

MALVARLIĞINA YÖNELİK SALDIRILARA KARŞI MEŞRU SAVUNMA İÇİN İNSAN ÖLDÜRME VE YAŞAM HAKKI (AİHS m. 2)

*Doç. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM**

I. GENEL OLARAK

Malvarlığına ilişkin bir hakka yönelik saldırıyı ortadan kaldırma zorunluluğu içerisinde saldırganın öldürülmesi TCK m. 25/1 çerçevesinde hukuka uygun sayılarak cezalandırılmaz ise, acaba AİHS m. 2 çerçevesinde yaşam hakkına yönelik bir ihlalden söz edilebilir mi? Konuyu bir örnekle açıklayacak olursak, mücevher dükkanına giren (A), milyonlarca TL değerindeki mücevheri çantasına doldurduktan sonra kaçıyor. Dükkan sahibi (B), hırsızlığı önlemek için doğrudan hedefe ateşe etmek suretiyle (A)yı öldürebilir mi? Bir başka örnek vermek gerekirse, 20 kişilik bir grup, beyzbol sopaları ile girdikleri cafede her şeyi kırıp döküyor. Cafe sahibi, pompalı tüfekle ateş ederek gruptaki kişilerden birkaçını öldürecek olursa, meşru savunmadan yararlanabilir mi?

Öğretide bazı yazarlar, 5237 sayılı TCK'nın yasalaşma sürecinde herhangi bir ayırım yapılmaksızın bireysel nitelikteki tüm haklara ve bu arada malvarlığına ilişkin haklara yönelik saldırılar için de meşru savunmaya olanak tanınmasının, yaşam hakkına müdahaleyi, "*bireyin, haksız saldırıya karşı kendisini savunması için*" kabul eden AİHS m. 2/2-a'ya aykırılık oluşturacağını ileri sürmüş olmalarına rağmen¹, bu eleştiriler yasa koyucu tarafından dikkate alınmamıştır.

* DEÜ Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ **Tezcan, Durmuş/Erдем**, Mustafa Ruhan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkındaki Raporu, in: Türk Ceza Kanunu Reformu 2. Kitap, TBB Yayınları, Ankara 2004, s. 343; yine bkz. **Toroşlu, Nevzat/Ersoy**, Yüksel, Kanunlaşmaması Gereken Tasarı, aynı yer, s. 11: "*her türlü hak yönünden meşru*

Çalışmamızda, meşru savunmaya konu olabilecek haklar bakımından herhangi bir sınırlamaya yer vermeyen TCK m. 25/1'in, yaşam hakkını güvence altına alan AİHS m. 2 ile bağdaşır bağdaşmadığı sorunu ele alacağız.

Türkiye, 04.11.1950 tarihinde Roma'da imzalanan ve on devlet arasında 03.09.1953 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı onay kanunu ile onaylamıştır. Türkiye'nin 28.01.1987 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere, bireysel başvuru hakkını kabul etmesi ve daha sonra da, 22.01.1990 tarihinden geçerli olmak üzere AİHM'in zorunlu yargı yetkisini tanınması ile birlikte, gerek AİHS ve gerekse ek Protokollerin, Türk ceza muhakemesi ve maddi ceza hukukuna önemli etkileri olmuştur. Gerçi Sözleşme ve ek Protokollerin özellikle ceza muhakemesi alanındaki etkileri daha fazladır; ancak maddi ceza hukuku açısından önem taşıyan belirli alanlarda da Sözleşme ve Ek Protokollerin bazı etkiler meydana getirdiği görülmektedir. Bu alanlardan birisi de meşru savunma (TCK m. 25/1) ve yaşam hakkı (AİHS m. 2) arasındaki ilişkidir.

AİHS m. 2 uyarınca;

“1. Her insanın yaşama hakkı kanunun koruması altındadır. Kanunun ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infazı dışında, hiç kimse kasten öldürülemez.

2. Öldürme, mutlaka gerekli olan güç kullanmanın yol açtığı aşağıda belirtilen durumlarda, bu maddenin ihlali olarak değerlendirilmez;

- a. bireyin, haksız saldırıya karşı kendisini savunması için,*
- b. hukuka uygun olarak bir kişiyi yakalamak veya hukuka uygun olarak özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin kaçmasını önlemek için,*
- c. ayaklanma veya isyanı, hukuka uygun olarak bastırmak için”.*

savunmayı kabul etmek aşırı bir düzenleme olacaktır”; **Bayraktar**, Köksal, Türk Ceza Kanunu Tasarısı'na İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri, aynı yer, s. 31: *“meşru müdafaa ... koşullarının genişletilmiş olması karşısında Türk Hukuku ileride tartışma içerisine girecektir”;* aynı yönde **Yarsuvat**, Duygun/**Bayraktar**, Köksal/**Yüzbaşıoğlu**, Necmi ve diğerleri, Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi'nin Görüşü, aynı yer, s. 285; karşı görüş **Mahmutoğlu**, M. Fatih, TBMM Adalet Komisyonu'nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş, aynı yer, s. 365.

