

Türk hukukunda mal için meşru müdafaa (1)

Yazan: Asistan Jale GÜRAL

Giriş :

Haksız bir taarruza maruz kalan kimsenin; kanun himayesine müracaat mümkün olmayan hallerde gerek kendisinin ve gerekse başkasının hayatını, canını, ırzını, kuvvetle bizzat müdafaa etmesi; medeniyetin bütün devirlerinde insanlara tanınmış bir haktır. Tehlike kanun tanımaz

(1) Vidal - Magnol Cours de droit criminel et de science pénitentiaire: 1935; Code pénal annoté: E. Garçon 1901 - 1911; Traité de droit pénal Allemand: Fransızca tercümesi, Von Lists: t, 1911 - 1913; Traité élémentaire de droit criminel et de législations penals comparées. H. Donnedieu 1943; Traité de droit pénal français: Garraud, 1935; Précis élémentaire de droit pénal Garraud 1937); Commentaire de code pénal Suisse: Logos, 1939; Esquis de droit criminel Anglaise: Kenny, 1921 (Fransızca tercümesi); Outline of criminal law; Kenny, 1942; The book of English law Jenks 1943; History of English law before the time of Edward: Sir F. Pollock and Matland, 1923; Pollock's law of torts: P. A. Landon 1939; Ceza kanunu şerhi (Türk ve İtalyan); Ceza hukuku: T. Taner; Les droit réels dans le C. CS: Wieland; Partie générale du code fédéral des obligations: V. Tuhr 1933; Le code civil suisse: Tuor 1942; Commentaire du code fédéral des obligations: A. Schneider et H. Fick; Borçlar kanunu şerhi: Türkçe tercümesi Funk; Borçlar kanunu şerhi: Türkçe tercümesi Curti - Forer; Türk kanun medenisi şerhi: M. R. Belgesay, 1930; Borçlar hukuku: E. Arsebülk, 1943; Aynı haklar: Talebe notu, HC. Oğuzoğlu, 1941; Légitime défense en cas de possession et de détention: Parish, Revue pénitentiaire et de droit pénal, 1921, no. 6-7; Zilyetliğin gaspı ve ona karşı tecavüzden doğan tazminat ve ecri misil talepleri : Hırş: Medeni kanunun XV inci yıl dönümü; Meşru müdafaasının genişliği ve mala karşı yapılan tecavüzlerden doğan müdafaa hakkı: T. Taner, Armağan 1944; M. Tan: Alman hukukunda meşru müdafaa, ad. cer. 1939; F. Erem: Türk hukukunda mal için meşru müdafaa., ad. cer. 1943, sayı 6; P. Gözübüyük: Modern ceza hukukunda mal için meşru müdafaa ad. cer. 1942, sayı, 5; H. Öner: Medeni ve ceza kanununun meşru müdafaaya dair hükümleri arasında mukayese: ad. cer. 1939; sayı 9; A. Atrus: Zilyetlik: İs. baro mecmuası 1943, sayı 6;

prensibinden çıkmış olan bu hak (1) bütün ceza kanunları tarafından bir beraet sebebi olarak telâkki edilmekle beraber muhtevası ve şümulü eskidenberi doktrin ve tatbikatta bir münakaşa konusu teşkil etmekte devam etmiştir. Acaba ne gibi haklara karşı yapılan taarruzların kuvvetle def'i meşrudur? Bu haklar meyanına mülkiyet hakkı da girer mi? Hukukçuların ısrarla üzerinde durdukları meselelerden biri de mülkiyete vâki tecavüze karşı kuvvete müracaat etmenin haklı olup olmadığıdır. Bu mesele türlü içtihat ve telâkkilere yol açmış olduğu gibi, bunların tesirinde kalan kanun vazılarınca da türlü türlü hükümlerin konmasına sebebiyet vermiştir. Bizim hukuk sistemimiz acaba mal için meşru müdafaayı kabul eder mi? Üzerinde durmak istediğimiz konunun esası işte budur.

Türk hukukunda meşru müdafaanın umumî olarak C.K. 49/2 nci maddesiyle kabul edilmiştir. Bu madde meşru müdafaayı; yalnız şahısların gerek kendi ve gerekse başkalarının, nefsine veya ırzına karşı vâki tecavüzlere hasretmiş ve Ceza Kanunu mal için meşru müdafaayı istisnaen yalnız şahıslara karşı şiddet kullanmak suretiyle yapılan tecavüzler için öngörmüştür. Diğer taraftan M.K. 894. bazı şartlar dairesinde zilyede, zilyetliğinin tecavüze uğraması halinde yedini zor kullanarak müdafaanın hakkı tanımış, B.K. 52 de bu müdafaanın borçlar hukuku bakımından neticelerini tesbit etmiştir.

Mesru müdafaanın mahiyeti hakkındaki nazariyeler :

Taarruza mâruz kalan şahıs, bu tecavüzleri suç sayılan mukabil fiillerle defetmesine rağmen nasıl oluyor da kendisine bir cezai mesuliyet atfedilmiyor? Bu sorunun cevabını meşru müdafaanın mahiyetini izah eden nazariyeler vermektedir. Aynı zamanda meşru müdafaanın; geçirmiş olduğu tekâmül safhalarını da gösteren bu muhtelif görüş tarzlarını iki kısımda toplamak mümkündür:

I — Sübjektif nazariyeler: Meşru müdafaayı yalnız bir muafiyet sebebi olarak telâkki ederler:

a — Meşrû müdafaanın, manevî cebir esnasına yani failin akıl haletinin teşevvüğe uğramasına dayanır (2). Şahıs bu suretle yalnız kendini müdafaanın insiyakına uyarak hareket eder (3).

Fakat bu görüş tarzı ile, başkalarına karşı yapılmış bir taarruz için kuvvete müracaatın neden meşrû olduğu izah edilemez.

(1) H. Tan: Sa: 289.

(2) Tahrir: Sa: 379.

(3) Gerratuda: Sa: 11.

b — Tecavüz; nasıl bir haksızlık ise şahsî müdafaa da öyle bir haksızlık teşkil eder. Tecavüz edenlere yalnız Devlet ceza verebilir. Bununla beraber müdafa yolunda böyle bir fiil işleyen cezalandırılmaz. Çünkü müdafa ile tecavüz arasında bir takas vâki olmuştur.

Bu nazariye de meşrû müdafaanın mahiyetini izah etmez, buna göre müdafaanın cezayı müstelzim olmaması için müdafaa ile tecavüz arasında bir muadelet bulunması icabedecekti (1), halbuki hiç bir kanun müdafaayı cezasız bırakmak için böyle tam bir müsavat aramaz.

