

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**TÜRK CEZA HUKUKUNDA
HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNDE
SINIRIN AŞILMASI**

DOKTORA TEZİ

Nuran HAYDAR ÇELİK

Tez Danışmanı: Prof. Dr. E. Eylem AKSOY RETORNAZ

MAYIS 2025

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**TÜRK CEZA HUKUKUNDA
HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNDE
SINIRIN AŞILMASI**



DOKTORA TEZİ

Nuran HAYDAR ÇELİK

Tez Danışmanı: Prof. Dr. E. Eylem AKSOY RETORNAZ

MAYIS 2025

ÖNSÖZ

“Türk Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Aşılması” isimli bu çalışma, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Programı kapsamında tez olarak hazırlanmıştır. Bu süreçte yanımda olarak desteklerini esirgemeyen pek çok kişiye teşekkür borçluyum.

Öncelikle, çok kıymetli danışman hocam, sayın Prof. Dr. E. Eylem AKSOY RETORNAZ’a, her aşamadaki yapıcı yaklaşımı, düzenli takibi ve ilgisi, cesaretlendirme ve yönlendirmeleri için sonsuz teşekkür ederim. Tüm doktora sürecinin başından sonuna yanımda olmasının ve desteğini hissettirmesinin, sarf ettiği vakit ve emeğin hakkı ödenmez.

Ayrıca, kendisi ile beraber çalışma onuruna da eriştiğim, tez izleme jürimde yer alma nezaketinde bulunan ve tezimin her satırıyla yakinen ilgilenerek donanımından beni mahrum bırakmayan çok değerli hocam sayın Prof. Dr. Dr. h. c. Yener ÜNVER’e de şükranlarımı sunarım.

Yine tez izleme jürimde yer alarak değerli katkılarıyla bana destek olan, suç genel teorisinin bünyemde yerleşmesine vesile olan saygıdeğer hocam sayın Prof. Dr. Vesile Sonay EVİK’e, nazik ve motive edici tutumu ve bana olan güvenini her fırsatta yansıttığı için çok teşekkür ederim.

Değerli vakitlerinden ayırarak savunma jürimde yer alan ve kıymetli incelemeleriyle katkıda bulunan sayın hocalarım Prof. Dr. Pınar MEMİŞ KARTAL ve Doç. Dr. Selman DURSUN’a da sonsuz teşekkürü borç bilirim.

Nuran HAYDAR ÇELİK
Ortaköy, 2024

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	II
KISALTMALAR CETVELİ	VIII
ŞEKİL LİSTESİ	X
TABLO LİSTESİ	XI
RÉSUMÉ	XII
ABSTRACT	XVII
ÖZET	XXII
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNDA HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNDE SINIRIN AŞILMASI

1.1. SINIRIN AŞILMASI KAVRAMINA GENEL BAKIŞ	8
1.1.1. Sınırın Aşılması Terimi ve Tanımlaması	8
1.1.2. Sınırın Aşılması Kavramı	9
1.1.2.1. 5237 Sayılı TCK md. 27/1 Uyarınca Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenlerde Sınırın Aşılması	11
1.1.2.2. 5237 Sayılı TCK md. 27/2 Uyarınca Meşru Savunmada Sınırın Mazur Görülebilecek Heyecan, Korku veya Telaş Nedeniyle Aşılması	14
1.1.3. Sınırın Aşılması Düzenlemesinin Türk Ceza Hukukundaki Tarihi Gelişimi	16
1.1.3.1. Osmanlı Devleti Döneminde	16
1.1.3.2. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu Döneminde	19
1.1.4. Mevzu Kanuni Düzenlemeler	28
1.1.4.1. İtalyan Ceza Hukukunda	28
1.1.4.2. Alman Ceza Hukukunda	34
1.2. TÜRK CEZA HUKUKUNDAKİ CEZA SORUMLULUĞUNU KALDIRAN NEDENLERE GENEL BAKIŞ	37
1.2.1. Genel Olarak Suç Teorisinde Hukuka Aykırılık ve Kusurluluk	39
1.2.2. Hukuka Uygunluk Nedenleri	42
1.2.2.1. Genel Olarak	42
1.2.2.2. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Kanuniliği Meselesi	43
1.2.2.3. Kanunun Hükmünü Yerine Getirme ve Amirin Hukuka Uygun Emrini İfa	47
1.2.2.4. Meşru Savunma	48
1.2.2.4.1. Saldırıya İlişkin Şartlar	50

1.2.2.4.2. Savunmaya İlişkin Şartlar	52
1.2.2.4.3. Savunma İradesi Unsuru	59
1.2.2.5. Hakkın Kullanılması ve Rıza	61
1.2.3. Kusurluluğu Etkileyen Nedenler.....	65
1.2.4. Mazeret Nedenleri.....	68
1.2.4.1. Amirin Hukuka Aykırı Bağlayıcı Bağlayıcı Emrini İfa.....	72
1.2.4.2. Zorunluluk Hali.....	75
1.2.4.3. Cebir ve Tehdit.....	84
1.2.4.4. Meşru Savunmada Sınırın Heyecan, Korku veya Telaş Nedeniyle Aşılması	85
1.2.5. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Şartlarında Hata.....	85
1.2.5.1. Alman Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Şartlarında Hataya Dair İleri Sürülen Teoriler	85
1.2.5.1.1. Kast Teorileri	87
1.2.5.1.2. Katı Kusur Teorisi.....	87
1.2.5.1.3. Suçun Negatif Unsurları Teorisi	88
1.2.5.1.4. Sınırlı Kusur Teorileri	90
i. Saf Sınırlı Kusur Teorisi	90
ii. Hukuki Sonuçları İtibariyle Sınırlı Kusur Teorisi	92
1.2.5.1.5. Karma ve Bağımsız Teoriler	95
1.2.5.2. TCK Çerçevesinde Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Şartlarında Hata.....	95
1.2.5.2.1. Kastın Kalktığını İleri Süren Görüşler	97
i. Suçun Negatif Unsurları Teorisi	97
ii. Sınırlı Kusur Teorisi	98
iii. Hukuki Neticeleriyle Sınırlı Kusur Teorisi.....	101
1.2.5.2.2. Kastın Etkilenmediğini İleri Süren Görüşler	102
i. Fiili Hukuka Uygun Kabul Eden Görüşler	102
ii. Katı Kusur Teorisi	105
1.2.5.2.3. Hatanın Kaçınılmazlığına Göre Ayrım Yapan Görüşler.....	107
1.2.5.2.4. Değerlendirme ve Kanaat.....	108
1.2.5.3. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Tersine Yanılgı	116
1.2.5.3.1. Sübjektif Görüş	116
1.2.5.3.2. Objektif Görüş.....	125
1.2.5.3.3. Değerlendirme ve Kanaat.....	129

İKİNCİ BÖLÜM

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNA GÖRE HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNDE SINIRIN KAST OLMAKSIZIN AŞILMASI DÜZENLEMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ, KAPSAMI VE UYGULANIŞI

2.1. 5237 SAYILI TCK'YA GÖRE HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNDE SINIRIN KAST OLMAKSIZIN AŞILMASI DÜZENLEMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ	132
2.1.1. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Şartlarında Hata.....	133
2.1.1.1. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Şartlarında Hata ve Sınırın Kast Olmaksızın Aşılması	133
2.1.1.2. Örnek Olay Üzerinden Değerlendirme	138

2.1.2. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Sınırlarında Hata	141
2.1.3. Kusurluluğu Etkileyen Neden	144
2.1.4. Haksızlığın Derecesini Etkileyen Neden	152
2.2. 5237 SAYILI TCK MD. 27/1 DÜZENLEMESİNİN UYGULAMA ALANI	156
2.2.1. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde	157
2.2.1.1. Salt Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Uygulanacağı Görüşü	157
2.2.1.2. TCK'da Yer Almayan Hukuka Uygunluk Nedenleri Bakımından ...	161
2.2.2. Kusurluluğu Etkileyen Nedenlerde	162
2.2.3. Değerlendirme ve Kanaat.....	164
2.2.3.1. Bazı Hukuka Uygunluk Nedenlerine Dair Özellik Arz Eden Durumlar	172
2.2.3.2. Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması	176
2.3. 5237 SAYILI TCK MD. 27/1 DÜZENLEMESİNİN OBJEKTİF ŞARTLARI.....	181
2.3.1. Tüm Şartlarıyla Oluşmuş Bir Hukuka Uygunluk Nedeninin Varlığını Kaybetmesi	181
2.3.1.1. Hukuka Uygunluk Nedeninin Doğmaması	185
2.3.1.2. Mevcut Hukuka Uygunluk Nedeninin Şartlarında Yanılma.....	189
2.3.1.3. Hukuka Uygunluk Nedeninin Fail İçin Mevcut Olmaması	193
2.3.1.4. Hukuka Uygunluk Nedeninin Varlığını Kaybetmesi.....	195
2.3.2. Sınır Aşımının Belirli İhtimallere Göre Değerlendirilmesi	197
2.3.2.1. Yoğunlukta Sınır Aşımı.....	197
2.3.2.2. Zamanda Sınır Aşımı	207
2.3.2.2.1. Evvel Zamansal Aşım	209
2.3.2.2.2. Ahir Zamansal Aşım	210
2.3.2.2.3. Önceden Kurulmuş Otomatik Savunma Mekanizmaları	216
2.3.2.3. Mekanda / Kişide Sınır Aşımı.....	222
2.3.2.3.1. Genel Olarak	222
2.3.2.3.2. Yaşam Hakkı ve Vücut Dokunulmazlığına Yönelmeyen Fiiller Bakımından.....	223
2.3.2.3.3. Şahısta Hata (Error in Persona).....	227
2.3.2.3.4. Sapma (Aberratio Ictus).....	229
2.3.2.3.5. Dolaylı Faillik ve Azmettirme Halinde.....	239
2.4. 5237 SAYILI TCK MD. 27/1 DÜZENLEMESİNİN SÜBJEKTİF ŞARTLARI	240
2.4.1. Sınırın Kasten Aşılması	240
2.4.1.1. Kavramsal Sorunlar.....	241
2.4.1.2. Amaçta Aşma Meselesi.....	244
2.4.1.3. Farkında Olmadan Aşma Meselesi	253
2.4.2. Sınırın Taksirle Aşılması	256
2.4.2.1. Taksirli Suçlarda Hukuka Aykırılık.....	261
2.4.2.2. Taksirle Aşma ve Hukuka Uygunluk Nedeninin Maddi Şartlarında Hata.....	269
2.4.2.3. Taksirli Aşım Hükmünün Uygulanamayacağı Diğer Haller.....	275
2.4.2.4. Kusurluluğu Kaldıran Haller.....	279
2.4.3. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar Bakımından	281

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNA GÖRE MEŞRU SAVUNMADA SINIRIN, HEYECAN, KORKU VEYA TELAŞ NEDENİYLE AŞILMASI DÜZENLEMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ, KAPSAMI VE UYGULANIŞI

3.1. 5237 SAYILI TCK'YA GÖRE MEŞRU SAVUNMADA SINIRIN, HEYECAN, KORKU VEYA TELAŞ NEDENİYLE AŞILMASI DÜZENLEMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	291
3.1.1. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata	291
3.1.2. Mücbir Sebep	295
3.1.3. Şahsi Cezasızlık Nedeni.....	297
3.1.4. Kusuru Kaldıran Neden	298
3.1.5. Mazeret Nedeni	302
3.1.6. Cezanın Önleme Amaçlarını Ortadan Kaldıran Neden.....	307
3.2. 5237 SAYILI TCK MD. 27/2 DÜZENLEMESİNİN UYGULAMA ALANI	314
3.2.1. Meşru Savunma Dışındaki Hukuka Uygunluk Nedenleri Bakımından	314
3.2.1.1. Fıkranın Kıyasa Açık Olup Olmadığı Meselesi.....	314
3.2.1.2. Alman Öğretisindeki Değerlendirmeler.....	319
3.2.2. Kusurluluğu Kaldıran Nedenler Bakımından	322
3.3. 5237 SAYILI TCK MD. 27/2 DÜZENLEMESİNİN OBJEKTİF ŞARTLARI.....	324
3.3.1. Tüm Şartlarıyla Oluşmuş Bir Meşru Savunmanın Varlığını Kaybetmesi	324
3.3.1.1. Mefruz Meşru Savunma.....	325
3.3.1.2. Savunma İradesinin Yokluğunda	332
3.3.2. Sınır Aşımının Belirli İhtimallere Göre Değerlendirilmesi	334
3.3.2.1. Yoğunlukta Sınır Aşımı	334
3.3.2.2. Zamanda Sınır Aşımı	342
3.3.2.2.1. Evvel Zamansal Aşım	343
3.3.2.2.2. Ahir Zamansal Aşım	344
i. Genel Olarak Görüşler	344
ii. Değerlendirme ve Kanaat	350
iii. Yüksek Mahkeme Kararlarının Değerlendirilmesi.....	355
3.3.2.2.3. Örselenmiş Kadın Sendromu	363
3.3.2.3. Mekanda / Kişide Sınır Aşımı.....	378
3.3.2.3.1. Genel Olarak	378
3.3.2.3.2. Yaşam Hakkı ve Vücut Dokunulmazlığına Yönelmeyen Fiiller Bakımından.....	378
3.3.2.3.3. Şahısta Hata (Error in Persona).....	380
3.3.2.3.4. Sapma (Aberratio Ictus)	382
3.3.2.3.5. Dolaylı Faillik ve Azmettirme Halinde.....	384
3.4. 5237 SAYILI TCK MD. 27/2 DÜZENLEMESİNİN SÜBJEKTİF ŞARTLARI	385
3.4.1. Kast veya Taksirle Aşım	385
3.4.1.1. Genel Olarak	385
3.4.1.2. Değerlendirme ve Kanaat.....	393
3.4.2. Manevi Unsur Ekseninde TCK md. 27'nin Her İki Fıkrasının Uygulanmasında Kontrol Listesi.....	398
3.4.3. Mazur Görülebilecek Heyecanlar Nedeniyle Aşım	408
3.4.3.1. Karşılaştırmalı Olarak Tanımlar	408
3.4.3.2. Telaş, Korku veya Paniğin İncelenmesi.....	413

3.4.3.2.1. Duyguların Türü.....	413
3.4.3.2.2. Duyguların Belirliliği (Numerus Clausus).....	416
3.4.3.2.3. Duyguların Derecesi	417
3.4.3.2.4. Duygulardan ‘Ötürü’	422
3.4.3.2.5. Duyguların Birlikteliği / Saik Demeti (Motivbündel).....	423
3.4.3.2.6. Duyguların Kaynağı.....	429
3.4.3.2.7. Duyguların Gerçekliği.....	435
3.4.3.2.8. Duyguların Tespiti	443
 SONUÇ	 450
KAYNAKÇA.....	461
ŞEKİLLER.....	494
ÖZGEÇMİŞ	497



KISALTMALAR CETVELİ

AFYM:	Alman Federal Yüksek Mahkemesi (BGH)
AlmCK:	Alman Ceza Kanunu
AlmCMK:	Alman Ceza Muhakemesi Kanunu
AT:	Allgemeiner Teil
AÜHFD:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBF:	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AYM:	Anayasa Mahkemesi
BAU:	Bahçeşehir Üniversitesi
BeckRS:	die Beck'sche Rechtsprechungssammlung
BGH:	Bundesgerichtshof
BGHSt:	Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
Bkz.:	Bakınız
C.D.:	Ceza Dairesi
C.G.K.:	Ceza Genel Kurulu
CHD:	Ceza Hukuku Dergisi
CMK:	Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.:	Çevirmen
ÇÜHFD:	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DEÜ:	Dokuz Eylül Üniversitesi
EBYÜHFD:	Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ERÜHFD:	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ETCK:	765 sayılı (Eski) Türk Ceza Kanunu
EÜHFD:	Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
FSM:	Fatih Sultan Mehmet
GA:	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GH:	Genel Hükümler
H.D.:	Hukuk Dairesi
HKÜHFD:	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HRRS:	Höchst Richterliche Rechtsprechung im Strafrecht
İCK:	İtalyan Ceza Kanunu
İÜHFD:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JA:	Juristische Arbeitsblätter
JR:	Juristische Rundschau
JURA:	Juristische Ausbildung
JuS:	Juristische Schulung
JZ:	Juristen Zeitung
kn.:	Kenar