II. TCK m. 25/1'in KAPSAMI

a) 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK m. 25/1, yalnızca “ırza veya nefse yönelik” saldırılara karşı meşru savunma olanağı tanıyan 765 sayılı TCK'dan farklı olarak “gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş saldırı”dan söz etmek suretiyle, her türlü hakka ve bu arada malvarlığına yönelik saldırılara karşı meşru savunmayı kabul etmiştir². Yeni TCK meşru savunmaya konu olan hakkın niteliği bakımından herhangi bir ayırma gitmiş olmadığı için yaşam, beden bütünlüğü, cinsel dokunulmazlık, şeref, özgürlük, mülkiyet, özel yaşam gibi ceza hukuku korumasından yararlanan hukuksal yararlar yanında, genel kişilik hakkı ve hatta genel davranış özgürlüğü gibi *bireysel* nitelikteki tüm hukuksal yararlar yönelik saldırılar bakımından meşru savunma mümkün hale gelmiştir³. Öyle ki, söz konusu yararın mutlaka ceza normu ile korunması zorunluluğu bulunmamaktadır⁴. Buna karşılık kamu düzeninin korunması münhasıran yetkili devlet organlarının görevi olduğu için *kamuya* ve özellikle de *devlete* ait hukuksal yararlar meşru savunmaya elverişli değildir⁵.

² Öğretide “nefis ve ırz” deyimleri, yerinde olarak kişiye ilişkin her çeşit hak biçiminde geniş anlaşılmaktaydı. Ancak ne kadar geniş anlaşılırsa anlaşılınsın, malvarlığına ilişkin hakların meşru savunmaya konu olmayacağı kabul edilmekteydi (Birçoğu yerine bkz. **Dönmezer**, Sulhi/**Erman**, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II, İstanbul 1999, no. 803 vd.).

³ **İçel**, Kayıhan/**Evik**, Hakan, İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2007, s. 118; **Toroslu**, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2005, s. 143; **Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa Ruhan, Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2008, no. 246; **Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 243 vd.; **Gropp**, Walter, Strafrecht AT, Heidelberg 2005, § 6 no. 69; **Lackner**, Theodor/**Kühl**, Kristian, Strafrechtsgesetzbuch Kommentar, München 2007 § 32 no. 3; **Stratenwerth**, Günther/**Kuhlen**, Lothar, Strafrecht Allgemeiner Teil I, Köln/Berlin/München 2004, § 9 no. 61; **Kühl**, Kristian, Strafrecht Allgemeiner Teil, München 2008, § 7 no. 34; **Roxin**, Claus, Strafrecht AT I, München 2006, § 15 no. 30; **Günther**, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch I. Allgemeiner Teil (1-79b), 3. Auflage 2001, § 32 no. 35; **Duttge**, Gunnar, Gesamtes Strafrecht (Nomos Kommentar), Baden-Baden 2008, § 32 no. 7; **Kindhäuser**, Urs, Strafgesetzbuch Lehr- und Praxiskommentar, Baden-Baden 2006, § 32 no. 14; **Jakobs**, Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. Berlin/New York 1991, § 12 no. 3.

⁴ **İçel**/**Evik**, s. 118; **Kühl**, § 7 no. 34; **Öztürk**/**Erdem**, no. 246; **Jakobs**, § 12 no. 3; **Baumann**, Jürgen/**Weber**, Ulrich/**Mitsch**, Wolfgang, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl. Bielefeld 2003, § 17 no. 8.

⁵ **Gropp**, § 6 no. 69; **Duttge**, in: NK, § 32 no. 7; **Roxin**, § 15 no. 36 vd.; **Kühl**, § 7 no. 38; **Öztürk**/**Erdem**, no. 246; **Koca**/**Üzülmez**, s. 244; **Erb**, Volker, in: Münchener

b) TCK m. 25/1 uyarınca halen mevcut haksız bir saldırı mevcutsa, bunun hukuka uygun sayılabilmesi için, savunmaya yönelik davranışın zorunluluğu açısından ayrıca bir değerlendirme yapmak gerekir. Savunmada *zorunluluk* ise, saldırının başka türlü, yani meşru savunma oluşturan davranışlara başvurmaksızın önlenmesinin veya sona erdirilmesinin olanaksızlığıdır⁶. Savunmaya yönelik hareketin “*zorunlu*” olup olmadığı konusunda, saldırıya uğrayan hakka yönelik tehlikeyi kesin olarak ve derhal ortadan kaldırıp kaldırmadığına bakılır. Savunmada bulunmaksızın saldırıyı uzaklaştırma olanağı varsa meşru savunmadan söz edilemez⁷.