II — Objektif nazariyeler : Bu nazariyeler müdafaayı bir hak ve bir beraat sebebi olarak telâkki ederler (2) :

a — Haksızlığın butlanı nazariyesi (3) : Hegel'e göre haksız tecavüz başkasının hakkını inkâr demektir, müdafa ise bu inkârı ortadan kaldırarak yeniden hakkın teessüsünü temin ettiğinden bir hak hattâ bazan da bir vazifedir. Ihering hukuk için mücadele adlı kitabında da aynı fikri müdafaa etmektedir.

b — Meşru müdafaanın esası; cemiyetin cezalandırmak hakkının muvakkaten ortadan kalkmış olmasıdır. Cemiyet; haksız bir tecavüze karşı koymayı ancak bu tecavüzü zararsız bir hale sokabildiği ve herkesin hakkını müdafaa edebildiği müddetçe menedebilir. Karrera ve Wolf tarafından müdafaa edilmiş olan bu görüş tarzi içtimai mukavele nazariyesine dayanır (4).

c - Pozitif görüş:

Meşru müdafaanın mahiyetini en iyi ve doğru bir surette izah eden denilebilir ki bu son nazariyedir. Ferri tarafından ileri sürülmüş olan fikre göre; "haksız yere başkasının hakkına tecavüz eden kimsenin bu hareketi; onun suç temayülünü ispat ettiğinden, meşru müdafaa suretiyle mutaarrızı zararsız bir hale getiren veya yok eden kimse, cemiyete muzir olanların cemiyetten uzaklaştırılması kaidesine uygun hareket etmiştir 5). O bu hareketiyle yalnız kendini değil, aynı zamanda cemiyetin nizamını da korumuş ve ona faydeli olmuştur. Çünkü cemiyetin namuslu bir adamın selâmetinde ve fena bir adamın ortadan kalkmasında menfaati vardır. Bu suretle haksız tecavüze karşı koyan şahıs, hukuki, içtimai saiklere dayanmaktadır. Hareketinin meşruiyeti de buradan gelir,,

(1) Tahrir : Sa. 379; Magnol: Sa. 312.

(2) Ibid

(3) Mognol; S. 313.

(4) F. Erem : Sa: 606.

(5) S. g. e : Sa: 607.

Şahsı müdafaa; içtimai kuvvet (âmme kuvveti) ile cemiyet içindeki intizamın ve 'asayişin devamı bakımından; aynı gayeyi hazdir. Zaten tecrübeler de göstermiştir ki suçluları müstakbel ceza korkusundan ziyade tecavüz etmek istedikleri kimsenin mukavemeti suç işlemekten alakoymaktadır (1).

Hakkını meşru surette müdafaa eden kimseyi cezalandırmak; cezadan beklenen faydeleri sağlamaz, zaten böyle bir kimseyi cezalandırmak ceza değil işkence olurdu (2).

Netice olarak diyebiliriz ki kendisinin veya bir başkasının hukukan himaye edilmiş bir varlığına (bien juridique) karşı yapılmış bir tecavüzü; cemiyet kuvvetlerinin müdafaa etmesine muvakkaten imkân olmayan hallerde; kuvvetle defetmek meşrudur; hattâ bu bazan bir hak ve cemiyete karşı bir vazifedir.

Meşru müdafaanın şartları :

Pozitivistler tarafından bir hak ve hattâ bazan bir vazife olarak kabul edilmiş olan meşru müdafaanın istimal şartları ve sınırları nelerdir? Başka bir deyimle hukukan nasıl tanzim edilmiştir?

Meşru müdafaanın şartlarını altı noktada toplamak mümkündür:

I — Taarruz: Hukukan himaye edilen bir varlığa zarar vermek maksadiyle işlenen veya işlenmekte olan müspet bir fiildir (3). Bunlar, Hafter'e göre teşebbüs derecesinde bir fiil veyahut bir hazırlık hareketi de olabilir (4). Bu tecavüzün haksız, olması lâzımdır, fakat mutlaka cezayı müstelzim bir hareket olması icabetmez, çünkü meşru müdafaa bir ceza mahiyetini haiz değildir. O ancak bir korunma vasıtasıdır. İşte bundan dolayıdır ki cezaî ehliyeti bulunmayan akıl hastaları veya küçüklere karşı da meşru müdafaa caizdir. Bu haksız tecavüzün maddi bir zarara sebep olmuş olması da şart değildir (5), zararın ve tehlikenin halen mevcut ve ciddi olması kâfidir. Bu tecavüz ciddi olmadığı halde, ona maruz kalan kimse ciddi bir tecavüze uğradığı zannına kapılmış ve bu hatası da mazur görülecek mahiyette bulunmuş ise kendini müdafaa maksadiyle yapmış olduğu fiillerde meşru sayılır (6).

(1) Garraud : Sa: 12.

(2) F. Erem : Sa: 607.

(3) A. Gözübüyük: Sa: 591; Logos meşru müdafaasının bazan bir yapmama bir kaçınma şeklindeki (Omission improprement dite) fiiller karşısında da mümkün olduğunu söyler: Sa; 133.

(4) A. Gözübüyük: Sa: 592.

(5) Logos; Sa: 132.

(6) Funk; Sa: 91.

Fakat haklı, hukuka uygun bir harekete karşı meşru müdafaa mümkün değildir. Bundan dolayıdır ki aşağıdaki hallerde meşru müdafaa bahsedilemez:

a - Resmî bir memurun, vazifesi icabı olarak yapmış olduğu hareketlere karşı: Fakat umumiyetle resmî bir memurun; keyfi bir hareketinin haksız bir taarruz teşkil edeceği kabul olunur (1). Bununla beraber mesele çok münakaşalıdır, kanunumuz bu konuyu C. K. 258/4 ve 272 nci maddeleri ile hallederek, memurlara karşı gelmenin bir beraat sebebi değil, ancak bir hafifletici sebep olacağını tasrih etmiştir (2).

b - Meşru müdafaa halinde bulunana karşı: Mamafih meşru müdafaa da bulunanın bu hakkını suiistimal etmeye başlaması anında; diğer tarafında meşru müdafaa hakkı doğmaya başlar. Çünkü genel olarak M. K. 2 de de tasrih edildiği gibi hukuk; her hangi bir hakkın kötüye kullanılmasını, suiistimalini himaye etmez. Aynı suretle bir kimsenin, kendini yanlışlıkla meşru müdafaa halinde addetmesi veya tehlikeyi gözönünde büyütürük sert bir müdafaa vasıtasına müracaat etmesi mütecavize meşru müdafaa hakkının tanınmasını icabettirir (3).

c - Kanunun bahşeylediği bir hakkı istimal edene karşı: Meselâ zaruret halinde bulunan veya B. K. 52/2 deki şartların mevcudiyeti halinde kendiliğinden ihkakı hak edene karşı da meşru müdafaa bahis mevzuu olamaz.

II — : Müdafaa da zaruret bulunmalı: Müdafaa; tecavüzü önlemek için yapılan her hangi bir fiil ve harekettir. Bu fiil ve hareketler içine ceza hukuku bakımından suç teşkil edenler de girebilir; bunun içindir ki kuvvete ancak o tehlikeden başka türlü kurtulmak imkânı bulunmayan hallerde müracaat edilmelidir. Zaten sosyal nizam; ferdi kuvvete müracaatı da, yalnız bu şartla haklı görür (4); müdafaa da zaruret bulunması da bunu ifade eder.

Başka türlü korunmak imkânı bulunmamasından ne anlamak lâzımdır? Aceba mütecavize karşı koymadan kaçmak mümkün olan yerlerde kaçmamak bir suç mu teşkil eder? Bu mesele klâsik ceza edebiyatında uzun münakaşa konusu olmuş ve nihayet her hangi bir kimseye; şerefli bir insan için bir küçüklük ve aciz ifadesi olan kaçma mecburiyetinin yükletilemeyeceği neticesine varılmıştır (5). Mütecavizin ana, baba, küçük bir

(1) Türk ve İtalyan Ceza K. şerhi: Sa: 204.

(2) 1941 - 1942 Yargıtay Kararları: Ceza bölümü Sa: 51.

(3) E. Arsebük: Sa: 583.

(4) Garraud: Sa: 813.

(5) F. Erem. 609.