KriPoZ:	Kriminalpolitische Zeitschrift
Krş:	Karşılaştırınız
Madde:	md.
NJW:	Neue Juristische Wochenschrift
NStZ:	Neue Zeitschrift für Strafrecht
OLG:	Oberlandesgericht
para.:	Paragraf
PVSK:	Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu
RGSt:	Reichsgericht in Strafsachen
RGZ:	Reichsgerichts in Zivilsachen
s.:	Sayfa
SDÜHFD:	Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ss.:	Sayfa aralığı
StR:	Strafrecht
StV:	Strafverteidiger
TAAD:	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB:	Türkiye Barolar Birliği
TBK:	Türk Borçlar Kanunu
TCK:	Türk Ceza Kanunu
TDK:	Türk Dil Kurumu
TMK:	Türk Medeni Kanunu
Y.:	Yargıtay
ZakDR:	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZJS:	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZStW:	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

ŞEKİL LİSTESİ

Şekil 1: Çifte Aşım	494
Şekil 2: Fiil hukuka uygun ve aykırı kısımlara bölünemez	494
Şekil 3: “Doğal Fiil Tekliği”	494
Şekil 4: Sınır aşan hareketin baştan itibaren hukuka aykırılığı	495
Şekil 5: Meşru savunmada sınır aşılmasında bugün geçerli olmayan üçlü ayırım	495
Şekil 6: Meşru savunmada sınırın aşılmasında güncel ayırım	495
Şekil 7: Meşru savunmada sınırın aşılmasına ilişkin ihtimaller	496

TABLO LİSTESİ

Tablo 1: Sübjektif Unsur Eksikliği ve Teşebbüs	119
Tablo 2: İki Fıkranın Uygulanmasında Kontrol Listesi	406



RÉSUMÉ

En droit pénal, la décriminalisation de l'acte par des raisons de justification ou la prévention de l'imputation de faute par des motifs d'excuse n'est possible que si le coupable agit dans les limites des raisons pertinentes. Si ces limites, que la loi a tracées séparément pour chaque raison, sont dépassées, en règle générale, le coupable ne peut pas bénéficier de la raison pertinente. L'article 27 du TPC prévoit une exception à cette règle pour certains cas et sous certaines conditions. Le premier paragraphe de l'article réglemente les cas de négligence dans les "raisons qui écartent la responsabilité pénale" et le deuxième paragraphe réglemente les cas de dépassement de la limite basé sur l'excitation, la peur ou la panique en légitime défense.

Cette étude vise à déterminer la qualification juridique des dispositions de l'article 27 du TPC et les conditions de leur application. Au cours du processus de préparation de la thèse, de nombreux articles, thèses, monographies et autres travaux scientifiques écrits dans le domaine du droit pénal turc et comparé ont été utilisés. De même, les codes pénaux abrogés et actuels ainsi que les rapports, avis, communiqués et commentaires relatifs à la phase préparatoire de ces codes ont été examinés en tant que sources normatives sur le dépassement des limites (des raisons de justification), et également les textes originaux et commentaires des codes précédents ont été consultés. La jurisprudence de la Cour de cassation turque et de la Cour suprême fédérale allemande a été examinée afin de déterminer comment le dépassement des limites (des raisons de justification) est traité dans la pratique du droit pénal. Les informations obtenues de tout cela ont été évaluées sur l'axe de la théorie normative de la faute adoptée en droit pénal turc, de manière comparative et en utilisant les opinions controversées dans la doctrine, et une réponse a été recherchée à chaque question qui doit être résolue sur l'axe de la question principale. Ensuite, l'opinion personnelle est expliquée et des suggestions de solution sont présentées.

Le premier chapitre de l'étude, composé de trois chapitres principaux, est consacré à l'introduction de l'article 27 du TPC et à l'identification de la place de la réglementation dans le droit pénal substantiel en général, tandis que le deuxième chapitre est consacré à la nature juridique, à la portée et aux conditions d'application du premier paragraphe, et le troisième chapitre à la nature juridique, à la portée et aux conditions d'application du deuxième paragraphe.

Dans la première partie du premier chapitre, le concept de dépassement des limites est défini en analysant le développement historique du concept en droit pénal turc, les dispositions actuelles et les réglementations précédentes sur lesquelles elles sont citées. En conséquence, la limite est le dernier point auquel chacune des conditions des raisons qui écartent la responsabilité pénale peut atteindre, la ligne de limite des conditions.

Le premier paragraphe de l'article 27 du TPC régleme le dépassement des limites des "raisons qui écartent la responsabilité pénale". Cette situation nécessite la détermination des points où les raisons de justification et d'excuse divergent fondamentalement et dans quel groupe les raisons réglementées par la loi tombent. Ces déterminations seront nécessaires lors de l'identification de la nature juridique et de la portée du paragraphe. De même, puisque le dépassement de la limite des raisons susmentionnées est le sujet principal de l'étude, les conditions des raisons pertinentes devraient être présentées de manière générale afin de savoir où ces limites sont tracées. Pour cette raison, dans la deuxième partie, les notions d'illégalité et de culpabilité sont discutées, et les raisons de justification et les raisons d'excuse sont brièvement examinées. En conséquence, conformément à la théorie normative de la faute adoptée par le TPC, les éléments de l'infraction sont divisés en deux, comme la typicité et l'illégalité, tandis que la culpabilité est exclue des éléments en tant que jugement de condamnation qui amène le coupable à être puni après la détermination de l'injustice.

Dans cette section, il était également nécessaire de mettre l'accent sur la question de l'erreur dans les conditions matérielles des raisons de justification, car certains avis dans la doctrine évaluent les paragraphes de l'art. 27 du TPC de cette manière et l'opinion à adopter se répandra à de nombreux autres titres dans la thèse. Face à la disposition claire du TPC, l'erreur dans les conditions matérielles des raisons de justification n'affecte pas l'intention, écarte la faute si elle est inévitable et la réduit si elle peut être évitée. Cependant, en cas d'erreur évitable, l'absence d'une réglementation de peine équitable peut être considérée comme une lacune dans la loi et une analogie peut être faite avec l'art. 30/1 uniquement en termes de peine.

Dans ce contexte, il a d'abord été jugé nécessaire d'examiner les éléments subjectifs des causes de justification, car il convient de déterminer à quel moment une telle cause peut être considérée comme pleinement constituée afin d'évaluer si ses limites ont été dépassées. À l'issue de notre analyse, menée à la lumière des opinions divergentes, nous sommes parvenus à la conclusion que les causes de justification ne comportent pas d'élément subjectif, que la conscience de l'illicéité relève non pas de l'illicéité elle-même mais de la culpabilité, et que l'auteur doit pouvoir bénéficier d'une cause de justification objectivement réalisée, même s'il n'en avait pas connaissance.

Dans la première partie du deuxième chapitre, la nature juridique et les fondements de l'art. 27/1 du TPC ont été présentés, en tenant compte des avis dans la doctrine. À la suite des examens effectués à ce stade, il a été conclu que le premier paragraphe est une raison qui réduit l'injustice, sur la base du fait que l'existence d'une raison de justification ne peut être acceptée pour affecter la faute du coupable en elle-même, et que si une raison affecte la faute, les crimes intentionnels ne devraient pas être exclus à cet égard. Les raisons pour lesquelles la disposition n'est pas une réglementation d'erreur sont également expliquées ici. Dans la deuxième partie, étant donné qu'il ne serait pas cohérent d'appliquer une raison qui réduit l'injustice en termes de raisons affectant la faute qui n'ont aucun effet sur l'injustice, l'art. 27/1 devrait être limité uniquement aux raisons de justification.

Dans la troisième partie, les conditions objectives de l'art. 27/1 du TPC sont examinées sous des titres séparés respectivement. Comment comprendre l'existence d'une raison de justification à dépasser est présenté, puis comment la limite peut être dépassée en termes de proportionnalité, de temps et de personne de la raison pertinente et les situations qui sont spéciales dans ces matières sont analysées. En conséquence, une raison de justification est réputée établie si toutes les conditions ont été remplies, et seulement dans ce cas, peut-on parler du dépassement de la limite. Cependant, puisque l'acte de dépassement d'une limite est réalisé en ne respectant pas une condition, il n'y a plus de raison de justification. Il s'agit d'une évaluation commune concernant les limites de toutes les conditions.

De plus, en cas de dépassement négligent des raisons de justification, en règle générale, le dépassement des limites de proportion, de temps et de personne est possible, et les auteurs qui dépassent les limites de ces conditions devraient bénéficier de la réduction de peine dans le premier paragraphe. Il n'y a pas de différence dans la formulation et la logique de la loi que le coupable dépasse la proportionnalité ou d'autres limites. L' "absence ou la cessation de la raison de justification" en termes de temps ou de personne est également valable pour le dépassement de la proportionnalité et ne constitue pas une différence. Tant qu'une raison de justification réelle est pleinement établie et que le coupable dépasse négligemment la limite (quelle qu'elle soit), l'application de la disposition ne peut être refusée.

Dans cette section, il est souligné que l'art. 30/3 et l'art. 27/1 du TPC ne peuvent pas être concurrents et ne peuvent pas être appliqués ensemble, car l'intention persiste dans l'erreur dans les conditions matérielles des raisons de justification. En tant que point important, la situation où le coupable dépasse la limite en plus de son erreur est conceptualisée avec le terme "double dépassement" et dans ce cas, il est déterminé que le coupable sera considéré comme s'il était en dehors de la raison de justification et ne bénéficiera pas de la disposition.

La quatrième partie du premier chapitre examine comment le dépassement intentionnel et négligent peut être mis à l'ordre du jour en termes du premier paragraphe, souligne la différence de cette disposition par rapport à l'erreur, et discute le dépassement qui se produit sous forme de crime aggravé en raison de ses conséquences. Puisque la clause n'est pas une réglementation d'erreur, la "négligence" dans la disposition fait référence à l'élément moral de la typicité. Le dépassement de la limite d'une raison de justification, c'est-à-dire la dernière limite de l'une quelconque de ses conditions, en ne faisant pas preuve de suffisamment de soin et d'attention, définit l'erreur. Le coupable qui commet une erreur dans les conditions matérielles d'une raison de justification agit avec intention.

Par conséquent, qu'il s'agisse de l'ensemble d'une cause de justification ou de l'une de ses conditions, l'article 27, alinéa 1, du Code pénal ne peut être appliqué en cas d'erreur. La négligence (culpa) constitue l'élément intentionnel uniquement pour les infractions commises par dépassement des limites. Comme il n'existe pas d'autre définition dans la loi et que l'erreur concernant les conditions matérielles des causes

de justification ne réduit pas l'intention (dolus) à la négligence, ce concept doit être abordé dans son sens technique. De même, le dépassement intentionnel ne peut être limité aux cas où les limites de la cause de justification sont dépassées dans un but autre que la « volonté d'agir légalement ». En effet, ce « autre but » ne peut être expliqué que par la conscience de l'illicéité, qui n'est pas un élément de l'intention, si bien que la présence de l'intention n'est pas affectée en son absence. Que cela concerne les moyens ou la méthode, ou qu'il se manifeste sous forme d'erreur, dans tout cas de dépassement avec intention, l'auteur ne peut bénéficier de l'atténuation correspondante.

Pour parler d'un crime aggravé, le crime de base doit être illégal. Si le coupable cause une conséquence non intentionnelle à la suite de son action intentionnelle mais mesurée, puisque cette action intentionnelle est conforme à la loi, le crime aggravé ne peut pas être mentionné ici. D'autre part, si le résultat est basé sur la défense imprudente du coupable, la peine du coupable pour négligence est réduite selon le premier paragraphe. Ici, il y a une relation d'unité d'action comme dans l'agrégation conceptuelle entre l'acte mesuré, intentionnel et licite et l'acte imprudent et illicite dès le départ, qui se manifeste sous forme de conséquence prévisible résultant de la violation du devoir de diligence.

Dans la première partie du troisième et dernier chapitre, la nature juridique de l'art. 27/2 et ses fondements sont examinés, en particulier en comparaison avec les discussions en droit allemand, le pays d'origine de la disposition précédente, et il est déterminé que la disposition incarne une raison d'excuse dans laquelle l'injustice et la culpabilité sont réduites ensemble. Le fait que le coupable soit soumis à une attaque injustifiée et que la victime du dépassement soit principalement responsable de cette injustice et de l'éveil qui réduit la culpabilité du coupable constituent les fondements de cette qualité. Sur ces bases, dans la deuxième partie, en tenant compte du fait que la disposition est basée sur les caractéristiques spécifiques à la légitime défense, il est conclu que la volonté consciente et claire du législateur doit être suivie et que le paragraphe ne doit être appliqué que dans les cas de dépassement des limites en légitime défense.

Dans la troisième partie, tout d'abord, les cas de dépassement des limites de la légitime défense putative sont examinés en termes de "l'existence de légitime défense" comme première condition de l'art. 27/2 du TPC. Ensuite, il est souligné en termes de deuxième paragraphe que le dépassement des limites ne doit pas être lu comme limité à outrepasser la proportion. Tant que l'état de légitime défense est présent sans aucune erreur, il a été révélé que le dépassement de la limite dans le temps peut également être excusé dans le cadre du paragraphe. La question du syndrome de la femme battue a également été abordée dans le cadre du dépassement de la limite de temps en légitime défense, mais l'action du coupable n'a pas été excusée car elle s'est produite lorsqu'il n'y avait pas d'état de légitime défense.

D'autre part, puisque l'une des bases principales de la disposition, qui est une raison d'excuse, est la victimisation de l'agresseur qui est principalement responsable de l'attaque injustifiée et des émotions qui en découlent, et puisque en cas de

dépassement dans la personne, la victime non-agresseur sera victime de l'acte du coupable, il a été déterminé qu'un tel dépassement ne pouvait pas être excusé.

Dans la dernière partie du troisième chapitre, les possibilités pour le coupable de dépasser la limite intentionnellement ou par négligence et consciemment ou inconsciemment ont été évaluées en termes de dépassement de la limite basé sur l'excitation, la peur ou la panique en légitime défense. Puisque la disposition donne lieu à une raison d'excuse et que sa formulation n'impose pas de limite, elle devrait également être appliquée en cas de dépassement intentionnel. De plus, puisque le dépassement en question n'est pas nécessairement dépassé sans savoir ou par erreur, le coupable devrait être excusé dans les cas où aucune erreur ne peut lui être attribuée, même si le coupable est conscient.

Ensuite, les émotions pertinentes sont définies de manière comparative, il est expliqué que ces émotions sont limitées en nombre, que le paragraphe ne peut être appliqué que s'elles sont à un degré excusable, et qu'il n'y a aucun inconvénient à leur coexistence avec d'autres émotions. Enfin, il a été déterminé que les cas où ces émotions surviennent à la suite de l'attaque causée par la faute du coupable ou du droit de veto de la tierce personne attaquée dans les défenses faites en leur faveur ne constitueront pas un obstacle à l'existence de la légitime défense et donc l'excuse de la personne qui dépasse les limites en raison de ces émotions.

ABSTRACT

In criminal law, the decriminalization of the act by justification reasons or the prevention of the imputation of fault by reasons of excuse is possible only if the perpetrator acts within the limits of the relevant reasons. If these limits, which the law has drawn separately for each reason, are exceeded, as a rule, the perpetrator cannot benefit from the relevant reason. Article 27 of the TPC (Turkish Penal Code) provides an exception to this rule for certain cases and under certain conditions. The first paragraph of the article regulates the cases of negligence in 'reasons that remove criminal responsibility' and the second paragraph regulates the cases of exceeding the limit based on excitement, fear or panic in self-defense.