Aynı etkiye sahip birden fazla savunma olanağından, saldırıda bulunan kişiye en az zarar verecek veya tehlikeye koyacak olanı tercih edilmelidir⁸. Örneğin saldırının bir yumruk darbesiyle bertaraf edilmesi mümkün iken ateşli silaha başvurulamaz. Bunun gibi saldırganın yaralanması ile sonuca ulaşmak mümkün iken, onun öldürülmesi meşru savunma oluşturmaz. Bununla birlikte saldırıya uğrayan kişi, etkisi belirsiz olan bir savunma aracını seçmeye zorlanamaz⁹.

c) Savunmaya konu olan hakkın savunma yoluyla zarara uğratılan yarardan daha önemli olmasına gerek yoktur¹⁰. Savunmaya yönelik davranışın hukuka uygunluğu, çatışmaya giren hukuksal yararların değerine bağlı değildir. Bu nedenle TCK m. 25/1, kural olarak saldırı sonucu zarara uğrayan yararın savunma ile korunmak istenen yarardan daha üstün olmasını şart kılmamaktadır¹¹. Bu bakımdan saldırı sonucunda meydana gelen zarar önemsiz, buna karşılık bu zararın önlenmesi için gerekli olan savunma daha ağır bir hukuksal yararın ihlaline yol açacak olsa bile, meşru savunma mümkündür.

Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd.I, München 2003, § 32 no. 93; **Lenckner**, Theodor/**Perron**, Walter, in: Schönke/ Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl. München 2006, § 32 no. 7; **Jescheck**, Hans-Heinrich/**Weigend**, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, Berlin 1996, § 32 II 1b; **Wessels**, Johannes/**Beulke**, Werner, Strafrecht Allgemeiner Teil, München 2007, § 6 no. 332; karşı görüş **Kindhäuser**, § 32 no. 40; **Baumann/Weber/ Mitsch**, § 17 no. 9.

⁶ **Artuk**, M. Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Yenidünya**, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, İstanbul 2006, s. 500 vd.

⁷ **İçel/Evik**, s. 122.

⁸ **Stratenwerth/Kuhlen**, 2004, § 9 no. 77; **Wessels/Beulke**, § 8 no. 335.

⁹ **Wessels/Beulke**, § 8 no. 335.

¹⁰ **Baumann/Weber/Mitsch**, § 17 no. 35.

¹¹ **Wessels/Beulke**, § 8 no. 340; **Baumann/Weber/Mitsch**, § 17 no. 25; **Lackner/Kühl**, § 32 no. 11; **Joecks**, Wolfgang, Studienkommentar StGB, 5. Aufl. München 2004, § 32 no. 30.

Görece daha az değerdeki bir hukuksal yarar (örneğin malvarlığı), önemli ve hatta daha yüksek değerdeki (örneğin yaşam) bir hukuksal yarara feda edilemez¹². Bu anlayış, bizzat meşru savunmanın doğal bir hak olma niteliğinden ileri gelmekte ve bu nedenle meşru savunmanın malvarlığına ilişkin yararları da içerdiği sonucuna varılmaktadır¹³. Saldırı ile savunma arasında oran bulunup bulunmadığı konusunda değerlendirme, saldırı ve savunmada kullanılan araçlar bakımından yapılır. Buna karşılık saldırıya uğrayan ve savunma yoluyla korunan hukuksal yarar ile saldırgana ait yarar arasında böyle bir oran bulunması aranmaz¹⁴. Aksi takdirde söz gelimi malvarlığına yönelik bir saldırıyı önlemek için saldırganı yaralayan kişinin meşru savunmadan yararlanmasına olanak bulunmazdı.

Ancak öğretide, savunulan yarar ile savunmaya geçilmemesi durumunda ortaya çıkacak zarar arasında *katlanılmaz ve aşırı* bir oransızlık varsa¹⁵ meşru savunmanın söz konusu olmadığı kabul edilmektedir. Buna göre çok az değerdeki bir malın alınmasına veya buna zarar verilmesine yönelik saldırıya, saldırganın öldürülmesi suretiyle karşılık verilemez. Öğretide her iki hukuksal yarar arasında bu tür bir ilişkiye, kiraz, elma, gazoz şişesi gibi ekonomik açıdan hemen hiçbir değer taşımayan bir malı savunmak için saldırganın öldürülmesi gibi çok uç durumlar örnek gösterilmektedir¹⁶. Bu açıdan bakıldığında,