çocuk veya deli olmasının hiç bir kıymeti yoktur, hepsine karşı meşru müdafaa caizdir. Lâkin bu görüş tarzı bir az fazla serttir, Dommedieu (1) T. Taner, (2) Garraud (3) gibi hukukçularla beraber şöyle bir tefrik yapmanın adalete daha uygun düştüğünü kabul ediyoruz: Kahil ve kuvvetli bir kimsenin; küçük bir çocuk sakat bir insan veya bir akıl hastası tarafından taarruza uğraması halinde kuvvete müracaattan evvel kaçması mümkün ise bu son çareye başvurması daha yerindedir, çünkü bu gibi kimseler önünden kaçmakta herhangi bir küçüklük mevzu bahis olamayacağı gibi bunlara karşı kahramanlık taslamak da pek övünülecek bir şey değildir.

Mütecevizin ana ve baba olması halinde de aynı tedbire müracaat edilmesinin daha adilâne olduğunu zannediyoruz (4).

Daha hafif fiillerle bertaraf edilmesi mümkün olan tecavüzlere ağır mukabelede bulunmakta da zaruret yoktur, böyle bir müdafaa halinde zaten müdafaa hududu tecavüz edilmiş olur. Meselâ mütecavizin kolunu, elini tutarak, veya onu bir yere kapatarak tecavüzden kurtulmak mümkün iken, yaralamak veya öldürmek halinde olduğu gibi (5). Bu gibi hallerde de artık meşru müdafaadan bahsedilmez, belki ancak cezai azaltılan kanunî veya fiilî sebeplerin ortaya çıkması dolayısıyla müdafaada bulunanın cezası indirilir.

Tehlikeden başka türü kaçınılmanın mümkün olmaması için kamu kuvvetinin himayesine sığınmanın da imkânsız olması lâzımdır. Bunun mümkün olduğu hallerde de meşru müdafaa yoktur.

Bir taraftan müdafaada bulunmak için taarruzun başlamasını beklemek şart değildir, mütecavizin hal ve etfarının mağdurda bunun başlamış olduğu zehabını uyandırması kâfidir. Zaten çok defa taarruzun başlamasını beklemek ona karşı müdafaayı imkânsız hattâ bazanda fairesiz bir hale kor. Diğer taraftan da başlamış ve devam etmekte bulunmuş olan taarruza karşı müdafaa hakkı da devam eder (6). Fakat son bulmuş veya mağdurun müdafaası sayesinde tehlikesiz bir hale konmuş taarruza karşı müdafaanın devamı kabul olunamaz. Çünkü böyle bir vaziyette artık müdafaa hakkı mevzu bahis olmaz, mağdur artık intikam hissini tesiriyle hareket etmektedir. Meselâ kendisini yere düşürdükten sonra kaçanı takip eden kimse, meşru müdafaa iddiasında bulunamaz.

(1) Sa: 238.

(2) Sa: 394.

(3) Sa: 814.

(4) Garraud: Sa: 28.

(5) H. Ömer: Sa: 828.

(6) V. Liszt: Sa: 823.

Müdafaada zaruret bulunup bulunmadığı meselesi failin içinde bulunduğu maddî ve mânevi şartlara göre takdir edilecek çok ince ve önemli bir meseledir (1). Bunun takdirinde objektif bakımından, mağdurun haksız taarruza karşı koymamış olması halinde bu taarruzun doğuracağı neticeler nazara alınmakla berber subjektif bakımından da böyle bir taarruz karşısında mağdurun haleti ruhiyesini araştırmak lâzımdır. Hattâ belki de bu sübjektif unsur subjektif olandan daha da ehemmiyetlidir. Çünkü haksız bir tecavüze maruz kalmış olan bir insanın; o andaki helecânı ve korkusu tesiriyle hissettiklerini herhangi bir kimse-nin soğuk kanlılıkla kendini onun yerine koyarak muhakeme etmesi pek zordur. Zaten tecavüzde; mütecavizin maksadına göre değil, mağdurun haleti zihniyesine göre tâyin edilir (2).

III — : Taarruzla müdafaa arasında sıkı bir bağlilik, bir irtibat bulunmalıdır. Tecavüz ile müdafaa arasında çok sıkı bir illiyet rabitasının mevcudiyeti lâzımdır. Bu illiyet rabitası bilhassa şu noktaların tesbitinde önemlidir :

(a) — Zaman itibariyle: müdafaa taarruzun devamı sırasında olmalıdır (3). Kanunumuz bunu "filhal" kelimesiyle ifade etmektedir. Yani müdafaa mevcut olan veya devam etmekte bulunan taarruza karşı yapılmalıdır. Müstakbel veya muhtemel (4) taarruzlara son bulmuş taarruzlara karşı mesru müdafaadan bahsedilemez. Fakat bu başlangıç ve son bulma noktaları nasıl tâyin edilecektir? Bu hususlar hakkında kat'î kaideler koymağa imkân yoktur; bunlar her hâdiseye ve tecavüzün mahiyetine göre ayrı ayrı tetkiki icabeden maddî birer vâkıdır (5). Umumi olarak denilebilirdi taarruza uğrayan kimse, bu taarruzun neticesini beklemeye mecbur değildir, kendi için muhik bir tehlikenin mevcudiyetine kani olduğu anda müdafaaya geçebilir. Başlangıç anının tesbitinde mağdurun, haleti ruhiyesi, yaşı ve hattâ cinsiyeti mühim rol oynar.

Taarruzun bittiği anın da aynı esaslar dairesinde tesbiti lâzım-

(1) Garraud: Sa: 207. H. Gözübüyük: Sa: 592.

(2) H. Ömer: Sa: 823.

(3) Garraud, Sa: 25, F. Erem: Sa: 611.

(4) Muhtemel bir hâdiseye karşı meşru müdafaanın kabulü; cemiyeti daimi bir huzursuzluğa mahkûm etmek olacaktır: Garçon: Sa: 813. Bununla beraber tesirlerini muhtemel tehlike anında vücuda getirmek üzere tedbirler almak mümkündür: Logos: Sa: 132, Liszt: Sa: 213. Fakat bu mesele yazarlar arasında münakaşalıdır.

(5) Garraud: Sa: 26. F. Erem 611.

dır. Umumiyetle mütecavizi artık zarar vermiyecek bir vaziyete getirmek, onu kaçmağa mecbur etmiş bulunmak veya elindeki suç aletini almış olmakla taarruza son bulmuş göziyle bakılabilir. Ve bundan sonra yapılan müdafaalar da artık meşru müdafaa sayılmaz (1).

Bununla beraber taarruzun devamından veya tekrarından kuvvetle şüphe edildiği müddetçe müdafaa hakkı da devam eder. Hasımı hakkında açıkça fena hisler beslediğini meydana vuran bir kimse, elinde tehlikeli bir silâhla serbest bırakılamaz (2).

b — Müdafaa mutaarruza karşı olmalıdır: Taarruza karışmayan bir üçüncü şahsa müdafaa sırasında, ika edilen zararlar meşru müdafa olarak kabul olunamaz (3), ve üçüncü şahsın bu suretle zararını mucip olan kimse halin icaplarına göre; zaruret hali müstesna; ihmalden dolayı mahkûm olabilir.

c — Taarruz ile müdafaa arasında nispet: Bir tecavüze maruz kalmış olma, buna her ne suretle olursa olsun karşı koyma salâhiyetini vermez. Bundan dolayıdır ki meşru müdafaanın şartları ile, müdafaanın hududu derecesi birbirine sıkı, sıkıya bağlı olan şeylerdir (4), (5). Mütecavize karşı kullanılacak kuvvet, tehlikeye mâni olabilecek veya ondan kurtulmayı mümkün kılacak nispette olmalıdır. Loire ağır ceza mahkemesi bahçesinden meyve çalan bir adamı tabanca ile öldüren bir şahsı haklı olarak mahkûm etmişti (6). Tehlikeden kurtulmayı mümkün kılacak nispetteki bir kuvvet; mütecavizin yaralanmasına ve hatta ölümünü inta etmiş olsa bile ona müracaat edene bir mesuliyet atfedilemez.