This study aims to determine the legal qualification of the provisions of Article 27 of the TPC and the conditions of their application. During the preparation process of the thesis, many articles, theses, monographs and other scientific works written in the field of Turkish and comparative criminal law were utilized. Likewise, the abrogated and current penal codes and the reports, opinions, communiqués and commentaries related to the preparatory phase of these codes have been examined as normative sources on exceeding the limits (of justification reasons), and also the original texts and commentaries of the precedent codes have been consulted. The jurisprudence of the Turkish Court of Cassation and the German Federal Supreme Court has been reviewed in order to determine how exceeding the limits (of justification reasons) is handled in criminal law practice. The information obtained from all of these has been evaluated on the axis of the normative theory of fault adopted in Turkish criminal law, comparatively and by making use of the controversial opinions in the doctrine, and an answer has been sought to each question that needs to be solved on the axis of the main issue. Subsequently, the personal opinion is explained and solution suggestions are presented.

The first chapter of the study, which consists of two main chapters, is devoted to the introduction of Article 27 of the TPC and the identification of the place of the regulation in the substantive criminal law in general, while the second chapter to the legal nature, scope and conditions of application of the first paragraph, and the third chapter to the legal nature, scope and conditions of application of the second paragraph.

In the first part of the first chapter, the concept of exceeding the limits is defined by analyzing the historical development of the concept in Turkish criminal law, the current provisions and the precedent regulations from which they are cited. Accordingly, the limit is the last point that each of the conditions of the reasons that remove criminal responsibility can reach, the limit line of the conditions.

The first paragraph of Article 27 of the TPC regulates the exceeding of the limits of 'reasons that remove criminal responsibility'. This situation necessitates the determination of the points where the justification and excuse reasons fundamentally diverge and in which group the reasons regulated in the law fall. These determinations will be needed when identifying the legal nature and scope of the paragraph. Again, since exceeding the limit of the said reasons is the main subject of the study, the conditions of the relevant reasons should be shown in general in order to know where these limits are drawn. For this reason, *in the second part*, the notions of illegality and culpability are discussed, and the justification reasons and the reasons for excuse are briefly examined. Accordingly, in accordance with the normative theory of fault adopted by the TPC, the elements of the crime are divided into two as typicality and illegality, while culpability is excluded from the elements as a judgment of condemnation that causes the perpetrator to be punished after the determination of the injustice.

In this section, it was also necessary to emphasize the issue of error in the material conditions of justification reasons due to the fact that some opinions in the doctrine evaluate the paragraphs of Art. 27 of the TPC in this way and the opinion to be adopted will spread to many other titles in the thesis. In the face of the clear provision of the TPC, the error in the material conditions of justification reasons does not affect the intent, removes the fault if it is unavoidable, and reduces it if it can be avoided. However, in case of an avoidable mistake, the absence of an equitable penalty regulation may be considered as a gap in the law and an analogy may be made to Art. 30/1 only in terms of punishment.

In this context, it was deemed necessary to examine the subjective elements of justifying grounds, as it must be determined when such a ground can be considered to have been fully constituted in order to assess whether its limits have been exceeded. Based on our evaluation, in which we considered opposing views, we have reached the conclusion that justifying grounds do not contain a subjective element, that the awareness of unlawfulness pertains not to the unlawfulness but to the culpability of the act, and that the perpetrator should benefit from an objectively established justifying ground even if they were not aware of its existence.

In the first part of the second chapter, the legal nature and grounds of Art. 27/1 of the TPC were put forward, taking into account the opinions in the doctrine. As a result of the examinations made at this point, it has been concluded that the first paragraph is a reason that reduces the injustice, based on the fact that the existence of a justification reason cannot be accepted to affect the fault of the perpetrator in itself, and that if a reason affects the fault, intentional crimes should not be excluded in this regard. The reasons why the provision is not a mistake regulation are also explained here. *In the second part*, since it would not be consistent to apply a reason that reduces injustice in terms of reasons affecting fault that have no effect on injustice, Art. 27/1 should be limited only to justification reasons.

In the third part, the objective conditions of Article 27/1 of the TPC are examined under separate headings respectively. How the existence of a justification

reason to be exceeded should be understood is presented, and then how the limit can be exceeded in terms of the proportionality, time and person conditions of the relevant reason and the situations that are special in these matters are analyzed. Accordingly, a justification reason is deemed to have been established if all conditions have been met, and only in this case can we speak of exceeding the limit. However, since the act of exceeding a limit is realized by not complying with a condition, there is no longer a justification reason. This is a common assessment regarding the limits of all conditions.

In addition, in negligent exceeding of justification reasons, as a rule, exceeding the proportion, time and person limits are possible, and the perpetrators who exceed the limits of these conditions should benefit from the sentence reduction in the first paragraph. There is no difference in the wording and logic of the law whether the perpetrator exceeds the proportionality or other limits. The 'absence or cessation of justification reason' in terms of the time or person conditions is also valid for exceeding the proportionality and does not indicate a difference. As long as a real justification reason is fully established and the perpetrator negligently exceeds the (whichever) limit, the application of the provision cannot be refused.

In this section, it is emphasized that Art. 30/3 and Art. 27/1 of the TPC cannot compete and cannot be applied together, since intent persists in the mistake in the material conditions of justification reasons. As an important point, the situation where the perpetrator exceeds the limit on top of his mistake is conceptualized with the term 'double exceeding' and in this case, it is determined that the perpetrator will be considered as if he is outside the justification reason and will not benefit from the provision.

The fourth part of the second chapter examines how intentional and negligent exceeding can be brought to the agenda in terms of the first paragraph, emphasizes the difference of this provision from mistake, and discusses the exceeding that occurs in the form of an aggravated crime due to its consequences. Since the clause is not a mistake regulation, 'negligence' in the provision refers to the moral element of typicality. Exceeding the limit of a justification reason, i.e. the last limit of any of its conditions, by not being careful and attentive enough, defines error. The perpetrator who makes a mistake in the material conditions of a justification reason acts with intention.

Therefore, whether the mistake concerns the entirety of a justification ground or any of its conditions, Article 27(1) of the Penal Code cannot be applied in cases of error. Negligence (culpa) constitutes the mental element only for offenses committed by exceeding the limits. Since there is no other definition in the law and errors regarding the material elements of justification grounds do not reduce intent (dolus) to negligence, the concept must be addressed in its technical meaning. Similarly, intentional exceeding (dolus) cannot be limited solely to cases where the limits of the justification ground are exceeded for a purpose other than the 'will to act lawfully.' Indeed, such "other purpose" can only be explained by the awareness of wrongfulness, which is not an element of intent, so the presence of intent is not affected if it is lacking. Whether related to the means or method, or whether

manifested as an error, in any case of exceeding where intent is present, the perpetrator cannot benefit from the relevant mitigation.

In order to speak of an aggravated crime, the basic crime must be unlawful. If the perpetrator causes an unintended consequence as a result of his intentional but measured action, since this intentional action is in accordance with the law, the aggravated crime cannot be mentioned here. On the other hand, if the result is based on the perpetrator's careless defense, the punishment of the perpetrator for negligence is reduced according to the first paragraph. Here, there is a relationship of unity of action such as in conceptual aggregation between the measured, intentional and lawful act and the negligent and illegal act from the beginning, which occurs in the form of a foreseeable consequence as a result of violation of the duty of care.

In the first part of the third and final chapter, the legal nature of Art. 27/2 and its grounds are examined, particularly in comparison with the discussions in German law, the country of origin of the precedent provision, and it is determined that the provision embodies a reason for excuse in which the injustice and culpability are reduced together. The fact that the perpetrator is subjected to an unjustified attack and that the victim of the excess is primarily responsible for this injustice and for the arising of the excitement that reduces the culpability of the perpetrator constitute the foundations of this quality. Based on these grounds, *in the second part*, taking into account the fact that the provision is based on the characteristics specific to legitimate defense, it is concluded that the conscious and clear will of the legislator should be followed and the paragraph should be applied only in cases of exceeding the limits in legitimate defense.

In the third part, firstly, the cases of exceeding the limits of putative legitimate defense are examined in terms of 'the existence of legitimate defense' as the first condition of Article 27/2 of the TPC. Then, it is emphasized in terms of the second paragraph that exceeding the limits should not be read as limited to overstepping the proportion. As long as the state of legitimate defense is present without any error, it has been revealed that exceeding the limit in time can also be excused within the scope of the paragraph. The issue of the battered woman syndrome was also addressed within the framework of exceeding the time limit in self-defense, but the perpetrator's action was not excused because it occurred when there was no state of self-defense.

On the other hand, since one of the main bases of the provision, which is a reason for excuse, is the victimization of the aggressor who is primarily responsible for the unjust attack and the emotions arising from it, and since in case of excess in the person, the non-aggressor will be victimized by the act of the perpetrator, it has been determined that such excess cannot be excused.

In the last part of the third chapter, the possibilities of the perpetrator exceeding the limit intentionally or negligently and consciously or unconsciously were evaluated in terms of exceeding the limit based on excitement, fear or panic in self-defense. Since the provision gives rise to a reason for excuse and its wording

does not impose a limit, it should also be applied in case of intentional overstepping. In addition, since the exceedance in question is not necessarily exceeded unknowingly or mistakenly, the perpetrator should be excused in cases where no error can be attributed to him, even if the perpetrator is conscious.

Subsequently, the relevant emotions are defined comparatively, it is explained that these emotions are limited in number, that the paragraph can only be applied if they are to an excusable degree, and that there is no harm in their coexistence with other emotions. Finally, it has been determined that the cases where these emotions occur as a result of the attack caused by the fault of the perpetrator or the veto power of the attacked third person in the defenses made in favor of them will not constitute an obstacle to the existence of legitimate defense and therefore the excuse of the person who exceeds the limits due to these emotions.



ÖZET

Ceza hukukunda hukuka uygunluk nedenlerinin fiili suç olmaktan çıkarması veya mazeret nedenlerinin kusur isnadını tamamen veya kısmen engellemesi, failin ilgili nedenlerin sınırları içerisinde davranması ile mümkündür. Kanunun her bir neden için ayrı ayrı çizdiği bu sınırların aşılması halinde ise kural olarak fail ilgili nedenden ya hiç yararlanamaz, ya da yararlanması son derece kısıtlı bir ölçüde mümkün olur. İşte TCK md. 27, bu kurala belirli hallere mahsus olmak üzere ve belirli şartlarla istisna getirmiştir. Maddenin ilk fıkrası ‘ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde’ taksirle, ikinci fıkrası ise meşru savunmada heyecan, korku veya telaşa dayalı olarak sınırın aşılması hallerini düzenlemektedir.

Bu çalışma, TCK md. 27 hükümlerinin hukuki niteliklerinin ve buna bağlı olarak uygulanma şartlarının tayin edilmesi amacıyla yapılmıştır. Tezin hazırlık sürecinde Türk ve karşılaştırmalı ceza hukuku alanında kaleme alınmış pek çok makale, tez, monografi ve diğer bilimsel eserlerden yararlanılmıştır. Keza sınırın aşılmasına dair normatif kaynaklar olarak, mülga ve meri ceza kanunları ve bunların hazırlık aşamasına ilişkin raporlar, görüş ve tebliğler ile şerhler incelenmiş, yine mehz kanunların orijinal metinleriyle beraber yorumlu şerhlerine başvurulmuştur. Ceza hukuku uygulamasında sınırın aşılmasının nasıl ele alındığını tespit için, Türk Yargıtayı ve Alman Federal Yüksek Mahkemesi içtihatları taranmıştır. Tüm bunlardan edinilen bilgiler, Türk ceza hukukunda ağırlıklı olarak benimsenmiş normatif kusur teorisi ekseninde, karşılaştırmalı olarak ve öğretilerdeki tartışmalı görüşlerden de yararlanarak değerlendirilmiş ve ana konu çerçevesinde çözülmesi gereken her bir soruya yanıt aranmıştır. Bunun akabinde şahsi kanaat izah edilerek çözüm önerileri sunulmuştur.

Üç ana bölümden oluşan çalışmanın ilk bölümü TCK md. 27’nin genel olarak açıklanması ve düzenlemenin maddi ceza hukukundaki yerinin teşhisine, ikinci bölüm ilk fıkranın hukuki nitelik, kapsam ve uygulanma şartlarına, üçüncü bölüm ise ikinci fıkranın hukuki nitelik, kapsam ve uygulanma şartlarına ayrılmıştır.

Birinci bölümün ilk kısmında sınırın aşılması kavramı, kavramın Türk ceza hukukundaki tarihsel gelişimi, güncel hükümler ve alıntılıandıkları mehz düzenlemeler de incelenerek tanımlanmıştır. Buna göre; maddi ceza hukuku ve eldeki tez çalışması bakımından sınır, her bir ceza sorumluluğunu kaldıran neden bakımından, bu nedenin yayılabileceği alanın bitişini belirleyen farazi çizgidir. Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerin varlıkları ve kapsamları da kendi şartlarına riayet uyarınca belirlendiğinden, çalışma konusu gereği aşılmasından söz edilen sınırlar, ilgili nedenin şartlarının her birinin varabileceği son noktayı ifade eder. Örneğin zaman şartı bakımından son an, ölçü şartı bakımından en yoğun hal, mekan şartı bakımından en dış alan birer sınırdır. Öyle ki bu sınırların ötesinde artık fail, ceza sorumluluğunu kaldıran nedenden yararlanamaz. Aşmak ise, bir şeyin dahilindeyken haricine çıkmayı, bir süreç, durum ya da olguyu geride bırakmayı, onun ötesine

geçmeyi ifade eder. Bu durumda ceza hukukunda sınırın aşılması özetle, ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerinin şartlarının ötesine geçilmesi olarak tanımlanabilir.

TCK'nın 27. maddesinin ilk fıkrası, 'ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde' sınırın aşılmasını düzenlemiştir. Bu durum, hukuka uygunluk ve mazeret nedenlerinin temelde ayrıştığı noktaların ve kanunda düzenlenen nedenlerin hangi grupta yer aldığının belirlenmesini gerekli kılmaktadır. Zira fıkranın hukuki niteliği ve kapsamı tayin edilirken bu belirlemelere ihtiyaç duyulacaktır.

Yine, söz konusu nedenlerde sınırın aşılması çalışmanın ana konusu olduğundan, bu sınırların nasıl çizildiğini bilmek için de ilgili nedenlerin şartları genel olarak gösterilmelidir. Bu nedenle *ikinci kısımda* hukuka aykırılık ve kusurluluk kavramları ele alınarak, kanunda yer verilen hukuka uygunluk ve mazeret nedenleri kısaca incelenmiştir. Bize göre suçun unsurları; tipe uygunluk ve hukuka aykırılık olarak ikiye ayrılmakta, kusurluluk ise haksızlığın tespitinden sonra failin ceza almasına neden olan kınama yargısı olarak unsurlar dışında bulunmaktadır.

Bu kısımda ayrıca, öğretilerde kimi görüşlerin TCK md. 27 fıkralarını bu şekilde değerlendirmesi ve benimsenecek görüşün tez içerisindeki diğer pek çok başlığa sirayeti sebebiyle hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata konusu üzerinde durulması gerekmiştir. TCK'nın açık hükmü karşısında görüşümüzce hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarındaki hata kastı etkilemez, kaçınılmazsa kusuru kaldırır, kaçınılabiliirse ise azaltır. Her ne kadar madde gerekçesinde ve doktrinde kaçınılabili hata halinin temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacağı dile getirilmekteyse de, TCK 61 ve 62'deki hükümlerin, hakkaniyete uygun münferit birer ceza düzenlemesi teşkil etmemesi de göz önünde bulundurularak hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında yalnızca kaçınılabili hata halinde ve sadece cezalandırma bakımından md. 30/1'e kıyas yapılabileceği sonucuna ulaşılmıştır.

Burada son olarak, bir hukuka uygunluk nedeninin sınırının aşılmasından söz edilebilmesi için öncelikle ne zaman tam manada teşekkül ettiğinin tespit edilmesi gerektiğinden bu nedenlerin sübjektif unsurları meselesinin irdelenmesine ihtiyaç duyulmuştur. Karşılıklı görüşleri ortaya koyarak yaptığımız değerlendirmeler neticesinde edindiğimiz kanaat; hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsur içermediği, haksızlık bilincinin haksızlığın değil, kusurun bir unsuru olduğu ve fail haberdar olmasa da objektif olarak oluşmuş hukuka uygunluk nedeninden yararlandırılması gerektiği yönündedir.