¹² **Baumann/Weber/Mitsch**, § 17 no. 35; **Roxin**, § 15, no. 47; **Duttge**, in: NK, § 32 no. 24. Önceden genellikle kabul edilen, her iki hukuksal yarar arasında *oran* bulunması gerektiği görüşü bugün artık geçerliliğini yitirmiştir (Bkz. **Stratenwerth/Kuhlen**, § 9 no. 86). Türk Hukukunda ise aksi görüş egemen olup, değerler tartımının aynı zamanda saldırı ve savunmaya konu olan *haklar bakımından da* mevcut olması gerektiği savunulmaktadır (Birçoğu yerine bkz. **Toroslu**, s. 147 vd.; **İçel/Evik**, s. 128; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 502; **Demirbaş**, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006, 274-275; karşılaştırınız **Öztürk/Erdem**, no. 250; **Hakeri**, Hakan, Ceza Hukuku, Ankara 2007, s. 172; **Koca/Üzülmez**, s. 245, yazarlar bir taraftan oranlılık açısından yapılacak değerlendirmede saldırı ve savunmanın yöneldiği hukuksal değerlerin de göz önünde bulundurulacağını belirtmekte, ancak diğer taraftan böyle bir oran bulunmamasının her zaman savunmanın meşru olmadığı sonucunu doğurmayacağına da işaret etmektedirler.).

¹³ **Koriath**, Heinz, Einschränkung des deutschen Notwehrrechts (§ 32 StGB) durch Art. 2 IIa EMRK? in: Die Europäisierung der Rechtswissenschaft (hrsg. Flippo Ranieri), Baden-Baden 2002, s. 47 vd.

¹⁴ **Wessels/Beulke**, § 8 no. 340

¹⁵ krasses Missverhältnis der kollidierenden Rechtsgüter.

¹⁶ **Baumann/Weber/Mitsch**, § 17 no. 35; **Lackner/Kühl**, § 32 no. 14; **Duttge**, in: NK, § 32 no. 28; **Wessels/Beulke**, § 8 no. 343; **Roxin**, § 15 no. 79; **Stratenwerth/Kuhlen**, § 9 no. 88; **Joeks**, § 32 no. 30; **Kühl**, § 7 no. 172-173.

örneğin milyonlarca TL değerindeki mücevherin kaçırılmasını önlemek amacıyla hedefe atış etmek bu kapsamda değerlendirilmemektedir¹⁷.

III. ÖĞRETİDEKİ GÖRÜŞLER

Öğretide AİHS m. 2/2-a'nın, meşru savunmaya ilişkin TCK m. 25/1'in uygulanması bakımından ne tür etkileri olduğu oldukça tartışmalı olup, esas itibariyle bu konuda ileri sürülen görüşleri ikiye ayırmak mümkündür:

1. AİHS m. 2/2-a'nın TCK m. 25/1'in Uygulama Alanını Sınırladığı Görüşü

Bu görüşe göre, AİHS m. 2/2-a, TCK m. 25/1 üzerinde doğrudan etkiye sahip olup, malvarlığına yönelik bir saldırıyı ortadan kaldırmak için bir kişinin öldürülmesini yasaklamaktadır. Bunun sonucu olarak da, bu tür bir hakka yönelik saldırıyı ortadan kaldırmak zorunluluğu içerisinde saldırganı öldürmek meşru savunma çerçevesinde hukuka uygun değildir. Bu nedenle malvarlığına ilişkin bir yararı savunma zorunluluğu içerisinde saldırganı öldüren kişi kasten öldürme suçundan dolayı cezalandırılır¹⁸.

2. AİHS m. 2/2-a'nın TCK m. 25/1'in Uygulanması Bakımından Herhangibir Etkisinin Bulunmadığı Görüşü

Bu görüş altında ileri sürülen gerekçeleri üç başlık altında ele almak mümkündür:

A. AİHS'İN ÜÇÜNCÜ KİŞİLER ARASINDA GEÇERLİ OLMADIĞI GEREKÇESİ

Öğretide ağırlıklı olan görüş, AİHS'in temel hakların üçüncü kişilere doğrudan etkisini kabul etmediğini ve bu nedenle AİHS m. 2/2-a'nın yalnızca

¹⁷ Koriath, s. 48.

¹⁸ Frister, Helmut, Zur Einschränkung des Notwehrrechts durch Art. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention, GA 1985, s. 564; Marxen, Klaus, Die "sozialethischen" Grenzen der Notwehr, Frankfurt am Main 1979, s. 60 vd.; Stratenwerth/Kuhlen, § 9 no. 88; Koriath, s. 54 vd.; Lührmann, Olivia, Tötungsrecht zur Eigentumsverteidigung?: Eine Untersuchung des Notwehrrechts unter verfassungsrechtlichen, menschenrechtlichen und rechtsvergleichenden Gesichtspunkten, Frankfurt 1999, s. 209 vd., 258 vd.; Stiller, Tanja, Grenzen des Notwehrrechts bei der Verteidigung von Sachwerten, Frankfurt 1999, s. 165 vd.

devlet-birey ilişkisinde bir önem taşıdığı ileri sürmekte, buna karşılık bireylerin kendi arasındaki ilişkide söz konusu hükmün uygulama alanı bulmayacağına işaret etmektedir. Buna uygun olarak da AİHS m. 2/2-a, *özel bir kişinin* malvarlığına yönelik bir hakkı savunmak için saldırıyı öldürmesini yasaklamamaktadır. Bu nedenle TCK m. 25/1'in koşullarının mevcut olması durumunda, malvarlığını korumaya yönelik bir savunma davranışı saldırıyanın ölümüne yol açmış ise, bu davranış hukuka uygun sayılır¹⁹.