Esas itibariyle bir müdafaa vasıtası olan meşru müdafaa bazı hallerde meşru bir tecavüz vasıtası da olabilir (7).

(1) Eve girerek taarruzdan kurtulan bir kimsenin silâhla dışardakilere ateş etmesi kendisini mütecaviz vaziyetine sokacağından C. K. 49 hükmü tatbik olunamaz: 1939 - 1940 Temyiz Kararları ceza kısmı Sa: 99.

(2) Kenny: Fransızca tercümesi: Sa: 135; çektiği tabancanın düşürülmesinden sonra bıçak çeken kimseye yeniden müdafaa hakkı meydana gelir: Yargıtay kararları: Ceza bölümü: 1941 - 1942: Sa: 51.

(3) H. Tan: Sa: 291; Landon: Sa: 135.

(4) Garraud: Sa: 17; Logos; Sa: 134.

(5) C. K. mızda müdafaanın hududunun aşılmasını 50 inci maddesiyle müeyyideye bağlamıştır.

(6) Donnedieu: Sa: 238.

(7) Kenny: Sa: 117; Size karşı çevrilmiş bir silâhı bastonunuzun bir darbesiyle yere düşürmek gibi.

Tecavüz ile müdafaa arasındaki nispetsizlik aceba mütecavize mukabil harekete geçmek hakkını verir mi? Buna müsbet cevap vermek lâzımdır (1). Zira meşru müdafaa hakkının sınırlarının aşılması bizatihi bir hak-sızlık teşkil eder, kendisine bir tokat vurulan bir şahsın mütecavize karşı tabanca çekerek onu öldürmeye teşebbüs etmesi halinde olduğu gibi. Fakat tecavüz ile müdafaa arasında aranılan bu nispeti yani; müdafaa ile müdafaanın aşılması arasındaki hududu tespit çok güçtür. Bunu tâyin ederken fazla formalist davranmamak ve tecavüze maruz kalanın o andaki ruhi haletini gözönünde tutmak lâzımdır (2). korku, şaşkınlık ve dehşet tesiriyle hareket eden bir kimseden soğuk kanlı bir muhakeme ile böyle bir nispeti düşünerek hareket etmesi beklenemez; zaten hâkim de her hâdisede, bu hâdisenin hususiyetlerini dikkat nazarına alarak karar vermek zorundadır (3). Müdafaadaki nisbetsizliğin sabit olması müdafaada bulunana ancak cezayı azaltıcı sebeplerden istifade hakkı verebilir.

IV — Taarruz hukukan himaye edilmiş bir varlığa (bien juridique) karşı yapılmış olmalıdır: Aceba her türlü hakka karşı yapılan taarruz müdafaayı meşru kılar mı? mal için müdafaa caizmi dir? Bilhassa bu son nokta ceza hukukunda çok münakaşalı bir mesele olduğu gibi bizim hukukumuz bakımından da çok önemli ve ihtilâflı bir mevzu teşkil eder.

Meşru müdafaayı haklı gösterecek, ona mevzu olabilecek haklar zamanla bir tekamül geçirmiştir.

a — Eski Yunanistan, Hint ve Romada meşru müdafaa ancak hayata şerefe ve haysiyete karşı vâki tecavüzler hakkında kabul edilmiş ve bazı şartlar altında da hırsızlığa (yani mallara da) teşmil edilmişti. 12 levha kanunundaki "furum manifestum" hallerindeki hırsızlığa karşı böyle bir müdafaa caizdi (4).

b — Orta zamanlarda böyle bir müdafaa hıristiyanlığın tesiriyle yalnız hayata karşı yapılmış olan taarruzlar için meşru addedilmişti.

c — 18 inci asır sonlarında meşru müdafaanın sahası daha ziyade genişleyerek bütün haklara karşı yapılan tecavüzleri içine almağa başladığı gibi, o vakite kadar yalnız cana (adam öldürme suçu) karşı yapılan suçlarda mevzu bahis olması itibariyle ceza kanunlarının hususi hükümleri arasında yer almış iken sonraları kanunların umumi hükümler kısmında görülmeğe başladı. Bununla beraber bu hususta ceza kanunları

(1) H. Tan: Sa: 293.

(2) Garçon: Sa: 814, Logos: Sa: 134.

(3) Garçon: Sa: 418.

(4) T. Taner. Sa: 636, Magnol: 309.

(5) T. Taner. Sa: 636, Magnol: Sa: 309.

arasında bir sistem birliği yoktur. Meşru müdafaaya, Fransız (M. 328) ve Belçika Ceza Kanunları adam öldürme (katil) ve müessir fiiller bahsinde temas eder. Fakat bütün Fransız yazarları onun daha şumullü bir mahiyeti haiz olduğunu ve bütün diğer suçlarda da (infracion) tatbik edilmesi lâzımgeldiğinde hem fikirdirler (1), (2). Alman, İsviçre, İsveç, İspanya, Hollanda kanunları (3) Türk Kanunu gibi meşru müdafaaya umumî hükümleri arasında yer vermişlerdir.

Fransız kanunu ve diğer bazı kanunlar meşru müdafaadan umumi olarak yalnız şahsın müdafaası bakımından bahseder ve hususi bir madde ile malların da kanunda tesbit edilmiş muayyen hallerde müdafa edilebileceğini kabul ederler (4).

Türk ve eski İtalyan ceza kanunu da bu meyandadır. İspanyol ve Holanda kanunları gibi diğer bazı kanunlar meşru müdafaaya mevzu olabilecek hakları teker, teker sayarlar, diğer bazıları ise meşru müdafaayı böyle bir tahdide tabi tutmıyarak yalnız bu müdafaanın prensibini vaz etmekle iktifa ederler, Almanya, Avurturya (5) ve İsviçre kanunları gibi. Meşru müdafa; diğer beraat ve muafiyet sebepleri gibi İngiliz ceza hukukunun yazılı olmayan kısmı arasındadır. İngiliz hukuku, meşru müdafaaya gerek insanın kendi şahsiyetine ve gerekse yakınlarına, (çocuklar, işçiler) ve mallarına (menkul veya gayri menkul) karşı yapılan haksız bir taarruzun kuvvetle definde zaruret bulunduğu hallerde müracaat edilmesini kabul eder. Kenney halen İngiltere'de de bu hakkın müdafaaya muhtaç her hangi bir kimseye yardım içinde meşru olarak kullanılmasının mümkün olduğunu söyler (6). Lâkin kuvvetle tecavüz arasında bir nispet bulunmalıdır, bununla beraber böyle bir tehlike karşısında bulunan kimse bu tehlikeye karşı koyabilmek için makul olarak lüzumlu gördüğü bütün kuvveti sarf edebilir (7). Tecavüz ile müdafa arasındaki nispet muhafaza edilerek yapılan bir müdafaada mütecavizin öldürülmüş olması müdafiin cezalandırılmasını intaç etmez. Fakat mal için tanınmış olan müdafa hakkı hiç bir zaman mütecavizin öldürülmesine kadar varmaz (8).