İkinci bölümün ilk kısmında, TCK md. 27/1'in hukuki niteliği ve dayanakları, öğretilerdeki görüşler de dikkate alınarak ortaya konmuştur. Bu noktada yapılan incelemeler neticesinde, hükmün objektif düzenlenişi, hukuka uygunluk nedeninin varlığının başlı başına failin kusurunu etkilediği kabul edilemeyeceğinden ve eğer bir neden kusuru etkileyecekse, bunda kastlı suçların dışlanmaması gerektiğinden hareketle ilk fıkranın haksızlığı azaltan bir neden olduğu sonucuna varılmıştır. Burada hükmün neden bir hata düzenlemesi olmadığı da gerekçeleriyle izah edilmiştir. *İkinci kısımda*, haksızlığı azaltan bir nedenin, haksızlık üzerinde etkisi

olmayan kusuru etkileyen nedenler bakımından uygulanması tutarlı olmayacağından md. 27/1 sadece hukuka uygunluk nedenlerine hasredilmesi gerektiği ortaya konmuştur.

Üçüncü kısımda, TCK md. 27/1'in objektif şartları, ayrı başlıklar altında sırasıyla incelenmiştir. Sınırı aşılmış bir hukuka uygunluk nedeninin mevcudiyetinin nasıl anlaşılması gerektiği ortaya konmuş, ardından ilgili hukuka uygunluk nedeninin ölçülülük, zaman ve kişi şartları bakımından sınırın nasıl aşılabileceği ve bu konularda özellik arz eden durumlar irdelenmiştir. Buna göre bir hukuka uygunluk nedeni tüm şartları vuku bulmuşsa oluşmuş sayılır ve ancak bu halde sınır aşılmasından söz edilebilir. Ancak sınırı aşma fiili bir şarta riayet edilmeyerek gerçekleştiğinden aşım ile beraber artık ortada hukuka uygunluk nedeni kalmamıştır. Bu, bütün şartların sınırlarına ilişkin ortak bir değerlendirmedir.

Ayrıca, hukuka uygunluk nedenlerinin taksirle aşılmasında, kural olarak oranda, zamanda ve mekân veya kişide aşım lar mümkündür ve bu şartların sınırında aşım yapan failer ilk fıkradaki indirimden yararlanmalıdır. Failin oran ya da diğer sınırları aşmasında kanunun lafzı ve mantığı bakımından bir fark yoktur. Zaman veya kişi şartı bakımından 'ortada bir hukuka uygunluk nedeninin olmaması' veya sona ermesi, oranda aşım için de geçerli olup bir farklılığa işaret etmez. Gerçek bir hukuka uygunluk nedeni tam manasıyla teşekkül ettiği ve fail de sınırı taksirle aştığı müddetçe hükmün uygulanması reddedilemez.

Bu kısımda yeri geldikçe hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hatada kast sürdüğünden, TCK md. 30/3 ve md. 27/1'in yarışamayacakları ve beraber uygulanamayacakları üzerinde durulmuştur. Önemli bir nokta olarak, failin hatası üzerine bir de sınır aşması hali 'çifte aşım' tabiriyle kavramsallaştırılmış ve bu durumda failin hukuka uygunluk nedeni dışındaymış gibi sayılacağı ve hükümden yararlanamayacağı belirlenmiştir.

İkinci bölümün dördüncü kısmında, ilk fıkra bakımından kasten ve taksirle aşmanın nasıl gündeme gelebileceği incelenmiş, bu hükmün bilhassa hatadan farkı üzerinde durulmuş ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç şeklinde vuku bulan aşım lar ele alınmıştır. Fıkra bir hata düzenlemesi olmadığından, hükümde geçen 'taksir' tipikliğin manevi unsuruna atıf yapmaktadır. Kanundaki tanım uyarınca taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, suçun kanuni tanımındaki neticesinin öngörülemez olarak gerçekleştirilmesini ifade eder. Taksirle işlenen fiiller, kanunda açıkça ve kastli hallerinden ayrıca suç olarak düzenlendikleri takdirde cezalandırılabilirler. Bir hukuka uygunluk nedeninin sınırında, yani herhangi bir şartının son haddinde, yeterince dikkatli ve özenli davranmayarak aşım yapmak hatayı tarif eder. Bir hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hata yapan fail ise, tarafı olduğumuz görüşe göre, kasten davranmaktadır.

Dolayısıyla ister bir hukuka uygunluk nedeninin bütününe, ister herhangi bir şartına ilişkin olsun yanılma halinde TCK md. 27/1 uygulanamaz. Taksir, ancak failin sınırı aşmak suretiyle işlediği suça ilişkin manevi unsurdur. Kanunda da başka tanımı olmadığından ve hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata da kastı taksire indirgemediğinden, teknik anlamıyla ele alınmalıdır. Aynı şekilde

kasten aşım da sadece hukuka uygunluk nedeninin sınırının ‘hukuka uygun davranma iradesinin’ dışında başka bir amaç güdülerek aşılması haline hasredilemez. Nitekim söz konusu “başka amaç” ancak haksızlık bilinci ile izah edilebilir ki bu da kastın bir unsuru olmadığından, eksik olduğu hallerde kastın mevcudiyeti etkilenmez. Velez araca veya yöntemle ilişkin olsun velez hataya vücut versin, kastın mevcut olduğu hiçbir aşım da fail ilgili indirimden yararlanamaz.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan söz edebilmek için ise, ağırlaşmış neticeye sebep olan temel bir suç tipinin varlığı zorunludur. Temelde bir ‘suçtan’ söz edildiğinden, fiilin hukuka aykırılığı da muhakkak aranır. İşte ilgili hukuka uygunluk nedeninin şartlarına riayetle ortaya konmuş, kastlı ancak ölçülü hareketi sonucu istemediği neticeye sebep olan failin ise, kastlı bu hareketi hukuka uygun olduğundan burada neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan söz edilemez. Öte yandan netice failin dikkatsiz savunmasına dayanmaktaysa taksirli aşımı için failin cezası ilk fıkraya göre indirilir. Burada ölçülü, kastlı ve hukuka uygun hareket ile özen yükümlülüğüne aykırılık sonucu öngörülebilir neticenin doğması şeklinde vuku bulan taksirli ve baştan itibaren hukuka aykırı hareket arasında âdeti fikri içtimadaki gibi hareket tekliği ilişkisi mevcuttur.

Üçüncü ve son bölümün ilk kısmında, bu kez md. 27/2’in hukuki niteliği ve bunun dayanakları, bilhassa da mehzaz hükmün menşe ülkesi Alman hukukunda yer verilen tartışmalarla karşılaştırmalı olarak incelenerek, fıkranın haksızlık ve kusurun beraber azaldığı bir mazeret nedenine vücut verdiği tespit edilmiştir. Failin haksız bir saldırı karşısında olması ve aşım mağdurunun bu haksızlıkta ve failin kusurluluğunu azaltan heyecanların doğumunda asli sorumluluğu taşıması söz konusu niteliğin temellerini oluşturmaktadır. Bu temellerden yola çıkılarak *ikinci kısımda*, hükmün sadece belirli duygular sebebiyle kusurun azaldığı alelade bir halden ibaret olmaması ve meşru savunmaya has özelliklere dayanması da dikkate alınarak, kanun koyucunun bilinçli ve açık iradesine uyulması ve fıkranın yalnızca meşru savunmada sınır aşımı hallerinde uygulanması gerektiği sonucuna varılmıştır.

Son bölümün üçüncü kısmında öncelikle, TCK md. 27/2’nin ilk şartı olarak ‘meşru savunmanın varlığı’ açısından mefruz meşru savunmada sınır aşımı halleri incelenmiştir. Ardından sınır aşımının sadece ölçüde aşırıya kaçmakla sınırlı olarak okunmaması gerektiği ikinci fıkra bakımından da vurgulanmıştır. Meşru savunma hali hatasız şekilde mevcut olduğu müddetçe zamanda sınır aşımının da fıkra kapsamında mazur görülebileceği ortaya konmuştur. Örselenmiş kadın sendromu konusu da meşru savunmada zamanda sınır aşımı çerçevesinde ele alınmış, ancak orada failin hareketi ortada bir meşru savunma hali mevcut değilken gerçekleştiğinden kabul edilmemiştir.

Öte yandan, mazeret nedeni olan hükmün temel dayanaklarından biri aşımın haksız saldırıdan ve bu saldırı sebebiyle doğan duygulardan asıl sorumlu saldırganın mağdur edilmesi olduğundan ve kişide aşım halinde failin fiilinden saldırgan olmayan kişi mağdur edileceğinden, bu tür aşımın mazur görülemeyeceği belirlenmiştir.

Üçüncü bölümün son kısmında ise meşru savunmada heyecan, korku veya telaşa dayanarak sınırın aşılması hali bakımından failin sınırı kasten ya da taksirle veya bilinçli ve bilinçsiz olarak aşma ihtimalleri değerlendirilmiştir. Hükmün mazeret nedenine vücut vermesi ve lafzının bir sınır getirmemesi karşısında kasten aşım halinde de uygulanması gerekmektedir. Ayrıca söz konusu sınırın muhakkak farkında olmadan ya da yanılarak aşılması aranmadığından, fail bilinçli de olsa kendisine kusur atfedilemediği hallerde mazur görülmelidir. Bu da aslında ikinci fıkra bakımından sınırın, hatalı veya hatasız, ya da daha yerinde bir ifadeyle, faildeki hatadan bağımsız olarak, uygulanma kabiliyetini haiz olduğunu belirtmektedir.

Bunun akabinde ilgili duygular karşılaştırmalı olarak tanımlanmış, bu duyguların sınırlı sayıda olduğu, ancak mazur görülecek derecede olmaları halinde fıkranın uygulanabileceği, diğer başka duygularla bir arada bulunmalarında sakınca olmayacağı izah edilmiştir. Son olarak bu duyguların failin kusuru ile sebep olduğu saldırı sonucunda meydana geldiği hallerin veya üçüncü kişi lehine yapılan savunmalarda bu kişinin savunmayı veto yetkisinin meşru savunmanın varlığına ve dolayısıyla bu duygularından dolayı sınır aşan kişinin mazur görülmesine engel teşkil etmeyeceği tespit edilmiştir.

GİRİŞ

“Sınır bir şeyin durduğu yer değil, başladığı yerdir.”¹

Martin Heidegger

Sınır kelimesi, bir şeyin kapsamını belirleyen, dahili ile haricini ayıran, dayanabileceği veya erişebileceği en yüksek düzeyi ifade eder. Aşmak ise bir sınırın ötesine geçmektir. Bu tanımlardan alarak, çalışma konusu ve maddi ceza hukuku bakımından sınırın aşılması kavramını ise, ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerin yayılma alanlarını ifade eden farazi çizgilerin geride bırakılması olarak belirlemek mümkün hale gelir.

Peki bu farazi çizgilerin geride bırakılması hususu, somut olaylarda nasıl ortaya konacaktır? Her şeyden önce ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırlar, söz konusu nedenlerin şartları ile çizilir. Örneğin, zaman şartı itibariyle söz konusu nedenin sürebildiği son an, yoğunluk şartı bakımından en yüksek derece, mekân şartında ilgili nedenin yayılarak dayandığı en dış alan; sınırlar olarak karşımıza çıkacak ve bunların ötesine geçiş, ‘sınır aşımı’ teşkil edecektir. Ancak bu noktada vurgulamak gerekir ki sınır aşımından bahsedebilmek için evvela failin, söz konusu ceza sorumluluğunu kaldıran nedenden yararlanıyor olması, davranışlarına bu sınırların dahilinde başlamış olması gerekir. Yoksa en başından itibaren ilgili nedenlerin kapsamına girmeyen hareketler, çalışmamızın konusu dışındadır.

‘Sınırın aşılması’ ve tezimizin incelediği meseleye neyin dahil olmadığını ise şu birkaç örnekle kısaca izah etmek mümkündür: Hukuka uygun olarak yakalanan

¹ Martin Heidegger, **Einführung in die Metaphysik**, Tübingen, Niemer Verlag, 1953, s. 106.

bir şüphelinin, kolluk tarafından kanuni gözetim sürelerine riayet edilmeyerek gereğinden fazla tutulmasında, haksız saldırıya uğrayan bir bireyin bedeni kuvvetle bu saldırıdan kurtulması mümkün iken silahla savunma yapmasında sınırın aşılması mevcuttur. Ancak cumhuriyet savcısının yetkili olmadığı bölge içinde arama kararı vermesi ya da kolluğun bir eve gece vaktinde aramaya gitmesinde herhangi bir sınır aşımı vuku bulmamıştır. İkinci gruptaki örneklerde failler, bir ceza sorumluluğunu kaldıran nedenin içerisine henüz hiç girmemişlerdir ki, sınırı aştıklarından söz edilebilsin.

İşte kısaca neyi ifade ettiğini ortaya koyduğumuz sınırın aşılması hususu, maddi ceza hukukunda son derece kilit bir yere konumlandırılır. Şöyle ki: Modern ceza hukukunda failin kanunda suç olarak düzenlenmiş fiilden sorumlu tutulabilmesi için söz konusu fiilin hukuka aykırılığının bir izin normu ile ortadan kalkmamış olması ve faile kusur isnad edilebilmesi gerekir. Bir hukuka uygunluk ya da mazeret nedeninin faili cezai sorumluluktan kurtarabilmesi ise ancak, söz konusu nedenin şartlarına riayet edilmesi halinde mümkündür. Böyle bir nedenin sınırlarının aşılması halindeyse kural olarak ilgili neden artık uygulanamaz. Ancak elbette, failin alelade bir fiilden farklı pozisyonu nedeniyle, söz konusu neden her ne kadar uygulanamayacaksa da dikkate alınır.

Dolayısıyla sınırın aşılması hem hukuka aykırılık hem de kusurluluk bahsi ve haksızlığı ve kusuru etkileyen durumlarla iç içe geçmiş vaziyette olup, bunların doğru anlaşılması ve yerli yerinde konumlandırılmasını da zorunlu kılar. Çalışma bakımından takip ettiğimiz temel teoriler uyarınca ilgili mefhumları aşağıdaki tanım ve anlamlarıyla kabul edeceğiz.

Hukuka aykırılık, fiilin genel olarak hukuk düzeni ile çelişmesini ve davranışın norma aykırı olduğunu ifade eder.² O fiile hukuk düzeninde izin verilmediğini ya da

² Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: II**, 14. Bası, İstanbul, Der Yayınları, 2019, s. 239 vd.; Kayıhan İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2021, s. 317; Mahmut Koca, İlhan Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Ankara, Seçkin, 2023, s. 265; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin, Kerim Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara, Adalet, 2020, s. 476; İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 19. Baskı, Ankara, Seçkin, 2023, s. 305.

onun yapılmasının emredilmediğini belirtir.³ Haksızlık ise, hukuka aykırı eylemin kendisidir. Bir fiilin hukuka aykırı olduğuna dair niceliksel ve kategorilendirilebilmesi mümkün bir değerdir. Suçların niçin aynı şekil ve oranda cezalandırılmadığını açıklamaya yarar.⁴ Haksızlık ayrıca, objektiflerin yanında sübjektif unsurlar da barındırır.⁵

Hukuka uygunluk nedenleri de fiilin baştan itibaren hukuka uygun olarak doğmasını sağlayan ve haksızlığın vücut bulmasına engel olan izin normları olarak tanımlanabilir.