Öğretide, bireylerin AİHS ve Ek Protokoller ile güvence altına alınan hakları *birbirlerine karşı* ileri sürmesi anlamında *insan haklarının doğrudan üçüncü kişilere etkisi* genellikle reddedilmektedir²⁰. Çünkü AİHS ve ek protokollerle güvence altına alınan haklar yalnızca ilgili *devleti* yükümlülük altına koymaktadır²¹. Bununla birlikte özel bir kişinin davranışı, sonuçta AİHS'ye aykırı bir durum ortaya çıkarmış ise, devletin söz konusu hakları güvence altına alma yükümlülüğünü ihlal edip etmediğini belirlemek için AİHS ve ek protokollerle güvence altına alınan her bir hakkın daha yakından incelenmesine ve yorumlanmasına gereksinim vardır²². Gerçekten özel bir kişinin davranışı AİHS ve Ek Protokollere aykırı bir durum yaratırsa, ilgili devletin söz konusu davranışı *önleme yükümlülüğü* ortaya çıkar²³. Bireyin, üçüncü kişiler tarafından temel haklarına müdahale edilmesine karşı devlet tarafından korunmayı talep etme yetkisi vardır²⁴. Bu nedenle devletin koruma yükümlülü-

¹⁹ **Wessels/Beulke**, § 8 no. 343a; **Baumann/Weber/Mitsch**, § 17 no. 35; **Lenckner/Perron**, § 32 no. 62; **Gropp**, § 6 no. 80a; **Lackner/Kühl**, § 32 no. 11; **Fischer**, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, München 2008, § 32 no. 40; **Krey**, Volker, Zur Einschränkung des Notwehrrechts bei der Verteidigung von Sachgütern, JZ 1979, s. 708; **Jescheck/Weigend**, § 32; **Herzog**, Felix, in: Strafgesetzbuch Bd.I, Nomos Kommentar, Baden-Baden 2005, § 32 no. 95 vd.; **Meyer-Ladewig**, Art. 1 no. 2; **Günther**, in: SK, § 32 no. 117; **Jakobs**, § 12 no. 39.

²⁰ **Frowein**, Jochen Abr., in: Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, Kehl/Strassburg/Arlington 1996, Art. 1 no. 12; **Villiger**, Mark E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, Zürich 1999, § 6 no. 105; **Meyer-Ladewig**, Jens, Europäische Menschenrechtskonvention, Baden-Baden 2006, Art. 1 no. 7; **Grabenwarter**, Christoph, Europäische Menschenrechtskonvention, München 2008, § 19 no. 14; **Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sancakdar**, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2004, s. 85.

²¹ **Villiger**, § 6 no. 105; **Tezcan/Erdem/Sancakdar**, s. 83 vd.

²² **Frowein**, Art. 1 no. 12; **Tezcan/Erdem/Sancakdar**, s. 83.

²³ **Meyer-Ladewig**, Art. 1 no. 7; **Tezcan/Erdem/Sancakdar**, s. 84.

²⁴ **Peters**, Anna, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention, München 2003, s. 15.

ğünden hareketle *belirli ölçüde ve dolaylı* olarak AİHS ve ek protokollerin üçüncü kişilere de etkisinin mevcut olduğu sonucuna varılabilir²⁵.

Burada sorun, üçüncü kişilere sınırlı ve dolaylı etkinin *yaşam hakkı açısından* (AİHS m.2) söz konusu olup olmadığı noktasında kendisini göstermektedir. AİHS m. 2/1 c.1'de, bireyin yaşamının yasanın koruması altında olduğuna yer verilmiştir. Böylece bir taraftan AİHS ile yaşam hakkı güvence altına alınırken, diğer taraftan da yasa koyucuya, bu hakkı korumaya yönelik gerekli yasal düzenlemeleri yapma yükümlülüğü yüklenmiştir²⁶.

