saldırgan ile masum üçüncü kişi arasında bir ayırım yapması kabil olmalıdır. Örneğin; bir fabrikanın güvenliği için hazırlanan düzeneğin yoldan geçen herkese ateş etmesi hâlinde, sınır aşılımış olur (Demirbaş, s. 324). Yine; herkesin gelip geçtiği bir yolun yanında meyve bahçesi bulunan şahsın bahçe duvarına elektrikli tel çekmesi, masum üçüncü kişilere zarar vereceğinden meşru bir savunma olmaz (Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 517).

Meşru savunma kurumu, saldırı ve savunma sütunları üzerine inşa edilmiştir. Meşru savunmanın gündeme gelebilmesi için haksız saldırıya karşı gerçekleştirilecek olan savunmanın söz konusu saldırı ile orantılı olması şarttır.

Saldırı ile savunma arasında orantı bulunup bulunmadığı meselesi, öğretilerde iki açıdan ele alınmaktadır. İlk aşamada, kullanılan araçlar arasında bir orantı söz konusu olup olmadığı ele alınmaktadır. İkinci aşamada ise, saldırıya uğrayan hak ile savunma dolayısıyla zarar verilen hak arasında bir orantının bulunup bulunmadığı ele alınmaktadır.

Türk doktrininin, meşru savunma kurumunun belkemiğini oluşturan “orantılılık” kavramına yaklaşımı değerlendirildiğinde, hakikaten de doktrinin büyük çoğunluğunun, katı bir orantılılık anlayışından uzak olduğu görülmektedir. Doktrinin ezici bir çoğunluğu, araçlar ve haklar arasında mutlak bir eşitlik ya da denge arayan orantılılık anlayışını kabul etmemektedir.⁸⁹

Bizim kanaatimize göre de, araçlar ve haklar arasında mutlak bir eşitlik ya da denge arayan orantılılık anlayışı yerinde bir anlayış değildir. Saldırıda kullanılan araçlar ile savunmada kullanılan araçlar arasında orantı bulunmasından, savunma araçlarının saldırıyı bertaraf edecek ölçüde kullanılması gerekliliği anlaşılmalıdır. Saldırıya uğrayan hak ile savunma esnasında zarara uğratılan hak arasında orantı bulunması demek ise, bu haklar arasında aşırı bir dengesizliğin söz konusu olmaması demektir.

Orantılılık koşulu, meşru savunma kurumunun şah damarını oluşturmaktadır. Zira meşru savunma, insanın intikam duygusunun tatminine değil, insanın kendisini veya başkalarını koruma içgüdüsüne hizmet etmektedir. Hukuk sistemlerini meşru savunmayı hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlemeye sevk eden saikler de onun insanların kendilerini veya başkalarını koruma felsefesine dayanması ve intikam ruhunu dışlamasıdır.

⁸⁹ Kartal, s. 61.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2019.
- Apaydın, Cengiz: Meşru Savunma, İstanbul 2016.
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, Mehmet Emin/Çakır, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2021.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. Baskı, İstanbul 2020.
- Demirbaş, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2020.
- Dönmezer, Sulhi/Sahir, Erman: Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Umumi Kısım, C.: II, 4. Bası, İstanbul 1969.
- Durmuş, Tezcan/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancakdar, Oğuz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2. Bası, Ankara 2004.
- Erdem, Jülide Gül: "Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: 62, S.: 4, Aralık 2013, s. 971-1005.
- Erdem, Mustafa Ruhan: "Malvarlığına Yönelik Saldırlara Karşı Meşru Savunma İçin İnsan Öldürme ve Yaşam Hakkı (AİHS m.2)", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: 9, Özel Sayı, 2007, s. 987-998.
- Erem, Faruk: "Türk Hukukunda Mal İçin Meşru Müdafaa", Adalet Dergisi, C.: 34, S.: 8, 1943.
- Ermeydan, İdris: "Yargıtay Kararları Işığında Meşru Savunmada Sınırın Aşılması", Fatih Sultan Mehmet İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, S.: 3, Bahar 2014, s. 131-170.
- Ersan, Aykut: Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması, İstanbul 2013.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin: "Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında "Bağımsız Ölçü Norm" veya "Destek Ölçü Norm" Sorunu", Anayasa Yargısı Dergisi, C.: 17, S.: 1, 2000, s. 363-384.
- Gözler, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 13. Baskı, Ankara 2021 (Anayasa).
- Gözler, Kemal: İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı, Bursa 2018.
- Gözübüyük, Şeref/Gölcüklü, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 6. Bası, Ankara 2005.
- Güler, Dilek: Meşru Savunma, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017.
- Hakeri, Hakan/Gülşen, Recep: "Offendicula ve Yeni Türk Ceza Kanunu", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: IX, S.: 1-2, Haziran 2005, s. 41-71.