Kusur ise, failin hukuk düzenine aykırı eylemi yüzünden kınanabilirliğidir.⁶ Fail söz konusu haksız eyleminden ne derecede kaçınılabildi ise, kusuru da o derece yoğun olur. Kusurluluk ise, failin kınanabilip kınanamayacağına dair bir değer yargısıdır.⁷ Nasıl ki hukuka aykırılık bir tespitten ibaret olup haksızlık, hukuka aykırılığın konusunu oluşturmakta ve bir yoğunluk içermektedir, kusurluluk da bir tespitten ibarettir. Artıp azalan ve bir nicelik ifade eden, kusurluluğun içeriğini teşkil eden kusurdur.⁸

Tüm hukuka uygunluk nedenleri bakımından olmasa da meşru savunmada sınırın aşılması kurumunun temelleri, sınırı aşan failin cezasının hafifletildiği Ortaçağ İtalya'sına kadar götürülmektedir.⁹ Ardından, *Carolina* döneminde ise bu

³ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 477; Dönmezer, Erman, **II**, s. 241.

⁴ Elvan Keçelioğlu, “Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticenin Haksızlığı (Alman Hukuku Üzerine Bir İnceleme)”, **CHD**, Sayı: 21, Nisan 2013, s. 23-4.

⁵ Failin amacı suçu karakterize ettiğinden, kast haksızlığın unsurudur. Bkz. Hans Welzel, “Kausalität und Handlung”, **ZStW**, No. 51, 1931, s. 719. Ayrıca bkz. Hasan Çataklı, “Kişisel Haksızlık Öğretisini İkna Edici Kılan Suç Dogmatığı ve Norm Teorisine İlişkin Argümanlar”, **EBYÜHFD**, C. XXIII, S. 3-4, 2019, s. 296-7.

⁶ Serkan Meraklı, “Ceza Hukukunda Kusur”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İzmir, 2017, s. 6; Dilek Özge Uğraş, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Suçun Yapısı İçerisindeki Yeri ve Muhtevası”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Y. 9, S. 18, Aralık 2021, s. 386-8.

⁷ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s.565.

⁸ Meraklı, “Kusur”, s. 7-8.

⁹ Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Güncelleştirilmiş 18. Baskı, Ankara, Seçkin, 2023, s. 364; İdris Ermeýdan, “Yargıtay Kararları Işığında Meşru Savunmada Sınırın Aşılması”, **FSM İlmi Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi**, Sayı: 3, 2014, s. 153; Bahar Demirci Yetik, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Aşılması”, **Adalet Dergisi**, Sayı: 49, Mayıs 2014, s. 55.

faillerin yalnızca taksirden sorumlu tutulduğu gözlemlenmektedir.¹⁰ Türk ceza hukukunda bu kavramın görülmeye başlaması ise ancak Cumhuriyet döneminde, Avrupa ceza kanunlarının ihdası ile başlayacaktır.

Türk kanun koyucusu bugün, ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın aşılması halini özel olarak düzenlemiş ve belirli şartların varlığında failin cezasının azaltılmasını ya da tamamen ortadan kaldırılmasını kurala bağlamıştır. İki farklı hukuk düzeninden devşirilen ve hukuki nitelikleri farklı iki ayrı hüküm, tek maddenin fıkraları olarak TCK'da yerini almıştır.

TCK md. 27'nin ilk fıkrası, daha ziyade psikolojik kusur teorisinin esas alındığı ve klasik ekolün hakim olduğu İtalyan Ceza Kanunu'ndan alınmıştır.¹¹ Fıkra, ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın taksirle aşılması hali düzenlenerek faile indirimli ceza verilmesi öngörülmüştür. Maddenin ikinci fıkrası ise, ağırlıklı olarak normatif kusur görüşünün baskın olduğu Alman Ceza Kanunu'ndan alınmış olup, yalnızca meşru savunmada heyecan, korku veya telaş nedeni ile sınırın aşılmasını düzenlemiştir.

Bugün Türk ceza hukuku öğretisinde sınırın aşılması mevzuu oldukça tartışmalıdır. Söz konusu tartışmalar, fıkraların birbiri ile ilişkisinden, yani birinin diğerinin özel halini teşkil edip etmemesinden hukuki niteliklerine, hangi ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler bakımından uygulanabileceklerinden, bu nedenlerin hangi şartları bakımından sınırın aşılabileceğine dek uzanmaktadır.

Kimi görüşler ilk fıkrayı yalnızca hukuka uygunluk nedenlerine ve ikinci fıkrayı da yalnızca meşru savunmaya hasretmeyi uygun görürken, kimi görüşlere göre ilk fıkranın mazeret nedenlerine, ikinci fıkranın meşru savunma dışındaki hukuka uygunluk nedenlerine de uygulanmasına bir engel yoktur. Bazı görüşlere göre yalnızca ilk, bazısına göre ise her iki fıkra birer hata düzenlemesi iken, hükümlere yönelik kusuru etkileyen, haksızlığı düşüren ya da mazeret nedeni gibi

¹⁰ Dermibaş, **GH**, s. 364; Demirci Yetik, **a.g.m.**, s. 55.

¹¹ Ali Emrah Bozbayındır, "Meşru Savunmada Sınırın Aşılması", **CHD**, Y. 7, S. 18, Nisan 2012, s. 114.

değerlendirmeler de gündeme gelmiştir. Yine, sınırın aşılması hükümlerinin ilgili nedenin hangi şartları bakımından uygulanabileceği de üzerinde mutabakata varılamamış konulardan birisidir.

Üstelik Türk ceza hukuku öğretisinde bugüne dek, söz konusu görüş ve tartışmaları masaya yatıran ve hükümleri derinlemesine inceleyen kapsamlı bir çalışma da yapılmamıştır. Yargıtay kararları ise yeknesaklıktan oldukça uzaktır. Oysa uygulamada hakkaniyetli sonuçlara ulaşılabilmesi için, sınırın aşılması meselesinin teorik tespitinin de gerekçeli şekilde ortaya konması gerekmektedir. İşte eldeki çalışma, bu ihtiyacı gidermek niyetiyle kaleme alınmıştır.

Çalışma çerçevesinde yürütülen araştırmalar ve yazım süreci boyunca üç temel soruya cevap aranmış ve tez, bu ekseninde oluşturulmaya gayret edilmiştir. Bunlardan ilki, maddi ceza hukuku bakımından sınırın aşılması mefhumunun ne ifade ettiği ve ceza hukuku genel hükümleri bakımından nereye ve nasıl konumlandırılması gerektiğidir. İkincisi, ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde kast olmaksızın sınırın aşılması ve meşru savunmada sınırın heyecan, korku veya telaşa dayalı olarak aşılması kurumlarının hukuki niteliklerinin ve bu çerçevede kapsamlarının ya da bir diğer deyişle uygulama alanlarının belirlenmesidir. Üçüncüsü ise her iki müessese bakımından objektif ve sübjektif uygulanma şartlarının araştırılmasıdır.

Bu sorulardan ilki, birinci bölümde cevaplandırılacaktır. Burada sınırın aşılması kavramı, onun Türk ceza hukukundaki yeri, geçirdiği tarihsel süreç ve mehzaz kanunlardaki vaziyet ile beraber ele alınacaktır. Çalışma içerisinde, sınırı aşılmasından bahsolunan ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran kurumlar olarak bir hukuka uygunluk veya mazeret nedeninden söz edilirken referans alınan tanım ve şartlara yine aynı çalışma içerisinde ulaşılabilmesi, benzer şekilde, mütemadiyen başvurulacak olan hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata kurumu, buna dair ileri sürülen ve benimsenen teoriler, bunların sınırın aşılması bahsi bakımından doğurduğu sonuçlar da ilerleyen kısımlar için son derece yüksek önemi haiz olduğundan, bu başlıklara ilk bölümde yer verilip bu konuların karara bağlanması gerekli görülmüştür.

İkinci ve üçüncü sorular ise, ilk bölümden ulaşılan sonuçlar ve yapılan çıkarımlar da esas alınarak, her bir fıkra için kendilerine ayrılan bölümlerde yanıtlanacaktır. İkinci bölümde öncelikle, ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde kast olmaksızın sınırın aşılmasına dair hükmün sırasıyla hukuki niteliği, bir diğer söylemle haksızlık mı kusur mu üzerinde etkili olduğu ve yalnızca hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin olarak mı uygulanabileceğini irdeleyen kapsamı ele alınacaktır. Ardından, ölçü, zaman veya mekân, kişi şartları bakımından sınırın aşılmasının nasıl gündeme gelebileceği, hangi hallerde hükmün uygulanabileceği incelenecektir. Bu bölümde son olarak kast olmaksızın sınırın aşılmasının, suça dair hangi manevi unsurlara ve faile dair hangi sübjektif özelliklere bağlı olabileceği ortaya konacaktır.

Üçüncü ve son bölümde ise, bu kez ikinci fıkroda düzenlenmiş bulunan meşru savunmada sınırın, heyecan, korku veya telaşa bağlı olarak aşılmasının hukuki nitelik, kapsam ve uygulanma şartları, ikinci bölümdekine benzer bir sıra ve sistematik içerisinde izah edilecektir. Bu bölümde ayrıca, faildeki duyguların tanımlanması, sınıflandırılması ve değerlendirilmesinin yapılacağı ayrı bir başlığa yer verilecektir.

TCK md. 27/2’de yer alan meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaşa dayalı olarak aşılması düzenlemesi, mehz Alman hükmünün doğrudan çevrilmesi suretiyle alınmıştır. Dolayısıyla çalışma içerisinde bilhassa da ikinci fıkra incelenirken, Alman öğreti ve içtihadına sıklıkla yer verilerek oradaki teorik tartışmalardan da yararlanılacaktır. Ancak bundan da öte, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nu hazırlayan yasa koyucunun ve bunun akabinde suç teorisine ilişkin öğretilerde geliştirilen görüşlerin daha ziyade Alman hukukuna paralel seyir izlediği söylenebilir. Bu veçheyle de çalışma içerisinde değinilen pek çok maddi ceza hukuku konusu bakımından kimi zaman açıklama, kimi zaman kıyas, kimi zaman ise örnekleme yapmak amacıyla sıklıkla Alman ceza hukukuna başvurulacaktır. Bu yapılırken, ilgili kaynakların alıntılanarak yorumlandığı Türk kaynaklarına değil, doğrudan orijinal eserlere atıf yapılacaktır.

İtalyan hukuku bakımından ise, TCK md. 27/1’de düzenlenen ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde kast olmaksızın sınırın aşılması hükmü doğrudan değil, değiştirilerek alınmıştır. Bundan da öte, Türk ceza hukuku öğretisinde güncel İtalyan hükmünü ve buna ilişkin uygulamayı inceleyen Türkçe eserlere rastlanmamıştır. İtalyan kaynaklarının ise orijinallerine değil, ancak Almanca veya İngilizce dillerinde yapılan tali çalışmalardan yararlanılabildiğinden ve modern Türk ceza hukuku öğretisinde İtalyan etkisi önceki kanun dönemine göre görece oldukça azalmış bulunduğundan, İtalyan hukuku bakımından yalnızca oradaki düzenleme, yorum ve vaziyete değinilmekle yetinilecek, çalışma boyu kıyasa veya referansa başvurulmayacaktır.

Yöntem itibariyle ilk bölümde yer verilen hukuka uygunluk nedenleri, kusurluluğu etkileyen nedenler, mazeret nedenleri, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata, hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektifliği meselesi gibi her biri başlı başına birer teze vücut verebilecek konular; öğretilerdeki tüm teorik tartışmalarına ve haklarındaki detaylara girilmeksizin, yalnızca çalışma konumuzu yakinen ilgilendiren çerçeveleri itibariyle ele alınacaktır. Benzer durum, ikinci ve üçüncü bölümlerde üzerinde durulan, fikri içtima, sapma, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç gibi maddi ceza hukukunun köşe taşı niteliğindeki hususlar bakımından da geçerlidir. Yine çalışma içerisindeki kimi kavramları izah ve ileri sürülen tezleri desteklemek bakımından başvurulsa da başlı başına hareket teorilerine, kastı açıklayan görüşlere ve taksirli suçların genel mahiyetlerine ilişkin detaylı açıklamalara, konu kapsamını ve amacını çok aştığından, yer verilmeyecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNDA HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNDE SINIRIN AŞILMASI

1.1. Sınırın Aşılması Kavramına Genel Bakış

1.1.1. Sınırın Aşılması Terimi ve Tanımlaması

Sınır kelimesi, Türk Dil Kurumu (TDK) sözlüğünde, konumuzu alakadar eden anlamı itibariyle “*bir şeyin yayılabileceği veya genişleyebileceği son çizgi, uç*” ve “*bir şeyin nicelik bakımından inebileceği veya çıkabileceği en alt ve en üst yer, limit*”¹² şekillerinde tanımlanmıştır. Aşmak ise, “*yüksek, uzak veya geçilmesi güç bir yerin öte yanına geçmek*” olarak ifade edilmiştir.¹³ Buradan ‘sınırın aşılması’ tabirini, ‘bir şeyin varabileceği son hududunu geçerek o şeyin dışına çıkmak’ şeklinde tanımlayabiliriz.

Sınır aşmak, bir şeyin dahilindeyken haricine geçmeyi ifade eder. Burada kavramsal olarak dikkat edilmesi gereken, sınır aşmanın, bir şeyin ‘haricinde bulunmak’ değil, ‘haricine geçmek’; ya da bir şeyin ‘dahilinde olmamak’ değil, ‘dahilinden çıkmak’ anlamına geldiğidir.

Bir kaç metaforla örneklemek gerekirse, (A) devletin sınırını aşarak komşu (B) devletine geçen (V), (A)’nın vatandaşı olmaya ve ona göre muamele görmeye devam eder. Hakları ve görevleri (B) devleti vatandaşı (Y) ile aynı değildir.

¹² Türk Dil Kurumu, **Güncel Türkçe Sözlük**, <https://sozluk.gov.tr/>, E.T.: 23.08.2022; 15.49.

¹³ Türk Dil Kurumu, **Güncel Türkçe Sözlük**, <https://sozluk.gov.tr/>, E.T.: 23.08.2022; 15.49.

Adab-ı muaşerete uygun tavırlarıyla bilinen (C), (D)'ye küçük bir saygısızlık yaptığında, saygı sınırını aştığından söz edilir; saygısız biri olduğundan değil.

Ders çalışmaya isteksizliği ve düşük notları ile tanınan öğrenci (Ö), dönem sonuna doğru çok gayret göstererek dereceye girer. Burada (Ö), kendini aşmakla övülür, hep başarılı bir öğrenci olmakla değil.

Evden dışarı çıkmayı sevmeyen ve içine kapanık biri olan (E), bir gün hiç görüşmediği komşusunun davetiyle bir partiye katılarak eve bir kaç yeni arkadaşla döner. Burada da (E)'nin, kendi kişiliğinin sınırlarını aştığından söz edilir, çok sosyal biri olduğundan ya da tamamen sosyalleştiğinden değil.

Son bir örnek olarak, o ay telefonunu çok kullanarak, kullandığı tarifenin internet limitini aşan (O), bu aşım için belirli bir meblağ ceza öder. Ancak bu ceza, normalde hiç bir tarife kullanmayanların o miktar internet için ödedikleri ücretten daha azdır.

İşte günlük hayatta bir şeyin dahilinde olmak veya haricinde olmak ile dahilindeyken haricine çıkmak için yapılan bu farklı değerlendirme için sınırın aşılması tabiri kullanılmaktadır.

1.1.2. Sınırın Aşılması Kavramı

Türk ceza hukukunda bireyin davranışının suç olarak nitelendirilebilmesi için fiilin tipe uygun ve hukuka aykırı olması, failin cezalandırılabilmesi için ise kusurlu olması gerekmektedir. Failin fiilinin, ceza kanunlarınca açıkça bir suç olarak tanımlanmamış olması karşısında tipe uygunluktan söz edilemez. Tipe uygunluk ise, tek başına bir davranışı 'suç' olarak kategorize etmeye yetmez. Failin davranışına izin veren normların mevcudiyeti halinde artık tipik fiilin hukuka aykırılığından bahsedilemez. Keza kişiden hukuka uygun davranmasının beklenemeyeceği veya kendisine kusur isnad edilemeyeceği hallerde ise bu kez failin kusurundan söz edilemez.