Yaşam hakkının sözleşme ile güvence altına alınan temel haklar kataloğunun ilk sırasında yer alması, bu hakkın fundamental bir güvence olduğunu ortaya koymaktadır²⁷. Bu durum, AİHS m. 2'nin, AİHS m. 15 uyarınca olağanüstü durumlarda bile sınırlanamamasından da açıkça anlaşılmaktadır. Yaşam hakkı, en önemli temel haklardan birisi ve hukuk devletinin de temel değeri olduğu için AİHS m. 2'nin katı olarak yorumlanması gerekir²⁸. AİHS m. 2, devlet için oldukça kapsamlı bir koruma yükümlülüğü öngörmektedir²⁹. Devlet, kendi yargı yetkisi altında bulunan kişilerin yaşamını etkili olarak korumak, özellikle korkutucu etkiye sahip etkili ceza hükümlerine yer vermek; anılan hükümlerin ihlal edilmesi durumunda da ceza kovuşturmasını organize etmek yükümlülüğü altındadırlar. Bunun sonucu olarak ilgili devletin AİHS m. 2'den kaynaklanan yaşam hakkını koruma yükümlülüğü, hem devlet ve hem de özel kişilerin saldırılarına karşı yaşamın korunmasını içerir³⁰. Eğer devlet, hukuka aykırı bir saldırıya karşı bir insanı koruma dışın-

²⁵ Bkz. **Villiger**, § 10 no. 177; **Meyer-Ladewig**, Art. 1 no. 7; **Grabenwarter**, § 19 no. 14. Ancak böyle bir durumda bile AİHM'e yapılacak başvurunun muhatabının ilgili *devlet* olduğu gözden kaçırılmamalıdır (**Tezcan/Erdem/Sancakdar**, s. 85). Nitekim AİHM, özel kişileri muhatap alan bireysel başvuruları "*incomptabile ratione personae*" olarak reddetmektedir.

²⁶ **Frowein**, Art. 2 no. 1, 10; **Villiger**, no. 266.

²⁷ Nitekim AİHM de bu güvencenin özel önemini, "*diğer tüm temel hakların olmazsa olmaz koşulu*" olarak vurgulamak suretiyle ortaya koymuştur (AİHM'in İngiltere'ye karşı 27.9.1995 tarihli *Mc Cann* ve diğerleri kararı, Série A, No: 324 § 147; AİHM'in 17.1.2002 tarihli *Calvelli* ve *Ciglio* kararı, RJD 2002-I, § 48).

²⁸ **Villiger**, no. 264; **Meyer-Ladewig**, Art. 1 no. 1; **Tezcan/Erdem/Sancakdar**, s. 204.

²⁹ **Grabenwarter**, § 20 no. 1.

³⁰ **Frowein**, Art. 2 no. 2; **Peters**, s. 36; **Frister**, GA 1985, s. 556; **Koriath**, s. 51; **Trechsel**, Stefan, Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention im Strafrecht, ZStW 1989, s. 821; **Kühl**, Kristian, Der Einfluss der Europäischen Menschenrechtskonvention auf das Strafrecht und Strafverfahrensrecht der Bundesrepublik Deutschland, ZStW 1988, s. 626 vd.

daki başka nedenlerle de bir insanın öldürülmesini hukuka uygun sayacak olursa, yaşam hakkını koruma yükümlülüğünü yerine getirmemiş olduğu için AİHS m. 2/2 uyarınca sorumluluğuna gidilebilir³¹.

Sonuç olarak yaşam hakkına ilişkin güvencenin, özel kişilerin bu hakka yönelik saldırıları devletin önlemek ve gerektiğinde cezalandırmak yükümlülüğünü de içerdiği göz önünde bulundurulduğunda, *dolaylı* olarak anılan hakkın üçüncü kişilere de etkisinin bulunduğu sonucuna varılmalıdır. Bu nedenle AİHS m.2'nin bireyler arasındaki ilişkide geçerli olmadığı gerekçesinin yerinde olmadığı düşüncesindeyiz.

B. AİHS'İN YALNIZCA KASTEN ÖLDÜRMEYİ YASAKLADIĞI GEREKÇESİ

Öğretide diğer bir görüşe göre, AİHS m. 2/2-a'nın TCK m. 25/1 üzerinde doğrudan bir etkisi olmayıp, her iki düzenleme de büyük ölçüde birbiriyle örtüşmektedir. AİHS m. 2/2-a, yalnızca malvarlığına yönelik bir saldırıyı ortadan kaldırmak için saldırganın *kasten* öldürülmesini yasaklamaktadır. Buna karşılık saldırganın *olası kastla* veya *taksirle* öldürülmesi durumunda ise, AİHS m. 2/2-a uygulama alanı bulmaz. Malvarlığına ilişkin bir yarara yönelik saldırıyı önlemek için saldırganın *kasten* öldürülmesi TCK m. 25/1'in kapsamına girmemekte ve bu bakımdan AİHS m. 2/2-a, meşru savunma hakkını sınırlandırmaktadır. Buna karşılık saldırganın karşı mümkün ve muhtemel öldürücü nitelik gösteren bir davranışın *göze alınması* durumunda meşru savunmadan söz edilebilir. Eğer saldırıya uğrayan kişi, saldırganı *amaçlı* ve *bilinçli* olarak öldürmüş ise böyle bir savunma davranışı *zorunlu* değildir ve TCK m. 25/1 kapsamına girmez³².