(1) Garraud: Sa: 15.

(2) Zaten yeni Fransız Ceza Kanunu projesi onu umumî hükümleri arasına koymaktadır. Garraud: Sa: 15.

(3) İbid.

(4) İbid.

(5) İbid.

(6) Kenny: Fransızca tercümesi: Sa: 132.

(7) Ladon: Sa: 134; vd.

(8) Kenny: Sa: 118, vd.

Prensip olarak haksız bir tecavüzün insanların şahsına, hürriyetine şerefine, ırzına müteveccih olması halinde meşru müdafaayı kabul icabeder. Fakat hayattan gayri diğer haklara ve hususiyle mülkiyete yapılan tecavüzlerde müdafa hakkının meşru olup olmayacağı meselesi türlü içti-hatlara ve telâkkilere yol açmıştır (1). Bu husustaki görüşleri iki kısımda toplamak mümkündür :

1 — Meşru müdafa yalnız şahıslara karşı yapılan tecavüzlerde caiz olmalıdır. Bu fikir Grocius, Primus gibi yazarlar tarafından ileri sürülmüştü (2). Bu görüşü müdafa edenler ve bilhassa Grocius, insan hayatının dünyada mevcut bütün varlıklardan daha üstün olduğu düşüncesinden hareket eder ve meşru müdafaanın ancak telâfisi mümkün olmayan zararlara, insanın hayatına, mevcudiyetinin bütünlüğüne karşı vâki tecavüzlerden doğan zararlara hasredilmesine ister. Çünkü diğer haklara ve bilhassa mülkiyete karşı yapılan tecavüzlerden husule gelen zararların salâhiyetli makamlara müracaatla hırsızın yakalatılması veya insanın yeniden çalışması suretiyle telâfisi mümkündür. Zaten bu gibi vaziyetlerde ihtilâf halinde bulunan haklar arasında da müsavat yoktur. Husule gelen zarar mütecavizin öldürülmesini haklı gösterecek kadar ağır da değildir. Bu görüş tarzı kolaylıkla tenkit edilebilir. Bunun tarafları meşrû müdafaanın her türlü ölçüden uzak bulunduğu zehabına istinad etmekte (3) oldukları gibi meşrû müdafaanın mevcudiyeti ile onun şartlarını da yekdiğerine karıştırırlar.

Diğer bir takım yazarlar mal için müdafaanın meşru olmayacağını izah için, meşrû müdafaanın manevi cebir fikrine dayandığı noktasından hareket ederler. Böyle bir duruma düşen kimse; şahsını, mevcudiyetini koruma sevki tabiisiyle hareket eder. Halbuki mal için vâki tecavüzlerde böyle bir hal yoktur (4). Fakat bu noktainazar başkasının hayatına, ırzına karşı vâki tecavüzler için meşrû müdafaanın neden kabul edilmiş olduğunu izah edemez; bundan başka bazı hallerde mala karşı yapılmış tecavüzlerde, mal sahibinin irade ve hareket serbestisini ortadan kaldıracabileceğinden bu gibi vaziyetlerde mal için müdafaanın da meşrû olacağını kabul zorunda kahrılar. Lâkin bugün müdafaada manevî cebir esası tamamen terkedilmiştir, tecavüze maruz kalan kimse-

(1) T. Taner: Sa: 631.

(2) F. Erem: Sa: 614.

(3) Donnedieu: Sa: 235.

(4) T. Taner : Sa: 634.

nin iradesinin selbedilmiş olması şart değildir. Soğukkanlılıkla kendisini müdafaa etmiş olanın da bu hareketi meşrudur (1).

2 — Meşru müdafaa diğer haklarda ve bilhassa mülkiyet hakkında da carî olmalıdır; çünkü devletin, vatandaşlarının hakkını koruyamadığı hallerde vatandaşın bizzat kuvvete müracaat etmesini kabul elzemdir. Kanta göre de, şahsa çok yakinen bağlı olan hakların taarruza uğraması halinde meşrû müdafaanın tanınması icbeder, mülkiyet bu hakların başında gelir (2).

Mala yapılan tecavüzlere karşı müdafaanın caiz olup olmadığının şimdiye kadar böyle uzun münakaşalara yol açmasının en belli başlı sebeplerinden biri de mala yapılan ufak bir taarruzun şiddetli bir müdafaa ile defedilmesinin haklı gösterilemeyeceğinden ileri gelmektedir. Fakat hakkın mevcudiyetinin tanınması ile onun ölçüsü, hududunun tahdidi başka, başka şeylerdir; zaten hakkın kötü kullanılmasının başladığı yerlerde hak ortadan kalkar, hukukan himaye edilmez. Şu halde diğer bütün hukukî varlıklara (bien juridique) karşı yapılan taarruzlara kuvvetle karşı koymak meşrû olduğu gibi mal için de müdafaa meşrûdur. Meşrû olmayan şey tecavüzle münasip olmayacak derecede ve şekilde kuvvet istimalidir (3).

Garraud ve Kenny gibi yazarlar; prensip olarak mal için meşrû müdafaayı, haksız tecavüz ile müdafaa arasındaki nispetin aşılmaması olması şartıyla kabul ederler (4).

Netice olarak diyebiliriz ki ; gerek kendisinin ve gerekse başkasının hukuken himaye edilmiş bir varlığına karşı vâki haksız taarruzları defî maksadiyle; şartları mevcut olduğu takdirde; hukuken tespit edilmiş hudutlar dahilinde kuvvete müracaat meşrûdur.

Mal için meşru müdafaayı kabul etmiş olan yabancı kanunlar:

İngiliz hukuku menkul ve gayrimenkullerde meşru müdafaayı halin icaplarına uygun kuvvet sarfedilmiş olması şartıyla kabul eder (5).

(1) Ibid.

(2) F.Eren : Sa: 615.

(3) T. Taner : Sa : 633; Garçon: Sa: 817 : Fakat malikin çok küçük değerdeki bir malını müdafaa için mütecavizi öldürmesi, ağır surette yaralaması bir beraat sebebi teşkil edemez; çünkü artık bu fiiller intikam hissiyle işlenmiştir; intikam hissi de meşrû değildir.

(4) Garraud: Précis: Sa: 64; Kenny: Sa: 118 vd: Mala karşı vâki tecavüzlarda meşrû müdafaa; ancak mutedil bir kuvvet kullanılması halinde mümkündür. Fakat mütecavizin öldürülmesine kadar varan müdafaa hiç bir zaman meşrû değildir.

(5) Kenny: Sa: 118. T. Taner : 636.

Holanda Ceza Kanunu 41 inci maddesiyle sarıh olarak mal için müdafaayı meşru addeder. "Kendisinin veya başkasının hayatına, şerefine veya mallarına vukubulan haksız ve ani bir taarruzu defî zaruretiyle işlenen fiillerden dolayı failine ceza verilmez" (1).

Yeni İtalyan ceza kanunu mallara karşı vaki tecavüzler için 52 nci maddesiyle meşrû müdafaayı "her hangi bir kimsenin haksız bir taarruza karşı kendisinin veya bir başkasının hakkını müdafaaya halinde, müdafaaya ile tecavüz arasında bir nisbet bulunmak şartıyla" bütün haklar için öngörülür (2). 1942 de meriyete giren İsviçre Kanunu da 33 üncü maddesiyle meşrû müdafaayı her nevi hakka ve bu meyanda mülkiyete karşı vaki tecavüzlere de teşmil etmiştir. Tecavüze maruz kalan malın (bien) kıymeti ancak meşru müdafaanın ölçüsünü tayin bakımından önemlidir (3). Danimarka, Lehistan, Alman (4) ceza kanunları da her türlü haklar için meşru müdafaayı kabul ederler. 1934 tarihli Fransız ceza kanunu projesi de mallara karşı vâki tecavüzler için müdafaayı meşru saymaktadır.