Bazı durumlarda ise fail, eylemini gerçekleştirirken, söz konusu izin normunun, ya da kusurunu ortadan kaldıran nedenin sınırını aşabilir. Bir diğer söylemle, aslında bir izin veya mazeret dahilinde hareket ederken, söz konusu ceza sorumluluğuna engel olan halin şartları dışına çıkabilir. Bir ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran halin şartlarının dışına çıkmak, sınır aşmak olarak tanımlanabilir. İlgili halin herhangi bir şartına riayetsizlik veya herhangi bir şartta aşırılık faili sınırın dışına çıkaracağından sınır kavramını ceza hukuku bakımından aşağıdaki şekilde tanımlamak uygun olabilir:

Sınır, ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerin şartlarından her birinin varabileceği son noktası, şartların had çizgisidir. Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenden failin yararlanabildiği son alan, sınırlarla çizilidir ve bu sınırlar, ilgili nedenin sadece ölçü değil, zaman, kişi, mekân gibi her şartına ilişkin olabilir. Ötesinde artık ceza sorumluluğunu kaldıran nedenden yararlanılamayan bir ‘son an’ da, süre sınırı teşkil edip, teknik olarak bunun aşılması da pekâla mümkündür. Bu durumda hukuka uygunluk nedenleri bakımından sınırlar, hukuka uygun ve aykırı alanı ayırırlar. Bu ayırım da ancak, her bir nedenin şartlarının iyi tanınması ile yapılabilir.

Dolayısıyla sınırı aşmak, ölçüyü aşmak veya oranda aşırılığa gitmek tabirleri ile eş anlamlı ve bunlarla sınırlı olarak kullanılamaz.¹⁴ Nitekim cezayı kaldıran hallerin tüm şartları bakımından pek çok sınırları mevcuttur. Sınır aşma müessesesinin ilgili nedenlerin tüm sınırları bakımından uygulanabilirliği ayrı bir tartışma konusu olup, detaylarına ilgili bölümlerde girilecektir. Ancak özü itibarıyla sınır kelimesinin yalnızca ‘ölçü’ demek olmadığına da burada tekrar altını çizmek gerekmektedir. Ölçü, sınırlara sahip ve aşılması mümkün olan, ceza sorumluluğunu kaldıran nedenin şartlarından sadece bir tanesidir.

¹⁴ Aksi yönde bkz., Hasan İba, “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenlerde Sınırın Aşılmasının Hukuki Niteliği”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 26, Sayı:2, Aralık 2022, s. 623; Namık Kemal Topçu, *Meşru Savunma (İngiliz ve Amerikan Hukukuyla Karşılaştırmalı)*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2022, s. 671.

Motsch bu hususu bir şeyin birden fazla sınırının olması, her bir sınırın aşılabılır olduğu anlamına geleceği şeklinde ifade eder ve örneklendirir: Bir nehrin kıyı sınırı vardır ve taşarsa mekansal aşım olur. Bir futbol maçının ise 90 dakikalık süre sınırı vardır ve aşılsa zamansal aşım olur. Eğer bir hukuka uygunluk nedeninin de farklı yönlerde sınırları varsa, demek ki her biri aşılabılırdır.¹⁵

İşte ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın aşılması halinde bulunan failin durumu, o nedenin en başından beri tamamen dışında hareket eden failinkine nazaran farklılık ve elbette özellik arz eder. Dolayısıyla da failin, sınırı aşmak suretiyle ortaya koyduğu fiili bakımından hangi esaslara göre sorumlu tutulacağının ortaya konması gerekmektedir.

Söz konusu belirleme, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun¹⁶ (TCK) 27. maddesinde kendine yer bulmuştur.

1.1.2.1. 5237 Sayılı TCK md. 27/1 Uyarınca Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenlerde Sınırın Aşılması

5237 sayılı TCK'nın 27'inci maddesinin 1'inci fıkrası aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

“Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altıda birinden üçte birine kadarı indirilerek hükmolunur.”

Fıkra, hükümet tasarısında; *“Hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın kast olmaksızın aşılması hâlinde fiil, taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altıda birinden üçte birine kadarı indirilerek*

¹⁵ Thomas Motsch, **Der straflose Notwehrexzess**, Berlin, Duncker & Humboldt, 2003, s. 32.

¹⁶ Resmi Gazete: Tarih: 12/10/2004, Sayı: 25611.

hükmolunur”¹⁷ şeklinde yer almış olmasına rağmen kanunlaşırken değişerek son halini almıştır. Görüldüğü üzere ilk fıkra tasarıda, ‘hukuka uygunluk nedenlerinde’ ifadesiyle başlamaktadır. Madde gerekçesinde ilgili kısmın, bölüm başlığıyla paralellik sağlanmak adına ‘ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde’ olarak değiştirildiği ifade edilmektedir.¹⁸

Kanımızca bu kullanım, genel olarak TCK genel hükümler içerisinde kanun koyucunun müesseselerin hukuki niteliklerini belirlemekten özellikle kaçınması ve neyin hukuka aykırılığı neyin kusurluluğu kaldıracağı tartışmasının öğretiyeye bırakılması düşüncesi ile aynı doğrultuda yorumlanabilir.¹⁹ Her ne kadar Ceza Muhakemesi Kanunu’nda (md. 223) söz konusu kurumların hemen tamamı için bir nitelik belirlemesinde bulunulmuş ise de, TCK md. 27 bakımından söz konusu belirsizlik başka mevzuatta da aşılmamıştır. Ancak öğretilde genel görüşün, hükümet tasarısının olduğu gibi bırakılmamasını eleştirdiği ifade edilmelidir.²⁰

Madde gerekçesinin ilk fıkrasını ilgilendiren kısmı ise şu şekildedir²¹:

¹⁷ T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, Sayı: B.02.0.KKG.0.10/101-540/2092, **Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593)**, S. Sayısı: 664, 12.5.2003, s. 262.

¹⁸ Bkz. TCK md. 27 gerekçesi, **Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593)**, s. 432.

¹⁹ Aynı yönde bkz., Claus Roxin, Osman İsfen, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Genel Hükümleri”, içinde: **Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3: Suç Politikası**, Ed. Yener Ünver, Ankara, Seçkin, Ocak 2006, s. 286-7; **Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593)**, s. 228-9. Söz konusu raporda Adalet Komisyonu, tasarısındaki ‘Hukuka Uygunluk Nedenleri’ başlığını, hem yerel hem de karşılaştırmalı ceza hukuku öğretisinde bu grupta yer verilen çoğu halin niteliği konusunda uzlaşıya varılamamış olması gerekçesiyle değiştirmeyi uygun gördüğünü ifade etmiştir.

²⁰ Duygun Yarsuvat, Köksal Bayraktar, Necmi Yüzbaşıoğlu, “Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu”, içinde: **Türk Ceza Kanunu Reformu- İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar**, Ankara, TBB Yayınları, 2004, s. 296; Durmuş Tezcan, M. Ruhan Erdem, “Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu”, içinde: **Türk Ceza Kanunu Reformu- İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar**, Ankara, TBB Yayınları, 2004, s. 345.

²¹ Kanunun genel gerekçesinde sınırın aşılması, yeni eklenen hukuka uygunluk nedenleri ve meşru savunmayı gündeme getiren saldırının yönelebileceği hakların genişletilmesi ile birlikte ele alınarak önceki düzenleme eleştirilmiş ve ‘anlamsız’ ve ‘menfaatlere aykırı’ bulunarak değiştirilme gereği vurgulanmıştır. (**Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593)**, s. 7) Akabinde, yine genel gerekçe içerisinde Tasarı’nın 30. maddesine ilişkin değerlendirmede şu ifadeyle yer verilmiştir: “(...) hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın ‘kast olmaksızın’ aşılması hâlinde ne suretle işlem yapılacağını açık ve seçik olarak göstermekte (...)” ve “hukuk esaslarına uyulmaktadır.” Ayrıca “(...) hükümlerden anlaşılacağı üzere sınır kasten aşılabacak olursa faille işlediği suçun cezası verilecek yani fail hukuka uygunluk nedeninden yararlanamayacaktır.” (A.g.e., s. 15) Tasarı’nın ilk halinde madde gerekçesi güncel gerekçe ile paralel olsa da, Adalet

“Madde ile ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran nedenlerin hepsini kapsamına alacak surette sınırın kast olmaksızın aşılması hâli düzenlenmiştir.

Sınır kasten aşıldığında, örneğin, meşru savunmada bulunan kişi vaki saldırıyı defetmek için saldırganı öldürmenin şart olmadığını bile bile ve sırf tecavüze uğramış olması fırsatından yararlanarak saldırganı öldürdüğü takdirde hukuka aykırılığın kalkmayacağı ve failin bu maddedeki herhangi bir ceza indiriminden yararlanamayacağı şüphesizdir. Bu nedenle madde sınırın kast olmaksızın aşılması hâlini kapsamaktadır.

Yukarıda verilen örnekte fail, maruz kaldığı saldırı dolayısıyla ve içinde bulunduğu durum itibarıyla esasta gerekli olandan fazla bir savunmada bulunmuş olabilir. Sınırın aşılmasındaki bu taksir kendisinin cezalandırılmasına yol açabilirse de, bunun için işlenen suçun taksirle işlendiği takdirde de cezalandırılabilen bir fiil olması zorunludur. Demek oluyor ki, bu gibi hâllerde işlenen suçun niteliğine bakılacak ve sadece kast bulunduğu takdirde cezalandırılabilen bir suç söz konusu ise faile ceza verilmeyecek buna karşılık, suç taksirle işlendiği takdirde de cezalandırılabilen fiillerden birini oluşturduğunda, maddede öngörülen biçimde cezadan indirim yapılarak faile taksirli suçtan dolayı ceza verilecektir.

Bölüm başlığına paralel olarak, madde metnindeki “hukuka uygunluk nedenleri” yerine, “ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler” ibaresi konulmuştur.”²²

Kanımızca kanun koyucunun iradesi eğer fıkranın mehzaz düzenlemesindeki gibi yalnız hukuka uygunluk nedenlerine hasretmek yönünde ise, bölüm başlıklarını yeknesaklaştırmak için madde metninde ‘ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde’ ifadesinin kullanılması yerinde olmamıştır. Zira hangi müessesenin hukuka aykırılığı, hangisinin ise kusurluluğu kaldıracağı öğretiyeye bırakılmışsa ve bu

Komisyonu’nun daha sonra kabul etmeyip son metne dahil etmediği kısım şu şekildedir: “*Madde ile hukuka aykırılığı gideren nedenlerin hepsini kapsamına alacak surette sınırın kast olmaksızın aşılması hâli düzenlenmiştir. Gerçekten, hukuka uygunluk nedeninin sınırı ya kasten ya taksirle veya mücbir nedenle aşılabılır.(...)”* (vurgu eklenmiştir) (A.g.e., s. 38)

²² **Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593)**, s. 432.

konudaki bilimsel tartışmanın önü yasayla kesilmek istenmemiş bile olsa, sınır aşımı düzenlemesi hukuka uygunluk nedenlerine hasredilip, bunların neler olduğunun tayini de öğretiyeye bırakılabilirdi. Öte yandan, madde içeriğinin bölüm başlığı ile ‘uyumlaştırmaya’ neden gerek duyulduğu da *kanımızca* hukuki makul bir gerekçeye dayanmamaktadır.

Bunun dışında, her ne kadar bağlayıcı olmasa da, hükmün gerekçesi de aydınlatıcı olmaktan uzaktır. Zira, kasten aşım için verilen örnek, savunmacının meşru savunma durumunu âdeta kötüye kullanarak, kendisini savunma gayesinden tamamen uzak bir öldürmedir. Oysa bir sonraki paragrafta failin gerekli olandan fazla savunmada bulunması sanki bir tek taksirle gündeme gelebilirmiş gibi ele alınmıştır. Günlük hayatta ise, bir atışın yeterli olacağı halde failin saldırganı bir kaç silah atışıyla def ettiği ve aslında bunu yaparken kasten hareket ettiği vakidir.

Gerekçenin devamında yer alan, işlenen suçun yalnız kasten işlenebilen suçlardan olması halinde cezalandırılmayacağı şeklindeki açıklamalar, sanki ortada manevi unsuru belirsiz bir suç var da, ona göre belirleme yapılmış gibi bir izlenim yaratmaktadır. Oysa zaten burada işlenecek suç ancak taksirli bir suç olacağından, söz konusu taksirli suç ceza kanununda düzenlenmişse fail cezalandırılacak, düzenlenmemişse, suç ve cezaların kanuniliği ilkesi gereği elbette, ceza almayacaktır.

1.1.2.2. 5237 Sayılı TCK md. 27/2 Uyarınca Meşru Savunmada Sınırın Mazur Görülebilecek Heyecan, Korku veya Telaş Nedeniyle Aşılması

5237 sayılı TCK’nın 27’inci maddesinin 2’inci fıkrası aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

“Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez.”

Fıkra, hükümet tasarısında; “*Sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez*”²³ şeklinde yer almış olmasına rağmen kanunlaşırken değişerek son halini almıştır. Hükümet tasarısında ‘meşru savunma’ için bir özelleştirme yapılmadığına dikkat edilmelidir.

Madde gerekçesinin ikinci fıkrasını ilgilendiren kısmı ise şu şekildedir:

“*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.”²⁴

Hükümet tasarısında tüm hukuka uygunluk nedenlerini kapsayacak şekilde önerilmiş olan ikinci fıkranın kanunlaşırken yalnızca meşru savunmaya hasredilmesi, hükmün gerekçesinde hükümde geçen telaş ve korku gibi duyguların yalnız meşru savunma halinde söz konusu olabileceği yönünde açıklanmıştır. Bu açıklamayı, yerinde ve doğru bulmuyoruz.

Kanaatimizce aydınlatılmış rıza çerçevesinde önemli bir ameliyata giren hekim de pekâlâ son derece heyecanlı olabilir. Bunun yerine meşru savunmanın, onu diğer hukuka uygunluk nedenlerinden ayıran kendine has yapısı, yönleri ve özelliklerine dayanılabilirdi. Hukuki temellerinin izahını ilgili bölüme devrederek, burada tasarının daraltılarak kanunlaşmasını, mehzaz kanundaki düzenlemenin bire bir çevirisinin tercih edilmesine bağlamaktayız.

²³ **Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593)**, s. 262.

²⁴ **Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593)**, s. 432.

1.1.3. Sınırın Aşılması Düzenlemesinin Türk Ceza Hukukundaki Tarihi Gelişimi

1.1.3.1. Osmanlı Devleti Döneminde

Osmanlı ceza hukuku, temelde İslam ceza hukukuna dayanmaktadır.²⁵ İslam hukukunun ceza hükümleri padişahlar tarafından kabul edilmiştir. Ancak elbette geniş bir coğrafyada hüküm süren ve tebaasında pek çok millet ve dinden unsur barındıran bu devlette, çok çeşitli hukuksal ihtiyaçlara cevap vermek için, prensipte İslam hukukuna aykırı olmamak kaydıyla sultanlara da hukuk yaratma yetkisi verilmişti.²⁶ Bu yüzden bu başlıkta öncelikle İslam ceza hukukunda sınırın aşılmasının nasıl ve ne kadar ele alındığına değinilecek, ardından Osmanlı ceza hukuku özelindeki yerine bakılacaktır.

İslam ceza hukukunda sınır aşılması kurumunun kabul edilmediği ve bu hallerde failin sorumluluğunun süreceği, artık meşru savunmadan yararlanamayacağı ifade edilmektedir.²⁷ Buna göre, saldırı ve savunma arasında muhakkak bir ‘makul denge’ olmalıdır. Bunun ötesindeki hareketler için artık failin sorumluluğu doğduğu gibi, söz konusu hareketler ikinci bir saldırı addedilip ilk saldırgan lehine yeniden bir meşru savunma hakkına vücut verebilir.²⁸

Kuran’da geçen “ ... kim size saldırdıysa, siz de ona yaptığı saldırının aynıyle saldırın da ileri gitmeye Allah’tan korkun ...”²⁹ ayeti, İslam hukukunda meşru savunmada sınırın aşılmasının prensipte kabul edilmediğine gerekçe ve dayanak olarak gösterilmektedir.³⁰ Buna göre fail meşru savunma hakkını sınırları içerisinde

²⁵ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 119.

