


HEYECAN, KORKU VEYA TELAŞ SEBEBİYLE MEŞRU SAVUNMADA SINIRIN AŞILMASININ TÜRK VE ALMAN HUKUKUNDAKİ UYGULAMASI

EXCESSIVE DEFENCE DUE TO EXCITEMENT, FEAR OR PANIC IN TURKISH AND GERMAN JURISPRUDENCE

Ertuğrul ÜNAL*  

<https://doi.org/10.21492/inuhfd.971652> 

Makale Bilgi

Gönderi: 15/07/2021
Kabul : 15/11/2021

Anahtar Kelimeler

*Meşru Savunma,
Sınırın Aşılması,
Sınırın Ölçüde
Aşılması,
Kusurluluk.*

Article Info

Received: 15/07/2021
Accepted: 15/11/2021

Keywords

*Legitimate Defence,
Excessive Defence,
Intensive Excess,
Culpability.*

Özet

Meşru savunma, hukuki bir fenomenden ziyade doğal bir olgudur. İnsan, tabiatı gereği kendisine yönelmiş saldırıya karşı koyar. Kişilerin, haksız saldırı karşısında yaşadıkları duygusal reaksiyonlar sebebiyle her zaman saldırıyla orantılı tepki vermeleri kendilerinden beklenemez. Failin hareketlerini yönlendirme yeteneğinin azalması veya ortadan kalkması anlamına gelen meşru savunmada sınırın mazur görülebilecek heyecan, korku veya telaş sebebiyle aşılmasında fail, hukuken izin verilen alanın dışına çıkmasına rağmen cezalandırılmamaktadır (TCK m.27/2). Fıkra metninde geçen mazur görülebilecek heyecan, korku ve paniğin mazur görülebilecek seviyede olup olmadığının belirlenmesinde ex ante bir inceleme yapılması gerekmektedir. 765 sayılı TCK'da mevcut olmayan meşru savunmada sınırın mazur görülebilecek heyecan, korku veya telaşla aşılması, Alman Ceza Kanununun (AICK) 33 üncü maddesinden esinlenilerek ihdas edilmiştir. Bu sebeple makalemizde; düzenlemenin Türk hukukundaki tatbik şekli, Alman doktrin ve uygulamasıyla mukayeseli şekilde ortaya konulmaya çalışılacaktır. Makalenin merkeze aldığı en temel soru; meşru savunmada sınırın aşılması hususunda uygulamanın, kanunda olmayan şekilde maddenin kapsamını daraltıp daraltmadığıdır. Bu soruya cevap bulabilmek amacıyla da Alman Federal Mahkemesinin (BGH) vermiş olduğu kararlar ile mukayese yoluna gidilmiştir.

Abstract

Legitimate defense is a natural principle rather than a legal phenomenon. A person shall resist any attacks towards himself inherently. However, people can not always be expected to react proportionally against unjust attacks due to the emotional reactions caused by such attacks. Excessive defense means that the ability to direct movements by the perpetrator becomes impossible or limited caused by excusable excitement, fear, or panic. For that reason, the perpetrator is not punished, although he commits a crime. The degree of the excitement, fear, or panic which are stated in the relevant article should be evaluated ex-ante. The excessive defense due to excusable excitement, fear, or panic, which was not regulated at Criminal Code no. 765, is first introduced into the Turkish Legal System with Criminal Code no. 5237 in consideration of German Criminal Code Art. 33. For that reason, in this article, the implementation of the said regulation according to Turkish Law will be presented in comparison with German Doctrine and Jurisprudence. The main research task of the article is to finding out whether the Turkish jurisprudence limits the scope of excessive defence. In order to reach a conclusion the decisions of German Federal Court (BGH) will be evaluated in comparison with Turkish case law.

EXTENDED SUMMARY

The second paragraph of Article 27 of the Turkish Criminal Code regulates excessive defense. According to this, a person who exceeds the limits of legitimate defense out of excusable excitement, fear, or panic shall not be punished.

The purpose of the article which regulates the excessive defence is to not punishing the person if s/he commits his defensive action under severe pressure due to excitement, fear, or panic elicited by the victim's attack. Under these circumstances, the psychological state of the perpetrator is disrupted up to a point which prevents him from evaluating the situation correctly and prefers to do the righteous behavior.

In Turkish Criminal Code excitement, fear or panic is listed as a source of excessive defence.

Turkish Criminal Code No. 5237 was excerpted from the German Criminal Code (Strafgesetzbuch). German Criminal Code regulates excessive defense in Art. 33. The relevant article is worded as follows: A person who exceeds the limits of legitimate defense out of confusion, fear, or fright shall not be punished.

The scope of the excess in case of legitimate defense has been discussed in doctrine due to the variety in its' types of excess. In this regard, the types of excess are listed in doctrine as: "extensive excess," "intensive excess," and "putative excess.". However, neither of the German or Turkish Criminal Code regulates the type of excess. Therefore, the scope of Art. 27 Par. 2 should be examined in terms of aforesaid types.

Extensive excess means that the extension of the defensive reaction occurs after the unjust act ended totally or has not begun yet.

Intensive excess occurs, when the person reacts to unjust attack with an unproportional defensive action. Putative excess is mixed form of intensive and extensive excess. In case of putative excess, the perpetrator exceeds both the time and the proportion of the defensive action. In other words s/he makes a mistake in both the fact and proportion of legitimate defence.

Firstly Art. 27, Par. 2, without dispute, is applicable to intensive excess, since intensive excess means that the defensive action satisfies all the conditions of legitimate defence except proportionality in comparison with the unjust attack.

Nevertheless, Art. 27, Par. 2 is not applicable to putative excess according to majority view and jurisprudence. Thus, the mistake of fact in legitimate defense (Art. 30/3) regulates the general rule in case of putative excess. However, minority opinion considers extensive excess as a form of excessive defense. For that reason, the form of excess should be evaluated. For that reason all the requirements of legitimate defence except proportionality should be fulfilled in the concrete case if Art. 27/2 is applied.

The acceptable cause of excessive defense is listed in numerous clauses. Those are excitement, fear, or panic, so-called "asthenic effects." The other psychological effects caused by the victim's attack, like anger or rage, are not considered as an excuse. In this regard, the meaning and scope of the asthenic effects need to be put forward.

Art. 27/2 was regulated in resemblance with German Criminal Code Art. 33. The wording of Art. 27/2 in the Turkish Criminal Code is the same as StGB Art. 33 except the term "excusable." While the degree of excitement, fear, or panic is not mentioned in StGB, the Turkish Criminal Code requires that the excitement, fear, or panic shall be to the extent that makes it excusable.

The degree of asthenic effects should be evaluated *ex ante*. Since the question whether the distorted psychological state of the perpetrator prevents him/her to choose the just act can be only answered in this manner. On the contrary Turkish Appellate Court' decisions relies on the objective conditions of the legitimate defence. That procedure directs the decisions to the *ex post* evaluation.

Excessive defense in case of provocation is another problematic field of research. Since excessive defense depends on the existence of legitimate defense, the application of Art. 27/2 shall be decided accordingly. In other words, excessive defense is valid only if the level of provocation is sufficient to grant the perpetrator a right to defense.

In Turkish Criminal case law, Art. 27/2 has been applied very strictly. This research aims to reveal the reason for this practice in comparison with German Jurisprudence and Doctrine, which have close links with the Turkish Criminal Code. For this purpose, the only difference in the wording of the two regulations will be a starting point for this research. Additionally, Turkish jurisprudence will be examined in light of Turkish and German Doctrine, alongside providing examples from German Appellate Courts' decisions about excessive defense.

I. GİRİŞ

Meşru savunma, kişinin kendisine veya bir başkasına yönelen haksız saldırıyı defetmek amacıyla yapılır. Aslında bir hukuk devletinde, kişileri haksız saldırıdan korumak görevi, idari makamlara aittir. İdare bu görevini yerine getiremediği için kişi, kendisinin veya bir başkasının hakkına yönelmiş haksız saldırıyı defetmek mecburiyetiyle karşı karşıya kalmaktadır¹.

Kişinin, haksız saldırı karşısında savunmada bulunurken, her zaman soğukkanlı davranmasını beklemek doğru değildir. Aksinin kabulü halinde, ontolojik bir davranış olan meşru savunmanın, hukuk düzenince kısıtlanması söz konusu olacaktır. Zira bu durumda kişinin, haksız saldırının etkisiyle doğru davranışı seçme yeteneği azaldığında, meşru savunmada bulunmaması gerektiği gibi bir anlam ortaya çıkar.

Meşru savunmada haksız saldırının meydana getirdiği hissi (duygusal) etkilerin ortaya çıkardığı zaafiyet sebebiyle (astenische Affekte) savunmada sınırın ölçüsünün aşılması söz konusu olabilmektedir. Bu halde, failin cezalandırılmaması, gerek Alman Ceza Kanununda, gerekse de 5237 sayılı TCK'da kabul edilmiştir².

Failin cezalandırılmamasını öngören bu hükmün ihdas edilmesinin sebeplerinden biri de, haksız saldırıda bulunan kişinin, yalnızca meşru savunmaya değil, meşru savunmada sınırın aşılmasına da sebebiyet verebileceğini öngörerek fiilini gerçekleştirdiğinin kabulüdür³.

765 sayılı TCK'da, sınırın mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaş ile aşılması halinde ceza verilmemesine ilişkin bir hüküm bulunmuyordu. 50 nci maddede, meşru savunmada sınırın aşılması halinde yalnızca failin kusurluluğunun azalması sebebiyle cezada indirim yapılması öngörülmüştü. Eski TCK'nın 50 nci maddesine göre bu halde indirilecek ceza miktarının, neredeyse haksız tahrikten daha az olması sebebiyle uygulamada meşru savunmada sınırın aşılması yerine, haksız tahrik hükümleri tatbik edilmişti⁴.

TCK'nın 27 nci maddesinin 2 nci fıkrasında; *“meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez”* denilmektedir⁵. Görüldüğü gibi burada sadece meşru savunma bakımından sınırın mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaş ile aşılması hali düzenlenmiştir. 27 nci maddenin 1 inci fıkrasında ise, ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılmasına ilişkin hükme yer verilmiştir⁶. 27 nci maddenin 1 nci fıkrası kapsamında zikredilen ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlere, kusurluluğu etkileyen hallerin dâhil olup olmadığı konusundaki tartışma, inceleme konumuz 2 nci fıkra açısından geçerli değildir⁷.