AİHS m. 2'de öngörülen insan yaşamının devlet tarafından korunması yükümlülüğü, aynı zamanda bireyler arasında işlenen adam öldürme bakımından da geçerli olduğu için devlet, *kasten* öldürmeyi cezalandırmak yükümlülüğü altındadır. Sözleşme, öldürme yasağının ceza hukuku veya özel hukuk açısından düzenlenmesi konusunda genel bir düzenlemeye yer vermemektedir. Ancak devletin bu alanda düzenleme yükümlülüğü, etkinlik ve oranlılık

³¹ Frowein, Art. 2 no. 2.

³² Roxin, § 15 no. 87 vd.; Zieschang, Frank, Tödliche Notwehr zur Verteidigung von Sachen und Art. 2 II a EMRK, GA 2006, s. 415 vd.; Bernsmann, Überlegungen zur tödlichen Notwehr bei nicht lebensdrohlichen Angriffen, ZStW 1992, s. 306 vd.; Joecks, § 32 no. 19; Duttge, in: NK, § 32 no. 24; Günther, in: SK, § 32 no. 117.

ilkelerine bağlıdır³³. Bununla birlikte AİHS m. 2/1 c. 1 uyarınca devlet, yalnızca *kasıtlı* öldürmeyi engellemekle değil, aynı zamanda yaşamın korunması için kendi egemenlik yetkisi altında bulunan tüm kişilerin gerekli çabayı göstermelerini sağlamakla yükümlüdür³⁴.

Gerçekten AİHS m. 2/2, ilk planda bir kişinin *kasten* öldürülmesine izin verilen durumları değil, aksine istemeden ölüme yol açan güç kullanımının hukuka uygun sayılabileceği durumları düzenlemektedir. Bunun sonucu olarak söz konusu istisnalar, ateşli silah kullanılması suretiyle istenmeden meydana gelen ölüm durumlarını da kapsamaktadır³⁵. Ancak sayılan durumlarda da, güç kullanımı AİHS m. 2/2'de sayılan amaçlara ulaşmak için "*mutlaka gerekli*" olan ölçünün ötesine geçmemelidir³⁶.

AİHS m. 2/2-a, mutlaka gerekli ise hukuka aykırı güç kullanımına karşı bireyin kendisini korumasını hukuka uygun saymaktadır. Bununla birlikte anılan hükmün bireylerin meşru savunması için ne tür bir önem taşıdığı konusu henüz açığa kavuşmuş değildir. Söz konusu hüküm, meşru savunmaya ilişkin bir düzenleme getirirken bu istisnayı göz önünde bulundurma konusunda yasa koyucuya bir yükümlülük yüklemektedir. Bu, hukuk düzeninin ancak bu koşullar altında gerçekleşen bir öldürmeyi hukuka uygun sayabileceği anlamına gelmektedir³⁷.

Öte yandan AİHS uluslararası bir sözleşme olduğu için yorumda uluslararası sözleşmeler için geçerli olan yorum kuralları göz önünde bulundurulmalıdır. Bu açıdan bakıldığında AİHS m.2'nin yorumunda, Türkçe resmi çeviri değil, İngilizce ve Fransızca orijinal metin aynı ölçüde bağlayıcı olup, resmi metinde yer verilen "*intentionally/intentinellement*" deyimini, olası kastı da içerecek biçimde yorumlanabilir³⁸. Kaldı ki, AİHM de, otonom (özerk) yorum yoluyla, iç hukukta yapılan nitelendirmeden bağımsız olarak AİHS ile öngörülen güvencelerin korunma altına alınmasını sağlamakta ve Sözleşme dışına çıkarılmasını önlemektedir. Mahkeme, bugüne kadarki uygulamalarında Sözleşmede yer verilen terimlere anlam verirken belirli bir ülkenin iç hukukunun buna verdiği anlamla kendisini bağlı görmemiş, söz konusu terim-

³³ Grabenwarter, § 22 no. 16.

³⁴ Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 205.

³⁵ Meyer-Ladewig, Art. 1 no. 1; Villiger, no. 266; Frowein, Art. 2 no. 1.

³⁶ Villiger, no. 266.

³⁷ Frowein, Art. 2 no. 11.

³⁸ Koriath, s. 58; Frister, GA 1985, s. 560 vd.; Lenckner/Perron, in: S/S, § 32 no. 62.

lerin anlamını özerk bir biçimde belirleme yoluna gitmiştir. Öte yandan Sözleşme organları Sözleşmede yer verilen kavramları “hakların korunması ve güvence altına alınması” yönünde geniş olarak yorumlama eğilimindedir. Bu yolla Sözleşmenin uygulama alanı birey lehine genişletilmekte ve bunun için de hakların korunmasına ağırlık vererek Sözleşme yorumlanmaktadır³⁹.