²⁶ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 119.

²⁷ Yılmaz Yurtseven, “İslam-Osmanlı Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Meşrû Müdâfaa”, **II. Türk Hukuku Tarihi Kongresi Bildirileri**, Cilt: 1, İstanbul, 2016, s. 759 – 60.

²⁸ Yaşar Yiğit, “İslam Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa ve Hukuki Sonuçları”, **Kuran Mesajı İlmi Araştırmalar Dergisi**, Nisan-Mayıs-Haziran 1999, Sayı: 16-17-18, s. 204.

²⁹ Kur’an-ı Kerim, Bakara Suresi, Ayet: 194, <https://kuran.diyaret.gov.tr/tefsir/Bakara-suresi/201/194-ayet-tefsiri>, E.T.: 12.10.2022; 14.43

³⁰ Yurtseven, **a.g.m.**, s. 757.

kullanmalı, bunun ötesindeki ‘saldırıyı def etmek için zorunlu olmayan’ ve ‘haddi aşan’ her hareketten sorumlu olmalıdır.³¹

Osmanlı ceza hukukunda ise İslam ceza hukukunun şer’i kurallarıyla birlikte, yine bu hukukun tanıdığı, devlet başkanının suç ve ceza ihdas etmesi şeklinde tezahür eden örfi hukuk beraber etkili olmuştur. Kimi zaman, tazir cezaları İslam hukuku esaslarına aykırı olabilirse de, bunların İslam hukukunu tamamen bertaraf ederek ondan bağımsız bir hukuk oluşturabildikleri kabul edilmemektedir.³²

Bu çizgiyi izleyen Osmanlı ceza hukukunda da, kaçma imkanı varken savunma yapmanın meşruluğu dahi tartışılmıştır.³³ Savunma cezalandırma değil, saldırıdan kurtulma yöntemi olduğundan mevzubahis saldırı, en hafif yöntemle defedilmelidir.³⁴ Öğretide açıkça kaçmanın da savunma yöntemlerinden olduğu ve kaçmak mümkün olduğu sürece aktif savunmanın hukuka aykırı olacağı savunulmuştur.³⁵ Kaçma yükümlülüğü bakımından, toplumda belirli mevkilerde bulunan kişiler haricinde, hukuki değerlerinden fedakarlıkta bulunmadan kaçmak mümkünse, bunun da yapılması gerektiği ve eğer mümkünse saldırganı öncelikle sözle uyarak vazgeçmesi ricasında bulunulmasının da beklendiği ifade edilmektedir.³⁶ Yardım çağırmak ya da bağırarak saldırıyı engellemekte yeterli olacaksa, önce bu tercih edilmelidir.³⁷

Osmanlı ceza hukuku kaynaklarında sınırın aşılmasına ilişkin bir düzenlemeye veya bu hususun münferit değerlendirildiğine rastlanmamaktadır. Aksine tekrarlar hem meşru savunma hem de görevin ifası ve hakkın kullanılması gibi tanınmış diğer

³¹ Abdülkadir Udeh, **İslam Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk**, Cilt: 1, Çev.: Akif Nuri, İstanbul, İhya Yayınları, 1976, s. 817 vd.; Ayhan Hıra, “Yeni Türk Ceza Kanunu ve İslam Hukuku Mukayesesi Bakımından Meşru Müdafanın Uygulama Alanları ve Ölçütleri”, **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, S. 17, 2011, s. 336.

³² Mehmet Akman, “Osmanlı Ceza Hukuku Çalışmaları Üzerine Bir İcmal,” **Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 5, 2005, s. 489.

³³ Mustafa Avcı, **Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Konya, Mimoza Yayınları, 2014, s. 83

³⁴ Avcı, **a.g.e.**, s. 83 -4.

³⁵ Hıra, **a.g.m.**, s. 335-6.

³⁶ İbrahim Kafi Dönmez, “Meşru Müdafaa”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, <https://islamansiklopedisi.org.tr/mesru-mudafaa>, E.T.: 21.12.2022; 15.00.

³⁷ Müge Vatansever Öztürk, “Osmanlı Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebepleri”, **ERÜHFD**, Cilt: 13, Sayı: 2, 2018, s. 385.

hukuka uygunluk nedenleri bakımından da, bunların ancak sınırları içerisinde kullanılmasının kişiyi cezadan kurtardığı, sınırların dışına çıkılması halinde suç oluşacağı vurgulanmaktadır.³⁸ Örneğin bir vuruş yeterken ikincisi vurulamaz.³⁹

1274 (1858) tarihli Ceza Kanunname-i Humayunu'na gelindiğinde durum yine farklılık arz etmez. “*Müdafaa ve muhafaza-i nefis ve ırz için vuku bulan katl ve cerh filleri muafdır*” düzenlemesi, alıntı Fransız hükmünün de daha dar bir hali olarak, yalnızca kişinin kendi beden bütünlüğüne yönelen fiilleri ile sınırlı olarak meşru savunmayı kabul etmiştir.⁴⁰ Bu konuda Kanun, bir yenilik olarak bazı suçların taksirle işlenebileceğini düzenlemiş olmasına rağmen bunu tabirsel olarak ‘taksir’ ifadesi ile değil ‘hata’ veya ‘yanlışlık’ olarak ele almıştır.⁴¹ Ancak bundan başka, ne kanunda, ne de kanunu değerlendiren eserlerde sınırın aşılmasına dair bir tartışmaya rastlanmamıştır.

Öte yandan, Osmanlı'nın kanunlaşma hareketlerinin yoğunluk kazandığı son dönemde yapılmış sivil girişim niteliğindeki Ömer Hilmi Efendi'nin 1886 tarihli *Mi'yâr-ı Adalet* isimli ceza hukuku kodunun 171/2 maddesi, açıkça meşru savunmada sınır aşılmasının artık kisası gerektiren yeni bir suç olduğunu ifade etmektedir.⁴² Keza diğer bir hukuka uygunluk nedeni olan amirin emri ya da görevin ifası bakımından da sınırı aşan memur, aşan kısımdan tamamen sorumlu olacaktır.⁴³ Görüldüğü üzere burada kategorik olarak bir sınır aşılması mevzuu gündeme gelmişse de, bu yalnızca ilgili hukuka uygunluk nedenlerinin şartlarını belirlemek ve vurgulamak adınadır. Bunun ötesinde sınırın aşılması hususi olarak düzenlenmemiştir.

³⁸ Yurtseven, **a.g.m.**, s. 751-2.

³⁹ Vatansever Öztürk, **a.g.m.**, s. 386.

⁴⁰ Senem Öner, “Çeviri Yoluyla Kanun Yapmak: 1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunu'nun 1810 Tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan Çevrilmesi”, Yıldız Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Batı Dilleri ve Edebiyatları Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2019, s. 74-5.

⁴¹ Feyza Erol Gümüşay, “Tanzimat Dönemindeki Düzenlemelerde Suçta ve Cezada Kanunilik, Kusur ve Hümanizm İlkeleri”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, s. 67-8.

⁴² “*Mesela bir kimse diğer kimesne üzerine katl kastıyla teşhir-i silah ettikde yakın bir mahalde cemâ'at-ı kesire olup o kimesne sayha ve feryad ettiği takdirde ol cemâ'at yetişip onu katlden halâs edecekleri mukarrer ve müteyekkan iken sayha ve feryad etmeyip de o kimseyi âlet-i cârihâ ile katl eylese kisas lazım gelir.*” Bkz., Yurtseven, **a.g.m.**, s. 762.

⁴³ Vatansever Öztürk, **a.g.m.**, s. 377.

Özetle denilebilir ki Osmanlı ceza hukukunda 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Humayunu da dahil olmak üzere, herhangi bir hukuka uygunluk nedeni bakımından sınır aşılması düzenlenmemiş, bu yönde hükme yer verilmemiştir.⁴⁴ Bilakis ‘savunmada ifrata gidilmesi halinde’ kişinin artık hukuka aykırı alanda suç işlediği kabul edilmiştir.⁴⁵

1.1.3.2. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu Döneminde

765 sayılı TCK’nın 50. maddesinin mehzaz hükmü, 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu’nun (Zanardelli Kanunu) 50. maddesini doğrudan ve doğru olarak⁴⁶ çevrilmek suretiyle alıntılanmıştır.⁴⁷

765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun⁴⁸ (ETCK) sınır aşımına yer veren 50. maddesi, 5237 sayılı TCK’ya geçilmeden önceki son hali itibarıyla; “49 uncu maddede yazılı fillerden birini icra ederken kanunun veya salahiyettar makamın veya zaruretin tayin ettiği hududu tecavüz edenler (...)”, belirli oranlarda indirim uygulanmak suretiyle cezalandırılacaklardır.⁴⁹

⁴⁴ Demirbaş, **GH**, s. 365; Timur Demirbaş, “Türk Ceza Kanununda Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması”, **İÜHFİM, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e Armağan**, 1995, s. 277.

⁴⁵ Dönmez, **a.g.m.**

⁴⁶ Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Cilt: II, İstanbul, Beta, 1992, s. 224; Önder eserinde, 50. maddenin mehzazından yanlış çevrildiği iddiasına karşı çıkmaktadır. Aynı iddia, 5237 sayılı TCK’nın Adalet Komisyonu raporunda da dile getirilmiş ve yeni sınırın aşılması hükmüne gerekçe yapılmıştır, bkz., **Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593)**, s. 7.

⁴⁷ “Kırk dokuzuncu maddede beyan olunan şartlar dahilinde fiili işlerken kanunun veya salahiyettar makamın veya zaruretin tayin ettiği hududa tecavüz edenler, işlenen suç için tayin edilen ceza müebbet hapis olduğu takdirde, altı seneden az olmamak üzere hapis ile cezalandırılır. Sair hallerde asıl suça müretteb olan ceza, altıda birden eksik veya yarıdan ziyade olmamak üzere indirilir ve ağır hapis hapse ve amme hizmetlerinden müebbeten memnuiyet, muvakkat mahrumiyete tahvil olunur” Alıntı için bkz. Majno, **Ceza Kanunları Şerhi Türk ve İtalyan Ceza Kanunları**, Cilt: 1, Ankara, Sevinç Matbaası, 1977, s. 222.

⁴⁸ Resmi Gazete: Tarih: 13/3/1926, Sayı: 320.

⁴⁹ 765 sayılı TCK md. 50: “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 aşağı olmamak üzere hapis ve müebbet ağır hapis cezasını müstelzim olduğu takdirde altı seneden on beş seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Sair hallerde asıl suça 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.”

Söz konusu indirim ağırlaştırılmış müebbet ve müebbet hapis cezası için sene aralıkları verilerek, diğer cezalar için ise, altıda birden az ve yarıdan fazla olmamak şeklinde bir oran makası belirlenerek gösterilmiştir. Maddeye göre, sınır aşan failin tamamen cezasız kalması ihtimal dahilinde olmadığı gibi, herhangi bir indirim yapmamak veya gösterilen oranların dışında indirim uygun görmek de hakimnin takdirine bırakılmamıştır.

Maddede atıf yapılan ETCK 49. maddede ise sırasıyla kanunun hükmü ve amirin emrinin yerine getirilmesi, meşru savunma ve zorunluluk hali hukuka uygunluk nedenleri düzenlenmiştir.⁵⁰

Düzenlemeye bakılarak yapılabilecek ilk tespit, kanun koyucunun sınır aşımının uygulanacağı hukuka uygunluk nedenlerini atıf yoluyla açıkça ve âdeta sınırlı şekilde göstermesidir. Gerçekten de, 50. maddenin 49. maddeye atıf yapması dolayısıyla o dönem bazı görüşler, ETCK md. 49'da yer alanlar hariç geriye kalan hukuka uygunluk nedenleri bakımından ETCK md. 50'nin uygulanamaz olduğunu ileri sürmekteydi.⁵¹ Kaldı ki, 1988 tarihli öntasarıda hakkın icrası ve mağdurun rızası için de sınır aşılmasına dair düzenlemeler yer almaktayken⁵², tasarının bu şekilde kanunlaşmaması da kanun koyucunun sınır aşma maddesini yalnız 49. madde içeriğindeki hukuka uygunluk nedenleri ile bilinçli olarak sınırladığını ortaya koymaktaydı.

⁵⁰ 765 sayılı TCK md. 49: “1 - Kanunun bir hükmünü veya salahiyettar bir merciden verilip infazı vazifeten zaruri olan bir emri icra suretiyle,

2 - Gerek kendisinin gerek başkasının nefsine veya ırzına vukubulan haksız bir taarruzu filihal defî zaruretinin bais olduğu mecburiyetle,

3 - Gerek nefsinin ve gerek başkasının vukuuna bilerek mahal vermediği ve başka türlü tahaffüz imkanında olmadığı ağır ve muhakkak bir tehlikeden muhafaza etmek zaruretinin bais olduğu mecburiyetle, işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilemez.

Bir numaralı bentte gösterilen halde merciinden sadır olan emir hılaflı kanun olduğu takdirde neticesinden hasıl olan cürme müterettip ceza emri veren amire hükmolunur.”

⁵¹ Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, **Açıklamalı – Yeni İçtihatlarla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Cilt: 1 (1 ve 75. Maddeler), Ankara, Seçkin, 2010, s. 485; Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım**, Cilt: II, 12. Bası, İstanbul, Beta, 1997, s. 141; Demirbaş, “Sınırın Aşılması”, s. 277.

⁵² Demirbaş, “Sınırın Aşılması”, s. 277.

Yargıtay da kararlarında sınır aşımı hükmünü yalnızca ETCK 49. maddede sayılan hukuka uygunluk nedenleri bakımından uyguluyordu.⁵³ Öğretide ise özellikle de hakkın kullanılması ve mağdurun rızası bakımından bu eksiklik eleştiriliyor ve düzenlemenin kanunda olmayanlar da dahil olmak üzere tüm hukuka uygunluk nedenleri bakımından uygulanabilir olduğu ileri sürülüyordu.⁵⁴

İkinci bir tespit olarak, kast veya taksir tabirlerini zikretmeden, yalnız hangi hallerde cezanın nasıl indirileceği madde metninde belirlenmiştir. Kanun maddesi açık bir düzenleme içermediği için sınır aşımına dair indirimin yalnız taksirle⁵⁵, yalnız kasten⁵⁶ veya her ikisi halinde⁵⁷ de uygulanabileceğini iddia eden görüşler mevcuttu. Yargıtay'ın ise o dönem, genel olarak somut olayda kast - taksir değerlendirmesine gitmeden, diğer şartlar oluşmuşsa maddeyi uygulamak yönünde eğilim gösterdiği görülmektedir.⁵⁸

Madde lafzında buna aykırı bir ibare yer almadığından Yargıtay, hem kastlı hem taksirli aşımelerde söz konusu indirimi uygulamakta, yalnız kastlı aşımelerde alt, taksirli aşımelerde üst sınıra yakın oranlarda indirim yapılmaktaydı.⁵⁹ Öğretide de sınırı aşmada önemli olanın manevi unsurdan ziyade, ilgili hareketin müdafaa amacına matuf olması gerektiği ifade edilmekteydi.⁶⁰

⁵³ Aykut Ersan, “Meşru Savunmada Sınırın Aşılması”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012, s. 59. Ayrıca bkz., “TCK'nın 50. maddesi ancak 49. madde yazılı fiillerden birinin icrası sırasında işlenen hallerde kabili tatbiktir.” Y. 6. C.D., T. 10.5.1960, 2020/4157.

⁵⁴ Önder, GH, s. 222; Kayıhan İçel, Füsün Sokullu-Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih Selami Mahmutoglu, Yener Ünver, **İçel Suç Teorisi**, 3. Baskı, İstanbul, Yetkin Yayınları, 2004, s. 197.

⁵⁵ Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s. 265; Faruk Erem, **Türk Ceza Kanunu Şerhi, Genel Hükümler**, Cilt: 1, Ankara, Seçkin, 1993, s. 386; Nevzat Toroslu, **Ceza Hukukunda Zaruret Hali**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 234, Ankara, Sevinç Matbaası, 1968, s. 162-3; Dönmezer, Erman, II, s. 379.