Fıkra hükmünün uygulanabilmesi için, sınır aşılmasının mazur görülebilecek heyecan, korku veya telaştan ileri gelmesi aranmıştır. Failin olağan psikolojik durumu, haksız saldırının

¹ EREM, Faruk: Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C. II, 12. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1985, s.23.

² WESSELS, Johannes/BEULKE, Werner/SATZGER, Helmut: Strafrecht Allgemeiner Teil, 48. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 2018, s.235, kn.699; ERYILDIZ, H. Sefa: “Alman Ceza Hukuku'nda Meşru Müdafaa Sınırlarının Aşılması”, Ceza Hukuku Dergisi, 31, 2016, s.94; KARTAL, Melik: Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gereklilik ve Orantılılık, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2019, s.3; BOHLANDER, Michael: “Guilt and Excusatory Defences” in: Principles of German Criminal Law, Hart Publishing, London 2009, s.121.

³ KINDHÆUSER, Urs: Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2009, s.194, kn.1.

⁴ EREM, s.36; ŞAHİN, Mehmet: “Yasal (Meşru) Savunmada Sınırın Aşılması”, TBB Dergisi, 76, 2008, s.342. 765 sayılı TCK'nın 50 nci maddesi şu şekildeydi: “49 uncu maddede yazılı fillerden birini icra ederken kanunun veya salahiyettar makamın veya zaruretin tayin ettiği hududu tecavüz edenler cürüm ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasını müstelzim ise sekiz seneden aşığı olmamak üzere hapis ve müebbet ağır hapis cezasını müstelzim olduğu takdirde altı seneden on beş sene kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Sair hallerde asil suçta müretteb ceza altıda birinden eksik ve yarısından ziyade olmamak üzere indirilir ve ağır hapis hapse tahvil olunur ve amme hizmetlerinden müebbet memnuiyet cezası yerine muvakkat memnuiyet cezası verilir”.

⁵ Gerekçede şu açıklamalara yer verilmiştir: “Maddenin ikinci fıkrasında meşru savunma hakkına ilişkin özel bir sınırın aşılması hâli düzenlenmiştir. Buna göre, meşru savunmada sınırın aşılması, fail bakımından mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise, faile ceza verilmeyecektir. Hükümet Tasarısında, maddenin ikinci fıkrası bütün hukuka uygunluk nedenlerini kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Oysa heyecan, korku veya telaş, ancak meşru savunma hâlinde söz konusu olabileceği için, fıkra metninin başına meşru savunmada ibaresi konulmuştur”.

⁶ Madde 27/1: “Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altıda birinden üçte birine kadari indirilerek hükmolunur”.

⁷ 27 nci maddenin 1 inci fıkradaki düzenlemenin kusurluluğu etkileyen sebepleri kapsayıp kapsamadığı yönünde tartışmalar için bkz: MAHMUTOĞLU, Fatih Selami/KARADENİZ, Serra: Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, Beta, İstanbul, 2017, s.594; ŞAHİN, s.322; AKBULUT, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s.514; KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması (TCK. m.27)”, EÜHFD, XI(1-2), 2007, s.40. Bizim de iştirak ettiğimiz görüş için bkz: ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s.553.

oluşturduğu tehdit sebebiyle bozulmakta, bu şekilde heyecan, korku veya telaş ortaya çıkmaktadır⁸. İşte burada sınırın aşılması sebebiyle haksızlık teşkil eden tipik fiilin, mazur görülebilecek belirli astenik etkiler dolayısıyla gerçekleştirildiği kabul edildiğinden fail cezalandırılmamaktadır⁹.

Mazur; “*mazereti, bahanesi, özrü olan*” demektir. Mazur görme, özrü kabul olunan anlamına gelir¹⁰.

Heyecan; iç telaşı ve hareketi, coşma anlamına gelmektedir. Heyecan, korku, kızgınlık, şaşkınlık, üzüntü sevinç gibi sebeplere bağlı olarak ortaya çıkan güçlü ve geçici duygu yoğunlaşması durumunu ifade eder¹¹.

Korku; “*bir tehlike ihtimalinin yaklaşmasıyla ortaya çıkan heyecan, ürkme, dehşet*” demektir¹².

Kaygı, sözlükte; “*gaile, endişe, düşünce*”¹³, telaş ise “*ıztırapla karışık acele*” manasına gelir¹⁴.

İnceleme konusu halde haksız saldırının meydana getirdiği bu duygular sebebiyle kişi, savunma fiilini hukukun gereklerine uygun şekilde icra edememektedir.

TCK’nın 27 nci maddesinin 2 nci fıkrası (AICK m.33) ile getirilen hükümde failin, haksız saldırıyı defetmek amacıyla harekete geçmesine rağmen meydana gelen olayın ortaya çıkardığı heyecan, korku veya telaş sebebiyle sınırı aşması arandığından, bu düzenlemenin, hukuka uygunluk sebebinin subjektif unsuruna işaret ettiği ileri sürülmektedir¹⁵ ki bizce de bu görüş isabetlidir.

27 nci maddede, mehz kanundan farklı olarak sınırın kast olmaksızın aşılması ve sınırın mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaşla aşılması ayrı ayrı düzenlenmiştir. 1 inci fıkrada yer alan hüküm, esas itibariyle kastı kaldıran hata kapsamında mütalaa edilerek, hatanın kaçınılmaz olmaması halinde failin taksirle sorumluluğuna gidilebilirdi. Düşüncemize göre burada kanun koyucu, meşru savunma hali sebebiyle kanunda fiilin taksirli hali için öngörülen cezada indirim yapılmasına yönelik kusurluluğu azaltan bir sebep ihdas etmiştir¹⁶.

Mehaz AICK’nın aksine, TCK’da, sınırın aşılmasına sebebiyet veren heyecan, korku ve telaşın, mazur görülebilecek seviyede olması aranmıştır. Haksız saldırının meydana getirdiği heyecan, korku veya telaşın (astenik etkiler), failin meşru savunmanın sınırını doğru değerlendirme şansını belirli bir seviyede zaafiyete düşürecek nitelikte olması arandığından, bu ibareye Türk Ceza Kanununda yer verilmesi isabetlidir. Zira her türlü heyecan, korku veya telaşın, failin cezalandırılmasını engelleyecek derecede kusurluluğuna etki etmesi söz konusu değildir¹⁷.

Kişi, saldırının meydana getirdiği heyecana rağmen içerisinde bulunduğu durumu fırsat bilerek fiilini gerçekleştirmişse, artık kusurluluğunun mazur görülebilecek ölçüde azaldığından veya ortadan kalktığından bahsedilemez. Burada artık haksız tahrik hükümleri uygulanır. Buna karşılık kişinin öfkeyle birlikte mazur görülebilecek heyecan, korku veya telaşla hareket etmesi halinde hüküm uygulama alanı bulur. Alman Federal Mahkemesinin bir kararında da bu görüş benimsenmiştir. Karara konu olayda, aşırı sağ görüşlü sanığın, kendisine gelen isimli tehditlere karşı sosyal medya hesabından; bir saldırı olmasını dilediğini, bu şekilde karşı görüşlü kişileri meşru savunma sınırları içerisinde ortadan kaldırabileceğini yayınladığı olayda yerel mahkeme, fiilin işlenmesinden belirli bir zaman önce sarf edilen bu cümlelere atıf yaparak hukuka uygunluk sebebinde sınırın heyecan korku veya telaşla aşılmadığına hükmetmiş, fakat temyiz mercii, böyle bir kabulün hatalı olduğunu somut olayda kişinin haklı bir korku ile hareket ettiğini belirterek bozma kararı vermiştir¹⁸.

⁸ PERRON, Walter/EISELE, Jörg: &33 in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 30. Auflage, C.H. Beck, München 2019, kn.3.

⁹ ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s.124; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.41.

¹⁰ Hayat Büyük Türk Sözlüğü, Ed.: RADO, Şevket, İlmî Kontrol: ERGİN, Muharrem, Hayat Yayınları, İstanbul, 1970, s.827.

¹¹ Hayat Büyük Türk Sözlüğü, s.520; Türk Dil Kurumu: <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 03.07.2021).

¹² Hayat Büyük Türk Sözlüğü, s.746.

¹³ Hayat Büyük Türk Sözlüğü, s.687.

¹⁴ Hayat Büyük Türk Sözlüğü, s.1156.

¹⁵ PERRON/EISELE, kn.3; WESSELS/BEULKE/SATZGER, s.238, kn.703.

¹⁶ ZAFER, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Beta, İstanbul, 2013, s.335; BOZBAYINDIR, Ali Emrah, “Meşru Savunmada Sınırın Aşılması”, CHD, (18), 2012, s.120; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.46.

¹⁷ MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s.612; Aksi yönde bkz: ÖZGENÇ, s.461.

¹⁸ BGH 4 StR 551/12 - Urteil vom 25. April 2013, kn. 20. Radikal sağ görüşlü NPD’nin üyesi olan sanık, daha önce internet üzerinde kendisine yönelen anonim tehditlerle ilgili, benzer ideolojiye sahip arkadaşlarıyla sosyal medya üzerinden yaptığı yazışmalarda; “keşke böyle bir şey yaşansa, bıçağı saplamak için bir şans olur. Aynı zamanda da meşru

II. MEŞRU SAVUNMADA SINIRIN ASTENİK ETKİLERLE AŞILMASININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Gerek TCK'da (m.27/2), gerekse de AİCK'da (m.33), meşru savunmada sınırın heyecan, korku veya telaş ile aşılması halinde faile ceza verilmeyeceğine¹⁹ ilişkin hükmün hukuki niteliğinin; şahsi cezasızlık sebebi mi, kusurluluğu etkileyen hal mi yoksa hukuka uygunluk sebebi mi teşkil ettiği noktasında bir açıklama mevcut değildir²⁰.

5237 sayılı TCK'nın sisteminde, manevi unsur ve kusurluluk birbirinden ayrılmıştır. Buna göre Suç (haksızlık), cezaya müstehak, tipik ve hukuka aykırı bir davranıştır. Kast ve taksir ise, haksızlığın gerçekleştiriliş şekilleridir²¹.

Kusurluluk ise maddi, manevi unsurları gerçekleşmiş ve hukuka aykırı tipik bir fiil dolayısıyla failin subjektif olarak kınanabilirliği hakkında yapılan değerlendirmedir. Başka bir anlatımla kusurluluk, failin haklı bir davranışta bulunma imkânı varken, bunu seçmemesi, haksızlık teşkil eden fiili gerçekleştirilmesi sebebiyle muaheze edilmesidir²².