1810 tarihli ve halen meriyette bulunan Fransız ceza kanunu mal için meşrû müdafaayı; bazı istisnaî hallerde; şahıslara karşı zor ve cebir kullanılmak suretiyle yapılan 329 uncu maddesinde gösterilen tecavüzler için kabul eder. Bütün Fransız cezacıları tarafından genel bir hüküm olarak kabul edilen 328 inci maddenin mülkiyet için meşru müdafaayı mümkün kılıp kılamiyacağı meselesi Fransada da münakaşalıdır (5), (6).

Türk Hukukundaki Vaziyet :

Acaba Türk hukukundaki vaziyet nasıldır? Meseleyi iki kısma ayırarak bir ceza kanunu bakımından ve bir de medenî kanun hükümleri bakımından inceleyeceğiz :

A — Ceza kanunu bakımından :

Ceza kanunumuz meşru müdafaaya hakkındaki umumî prensibi 49 uncu maddesiyle koymaktadır. Bu madde yalnız "gerek kendisinin ve gerekse başkasının nefsinde ve ırzına vukubulan bir taarruzdan" bahsedil-

(1) Gözübüyük : Sa: 596.

(2) E. Erem: Sa: 616; T. Taner: Sa: 638.

(3) Logos: Sa: 133.

(4) A. Gözübüyük: Sa: 596.

(5) A. Donnedieu: Sa: 243, Garraud: Sa: 23 - 24; 329 uncu maddedeki meşru müdafaanın mülkiyet hakkına da teşmilini kabul ederler.

(6) Garçon Garraud'nun bu görüşüne muhalif bir görüştedir; Sa: 324; Magnol da mülkiyet için meşru müdafaanın kabul edilmemiş olduğunu bunun bir istisnasını teşkil eden 329 uncu maddenin de şahısların himayesi mülâhazasıyla konmuş olduğunu söyler : Sa : 315 vd.

mektedir. Kullanılmış olan tabirler sarihtir, yalnız nefis ve ırz. Nefis tabiri ne kadar geniş bir tefsire tabi tutulursa tutulsun bunun ancak şahsın tamamıyetine karşı yapılmış olan tecavüzlere teşmili kabil olsa bile mallara karşı yapılmış taarruzlara kadar genişletilmesi mümkün olamaz. Zaten metnin aşıl olan eski İtalyan kanununda da "kendisine" kelimesiyle daha geniş bir surette ifade edilmiş olan bu mefhumun mallara karşı yapılan tecavüzlere şamil olmadığı kat'i ve muhakkak surette kabul edilmişti (1). Binaenaleyh bu madde ile mal için meşrû müdafaa kabul olunmamıştır. Ceza kanunumuzda meşrû müdafaanın hususî bir tatbik şekli diyebileceğimiz bir de 461 inci madde vardır. Acaba mal için yapılan müdafaanın meşrû olup olmadığı meselesinin hallinde bu maddeden istifade edemez miyiz?

Bu maddede; her ne kadar mala karşı yapılan taarruzları istihdaf etmekte ise de müdafaayı münhasıran menkul mallara yapılan tecavüzlere hasreylediği gibi ancak cebir ve şiddet kullanılarak ve baskın şeklindeki tecavüzlere karşı kuvvetle koyma halinde muafiyet tanımaktadır.

461 inci maddedeki hükümler iki kısımda toplanabilir :

a — Bir menkul malın malikine malını cebir ve şiddet istimaliyle gasbı yani yağma'sı halinde tanınan malını zor kullanarak müdafaa hakkı (2), yani C. K. 495 vd. maddelerinde gösterilen tecavüzlere karşı tanınmış bir müdafaa hakkıdır. Her ne kadar 461 inci madde "kendi malını" tabirini kullanıyorsa da bu madde başkasına ait malın müdafaasında dahi tatbik olunur (3). Şu halde bu madde ile zilyede de müdafaa hakkının tanınmış olmasını kabul yerinde olsa gerektir.

b) İçindekilerin şahsî emniyetlerine aklen varit bir endişe veya havfı ciddî, verecek surette bir meskene tecavüz halinde 461/2 deki müdafaa hakkı, fıkradan da anlaşılacağı üzere şahısların emniyeti için bir tehlike mevcut olduğu hallerde istimal olunabilir.

Ceza kanunumuzda meşrû müdafaanın hususî bir tatbik şekli diyebileceğimiz bu maddeden başka bir hüküm yoktur. Fakat bu da; müdafaayı ancak muayyen şartların mevcudiyeti halinde kabul eylediği gibi müdafaaya geçmek için taarruzda cebir ve şiddeti veya şahsî emniyetin tehlikede bulunmasını esaslı bir unsur olarak kabul eder. Şu halde aca-

(1) T. Taner : Sa : 642.

(2) T. Taner'e göre de: 461/1 de gösterilen suçların her birinde cebrü şiddet ve tehdit unsuru mevcut olduğundan kanun şahsiyete karşı bir tecavüzün bulunması halinde malın müdafaasını tecviz etmiştir. Sa: 643. Ceza K. şerhinde de (Türk - İtalyan) aynı fikir mevcuttur. Cilt: 3, Sa: 272.

(3) Ceza K. şerhi (Türk, İtalyan) cilt : 3 : Sa: 272.

ba hukukumuzda mülkiyete âdiyen vâki taarruzları; meselâ âdi hırsızlık, yankesicilik veya şahsî emniyeti tehdit etmeden gayrimenkullere yapılmış tecavüzleri, meşrû müdafaa yoluyla önlemek mümkün değildir?

Böyle bir müdafaa hakkına diğer kanunlarda bilhassa medenî kanunda geniş bir yer verilmiştir.

B — Medenî Kanunun hükümleri bakımından:

Medenî Kanunumuz zilyetliğe ve dolayısıyla mala karşı vaki tecavüzlerin kuvvetle define 894 üncü maddesiyle zilyetliğin bizatihi himayesi dolayısıyla temas etmiş, Borçlar Kanununun 52 inci maddesiyle de bu müdafaaanın şahsî hukuk bakımından doğacak neticelerini tanzim etmiştir. Zaten Von tuhr ve Arsebüğün de beyan ettikleri gibi 52 nci madde ile tespit edilmiş olan meşrû müdafaa hakkı mameleğe dahil olan diğer haklardan daha ziyade zilyetliği himaye etmektedir. (1).

Bir şey üzerinde fiili bir kudrette sahip olmak o şeyden bir menfaat temin etmek demek olan zilyetlik; hukukan himaye edilmiş fiili bir durumdur. Zilyetlik müessesesinin hukukan himayesi, cemiyet içindeki asayiş ve sükûnun devamını mümkün kılar. Şey üzerindeki bu tasarruf ve fiili kudret sahibine şeye karşı vâki her türlü yabancı müdahaleyi bertaraf etmek yetkisini de bahşeder. Cemiyetin nizam ve sükûnunun devamını temin eden bu müesseseyi, her türlü tecavüz ve müdahalelere karşı müdafaa eden zilyet, hem bizzat kendi hakkını ve hem de cemiyet içindeki intizamın devamını temin suretiyle Ferr'nin de söylediği gibi cemiyet menfaatine uygun bir iş görür (2), (3).