Bu açıklamalar çerçevesinde, AİHS m. 2/2-a'nın yalnızca *kasten* öldürmeyi yasakladığı ve malvarlığına yönelik bir saldırıyı ortadan kaldırmak zorunluluğu içerisinde saldırganın öldürülmesini kapsamadığı görüşüne katılmıyoruz.

C. TCK m. 25/1'in AİHS m. 2/2-A'ya GÖRE ÖZEL DÜZENLEME OLDUĞU GEREKÇESİ

Diğer bir görüş, AİHS m. 2/2-a ile TCK m. 25/1'in çatışmaya girmesi durumunda, özel hükmün önceliği ilkesi (lex speciales derogat lege generali) uyarınca TCK m. 25/1'in AİHS m. 2/2-a'ya göre önceliğinden hareket etmektedir⁴⁰.

Anayasa m. 90/son'da 2004 yılında yapılan değişiklikle *yasa hükümleri* ile insan haklarına ilişkin sözleşme hükümleri arasında bir çatışma söz konusu olduğunda, sözleşme hükümlerinin öncelikle uygulanacağına yer verildiği için⁴¹, bu görüşün Türk hukuku bakımından herhangi bir geçerliliği yoktur. Kaldı ki, iki norm arasında genellik-özellik ilişkisinin bulunduğu kabul edilse bile, AİHS m.2'nin TCK m. 27/1'e göre özel norm niteliğinde olduğu da iddia edilebilir⁴².

SONUÇ

Gerek AİHS m.2/2-a'nın kişiler arasındaki ilişkide geçerli olmadığı, gerek TCK m. 27/1'in AİHS m. 2/2-a'ya göre özel hüküm niteliğinde olduğu ve gerekse AİHS m. 2/2a'nın yalnızca *kasten* öldürmeyi yasakladığı gerekçesiyle, malvarlığına yönelik bir saldırıyı ortadan kaldırmak için saldırganın öldürülmesini AİHS m.2/2-a'nın yasaklamadığı görüşüne katılmamaktayız.

³⁹ Bkz. **Tezcan/Erdem/Sancakdar**, s. 164 vd.

⁴⁰ **Krey**, JZ 1979, s. 702; **Jakobs**, § 12 no. 40.

⁴¹ Bkz. **Aybay**, Rona, Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri, TBBD Mayıs-Haziran 2007, s. 187 vd.

⁴² Nitekim bu yönde **Koriath**, s. 57.

Kanaatimizce AİHS m. 2/2-a, TCK m. 27/1'in uygulanması bakımından bir *sınır* oluşturmaktadır. Bu nedenle malvarlığına yönelik bir saldırıyı ortadan kaldırma zorunluluğu içerisinde saldırganın öldürülmesinin meşru savunma çerçevesinde hukuka uygun sayılması, AİHS m.2/2-a'nın ihlalini oluşturur⁴³. Çünkü AİHS m. 2/2-a, failin, haksız bir saldırıya karşı kendisini savunması için mutlaka gerekli olanın ötesinde güç kullanmak suretiyle saldırganı öldürmesini AİHS m.2'nin ihlali olarak değerlendirmektedir. Bu nedenle mahkemelerin "AİHS'e uygun yorum" yönetimine başvurarak⁴⁴, AİHS m. 2/2-a'nın TCK m. 27/1'in uygulama alanını sınırlandırdığını göz ardı etmemeleri gerekir.

⁴³ Karşılaştırınız **Özgenç**, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, s. 316 dn. 480, yazara göre malvarlığına ilişkin bir yararın korunması amacıyla saldırganın öldürülmesinin iç hukuka uygun sayılması durumunda AİHS'ye yönelik ihlal ortaya çıkacağı yönündeki endişelerimize, meşru savunma için mutlaka saldırganın öldürülmesi gerekmediği, savunma amacına yönelik gerçekleştirilen davranışın saldırıyı etkisiz kılacak ölçü ve oranda olması gerektiği gerekçesiyle katılmadığını belirtmektedir. Oysa biz malvarlığına ilişkin bir yararı koruma amacıyla mutlaka saldırganın öldürülmesi gerektiğini düşünmüyoruz. Burada sorun, savunmaya ilişkin davranışın ölüme yol açması durumunda ortaya çıkmaktadır. Daha önce de belirttiğimiz gibi, meşru savunmada oranlılık, saldırı ve savunmaya konu olan yararlar bakımından *değil*, saldırı ve savunmaya yönelik davranışlar bakımından aranmaktadır.

⁴⁴ Bu deyim için bkz. **Villiger**, no.247