Haksız saldırının meydana getirdiği heyecan, korku veya telaş sebebiyle failin, objektif olarak varolan meşru savunmanın şartlarını değerlendirme yeteneği azalmakta veya ortadan kalkmaktadır. Bu nedenle TCK'nın 27 nci maddenin 2 nci fıkrası sözkonusu olduğunda, hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında hatadan farklı olarak, kast kalkmamakta ve davranış kusurluluk kapsamında mütalaa edilmektedir²³.

CMK'da da bu söylediğimiz doğrultuda haksız saldırının meydana getirdiği mazur görülebilecek heyecan, korku veya telaş sebebiyle meşru savunmada sınırı aşan fail hakkında, kusurunun bulunmaması sebebiyle ceza verilmesine yer olmadığına hükmedileceği ayrıca belirtilmiştir (CMK m.223/3-c)²⁴.

Bunun sonuçlarından biri de meşru savunmada sınırın aşılmasına karşı meşru savunmanın mümkün olmasıdır. Zira savunmada sınırın aşılması halinde, faile ceza verilmemesine rağmen failin fiili, tipik ve hukuka aykırıdır²⁵.

TCK'nın 27 nci maddenin 2 nci fıkrası, meşru savunmada sınırın aşılması açısından özel norm teşkil etmektedir. Bu nedenle önce 2 nci fıkra kapsamında failin sınırı aşıp aşmadığı

savunma teşkil eder" şeklinde beyanlarda bulunmuştur. Olay günü sanık tarafından aşırı sağcıların gösterilerini finanse etmek amacıyla bir yardım gecesi düzenlemiş ve sanık aracını ücretli otoparkta birinci çıkışa 14 metre mesafedeki alana park etmiştir. Sol ideolojiye sahip katılanlar, toplantıyı haber almış ve iki araba halinde olay yerinde keşif yapmaya başlamıştır. Katılanların amacı, yakaladıkları karşıt görüşlü kişilere şiddet uygulamaktır. Bu sırada sanık, toplantıdan çıkarak aracına binmiş ve tanık A.'yı aramıştır. Katılan S., sanığı tanıyarak yanına doğru yaklaşmış, elindeki biber gazını hazırladıktan sonra arkadaşlarına; "bu, o!" diye bağırarak haber vermiştir. Sanık, maskeli kişilerin kim olduğunu anlamış ve telefonda konuştuğu A.'ya; "keneler" tarafından saldırıya uğradığını söyleyerek telefonu yan koltuğa atmıştır. Bu noktada BGH, sanığın haklı olarak duyduğu korkuyla aracını çalıştırdığını ve gaza şiddetle bastığını belirtmiştir. Bu şekilde sanık, ilk çıkışa yönelmiştir. Burada köprüye en yakın yol, sol olup, saldırgan grup da bu yol üzerinden gelmektedir. 3 katılan da sanığın döndüğü yolun ortasında beklemişlerdir. Sanık, bu noktada aracını hızlandırdığında, katılanların çekilmeleri halinde aracın onlara çarpacağı bilmektedir. Kararda; sanığın, aracın yeni harekete geçirmiş olması ve yönü itibarıyla katılanların doğrudan aracın önünde sabit kalacaklarını beklemediği, hayatları açısından bir risk ortaya çıkacağını kabullenmediği ileri sürülmüştür (kn. 7). Katılan P. ve S. sanığın sürdüğü araçtan kolayca kurtulmuş fakat K. açıklanamayan bir sebeple kaçınma şansına sahip olmasına rağmen aracın önünde durmuştur. Aracın çarpması ile kaldırılma düşen K., başına ciddi bir darbe almıştır. K.'nın yaralandığını gören sanık, durmayarak 2 dakika mesafedeki polis kontrol noktasına kadar gitmiş ve burada polislerle durumu izah etmiştir. Olay sebebiyle K.'nın hayatı tehlikeye girmiş, konuşma zorluğu yaşamış ve bir dizi ciddi ameliyat geçirmiştir. Sanık hakkında verilen hükümde yerel mahkeme, sanığın olay sırasında ters yönden kaçma imkânı olduğunu, olaydan önce sarf ettiği sözlerin de böyle bir durum için fırsat kolladığına işaret ettiği, bu şekilde kaçma zorunluluğu ve imkânı bulunan sanığın neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama ve yaralama suçuna teşebbüsten cezalandırılması gerektiği sonucuna varmıştır. Federal Mahkeme ise, sanığın duyduğu haklı korku sebebiyle ilk çıkışa yönelmesi açısından hukuka uygunluk sebebinde sınırın heyecan, korku veya telaştan aşılması hükümlerinin tatbik edilmesi gerektiğinden bahisle bozma kararı vermiştir.

¹⁹ AİCK'nın 33 üncü maddesinde; "*fail cezalandırılmaz*" denilmiştir.

²⁰ ERYILDIZ, s.95; BOZBAYINDIR, s.118.

²¹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Genel Hükümler, s.384; AKBULUT, s.384.

²² Bunun pratik sonuçlarından biri de, failin kusurluluğunu kaldıran bir sebebin varlığına rağmen, şeriklerin sorumluluğunun devam etmesidir. Gbi: WESSELS/BEULKE/SATZGER, s.206, kn.621; ÖZGENÇ, s.402. Diğer bir görüş ise, kusur yeteneği olmayan failin, kasten ve taksirle de hareket edemeyeceğini kabul etmektedir. Gbi: DEMİRBAŞ, s.351.

²³ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Özel Hükümler, s.124; FISCHER, s.326, kn.3. Hüküm, Alman doktrininde de bir dönem tartışılmış ve çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bunlardan biri de hükmün şahsi cezasızlık sebebi olduğu yönündedir. İlgili tartışmalar için bkz: KINDHÄUSER, Urs, &33 in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen Strafgesetzbuch, C. 1, 5. Baskı, Nomos, Baden-Baden, 2017, kn 2.

²⁴ MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s.606; ŞAHİN, s.342.

²⁵ KÜHL, Kristian: &33 in: Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Auflage, C.H. Beck, München, 2018, kn. 1; FISCHER, s.317, kn.22; ZAFER, s.336; BOZBAYINDIR, s.117.

değerlendirilecek, failin heyecan, korku veya telaşının mazur görülebilecek seviyede olmadığına kanaat getirilirse, 1 inci fıkraya müracaat edilecektir²⁶.

III. SINIR KAVRAMI

Rumcadan dilimize geçtiği sanılan “sınır”ın konumuz bakımından anlamı; “bir şeyin yayılabileceği veya genişleyebileceği son çizgi, uç”dur²⁷. Maddede sınırın aşılmasından kast edilenin ne olduğuna dair bir açıklama, gerek TCK’da gerekse maddenin mehazını teşkil eden AICK’da mevcut değildir.

Meşru savunmada sınırın aşılması, savunmanın zamanında (extensiver Notwehrexzess) veya niceliğinde/oranında (intensiver Notwehrexzess) söz konusu olabilir²⁸.

Sınırın zaman bakımından aşılması iki şekilde ortaya çıkabilir.

Birincisi saldırı başlamadan önce savunma hareketinin icra edilmesidir (vorzeitiger Nothwehrexzess). Zaman bakımından sınırın aşılmasında TCK’nın 27 nci maddenin 2 nci fıkrasının tatbikini kabul edenler arasındaki çoğunluk görüş, saldırı başlamadan önce gerçekleştirilen savunma hareketinin, bu fıkra kapsamında olamayacağı yönündedir²⁹.

İkinci durumda ise fail, saldırı bittikten sonra savunma hareketi icra etmektedir (nachzeitiger Notwehrexzess). Çoğunluk görüş, eğer saldırının bittiği noktada fail hataya düşmüşse, hatanın kaçınılmaz olması şartıyla, TCK’nın 27 nci maddesinin 2 nci fıkrası değil, 30 uncu maddenin 3 üncü fıkrasının tatbik edileceği yönündedir. Savunmada sınırın zamansal olarak aşılması halinde, meşru savunmanın saldırıya ilişkin şartları gerçekleşmediğinden, meşru savunmada sınırın aşılması da söz konusu olmayacaktır³⁰. Zira meşru savunmanın şartları ortadan kalktıktan sonra gerçekleştirilen bu fiil açısından, meşru savunmada sınırın aşılmasının aksine, bir yanılma söz konusudur³¹.

Alman Federal Mahkemesinin bir kararında; saldırı gerçekleştireceği varsayılan kişinin, failin bıçak darbeleri sonucunda yere düşmesinden ve böylece hareket kabiliyetinin kısıtlanmasından sonra gerçekleştirilen bıçak darbelerinin, meşru savunmada sınırın heyecan, korku veya telaşla aşılması kapsamında değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir³². Somut olayda mağdur, festival esnasında sanığa karşı uzun süreli tehditkâr davranışlar göstermiş ve sonrasında da yolunu keserek bir kaç tokat atmıştır. Yapılan saldırıyla korku ve paniğe kapılan sanık, saldırıyı kendisine silah tevcih edeceğini sanarak mağduru bıçaklamaya başlamıştır. Saldırı gerçekleştireceği varsayılan kişi, failin bıçak darbeleri sonucunda yere düşmüş ve böylece hareket kabiliyeti kısıtlanmıştır. Artık hareket kabiliyeti kısıtlandıktan sonra gerçekleştirilen bıçak darbelerinin, meşru savunmada sınırın heyecan, korku veya telaşla aşılması kapsamında değerlendirilemeyeceğine hükmedilmiştir³³.

²⁶ FISCHER, s.326, kn.2; BOZBAYINDIR, s.117.

²⁷ Hayat Büyük Türk Sözlüğü, s.1062; Türk Dil Kurumu: <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 03.07.2021).

²⁸ HILGENDORF, Eric/VALERIUS, Brian: Alman Ceza Hukuku Genel Kısım, Çev.: Oktar, Salih, Ankara, 2021, s.168; BOHLANDER, s.121; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s.598.

²⁹ KINDHÆUSER, s.196, kn.13; WESSELS/BEULKE/SATZGER, s.236, kn.702; BOHLANDER, s.122.

³⁰ ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Seçkin, Ankara, 2020, s.459, 734. Dipnot; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s.599; Saldırı bittikten sonra yapılan hareketlerin AICK m.33 kapsamında mütalaa edilemeyeceğine dair bkz: NSTz 87, 20.