894 üncü madde zilyede bütün gasp ve tecavüz fiillerini kuvvet kullanarak defetmek hakkını verir. Şiddetle veya hafiyyen kendisinden alınan o şey gayrimenkul ise zilyet gasbı kovarak, ve menkul ise cürmü meşhut halinde tutulan veya kaçarken yakalananın elinden tamamıyla geri alarak istirdat edebilir.

Zilyede bu madde ile tanınmış olan müdafaa hakkının mahiyeti ve sumülû nedir? Zilyet hangi şartlar altında bu haktan istifade edebilir?

I — Bu haktan kim istifade eder? Prensip olarak müdafaa hakkı gerek aslî zilyede ve gerekse fer'i zilyede arada bir fark gözetilmeden tanınmıştır. Fakat acaba hizmetçi ve işçi gibi diğerlerinin emirlerini

(1) Von Tuhr Sa: 332, Arsebük, Sa: 581.

(2) F. Erem: S: 619.

(3) Zilyet bizzat kendi hakkında müdafaa etmiş olur, çünkü M. K. 898 ve 899 mubince zilyetlik aynı zamanda hakka da bir karine teşkil eder.

ifa eden ve başkasının malına muvakkaten bu hizmeti ifa dolayısıyla tasarruf edenlere de (auxiliaire de la possession, tasarruf vasıtası, vazîülvet) bu hak tanınmış mıdır (1)? Tuor bu gibilerin 894 üncü maddede-deki haktan istifade edemeyeceklerini onlar hakkında ancak B. K. 52 inci maddedeki meşrû müdafaa'nın veya zaruret halinin bahis mevzuu olacağını kabul eder (2).

Belgesay da; bu gibi kimselerin zilyet lehine olan hükümlerden istifade edemeyeceğini, onların malın muhafazası için kendi namlarına değil fakat ancak zilyet namına cebir ve şiddet kullanacaklarını söyler (3).

894 üncü maddedeki bu müdafaa hakkı bizatihi doğrudan doğruya zilyedliğin himayesi bakımından bahsedilmiş bir hak olduğundan fer'î zilyet, zilyetliğini aslı zilyede karşı da zor kullanarak müdafaa edebilir. Vâziüyetlere üçüncü şahıslara karşı böyle bir müdafaa hakkı tanınmış olsa bile bu hakkı şeyi kendilerine vermiş olan asıl zilyede karşı hiçbir zaman kullanamazlar, fakat zilyet şeyi; vazîüyetlere karşı zor kullanmak suretiyle her vakit geri alabilir (4).

II — Zilyet müdafaa hakkını ancak maddede tasrih edilen hallerde yani zilyetliğin hafiye veya şiddetle gasbı halinde icra edilebilir. Bu iki tabirden neyi anlamak lâzımdır? Gasp fiili; keyfi olarak yani asıl zilyedin rızası olmadan veya onun rızasına rağmen işlenmiş olan hareketleri anlatır (5). Gasp edenin kusurlu olup olmaması o şey üzerinde bir hakkı bulunup bulunmaması bir rol oynamaz.

Gasbı Willand şöyle tarif etmiştir : Başkasının zilyetliğine, haklı gösterilecek bir sebep olmaksızın zilyedin rızası hilâfına yapılan tecavüzler (6). Aslı zilyede karşı zor kullanma hakkını meşrû gösteren de işte budur. Meselâ ev sahibinin herhangi bir haklı sebep olmadan kirala-nan yere (mecura) girmesi ve kiracının ihtirarına rağmen çıkmaması halinde; kiracının onu zorla kolundan tutup dışarı atması haklıdır.

Hafiye alınma içine de ; ceza kanununun hırsızlık, yankesicilik ve emniyeti suistimal suçları girer.

(1) M. K. Belgesay : Sa : 343 : Bu gibi kimseler zilyet değildir ; Wieland : Sa : 362; fakat Alman hukukunda onlara da müdafaa hakkı tanınır. Pesish : Sa : 446.

(2) Tuor : Sa : 406; Willand aksi fikirdedir : Sa : 391.

(3) Belgesay : Sa : 341, 346.

(4) Belgesay : Sa : 341.

(5) Hirs : Sa : 781.

(6) Wieland : Sa : 388.

(4) Hirs : Sa : 781.

Şu halde umumî olarak diyebiliriz ki zilyedin rızası olmadan veya rızasına rağmen onun zilyetliğini gasp veya ona tecavüz eden kimse umumî sükûnu ihlâl ettiğinden objektif bakımdan daima haksız surette hareket etmiş olur ve bu haksız tecavüz karşısında da kendisine kuvvetle karşı konulabilir. Fakat şu hallerde meşrû müdafaa caiz değildir.

a — İdarî makamlarla memurlara kanun tarafından tanınan bir mahalle girme veya bir mala vaziyet etme salâhiyetlerine karşı,

b — Bir kimseye B. K. 52 nci madde mucibince tanınmış olan kendiliğinden ihkakı hak ve zaruret hallerinde.

c — B. K. 57 mucibince bir gayrimenkul zilyedine tanınmış olan, gayrimenkülüne zarar ihdas eden hayvanlar üzerindeki hakkını istimal halinde,

d — B. K. 267 mucibince kiralayanın haiz olduğu hapis hakkını istimaline karşı.

III — Bu hakkın şümülü Medenî Kanununun 894/2 maddesiyle tespit edilmiştir. Gayrimenkullere vâki tecavüzlerde zilyet tecavüzde bulunamamak hakkını haizdir. Zilyedin bu kovmasına rağmen mütecevizin çıkmamakta ısrarı halinde onu kolundan tutup dışarıya atmak ve halin iacebttirdiği kuvveti sarfetmek salâhiyeti vardır. Zilyedin bu hakkını kullanması için mutlaka bu tecavüzden zarar görmesi de şart değildir. Zilyedliğin haksız olarak ihlâl edilmiş olması kâfidir.

Menkul mallarda; zilyet gasp ve tecavüz fiillerinin devam ettiği müddetçe veyahut da mütecevizi kaçarken yakaladığı müddetçe malını geri almak için kuvvet kullanabilir. Kanun tecavüzün devam ettiği müddettabirini cürmü meşhut halinde yakalamak suretiyle ifade etmiştir. Müdafaa hakkı hâlen mevcut zilyetliğe her türlü gasp ve tecavüz fiillerinin neticesiz kalmasını temin edinceye kadar devam eder. Curti-Furrer cürmü meşhut tabirine oldukça geniş bir mahiyet vererek bir kimse nin paltosunu çalan bir şahsı demiryolu durağında fakat hırsızlıktan birkaç gün sonra yakalaması ve orada da polis memuru bulunmaması halinde bu hırsıza karşı müdafaa hakkını kullanabileceğini kabul eder (1). Rossel ise aksi fikirdedir: "Kuvvet hemen gasp veya sair tecavüzün vukuu anında icra olunmalıdır, bundan sonra zilyet ancak dâva açabilir" der (2). Bize de bu fikir daha uygun gelmektedir. Çünkü müdafaa ile

(1) Curti Furrer : Türkçe tercümesi : Sa : 604.

(2) H. Öner : Sa : 835.

tecavüz ve ihlâl arasında aranan bu zaman münasebeti zilyedin kuvvete müracaat hakkı verilen yerlerde kısa olmak icabeder (1).

Fakat mütecevizin zilyetliğe mevzu teşkil eden şeyi yakalayıp kaçmağa başlaması halinde de müdafaa hakkı devam eder mi? Kanununumuzun kaçarken tabirini ne şekilde tefsir etmek lâzımdır?