- Hakeri, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2019.
- Hatipoğlu, Mehmet: “Kamu Görevlilerine Disiplin Cezalarının Uygulanmasında Ölçülülük İlkesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.: 143, Temmuz Ağustos 2019, s. 181-220.
- İçel, Kayıhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, İstanbul 2021.
- Kartal, Melik: Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gereklilik ve Orantılılık, 1. Baskı, İstanbul 2019.
- Kaya, Cemil: “Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler”, Amme İdaresi Dergisi, C.: XXXVIII, S.: 2, Haziran 2005, s. 61-87.
- Kaymaz, Seydi/Bozbayındır, Ali Emrah: “Neticesi Sebebiyle Ağırlaşan Yaralama Suçundan Sorumluluk ve Bu Konudaki Bazı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.: LXVIII, S.: 1-2, Aralık 2010, s. 77-119.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2021.
- Oğurlu, Yücel: “AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak “Ölçülülük İlkesi””, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, İzmir 2001, s. 485-522.
- Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Özdemir, Saibe Oktay: Eşya Hukuku, 19. Baskı, İstanbul 2016.
- Otacı, Cengiz: “Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Zilyetliğin Korunması”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y.: 3, S.: 10, Temmuz 2012, s. 537-567.
- Önder, Ayhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.: II-III, İstanbul 1991.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2021.
- Özbudun, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2011.
- Özen, Muharrem: Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Ankara 1995.
- Özen, Mustafa: Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2021.
- Özgenç, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Ankara 2021.
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 21. Baskı, Ankara 2021.
- Soyaslan, Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2020.

- Sungurtekin Özkan, Meral: "İcra Hukukunda Oranlık İlkesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001, s. 177-203.
- Şare, Ersin: "Yüksek Mahkeme Kararlarında Meşru Savunma", İzmir Barosu Dergisi, Y.: 83, S.: 1, Ocak 2018, s. 13-58.
- Şen, Ersan/Aksüt, Ertekin: "Öldürmeye Teşebbüs ile Kasten Yaralama Mukayesesi ve Uygulama Sorunları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.: 109, Kasım-Aralık 2013, s. 335-352.
- Şen, Ersan/Şahin, Buğra: "Önleyici Meşru Savunma", Yorumluyorum-22, 1. Baskı, Ankara 2020, s. 119-129.
- Taner, Fahri Gökçen: "Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma", Ceza Hukuku Dergisi, C.: 5, S.: 12, Nisan 2010, s. 219-253.
- Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi: 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2012.
- Toroslu, Nevzat/Toroslu, Haluk: Ceza Hukuku Genel Kısım, 24. Baskı, Ankara 2018.
- Uçar, Onur/Yereli, Ahmet Burçin: "Hukuka Uygunluk Kriteri Olarak "Ölçülülük" İlkesinin Yüksek Yargı Organlarının Vergi Suçlarına İlişkin Kararları Bağlamında Değerlendirilmesi", Maliye Dergisi, S.: 176, Ocak-Haziran 2019, s. 575-598.
- Yargıtay Kararları Dergisi, C.: 34, S.: 5, 2008.
- Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa: Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C.: 1, 2. Baskı, Ankara 2014.
- Yıldırım, M. Kamil: "İcra Hukukunun Anayasa ile İlişkisi ve Ölçülülük İlkesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.: LV, S.: 1-3, 1989, s. 98-115.
- Yurtcan, Erdener: Yargıtay Kararları Işığında Türk Ceza Kanunu (Genel Hükümler), C.: 1, 2. Bası, Ankara 2015.
- Yüzer, Dilara: "Kamu İcra Hukukunda Ölçülülük İlkesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: 16, Özel Sayı, 2014, s. 4843-4898.
- Zafer, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, 6. Bası, İstanbul 2016.