³¹ GROPP, Walter: Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Springer, Berlin, 2015, s.301, kn.163; Aksi yönde bkz: WESSELS/BEULKE/SATZGER, s.238, kn.703. Meşru savunmada, bir zaman, bir de oran olmak üzere iki sınır olduğunu bu nedenle de, savunmada sınırın zaman olarak aşılması halini m.27/2 kapsamında mütalaa edilmesi gerektiğini savunan görüş için bkz: DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.346; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s.598; Saldırının hiç meydana gelmemesi halini de meşru savunmada sınırın zamansal olarak aşılması başlığında değerlendiren görüş için bkz: KÜHL, kn.2.

³² “11 Haziran 1999 tarihinde akşam saatlerinde, sanık, A. şehrindeki festivale gelmiştir. Sanığın yanında, 9 cm uzunluğunda bir balıkcı bıçağı bulunmaktadır. Sanık, gün boyunca alkol ve uyuşturucu tüketmiş, festival sırasında da kullanmaya devam etmiştir. Saat 21.00 sularında, mağdur ve beraberindeki 9 kişilik grup sanığın olduğu yere gelmiştir. Mağdur, sanığı fark ederek sık sık ona bakmış ve sanığı göstererek arkadaşlarıyla hararetli bir şekilde konuşmaya başlamıştır. Daha sonra sanık gitmek istediğinde, mağdur sanığın önüne geçmiş, sanığı omzundan tutarak yüzüne vurmuş ve şimdi ödettiklerini söylemiştir. Kavgayı ayırmak isteyen tanık S. araya girmiş, fakat katılan tarafından kendi işine bakması şeklinde ikaz edilerek engellenmiştir. Daha sonra katılan, tekrar sanığa dönerek cebindeki silahı gösterecek şekilde ceketini tutmuştur. Bu aşamada sanık, katılanın silahla ateş edeceğinden korkarak bıçağını çıkarmıştır. Sanık, vurulacağı korkusuyla, katılan yere düşene kadar bıçağı saplamaya başlamıştır. Bu aşamadan sonra altta kalan katılanın, sanığa karşı hamle yapmaya takati kalmamıştır. Ancak sanığın korkusu o kadar yoğunlaşmıştır ki, kendisini tekrar ayırmaya çalışan ve bu sırada parmağını kesen tanık S.’yi dahi fark etmemiştir. Sonunda mağdur, tamamen yüzüstü yere düşmüş ve bunun üzerine sanık, araya girenlerden de sıyrılarak kaçmıştır” BGH 3 StR 272/01, Urteil v. 24.10.2001, HRRS-Datenbank, kn.2.

³³ BGH 3 StR 272/01, Urteil v. 24.10.2001, HRRS-Datenbank, kn.2.

Kararın gerekçesinde; 33 üncü maddenin tatbiki için, meşru savunmada bulunmayı gerektirecek bir saldırının gerçekleşmekte olmasının arandığı belirtilmiştir. Sanığın, maddede sayılan astenik etkiler (heyecan, korku veya telaş) sebebiyle kusurluluğu ortadan kalkar. Sanığın, böyle bir saldırı olmamasına rağmen heyecan, korku veya telaşla hareket etmesi halinde 33 üncü madde tatbik edilemez³⁴.

Saldırı sona ermekle birlikte, somut olayın özelliklerine göre saldırganın tamamen bertaraf edilmediği durumlarda, saldırının mevcut olması şartının geniş yorumlanması suretiyle meşru savunmada sınırın astenik etkilerle aşılmasına ilişkin hükmün uygulanabileceği kabul edilmektedir³⁵. Ancak saldırı sonlandıktan veya saldırı tehdidi ortadan kalktıktan sonra gerçekleştirilen fiiller, meşru savunmada sınırın heyecan, korku veya telaşla aşılması kapsamında mütalaa edilemez.

Bizim de iştirak ettiğimiz çoğunluk görüşüne göre³⁶; mefruz meşru savunma (Putativnotwehr) ile ilgili uygulama, sınırın zaman bakımından aşılmasıyla aynıdır³⁷. 27 nci maddenin 2 nci fıkrasının uygulanması meşru savunmanın şartlarının gerçekleşmesine bağlı olduğundan, meşru savunmayı gerektirecek bir fiilin bulunmadığı hallerde konu, hata hükümlerine göre çözümlenmelidir³⁸.

Yargıtay bu hususta aksi yönde bir içtihadı mevcut olup, sanığın, maktul tarafından kendisine tevcih edilen silahın gerçek olmadığını bilebilecek durumdan olmadığı, bu nedenle gerçekleştirdiği savunma fiilinde ölçüyü heyecan, korku ve telaşla aştığı belirtilmiştir³⁹.

Haksız saldırının meydana getirdiği öfkeyle fiilini icra eden fail hakkında ise haksız tahrik hükümleri uygulanır⁴⁰.

IV. MAZUR GÖRÜLEBİLECEK HEYECAN, KORKU VE KAYGI SEBEBİYLE FAİLE CEZA VERİLMEMESİNİN ŞARTLARININ ALMAN FEDERAL MAHKEMESİ VE YARGITAY KARARLARI İŞİĞİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Meşru savunmanın şartları; saldırıya ve savunmaya ilişkin şartlar olmak üzere ikiye ayrılır. Saldırıya ilişkin şartlar; saldırının haksız olması, saldırının devam etmesi veya gerçekleşmesinin ya da tekrarının muhakkak olması şeklinde sayılabilir. Savunmaya ilişkin şartlar ise, savunmada gereklilik bulunması, savunmanın saldırıda bulunan kişiye karşı gerçekleştirilmesi ve savunmanın saldırı ile orantılı olmasından ibarettir⁴¹.

27 nci maddenin 2 nci fıkrasının tatbiki için meşru savunmanın şartlarından, savunmada ölçülülük dışındaki unsurların tamamının gerçekleşmiş olması aranır. Aksi takdirde örneğin henüz gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhakkak bir saldırı mevcut değilse, somut olayın özelliklerine göre hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında hata söz konusu olacaktır (TCK m.30/3). Savunma hareketinin, failin düştüğü kaçınılmaz hata ile saldırgandan başkasına karşı

³⁴ BGH 3 StR 272/01, Urteil v. 24.10.2001, HRRS-Datenbank, kn.5.

³⁵ KÜHL, kn.2; KINDHÄUSER, &33, kn.11; BOZBAYINDIR, s.124.

³⁶ THOMAS, Fischer: Beck'sche Kurz-Kommentare Strafgesetzbuch, 66. Auflage, C.H. Beck, München, 2019, s.325, kn.50a; GROPP, s.301, kn.164; HILGENDORF/VALERIUS, s.168; DEMİRBAŞ, s.345; ŞAHİN, s.324.

³⁷ WESSELS/BEULKE/SATZGER, s.177, kn.547; KINDHAUSER, &33, kn.12.

³⁸ Bir görüşe göre hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsuru, onları kastın kapsamına dâhil etmektedir (Suçun Olumsuz/Negatif Unsurları Teorisi). Buna göre kanuni tipte yalnızca suçun maddi ve manevi unsurları değil, fiilin hukuka aykırılığı da tanımlanmaktadır. Bu nedenle hukuka uygunluk sebeplerinin varlığında kaçınılmaz hata, kastı kaldırır. Bu cümleden olarak kusurluluğu etkileyen şartlarda hatanın TCK m.30/3 kapsamında mütalaa edilmesi gerekirken, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata halinde TCK m.30/1 hükmünün tatbiki lazım gelir. Biz de bu görüşe iştirak ediyoruz. Bkz: KOCA/ÜZÜLMEZ, s.46. Ayrıca bkz: ÖZGENÇ, s.483. Suçun unsurlarını bilmeyen kişinin kasten hareket etmiş sayılmayacağını düzenleyen StGB Art. 16'da; açıkça kanuni tipte yer alan unsurlardan bahsedilmesi, fakat hukuka uygunluk sebeplerine yer verilmemesi sebebiyle bu görüşün hatalı olduğu yönünde bkz: JÆGER, Christian: Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 2019, s.199, kn.213.

³⁹ "Sanığın maktul ...'a yönelik eylemi yönünden yapılan incelemede; sanığın kendisine yöneltilen tabancanın niteliğini bilemeyeceği göz önüne alındığında maktullerden kendisine yönelmiş, gerçekleşen ve tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anki hal ve şartlara göre, saldırıyla orantılı bir şekilde defetme zorunluluğunda bulunmasına rağmen, bu sınırı mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaşla aştığı anlaşıldığı halde, TCK'nın 27/2 ve CMK'nın 223/3-c maddeleri uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi yerine, yazılı şekilde delillerin takdirinde yalıtıya düşülerek, TCK'nın 81, 29 ve 62. maddelerinden hüküm kurulması (...)" Yarg. 1. C.D., 08.06.2020 t., 2018/1702 E., 2020/1183 K.

⁴⁰ HILGENDORF/VALERIUS, s.168; ÖZGENÇ, s.462.

⁴¹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Genel Hükümler, s.494; GROPP, s.303, kn.173; JÆGER, s.86, kn.115; EREM, s.26.

gerçekleştirilmesi de aynı kapsamda mütalaa edilir⁴².

Saldırı ile savunma arasındaki sınırın, maruz kalınan tehdit sebebiyle oluşan ve mazur görülebilecek nitelikteki heyecan, korku veya telaşla aşılması gerekir. Eğer savunmada sınırın aşılmasının kaynağı heyecan, korku veya telaş değilse, 27 nci maddenin 2 nci fıkrası uygulanamaz. Ancak bu durumda haksız tahrik altında işlenmiş fiil söz konusu olabilir⁴³.

Belirtmek gerekir ki, failin psikolojik zaafiyete düşmesine sebebiyet verdiği için kusurluluğunu azaltan veya ortadan kaldıran astenik etkiler, maddede sayılan heyecan, korku ve telaştan ibarettir. Haksız tahrik açısından kabul edilen şiddetli elem, hiddet veya intikam duygusu ise, failin kendisini savunma noktasında doğru davranışı seçme ve hareketlerini yönlendirme yeteneğini değil haklı davranışı seçme şansını azaltmaktadır. Bu nedenle şiddetli elem ve hiddet fiilin işlenmesinde failin saldırganlığını arttıran, ona güç veren stenik etkiler (stenische Affekte) olarak addedilmektedir⁴⁴.

Elbette bu etkilerin de, kusurluluğu etkilemesi mümkündür. Ancak meşru savunmada sınırın aşılması açısından bu etkilerin failin kusurluluğunu ortadan kaldırması kabul edilmemiştir⁴⁵.

Hukuka uygunluk nedeniyle sınırın kasten aşılmasının, 27 nci maddenin 2 nci fıkrası kapsamında mütalaa edilip edilemeyeceği tartışmalıdır.