Curti'ye göre bu kaçarken tabirine de çok dar bir mâna verilmelidir (2).

Tuor bunun tecavüzün akabinde ve tecavüz ile eski halin iadesinin tek bir fiil teşkil etmesi hallerine hasrı fikrindedir.

Belgesay: "Şüphe yok ki müteceviz, zilyedin nüfusu altındaki mahalde yakalanmış ise hakkında cebir istimal olunabilir, fakat bize göre, ahval ve şeraite nazaran mutearrız kendisini takipten varestede addedebileceği dakikaya kadar kaçmakta addolunur" (3) demek suretiyle bu fıkrayı çok şumullendirmiştir.

IV — 894 üncü maddenin son fıkrası zilyede tanınan bu hakkı zilyedin suiistimal etmesini önlemek maksadiyle, onu halin haklı göstermediği cebir ve şiddeti kullanmaktan menetmiştir. Zilyet malın aynı kıymeti ile mütecevizin melhuz olan kastını nazarı itibara almak zorundadır (4). Lâkin bu mesele umumiyetle her hadisenin kendi hususiyetleri göz önünde tutularak takdir edilir. Tecavüz ciddi olmadığı halde, ona maruz kalan kimse ciddî bir tecavüze uğradığı zannına kapılmış ve bu hatası da mahzur görülecek mahiyette bulunmuş ise kendini müdafaa maksadiyle yaptığı fiiller meşrû müdafaa sayılır (5). Bu hududu tecavüz eden zilyet, hususî hukuk bakımından bir haksız fiil işlemiş olması dolayısıyla tazminatla mahkûm edilebileceği gibi cezaî mesuliyeti de haiz olur. Fakat müdafaa hakkının hudutları içinde kalan zilyede ne hususî hukuk ve ne de ceza hukuku bakımından bir mes'uliyet terettüp etmez.

894 üncü maddenin şimdiye kadar tahliline çalıştığımız unsurları Ceza Kanununun 49/2 inci maddesiyle tesbit edilmiş olan meşrû müdafaa hakkına tekabül etmekte olduğu kanaatındayız. Burada en son olarak şöyle bir sual varit olabilir :

(1) H. C. Oğuzoğlu : Sa : 68; A. Artus : Sa : 347.

(2) Curti Furrer : Sa : 604.

(3) Belgesay : Sa : 350.

(4) S. g. e : Sa : 351; Von Tuhr da az kıymetteki malları müdafaa için mübalâğalı derecede kuvvet kullanmanın müdafaa hakkının sui istimalini teşkil edeceğini kabul eder : Sa : 334.

(5) Funk : Türkçe tercümesi : Sa : 91.

Medeni Kanununumuzun 894 üncü maddesindeki bu müdafa hakkını son fıkrasında gösterilen hudutlar dahilinde istimal eden bir ziyedin müdafa sırasında yapmış olduğu ceza hukuku bakımından suç teşkil eden bir fiilden dolayı kendisine cezai mesuliyet tahmil edilebilir mi? Başka bir deyişle kanunun verdiği bir salâhiyeti kullanan böyle bir kimse cezalandırılmalı mıdır? Bu mesele bilhassa tatbikatta çok münakaşalıdır. Ceza kanununun mal için meşrû müdafa kabul etmemiş olduğu ileri sürülerek ekseri böyle bir kimsenin C.K. 49 daki beraet sebebinden istifadeye hakkı olmadığı ve ceza hâkiminin medeni hukuk hükümlerini gözönünde tutmak zorunda bulunmadığı ileri sürülür. Zilyedin bu haksız tecavüzü def'e çalışırken zora müracaat etmiş olması ceza kanunu bakımından bir suç teşkil ediyorsa mahkûmiyeti cihetine gidilerek ancak cezası tahrik veya takdiri azaltıcı sebeplere dayanılarak indirilir. Fakat bu şekildeki bir hareket tarzının pek de âdilâne olduğunu zannetmiyoruz. Çünkü hukukumuzda ceza hakiminin yalnız ceza kanunlarını tatbik edeceği yolunda bir hüküm mevcut olmadığı (1) gibi bir Devletin içindeki bütün kanunlar ve örf ve âdet hukuku bir kül halinde o Devletin pozitif hukukunu teşkil edeceğinden hakim bütün mevzuatı gözönünde bulundurmak zorundadır. Zaten herhangi bir kanunun sarîh veya zımni müsaadesine dayanan hareketler de suç sayılmaz (2).

Magnol da ceza kanununun tasrih eylediği beraet sebeplerinden başka, fail lehine gerek ceza ve gerekse hususî veya idarî kanunlarda mevcut bir beraet sebebinin de tatbik edilmesi lâzımgeldiği kanaatindedir (3). Böyle bir muafiyet veya izin sarîh veya zımni bile olabilir:

Mahiyetleri bakımından esas itibariyle cezaî müeyyede altına alınmış fillerin ve hareketlerin yapılmasını istihdaf eden meslek ve sanatların icrasına kanunun müsaade etmesi halinde; bunların ceza kanununun haricinde kalmasını tervic etmiş olduğunun kabulü lâzımdır ve bu gibi hal-

(1) Erem : Yargıtayın içtihatlarının hususi hukuk kaidelerinin ceza hukuku sahasına intikal imkânını kabuletmış olduğunu söylemektedir ; Sa : 623; Ceza heyeti umumiyesi de Antalya Sulh Ceza Mahkemesinin Ceza Kanununun mer'iyete girdiği tarihten sonra mer'iyete giren Borçlar Kanununun 57 nci maddesi gayrimenkule giren hayvanları öldürmeye bir hak bahşetmiş olmasından veasairinden dolayı vermiş olduğu beraat kararını, mezru tarlaya zarar ika etiği sırada tasarruf hakkının himayesi maksadiyle itlâf cezaî mesuliyeti istilzam etmez" diyerek tasdik etmişti : 1939 - 40 temyiz kararları : ceza kısmı : Sa : 57.

(2) T. Taner : Sa : 648; Magnol : Sa : 304.

(3) Magnol : Sa : 304.

lerde, muafiyet zimnen mevcut addedilir (1). Cerrahi ameliyelerle boks ve güreş gibi sporlar bu sahada zikredilebilir.

Netice :

Şu halde medenî kanunun 894 üncü maddesi de kanunun müsaadesi-ne dayanan yeni bir beraet (muafiyet) neşebi olarak kabul edilemez mi?

T. Taner buna müspet cevap vermektedir (2). Bizim kanaatımız da bu merkezdedir. Zaten bunun aksini kabul, kanunun kendisine bahşettiği bir sâlâhiyeti, bir hakkı kullanan bir vatandaşı, bir suçlu mevkiine düşürmek, memlekette de hukuk ve adalet hakkında birtakım şüphelerin doğmasına sebebiyet vermek demek olurdu.

Bütün bu sebeplerden dolayı netice olarak Türk Hukukunda mal için meşru müdafaanın kabul edildiği sonucuna varmak zorundayız.

Fakat tatbikatta bir istikrar uyandırmak ve en ufak tereddütleri izale etmek bakımından C. K. 49/2 yi, ceza hukukundaki yeni temayül-lere uygun olarak meşrû müdafaayı bütün hukuken himaye edilen men-faatlere ve haklara teşmil edecek şekilde değiştirmek belki de en çok te-menni edilecek şeydir.

(1) T. Taner : Sa : 408.

(2) Sa : 649.