Kasten sınırın aşılmasını madde kapsamında kabul etmeyen görüş; sınırın kasten aşılması halinde, failin böyle bir hukuka uygunluk nedeninden yaralanamayacağını, zira artık hukuka uygunluk sebebinin amaçta aşıldığını ileri sürmektedir⁴⁶.

Bizim de iştirak ettiğimiz görüş; sınırı aşan fiilin kasten işlenmesini, TCK'nın 27 nci maddesinin 2 nci fıkrasının tatbikine engel addetmemektedir⁴⁷. Zira burada failin kasten veya taksirle sınırı aşmasına ilişkin açık bir atıf yoktur. Maddede, sınırı kasten veya taksirle aşan failin kusurluluğunun, haksız saldırının oluşturduğu heyecan, korku veya telaş duygusu ile azaldığı veya kalktığı kabul edilmektedir. Diğer bir anlatımla fail, meşru savunmada sınırı aşan fiili kasten icra etmiş olsa dahi eğer ki haksız saldırının etkisiyle spontane gelişen olayda oluşan astenik etkilerle kusurluluğu ortadan kalkmış veya sınırı aşmasını mazur gösterebilecek şekilde azalmışsa, cezalandırılmaz. Nitekim TCK'daki düzenlemede özellikle; “mazur görülebilecek” heyecan, korku

⁴² ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Genel Hükümler, s.559; ZAFER, s.335; KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s.96; ŞAHİN, s.325; GROPP, s.303, kn.173; BOHLANDER, s.121.

⁴³ ÖZGENÇ, s.462; “(...) ceza yargılaması hukukunda delilleri sayarak değil, tartarak maddi gerçeğe ulaşılabileceği yönündeki evrensel Argumenta non sunt numeranda, sed ponderanda ilke ile beraber değerlendirildiğinde; harp sanatını öğrenmek ve yapmak mükellefiyeti olarak tanımlanan askerlik görevini yaklaşık 10 aydır olayın meydana geldiği kütasında yapmakta olan sanığın, görevini etkili bir biçimde yerine getirmesi için kendisine verilen fiziksel, psikolojik ve ahlaki eğitim ile nöbete, silah kullanmaya, sınır ihlali yapan kişilere karşı davranış şekillerine ilişkin talimatlar hıfzına hareket ettiği, elinde veya üzerinde herhangi bir silah bulunmadığı sabit olan maktulün kendisini askerlere ihbar ettiğini düşündüğü tanık 'ye kızarak üzerine doğru koşması ve sanığın maktule yumrukla vurarak yere düşürmesi üzerine de yerden kalkarak sanığın üzerine hızla yürümekten ibaret eylemlerinin, sanığa veya olay yerinde bulunan kendisine yönelik silahlı etkili eyleme karşı savunma yapabilecek fiziksel yapıya sahip 18 yaşındaki tanık'a yönelmiş ciddi ve haksız bir saldırı oluşturmaması karşısında; sanığın saldırıyı o andaki hâl ve şartlara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile hareket etmeyip haksızlık karşısında öfkeye kapılarak son derece orantısız şekilde tepki gösterip tüfeğinin ucuna takılı süngüyü maktulün göğsüne saplayarak haksız tahrik altında maktulün ölümüne yol açtığı anlaşıldığından, sanık hakkında meşru savunma veya meşru savunmada sınırın aşılması hükümlerinin uygulanma imkânının bulunmadığının kabulü gerekmektedir” YCGK, 05.02.2019, 2015/1-705 E, 2019/59 K.

⁴⁴ KINDHÆUSER, a.g.e., s.195, kn.7; BOHLANDER, s.122.

⁴⁵ PERRON/EISELE, kn.4; ERYILDIZ, s.112. Örneğin TCK'nın 129 uncu maddesinin 2 nci fıkrasında kasten yaralama suçuna karşı işlenen hakaret suçunda, hakaret suçunun failinin, haksız saldırının meydana getirdiği öfkeyle kusurluluğunun tamamen ortadan kalktığı kabul edilmiştir. Gbi: ÖZGENÇ, s.464.

⁴⁶ İÇEL, Kayıhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Beta, İstanbul, 2014, s.364. Yargıtayın bu yönde kararlarına rastlamak mümkündür: “Sanığın, yaşlı ve hasta olan babası ve küçük kardeşleri ile birlikte aynı evde kaldığı, kapısı ve pencereleri muhkem olan evin önüne gelen maktulün, aracının lambalarını kullanarak pek çok defalar sanığa işaret verdiği, sanığın, hakkındaki beraat hükmü kesinleşen sanık Bekir'in evine giderek kendini korumak gayesiyle olayda kullandığı tüfeği alarak kendi evine döndüğü, daha sonra pencerenin önüne gelen maktulün, para karşılığı cinsel ilişkiye girmek istediğini sanığa söylediği ve bu konuda ısrarcı olduğu, sanık tarafından defalarca ikaz edilmesine rağmen davranışlarına devam ettiği, sanığın, pencereden silahıyla pencerenin hemen önünde bulunan ve henüz eve girmeye yönelik bir davranış sergilemeyen maktulün göğüs bölgesine 1 kez ateş edip öldürdüğü olayda; Yasal savunma sınırlarının aşılması hükümlerinin şartları bulunmakla beraber; yasal savunma sınırlarının kasten aşılması nedeniyle 5237 Sayılı TCK. nun 27/1-2 maddesindeki koşulların bulunmadığı cihetle; sanığa 5237 Sayılı TCK. uyarınca ceza tayin edilmesi durumunda aynı yasanın 81, 29, 31/3 ve 62. maddelerinin tatbik edilmesinin gerekmesi ve bunun da aleyhe sonuç doğurması söz konusu olduğundan 765 Sayılı TCK. nun 448, 50, 55/3, 59. maddeleri yerine yazılı şekilde hüküm kurulması” Yarg. 1. CD, 27.02.2007, 2006/4201 E, 2007/816 K.

⁴⁷ İlgili görüş için bkz: PERRON/EISELE, kn.6; ŞAHİN, s.344.

veya telaştan bahsedilmesi bu görüşü teyit eder niteliktedir⁴⁸. Yargıtayın da bu yönde kararı mevcuttur⁴⁹.

Fıkra bahsi geçen; astenik etkinin “mazur görülebilecek” seviyede failin haklı davranışı seçme imkânını kaldırıp kaldırmadığına ilişkin değerlendirme, ex ante olarak yapılmalıdır. Bu cümleden olarak failin nasıl davranması gerektiğinin olay sonrası bir değerlendirmeye tabi tutulması, hatalı sonuçlara yol açar. Kişinin fiilini gerçekleştirmeden önce yaşadığı korkunun, kusurluluğunu ortadan kaldırıp kaldırmadığı, failin içerisinde bulunduğu şartlar dikkate alınarak belirlenmelidir. Bu kapsamda meşru savunmayı düzenleyen 25 inci maddede yer alan; “o anki hal ve şartlara göre” ibaresi yol gösterici niteliktedir⁵⁰. Örneğin saldırının o an çok büyük bir tehlike teşkil etmemesine rağmen hangi yöne evrileceğinin kestirilemeyeceği durumlarda da faile ceza verilmemesi gerekir. Zira burada fail, fiilini gerçekleştirmeden önce, haksız saldırı sebebiyle hareketlerini doğru yönlendirme ve haklı davranışı seçme noktasında zaafa düşmektedir.

Yargıtayın bazı içtihatlarında, meşru savunma halinde dahi sınırın aşılmasına atfı yapılmasının sebebinin ex post değerlendirmeden kaynaklandığı görülmektedir. Olaydan sonra fail ile mağdurun hakları arasında bir değerler tartımı yapılması şeklindeki anlayış; meşru savunma teşkil eden fiillerin dahi meşru savunmada sınırın aşılması veya haksız tahrik hükümlerine göre değerlendirilmesi sonucuna yol açmaktadır⁵¹.

Buna örnek teşkil eden bir YCGK kararının kabul kısmına göre; bir önceki gün yapılan konuşmada tarafların arazinin bedeli üzerine anlaşamaması nedeniyle maktul, sanığı; “erkeksen yarın işyerinde olursun en fazla 10 yıl yatar çıkarım” şeklinde tehdit etmiş ve oğullarını da yanına alarak silahlı şekilde sanığın dükkanına gelmiştir. Burada oturmakta olan sanık, sanığın kardeşi ve tanığı gören maktul, sanığı kendisine doğru çekerek silahını çıkarmış, tanığın müdahalesi üzerine sanık yere düşmüş ve bu sırada maktul tarafından yapılan atış sonucunda yaralanmıştır. Tanık, sanığı dükkanın içerisine çekmiş, maktul ise iki oğlu tarafından yere düşürülen sanığın kardeşine ateş etmeye başlamıştır. Sanık, bu saldırıyı defetmek amacıyla rastgele ateş etmiştir. İsabet eden tek kurşunla maktul göğsünden vurularak ölmüştür. Bu kabule rağmen Genel Kurul, somut olayda savunma ile saldırı arasındaki ölçünün, savunma lehine bozulduğuna hükmetmiştir⁵². YCGK., oyçokluğu ile meşru savunmada sınırın mazur görülebilecek heyecan, korku veya telaşa aşıldığından bahisle bozma kararı vermiştir⁵³.

⁴⁸ KÜHL, kn.3; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.50; ERYILDIZ, s.115; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s.616.

⁴⁹ YCGK, 28.05.2013 t., 2012/1-1286 E., 2013/264 K. Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz: BGH NJW 91, 505, NStZ, 95, 77.

⁵⁰ ÖZGENÇ, s.465; BOZBAYINDIR, s.122. Meşru savunmada ölçülülük ve gereklilik açısından ex ante değerlendirmeye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: KARTAL, s.62.

⁵¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s.95.

⁵² YCGK, 01.03.2016 t., 2015/1-1039 E., 2016/96 K. Karar metni için Kazancı Hukuk Otomasyon: lib.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 11.04.2021). Yerel mahkeme ise, meşru savunmanın şartları ve kusurluluk ile hiç bağdaşmayacak şekilde kasten öldürme suçunun işlendiğine kanaat getirerek sanık hakkında haksız tahrik hükümlerini uygulamıştır.

⁵³ Muhalefet şerhinin gerekçesi şu şekildedir: “Müteahhitlik yapan sanık ... ile maktul ve ailesi arasında, maktulün evinin bulunduğu arsadan kaynaklanan bir hukuki ihtilaf bulunduğu, tarafların sorunu halledebilecek için birkaç kez görüştükleri ancak bir çözüme ulaşamadıkları, son görüşmelerinden bir iki gün sonra, maktulün oğlu ...'in, sanık ...'e telefon ederek arsa yerine satış bedelini ödemeleri durumunda anlaşabileceklerini söylediği, bunun üzerine ...'in fiyat araştırması yaptırdıktan sonra ...'i telefonla arayarak, emsal arsa fiyatının m2 başına 400 ilâ 450 TL olduğunu belirttiği, bu cevabı beğenmeyen ...'in 'siz bizimle dalga mı geçiyorsunuz, emsal arsaların m2 fiyatı 1.000 ilâ 1.300 TL, ben böyle işi sinkaf ederim, erkeksen yarın işyerinde olursun en fazla 10 sene yatarım' diyerek telefonu kapattığı, olay günü; maktul ...'nin yanına oğulları ..., ... ve ...'i alarak sanık ... ve ailesine ait müteahhitlik bürosuna gitmek için yola çıktığı, maktulün 7,65 mm çaplı; oğlu ...'in ise 9 mm çaplı tabancalarını yanlarına aldıkları, geldikleri aracı park ettikten sonra yürüyerek olay yerine gittikleri, sanık ..., kardeşi ... ve tanık ...'nin büronun bulunduğu işhanının önünde ayakta konuştukları, bu sırada maktul ve oğullarının olay yerine gelmesi ile başlayan kavga sırasında, maktul ...'nin sanık ...'i omzundan tutarak kendine doğru çektiği ve belinden çıkardığı tabancasını sanığa doğrulttuğu, tanık ...'nin müdahalesi sonucu yere düşen sanığa iki el ateş eden maktulün, sanığı sol uyluğundan basit bir tıbbi müdahale ile giderilemeyecek ve yaşamsal tehlike doğurmayacak şekilde yaraladığı, bu esnada maktulün oğulları ... ve ...'in de sanığın kardeşi ...'e saldırarak darp etmeye başladıkları, tanık ...'nin yaralanan sanık ...'i işhanının girişine çekmesi üzerine, maktulün bu kez oğulları ... ve ... tarafından yere düşürülerek darp edilen ...'e ateş ederek diz üstü ve diz altından dört isabetle yaşamsal fonksiyonları ağır (6.) derecede etkileyecek, sol femur ve sol tibia açık kırığına neden olacak şekilde yaraladığı, sanığın maktulün kendisine ve kardeşi ...'e yönelen bu silahlı saldırısını defetmek maksadıyla rastgele silahla ateş ederek tek isabetle maktul ...'nin oğlu ...'i üst bacak bölgesinden, maktulün diğer oğlu ...'i sol topuk bölgesinden yaraladığı, maktul ...'yı ise göğüs ön yüzden vurarak ölümüne neden olduğu olayda; kendisini silahla yaralayan ve akabinde darp edilmiş vaziyette yerde yatmakta olan kardeşi ...'e de dört el silahla ateş eden maktule devam eden yaşama hakkına yönelik haksız saldırısını bertaraf etmek maksadıyla o anki hal ve koşullara göre başka türlü hareket etme imkânı bulunmadığından hamili bulunduğu silahıyla ateş ederek maktulün ölümüne neden olan sanığın eylemini meşru savunma şartları altında gerçekleştirdiği kabul edilmelidir”.

Bu kabul tarzı, meşru savunmanın sınırlarını, kanunun öngörmediği şekilde kısıtlamaktadır. Olayın seyri içerisinde kendisini ve kardeşini öldürme kastıyla hareket ettiğine ilişkin ciddi emareler bulunan ve elinden kaçmasına rağmen oğullarıyla birlikte hareket ederek atışlarına devam eden saldırgan karşı, hedef gözetmeksizin ateş eden kişinin fiili, hukuka uygundur. Kişi, hedef gözeterek öldürme kastıyla hareket etseydi dahi, saldırıyla orantılı bir savunmada bulunmuş olacaktı. Kişinin haksız saldırı karşısında öfkelenmesi veya korkuya kapılması, saldırıyı defetmeye yeterli davranışta bulunduğu sürece, meşru savunmanın şartlarını halel getirmez⁵⁴.

Özellikle kararın kabul kısmında olayın ne şekilde cereyan ettiği anlatılırken, basamaklı bir şekilde hangi aşamada sınırın aşıldı ve bunun mazur görülebilecek bir astenik etkiden ileri gelip gelmediği ortaya konulmalıdır. Örneğin bir önceki gün tehdit ettiği kişinin işyerine arkadaşlarıyla birlikte ve kesici, delici aletlerle giden mağdurun fiiline karşılık verilmesiyle meydana gelen olayda neden haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiği belirtilmeden verilen karar, yeterli gerekçeyi ihtiva etmemektedir⁵⁵.

Meşru savunmada sınırın astenik etkilerle aşılmış ve aşılmadığının değerlendirilmesinde olay anında failin haksız saldırı sebebiyle maruz kaldığı heyecan, korku veya telaş hali içerisinde kendi fiiline ilişkin yaptığı değerlendirme dikkate alınmalıdır. Yalnızca saldırı ile savunmada kullanılan araç arasındaki orantısızlık, failin kusurlu hareket ettiğine işaret etmez. Fail, o anki şartlarda başka türlü davranma imkânının kalmadığına kani olmuş ise, bu ihtimalde de faile ceza verilmez⁵⁶.

Alman Federal Mahkemesinin vermiş olduğu bir karar, bu konuda yol gösterici nitelikte olup, hükümde meşru savunmada sınırın aşılmasının tatbik şartlarının bütün unsurları irdelenmiştir⁵⁷.

Karara konu olayda; 66 yaşında, omurlararası diskinde yumru bulunan ve bileğinde sakatlık olan sanık, bayan arkadaşı (P) ile birlikte kendi konutunda saldırıya uğramıştır. (P)'nin oğlu olan saldırgan maktul, alkollü ve öfkeli bir halde, kapıyı kırarak konuta girmiş ve annesi P'ye saldırmıştır. İlk olarak sanık, maktulü sakinleştirmeye çalışmış fakat maktul tarafından yere düşürülmüştür. Maktul, alkollü olması ve şiddete meyilli hareketlerinden anlaşıldığı üzere sözle ikna edilebilecek durumda da değildir. Sanığın, maktulü fiziksel güç kullanarak durdurması da kendisinden beklenemez. Maktul, annesi olan (P)'yi öldürmekle tehdit ederek çılgınlıklarına aldırış etmeden merdivenlerden aşağı sürüklemiş ve darp etmeye başlamıştır. Bunun üzerine sanık eskiden kalma ve içinde tek kurşun bulunan silahını kullanarak saldırganı başından vurup öldürmüştür⁵⁸.

Burada (P)'nin ciddi ve hayatını tehlikeye sokacak derecede yaralanabileceği kabul edilmelidir. (P)'nin kafasının merdivenlere vurulması ciddi yaralanmaya yol açabilecek niteliktedir. Sanık da, (P)'nin ölebileceğini düşündüğünü açıkça belirtmiştir. Bu sebeple yerel mahkemenin; sanığın kasten öldürme suçunun işlenmesine karşı meşru savunmada bulunmak üzere harekete geçmediği yönündeki kabulünün hukuken hatalı olduğu söylenmelidir. Çünkü yerel mahkeme, (P)'nin hayatına karşı ciddi bir risk olmadığı kanaatinde ise, buna ilişkin makul bir gerekçe ortaya

⁵⁴ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s.95; ŞAHİN, s.344. 64 numaralı dipnotta verilen Yarg. 1 C.D.'nin, 23.06.2020 t., 2020/3947 E., 2021/11085 K. sayılı kararı da bu hususta örnek teşkil etmektedir.

⁵⁵ “Sanığın, ikinci el eşya alım satım yaptığı ve katılan ...'dan mal aldığı, katılan ...'a bir miktar para verdiği, ancak; malların katılan ... tarafından kendisine teslim edilmemesi üzerine aralarında husumet oluştuğu, olay tarihinde sanık ... ile katılan ... arasında geçen telefon görüşmesinin katılan ... hakkında başka bir örgütlü suçtan dolayı verilen dinleme kararı uyarınca kayda alındığı ve bu kaydın dosyaya getirildiği, kayıt incelendiğinde; katılan ...'ın ilk önce sanık ...'e küfürler ettiği ve akabinde karşılıklı küfürleşme ve tehditlerin başladığı, katılan ...'ın diğer arkadaşlarına da haber vererek ...'ün dükkanının bulunduğu yere akşam geç saatlerinde gittiği, burada çıkan kavgada aldırılan doktor raporlarından da anlaşılacağı üzere, sanık ... ile katılan ...'ın birbirlerini kesici aletlerle yaraladıkları, olayda katılan ...'ın haksızlık içeren eylemlerinin ulaştığı boyut dikkate alındığında, sanık ... lehine haksız tahrik hükümlerinin en üst seviyeden uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi” Yarg. 1. C.D., 19.04.2018 t., 477/1901.

⁵⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun konuya ilişkin güzel bir örnek teşkil eden kararı şu şekildedir: “gece saat 24.00 sıralarında, kadınlardan ve küçük çocuklardan başka kimsenin bulunmadığı eve tahtadan yapılmış olan tuvalet penceresini kullanarak girecek kadar gözünü karartmış ve makul hareket edemeyecek ölçüde sarhoş olan maktulün, evin içerisinde sanık A.... Y.... 'a, sanığın annesi H.... A..... 'na ve yengesini S... A..... 'na yönelik olarak cinsel ilişkiye girmek istediğini de açıkça ortaya koyan saldırgan hareketlerde bulunup, bahsedilen üç kadının tüm uğraşlarına rağmen saldırılarına son veremeyerek onları zor duruma bırakması, olayın nasıl bir gelişim göstereceğinin belirsizliği ve kadınların güç kullanarak ta saldırılara son vermeye muktedir olamamaları karşısında; tamamen ırza yönelik muhtemel saldırıdan kurtulma gayesine matuf biçimde, eline aldığı tüfeğe bir fişek koyup, maktule rastgele ateş ederek ölümüne neden olan sanığın, meşru savunmanın sınırını olay sırasında kapıldığı mazur görülebilir korku, panik ve şaşkınlıkla aştığını kabul etmek gerekir” YCGK, 26.02.2008 t., 2007/1-281 E., 2008/37 K. Karar metni için bkz: ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Özel Hükümler, s.124, 105.Dipnot.

⁵⁷ Bu olayda ağır ceza mahkemesi, 33 üncü madde hükümünü yeterince tartışmaksızın taksirle ölüme sebebiyet verme suçundan sanığı, 1 Yıl 6 Ay hapis cezasına mahkum etmiştir. BGH 1 StR 48/01, Beschluss v. 21.03.2001, HRRS-Datenbank, kn.11.

⁵⁸ Bkz: BGH 1 StR 48/01, Beschluss v. 21.03.2001, HRRS-Datenbank, kn. 11.

koymalıdır. Sanık kendisinin (P)'nin ciddi yaralanma ve ölüm riskiyle karşı karşıya olduğu korkusuyla fiilini ika ettiğini ispatlamak zorunda değildir. Kaldı ki Mahkemenin oluşa ilişkin kabulünden de, bu yönde ciddi bir riskin bulunduğu ve sanığın da korkuyla hareket ettiğini düşündüğü anlaşılmaktadır⁵⁹.

Yerel Mahkeme, somut olayın seyri esnasında sanığın alabileceği başka hızlı bir tedbirin mevcut olmadığı da dikkate alındığında, sanığın silah kullanmasının makul olduğunu kabul etmiştir. Bu kabulden sonraki aşamada tek mermisi olan sanığın, doğru bir değerlendirme yaparak daha az zarar verebilecek bir noktaya ateş edip edemeyeceği konusu üzerinde de durulmalıdır.

Alman Federal Mahkemesine göre somut olayda maktulün ortaya çıkardığı tehlike ve (P)'ye karşı gerçekleştirdiği saldırının ciddiyeti, sanığın doğru değerlendirme yaparak onun (maktulün) bacaklarını hedef alarak ateş etme şansını sınırlanmıştır⁶⁰. Ayrıca sanık, bu şekilde daha az zarar verici bir atış yapsaydı, savunmanın başarıya ulaşma şansını tehlikeye atması da söz konusu olabilirdi. Benzer sebeplerle sanığın uyarı atışı yapması da, kendisinden beklenemez. Bu son ihtimalde merdivendeki herkesin zarar görme tehlikesi de mevcuttur. Son olarak, sanığın uykudan uyandığı ve düşünmek için zamanının olmadığı da göz önünde bulundurulmalıdır. Yerel mahkeme kararında, somut olayın arz ettiği bu özel şartları irdelememiştir⁶¹.

Sanık, beraber yaşadığı (P)'nin vücut bütünlüğüne veya hayatına yönelmiş ciddi tehlikenin korkusuyla hareket etmiştir. Yerel Mahkeme ise, sanığın belirli bir telaşla hareket ettiğini ama panik içerisinde olmadığını belirtmiştir. Mahkemeye göre sınırın aşılması, artmış korkudan ileri gelmemektedir. Bu değerlendirmenin gerekçesi net olarak ortaya konulmamıştır. Bu sebeple mahkemenin, meşru savunmada sınırın aşılmasının kapsamını daralttığı şüphesi doğmaktadır. Elbette duyulan her korku, 33 üncü maddenin tatbikini gerekli kılmaz. Burada bahsedilen korku, kişinin uğradığı saldırı sebebiyle ne şekilde davranacağını ve saldırıya vereceği tepkiyi doğru şekilde belirleyememesidir⁶².

Astenik etkinin, meşru savunmada sınırın aşılmasının tek veya en kuvvetli sebebinin teşkil etmesi zorunlu değildir. Korku, kaygı ve paniğin, diğer psikolojik etmenlerin birleşmesiyle de sınırın aşılmasına sebebiyet vermesi mümkündür. Failde, sınırın aşılmasına yol açacak korku, kaygı ve paniğe sebebiyet veren kişi, bu sınır aşımının sonuçlarına katlanmakla yükümlüdür⁶³.

Görüldüğü üzere kararda, kademeli olarak; 1- Somut olayda meşru savunmanın şartlarının oluşup oluşmadığı, 2- Failin meşru savunma açısından nasıl davranmasının beklendiği, 3- Failin içerisinde bulunduğu durum itibarıyla bu davranışı gerçekleştirmesinin kendisinden beklenip beklenemeyeceği ve son olarak failin gerçekleştirdiği davranış değerlendirilmiştir. Bunun sonucunda fail açısından, somut olayda verdiği kararın sonuçları ve alternatif davranışta bulunsaydı kendi bakış açısıyla meydana gelebilecek olaylar silsilesinin ne şekilde tezahür edeceği de ortaya konulmaya çalışılarak bir hükme varılmıştır. Failin, kendisinden çok daha güçlü olan, alkollü ve her ne kadar silahı bulunmasa da öldürücü nitelikte darbeler vuracağını somut olarak ortaya koyan maktule karşı, 3 üncü kişi lehine meşru savunmada bulunma kastıyla hareket etmesine rağmen başından vurarak öldürmesinin meşru savunmada sınırın kast olmaksızın aşılması kapsamında mütalaa edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Yargıtay kararlarında ise, genellikle, somut olaydaki kabul anlatıldıktan sonra, bu kabule göre TCK'nın 27 nci maddesinin 2 nci fıkrasının tatbik şartları oluşsa dahi, nasıl bir yol izlendiği belirtilmeksizin hükmün bozulmasına ya da onanmasına karar verilmektedir⁶⁴.

⁵⁹ BGH 1 StR 48/01, Beschluss v. 21.03.2001, HRRS-Datenbank, kn.13.

⁶⁰ BGH 1 StR 48/01, Beschluss v. 21.03.2001, HRRS-Datenbank, kn.13.

⁶¹ BGH 1 StR 48/01, Beschluss v. 21.03.2001, HRRS-Datenbank, kn.13.

⁶² Krş.: BGHR StGB § 33 Furcht 2, 4; BGH NStZ-RR 1997, 65.

⁶³ BGH 1 StR 48/01, Beschluss v. 21.03.2001, HRRS-Datenbank, kn.17.

⁶⁴ Bu görüşümüzü destekler nitelikteki kararlardan bazıları şunlardır: “Olay günü aralarında husumet olan sanık ve katılanın tartışmaları, katılanın tanıkların oturduğu kahvehanenin önünde gelerek elinde bıçak olduğu halde sanığa yönelik tehdit içerikli sözler söyledikten sonra orada bulunan sanığın görevi onun üzerine yürüdüğü, sanığın belindeki tabancayı çekerek havaya bir el ateş ettikten sonra tanık beyanlarına göre katılanın ayağına doğru ateş ettiği, katılanın kalçasından giren kurşun ile hayatı tehlike geçirecek ve orta(3) derecede kemik kırığı meydana getirecek şekilde yaralandığı olayda, sanığın kasten ateş ederek katılanı yaraladığı, olayda meşru savunmada kast olmaksızın sınırın aşılması halinin söz konusu olmayacağı anlaşılmakla, sanık hakkında uygulama yeri olmayan TCK'nın 27. maddesinin uygulanması” Yarg. 12. CD, 26.02.2019, 2018/2308 E, 2019/2593 K. Kararda, kendisine karşı yönelmiş silahlı saldırıya karşı önce uyarı atışı yapan sonra da mağdurun ayağına ateş etmek isterken heyecan, korku veya telaşla aşağıya doğru yönlendirmesine rağmen mağduru kalçasından vuran sanığın fiili, m.27/2 kapsamında kabul edilmemiştir. Başka bir kararda ise sanık F. S.'nin, eşinin kardeşi olan maktul E. E. ve aileleri birlikte olayın meydana geldiği ve sanık K. S.'nin işletmeciliğini yaptığı M.Lunaparka geldikleri, F. S.'nin lunapark çalışanı M.K.'yı kafa atarak darp ettiği, K. S.'nin olay yerine gelmesi üzerine F. S.'nin K. S.'ye ve orada bulunan M.K.'ya; "hepinizin a....na koyarım" diyerek K. S.'ye yumruk

Alman Federal Mahkemesi, failin, planlı bir şekilde, kendisine karşı gerçekleştirilecek saldırıyla karşılaşmak üzere beklemeye geçtiği durumlarda, failin, meşru savunmada sınırın aşılması kapsamına girmediğini kabul etmektedir. Çünkü bu ihtimalde, sınırın aşılmasının kaynağı, meşru savunma sırasında ortaya çıkan astenik etki değil, bilakis faildeki stenik (güçlendirici) etkiden ibarettir⁶⁵. Bu içtihat, failin savunmaya konu saldırıyı kasten tahrik etmesi halinde meşru savunmanın uygulanamayacağı yönündeki kabul ile paraleldir. Meselenin esası, meşru savunmanın şartlarının, savunmada ölçülülük dışında sınırın aşılması açısından da aranmasında yatmaktadır⁶⁶. Yargıtay içtihatlarında da, sanığın, saldırganına karşı özel bir hazırlığın olmayışı, TCK m.27/2'nin tatbiki açısından irdelenmektedir⁶⁷. Buna karşılık saldırıya sebep teşkil eden kusurlu veya provokatif fiili işlemiş olsa dahi, failin meşru savunma hakkının devam ettiği durumlarda, 27 nci maddenin 2 nci fıkrası uygulanabilecektir⁶⁸.

Alman doktrininde buna gerekçe olarak, kusuruluşu kaldıran zorunluluk halini düzenleyen 35 inci maddenin 1 inci fıkrasının 2 nci cümlesinde özel olarak; failin, zorunluluk haline sebebiyet vermemesine ilişkin şartın, meşru savunmada sınırın aşılmasına ilişkin maddede düzenlenmemiş olması gösterilmiştir. Örneğin failin, anlık gelişen sinirle mağdura, meşru savunmaya değer bir saldırıya sebebiyet verme kastı olmaksızın hakaret etmesi üzerine, kişinin öfkelenerek hakaret edene silahla saldırması halinde, hakaret eden kişi meşru savunma ve dolayısıyla meşru savunmada sınırın aşılması hükümlerinden yararlanabilecektir⁶⁹.

V. SONUÇ

Meşru savunmada sınırın aşılmasına ilişkin düzenleme, hukuken korunan bir değeri ihlal eden saldırganına karşı yalnızca savunma amacıyla fiil icra eden kişiyi koruma gayesiyle ihdas edilmiştir.

TCK'nın 27 nci maddesinin 2 nci fıkrası, meşru savunmanın sınırını aşan davranışlar açısından özel norm niteliğindedir. Bu nedenle önce 2 nci fıkranın şartları araştırılacak, sonrasında sınırın kast olmaksızın aşılması veya haksız tahrik hükümleri incelenecektir.

Hükmün tatbiki için, savunmada ölçülülük ilkesi dışında meşru savunmanın bütün şartlarının

attığı, olay anında orada bulunan şahısların araya girmesi üzerine, F. S.'nin olay yerinden uzaklaşıp aracına bindiği, o sırada K.'nin müdüriyette bulunan Valter marka silahı yanına aldığı ve kısa bir süre sonra sanık F. S.'nin lunaparka geri dönüp bağırıp çağırdığı, küfrettiği, seslere dışarı çıkan K. S.'yi lunapark içerisinde kovalamaya başladığı, bu sırada sanık F. S.'nin elinde olayda ele geçmeyen silah olduğunun tanıklar E. İ. ve M.G.'nin beyanlarından anlaşıldığı, yaşanan kovalamaca sonrasında sanık F. S.'nin yorularak K. S.'nin gerisinde kalması üzerine, K. S.'nin lunaparkın dışarısına çıkarak kaçmaya çalıştığı esnada lunaparkın çıkış tarafında bulunan maktul E. E.'nin çelme takarak sanık K. S.'yi düşürdüğü ve üzerine çullandığı, sanık K. S.'nin sırtı yerde olacak şekilde aşağıda, maktul E. E.'nin de yüzü K. S.'ye dönük olacak şekilde üst üste boğuşmaya başladıkları, bu sırada yanlarına gelen F. S.'nin de sanık K. S.'ye tekme attığı ve maktul E. E. ile birlikte sanık K. S.'yi fikir ve eylem birliği içerisinde darp etmeye başladıkları, sanık K. S.'nin boğuşma esnasında üzerine bulunan Adli Emanetin 2019/1011 sırasına kayıtlı silahı ile maktul E. E.'yi sol göğsünden vurduğu, maktul E.'nin sanık K. S.'nin silahından çıkan merminin kalbine isabet etmesi sonucu öldüğü olayda sanığın başka bir bölgeye ateş etme şansı olduğu kabulü ile sanık hakkında haksız tahrik altında kasten öldürme suçundan verilen hüküm onanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz: Yarg. 1 C.D., 23.06.2020 t., 2020/3947 E., 2021/11085 K. Görüldüğü üzere kararda; kendi işyerinde darp edilen, daha sonra tekrar eden saldırı üzerine işyerini bırakıp kaçan ve buna rağmen yakalanarak beton zemin üzerinde nefesini kesecek şekilde üstüne oturulması suretiyle iki kişi tarafından darp edilmeye başlanan sanığın, hiç bir surette kurtulmadığı saldırıya karşı tek el yaptığı atışın, daha dikkatli bir şekilde hedef seçme imkanından bahisle TCK'nın 27 nci maddesinin 2 nci fıkrası kapsamında değerlendirilemeyeceği kabul edilmiştir.

⁶⁵ GROPP, s.302, kn.171; Karara konu olayda kadınları pazarlamakla iştigal eden A. ve B., radikal sağ görüşlü gençlerin geneleve saldırıda bulunacağını haber almışlar buna rağmen polise haber vermek yerine araç içerisinde saldırganları beklemeye başlamışlardır. Kendi yandaşlarıyla ve silahlı olarak hızla yaklaşan maktul, A. tarafından başından vurularak öldürülmüştür. Bkz: BGH 3 StR 356/92, Urteil vom 3. Februar 1993, kn. 4. Ayrıca bkz: FISCHER, s.327, kn.6.

⁶⁶ KINDHÆUSER, s.198, kn.20; GROPP, s.303, kn. 172; KARTAL, s.162; "R. Ali'nin kendisinin haksız eylemi sonucunda başlayan ve R. Ali'nin yaralanmasından da anlaşıldığı üzere yoğun olmayan saldırıyı o anki koşullara göre saldırıyla orantılı biçimde defetmek zorunluluğu içinde olmadığı, bu haliyle meşru savunmada sınırın mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaş sonucu aşıldığının kabul edilemeyeceği, sanığın haksız tahrik altında kasten öldürme suçundan cezalandırılması yerine, hakkında T.C.K.nun 27/2. maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi" Yarg. 1. CD, 17.02.2014, 2012/2660 E, 2014/789 K; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s.612.

⁶⁷ "Sanığın nişanlandığı kız ile ayrılması hususunda sürekli kendisini tehdit eden daha öncede evine gelip bıçakla tehdit eden, olay gecesi 0,35 promil alkol ile evine gelen bıçakla tehdit edip evden ayrılmasına izin vermeyen, boğazını sıkarak maktulü, içinde bulunduğu korku ve endişenin etkisiyle boğazını sıkarak öldürmesinde, sanığın maktul için onu bekleyerek yapmış olduğu özel bir hazırlığın bulunmayışı, yine husumet veya intikam duygusuyla hareket ettiğine dair bir delilin olmayışı, olayın yeri, zamanı sanık ile maktulün kullandığı vasıtalar, yaşları ve fiziki durumları nazara alındığında, sanığın kendisine yönelmiş, gerçekleşen ve tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anki hal ve şartlara göre, saldırıyla orantılı bir şekilde defetme zorunluluğunda bulunmasına rağmen, bu sınırı mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaşla aştığı anlaşıldığı halde (...)" Yarg. 1. C.D., 20.06.2017 t., 2016/5535 E., 2017/2399 K.

⁶⁸ BGHSt 39, 133; BOHLANDER, s.122.

⁶⁹ PERRON/EISELE, kn. 9; EREM, s.30; KARTAL, s.151; ERYILDIZ, s.112.

somut olayda mevcut olması gerekir. Bizim de iştirak ettiğimiz görüşe göre, sınırın zamansal olarak aşılması veya mefruz meşru savunma, m.27/2 kapsamında mütalaa edilemez.

Meşru savunmada sınırın aşılmasının, mazur görülebilecek heyecan, korku veya telaştan kaynaklanıp kaynaklanmadığının tespitinde, failin hareketini gerçekleştirirken içerisinde bulunduğu hal ve şartlar ex ante olarak değerlendirilmelidir. Zira fail açısından haksız saldırının meydana getirdiği korku, telaş heyecan gibi zayıflatıcı etkilerle hareketinin sonuçlarını gerektiği gibi öngörme ve hareketlerini buna göre seçebilme yeteneğinin, somut olayın şartları içerisinde subjektif olarak fail açısından mazur görülebilecek derecede azalıp azalmadığı tartışılmalıdır.

Bu kapsamda kişinin saldırı esnasında, yalnızca saldırı ve savunmada kullanılan vasıtalar arasındaki orantısızlık sebebiyle cezalandırılması yoluna gidilmemelidir. Somut olayda saldırının meydana getirdiği tehlike, failin duyduğu mazur görülebilecek korku, kaygı ve panikle doğru değerlendirilemediği takdirde, failin ölçsüz bir savunma fiili gerçekleştirmesi doğaldır. Zira bu durumda cezanın genel önleme ve özel önleme fonksiyonları da etkisiz hale gelmektedir. Örneğin faili etkisiz hale getirmelerine rağmen failden çok daha güçlü olan ve alkollü saldırganların failin hayati bölgelerine attıkları tekme ve yumruklar karşısında fail, saldırıdan kurtulamayacağını düşünerek silah kullanabilir. Bu durumda fail açısından m.27/2'nin tatbik edilmesi gerekir. Elbette somut olayın özelliklerine göre failin bu tehditten başka türlü kurtulamayacağı ve saldırı ile orantılı olması koşulu ile meşru savunma dahi gündeme gelebilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, salt savunmada kullanılan silahın orantısızlığından bahisle meşru savunmada sınırın aşılmasının tatbikinden kaçınılması gereğidir.

Çalışmada incelediğimiz Yargıtay kararında da vurgulandığı üzere, saldırının seyrinin ne yönde şekilleneceğinin fail tarafından kestirilememesi de dikkate alınmalıdır. Yargıtay içtihatlarında o anki hal ve şartlar kapsamında failin kusurluluğunun değerlendirilmesi gerekliliğine riayet edilmediği müşahade edilmektedir. Meşru savunmada dahi uygulanması gereken bu usul, failin haksız saldırı sebebiyle yaşadığı astenik etkiler değerlendirilirken evleviyetle uygulanmalıdır. İctihatlarda bu konuda daraltıcı yorum yapılmasının gerekçesinin 765 sayılı TCK döneminde 50 nci maddenin uygulamada tercih edilmeyerek haksız tahrik hükümlerine başvurulması şeklindeki uygulamadan kaynaklandığını düşünüyoruz.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- BOHLANDER, Michael: "Guilt and Excusatory Defences" in: Principles of German Criminal Law, Hart Publishing, London, 2009.
- BOZBAYINDIR, Ali Emrah, "Meşru Savunmada Sınırın Aşılması", CHD, (18), 2012.
- DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- EREM, Faruk: Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C. II, 12. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1985.
- ERYILDIZ, H. Sefa: "Alman Ceza Hukuku'nda Meşru Müdafaa Sınırlarının Aşılması", Ceza Hukuku Dergisi, (31), 2016.
- GROPP, Walter: Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Springer, Berlin, 2015.
- Hayat Büyük Türk Sözlüğü, Ed.: Rado, Şevket, İlmî Kontrol: Ergin, Muharrem, Hayat Yayınları, İstanbul, 1970.
- HILGENDORF, Eric/VALERIUS, Brian: Alman Ceza Hukuku Genel Kısım, Çev.: OKTAR, Salih, Ankara, 2021.
- İÇEL, Kayıhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Beta, İstanbul, 2014.
- JÄGER, Christian: Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 2019.
- KARTAL, Melik: Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gerekliklik ve Orantılılık, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2019.
- KINDHÆUSER, Urs, &33 in: Kindhæuser/Neumann/Paeffgen Strafgesetzbuch, C. 1, 5. Baskı, Nomos, Baden-Baden, 2017.
- KINDHÆUSER, Urs: Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2009.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması (TCK. m.27)”, EÜHFD, XI (1-2), 2007.
- KÜHL, Kristian: &33 in: Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Auflage, C.H. Beck, München, 2018.
- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami/KARADENİZ, Serra: Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, Beta, İstanbul, 2017.
- ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Seçkin, Ankara, 2020.
- PERRON, Walter/EISELE, Jörg: &33 in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 30. Auflage, C.H. Beck, München, 2019.
- ŞAHİN, Mehmet: “Yasal (Meşru) Savunmada Sınırın Aşılması”, TBB Dergisi, 76, 2008.
- THOMAS, Fischer: Beck’sche Kurz-Kommentare Strafgesetzbuch, 66. Auflage, C.H. Beck, München, 2019.
- ZAFER, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Beta, İstanbul, 2013.
- WESSELS, Johannes/BEULKE, Werner/SATZGER, Helmut: Strafrecht Allgemeiner Teil, 48. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 2018.