⁵⁶ Muharrem Özen, **Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa**, Ankara, Seçkin Yayınları, 1995, s.164-5; Feyyaz Gölcüklü, “Suçta Kanuni Unsurun Ortadan Kalkması, Fiilin Hukuka Aykırılığı Kavramı ve Hukuka Uygunluk Sebepleri Konusunda Bazı Mülâhazalar”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: XXIII, No: 1, Mart 1968, s. 211-2; Parlar, Hatipoğlu, TCK, s. 485; Önder, GH, s. 223-4.

⁵⁷ Ölüm ve müebbet gibi kasten işlenen suçların ağır cezalarından indirim öngörüldüğüne göre, madde kasten işlenen suçları da kapsar görünmektedir, bkz., Demirbaş, “Sınırın Aşılması”, s. 282-3.

⁵⁸ Y. 1.C.D., T. 29.1.1986, E. 1985/4255, K. 1986/294; Y. 1.C.D., T. 14.6.1989, E. 1989/1902, K. 1989/1921.

⁵⁹ Mehmet Şahin, “Yasal (Meşru) Savunmada Sınırın Aşılması”, **TBB Dergisi**, Sayı: 76, 2008, s. 331.

⁶⁰ Abdullah Pulat Gözübüyük, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C. 1, M. 1 – 124, Ankara, Ajans Türk Matbaası, 1960, s. 197.

ETCK md. 50'nin yalnızca taksirli aşımelerde uygulanabileceğini ileri süren o dönem öğretisindeki çoğunluk görüşü, kasten aşımı reddetmekte ve kasten aşımada failin suçun tam cezası ile cezalandırılacağını ifade etmekteydi. Ancak tespitimize göre görüş, kasten aşım ile yalnızca amaçta aşmayı imâ etmekteydi.

Burada önemi ve vurgusunu çok önemli bulduğumuzdan, o dönem hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinde sınırı aşma bahsinde *Toroslu*'nun cümlelerine doğrudan atıf yapacağız. Yazara göre, zorunluluk halinde sınırı aşan failin “*kasdi olarak işlediği fiilden taksirli fiilmiş gibi*” cezalandırılması gerekmektedir. Devamla, zaruret halinde kullanılan vasıtaların dikkatsizlik ve ihmalkârlık yüzünden yanlış tercih edilmesi sonucu sınır aşımı söz konusu ise ETCK md. 50 uygulanabilecektir.⁶¹

Söz konusu durumda, yani vasıtaların veya yöntemin dikkatsizlikle yanlış seçilmesinde sınır aşımında suç, aslında hem kasten hem de taksirle işlenmiş olabilir. İşte *Toroslu*'nun önerdiği ve o dönemin çoğunluğunca da benimsenen yaklaşım, sınır aşımak suretiyle işlenen suça yönelik manevi unsur araştırması yerine, aşımın vasıta ve yöntemine mi, yoksa amaca mı dair olduğunun tespit edilmesinin yeterli olacağı yönündedir. Bu noktada taksir ve kast, aşırılığa ilişkin olarak okunur ve anlamlandırılır.

Görüldüğü üzere, kasten aşımı reddederek maddeyi yalnız taksire hasredenlerin ‘taksir’ ile ifade ettikleri aslında failin kullandığı vasıtanın, yöntemin ya da genel olarak oranın belirlenmesinde gerekli titizliği gösterememiş olmasıdır. Keza failin kasdi işlediği suçtan taksirli fiilmiş gibi ceza alacak olmasının açıkça belirtilmesi de savımızı kuvvetlendirmektedir.

⁶¹ “Binnetice aşırılık ancak taksirli olduğu halde, fail kasdi olarak işlediği fiilden taksirli fiilmiş gibi ceza görecektir. Oysa aşırılık kasdi ise, fiile kanunda yazılı ceza aynen verilecektir. Şu halde adı geçen kanuna göre failin, zaruret halinde hareket ederken zaruretin tayin ettiği sınırları tedbirsizlik, dikkatsizlik, ihmal veya tecrübesizlik sebebiyle, kullanılan vasıtaların kıfayet nispet ve zaruretinde yanlış bir değerlendirmeye varması neticesinde aşmış olması söz konusudur.” (vurgular eklenmiştir) Bkz., *Toroslu*, **Zaruret**, s. 163. *Toroslu*'nun söz konusu cümleleri pek çok başat İtalyan ceza hukuku kaynağına atıf yaparak kaleme aldığını da burada belirtmek gerekmektedir. Bu, eski 50. maddenin, olduğu gibi (eski) İtalyan Ceza Kanunu'nun 50. maddesinden alıntı olması ile muhakkak alakalıdır.

Benzer değerlendirmeye *Dönmezer* ve *Erman*’ın eserinde de rastlamaktayız. Yazarlar da madde (1889 tarihli) İtalyan Ceza Kanunu’ndan alıntı olduğu ve orada sınır aşımı yalnız taksirle işlenebilen suçlara hasredildiği için ETCK 50. maddenin de öyle okunması gerektiğini ifade etmekteydi.⁶² Buna göre fail aşımı araçta ve yöntemde değil ancak amaçta yaptığı halde sınır aşım hükümlerinden yararlanamayacaktır. Örneğin meşru savunma çerçevesinde insan öldürme gerçekleştirmiş ise, “*fiil taksirle işlenmiş sayılacak, yani fail hakkında ETCK 448. madde değil, 455. madde uygulanacak*” ve bunun üzerinden indirim yapılacaktır.⁶³

Demirbaş ise, hükmün taksirli aşimleri da kapsadığından şüphe etmemekle beraber, maddenin ilgili suçun taksirle de işlenebilir olmasını belirtmemesinin bir eksiklik olduğunu vurguluyordu.⁶⁴

Yalnız kasten aşimlarda maddenin uygulanabileceğini düşünen azınlık görüşü ise bu düşüncesini, meşru savunma şartlarından oranın olayda mevcut olmadığı veya uygun vasıtanın seğıilmediği hallere özel olarak kanun koyucunun söz konusu hükmü getirdiğini, ayrıca istisnai bir suç işleme şekli olarak taksirden söz edilebilmesi için kanun koyucunun bunu ayrıca belirtmesi gerektiği, belirtmediği hallerde ise, - ETCK 50. maddede olduğu üzere - kastlı davranışın imâ edildiğine dayandırmaktadır.⁶⁵

Madem ki madde ‘zaruret hududunu aşan’ failden söz etmektedir, kasten eyleyen faili kast etmektedir. Hem zaten taksiri ile nispetin aşıldığı haller hâlâ ETCK md. 49 içerisinde ilgili hukuka uygunluktan yararlanmaya devam edecektir.⁶⁶ Hasılı taksirle aşımın, orantılılık ilkesini ihlal etmeyeceği için bu maddeye gitmeden hukuka uygunluk sınırında değerlendirilmesi gerektiği iddia edilmiştir.⁶⁷

⁶² Dönmezer, Erman, **II**, s. 379.

⁶³ (vurgu eklenmiştir) Dönmezer, Erman, **Cilt:II**, 1997, s. 140-1. Eserin güncellenmiş yeni baskısında ifadeler TCK 81 ve 86 olarak geçmektedir. Dönmezer, Erman, **II**, s. 382.

⁶⁴ Demirbaş, “Sınırın Aşılması”, s. 282.

⁶⁵ Gölcüklü, **a.g.m.**, s. 211-2; Özen, **Meşru Müdafaa**, s. 162.

⁶⁶ Gölcüklü, **a.g.m.**, s. 211-2; Özen, **Meşru Müdafaa**, s. 162.

⁶⁷ Özen, **Meşru Müdafaa**, s. 164; Gölcüklü, **a.g.m.**, s. 211.

Önder ise, saldırganın ayağına nişan alması gerekirken öldürücü bölgesinin hedef alınması ya da bir el yetecekken dört el ateş edilmesinde sınırın taksirle değil kasten aşıldığını, kasten işlenmiş fiili taksire dönüştürmenin kanuni düzenlemeler karşısında imkânsız ve yanlış olacağını açıkça savunmaktadır.⁶⁸ Bu hallerde ETCK md. 50 hükmünün uygulanmasına karşı çıkan Önder, aslında bu görüşüyle maddeyi taksire hasretmiştir.

O dönem Yargıtay, silahsız saldırganı karşı ateş açan⁶⁹, hayati olmayan bölgelere ateş etme imkanı varken saldırganı öldüren⁷⁰ ve hatta saldırganın silahını aldığı ve başına taşla vurarak yere düşürdüğü halde ard arda ateş eden⁷¹ failleri ETCK 50. maddeden yararlandırmıştır. Özellikle de son kararda Yargıtay, saldırganın hâlâ kalkıp saldırısına devam etme ihtimali olduğundan söz etmiştir.

Somut olayda saldırı devam ediyordu ise meşru savunma zaten sürecektir. Ya da failin saldırının devam ettiğini zannetme ihtimali için hata hükümlerine göre değerlendirme yapılacaktır. Ancak saldırının kesin olarak sona erdiği ihtimalde failin bu tarz davranışı, o dönem kasten aşım müsaade edilse de, artık devam eden fiiller kin duygusunu tatmine yönelik olacağından haksız tahriki gündeme getirecekti. *Kanımızca* kararda haksız tahriğin değerlendirilmemiş olması eleştirilmelidir.

Tam da bu noktada o dönem failin gerçekten savunma amacıyla mı hareket ettiğinin tespiti önem taşımaktaydı. Zira haksız tahrik ve sınırın aşılması müesseselerinden hangisinin uygulanacağını tespit için öncesinde failin niyetini belirlemek gerekecekti.⁷² Gerçekten de o dönem öğretisinde, ‘aşırılığın gayede değil vasıtada’ olması halinde maddenin uygulanabileceği ileri sürülmekteydi.⁷³ Öğretide

⁶⁸ Önder, **GH**, s. 223-4.

⁶⁹ Y. 1. C.D., T. 6.4.2004, 4170/1163.

⁷⁰ Y. C.G.K., T. 6.11.2001, E. 2001/1-224, K. 2001/236.

⁷¹ Y. C.G.K., T. 3.6.1985, E. 1985/185, K. 1985/331.

⁷² Ersan Şen, “TCK m.27 Kapsamında Sınırın Aşılması ve Haksız Tahrik”, **Hukuki Haber**, 2 Eylül 2015, <https://www.hukukihaber.net/tck-m27-kapsaminda-sinirin-asilmasi-ve-haksiz-tahrik-makale,4230.html>, E.T.: 28.09.2022, 12:14.

⁷³ Erem, **TCK**, s. 415.

de sınırın araçlar bakımından aşılmasının - yani amaçta aşılmamasının - ETCK 50. madde bakımından muhakkak olduğu ifade edilmektedir.⁷⁴

Eski düzenlemeye bakılarak yapılabilecek son ancak bir o kadar önemli tespit, bugünkü TCK 27. maddenin ikinci fıkrasını karşılayacak ve failin duygu durumunu dikkate alan bir hükme yer verilmemiş olmasıdır. Ancak öğretide failin psikolojik durumunun da ETCK md. 50 uygulanmasında dikkate alınması gerektiği ifade ediliyordu.⁷⁵ Benzer şekilde Yargıtay da bu hususu vurguluyor ve kararlarında failin o anki psikolojisini de değerlendirmeye alıyordu.⁷⁶

Meşru savunmada kişinin bu duygulara kapılarak hareket etmesi, onun kusur yeteneğini ortadan kaldıran bir mücbir sebep gibi ele alınmaktaydı.⁷⁷ O dönem hukuka uygunluk nedeni olarak ETCK 49. maddede yer verilen ve 50. maddenin de kapsamında olan zorunluluk hali için de aynısı dile getirilmekteydi.⁷⁸ Böyle durumlarda failin 50. maddede düzenlenen sınır aşımından değil, doğrudan hukuka uygunluk nedeni hükümlerinden yararlandırılması gerektiği ileri sürülmekteydi.⁷⁹ Böylece aslında zaruret sınırı, kişideki ruhsal durum dikkate alınarak belirlenmekte ve faile âdeta sınırı aşmamış gibi muamele edilmesi gerektiği savunulmaktaydı.⁸⁰

Yargıtay da failin soğukkanlı davranmasının beklenemeyeceği ve belirli duygular altında hareket ettiği hallerde ‘*hududun aşılmasından*’ söz edilemeyeceği gerekçesiyle failin doğrudan ilgili hukuka uygunluk nedeninden yararlandırmaktaydı.⁸¹ Bir kararında açıkça, sanığın “*paniğe kapılarak hedef*

⁷⁴ Özen, **Meşru Müdafaa**, s. 156.

⁷⁵ Dönmezer, Erman, **Cilt: II**, 1997, s. 137-8; İzzet Özgenç, Cumhuriyet Şahin, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2001, s. 280.

⁷⁶ YCGK, T. 26.3.1990, E. 1990/1-36, K. 1990/87; YCGK, T. 10.10.1995, E. 1995/1-213, K. 1995/271; Ayrıca bkz., Parlar, Hatipoğlu, **TCK**, s. 485.

⁷⁷ Demirbaş, “Sınırın Aşılması”, s. 282.

⁷⁸ Toroslu, **Zaruret**, s. 161.

⁷⁹ Özen, **Meşru Müdafaa**, s. 158-9; M. İhsan Darende, “Yeni TCK’da Hukuka Aykırılık Ve Bilhassa Meşru Müdafaa”, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_191.htm, E.T.: 11.10.2022; 12.20

⁸⁰ Dönmezer, Erman, **II**, s. 378 ; Özen, **Meşru Müdafaa**, s. 159; Toroslu, **Zaruret**, s. 161; Yılmaz Günel, **Yetkili Mercinin Emrini İfa**, Ankara, AÜSBF Yayınları, No: 224-206, 1967, s. 164.

⁸¹ Örnek karar için bkz., Y. C.G.K, T. 26.2.1979, E. 1979/1-527, K. 1979/93.

seçmeksizin ateş etmesi doğal olduğundan zaruret sınırının aşıldığının kabulüne olanak yoktur” ifadeleriyle faile yasal savunma hükümlerini uygulamıştır.⁸²

Ancak karışık görüş olarak, failin hukuka aykırı alanda bulunduğu, yine de kusurunun bulunmadığı için ceza almayacağı ileri sürülmekteydi.⁸³ Yani kişinin sorumlu olamayacağı zira kusur yeteneğinin de bu gibi ağır ruhsal durumlarda ortadan kalkacağı da savunuluyordu.⁸⁴ Kusur isnadı mümkün olmayınca da suçun hukuka aykırılık değil, kusurluluk unsuru eksik olacağından, fail duygularının neden olduğu mücbir sebepten dolayı ceza almazdı.⁸⁵ Failin bu şekilde kusursuz olarak sınırı aşarken bunun farkında olmaması gerektiği⁸⁶ ve bilinçli veya bilinçsiz hareket etmesinin mümkün olduğu⁸⁷ yönünde görüşler mevcuttu.

Burada bir noktaya daha değinmek gerekmektedir. Bilindiği gibi o dönem mala yönelik saldırılarda meşru savunma kabul edilmemişti. Buna rağmen, ‘korku’ya kapılarak kasten hareket ederek malını savunan faile ceza verilmemesi yine de öngörülmüştü.⁸⁸

ETCK md. 461’e göre, yağma, yol kesme veya adam kaldırma gibi suçların faillerine karşı malını savunurken ciddi biçimde korkuya kapılarak saldırıyı def etmek mecburiyetiyle kasten öldürme veya yaralama suçunu işleyenlere ceza verilmez.⁸⁹ Nitekim Yargıtay da bu halleri münferit kabul etmiş ve ETCK md. 461’in varlığında md. 50’nin uygulanamayacağını belirtmiştir.⁹⁰

⁸² Y. C.G.K., T. 26.11.1990, E. 1990/1/275, K. 1990/300.

⁸³ Demirbaş, “Sınırın Aşılması”, s. 282.

⁸⁴ Önder, **a.g.e.**, s. 265.

⁸⁵ Demirbaş, “Sınırın Aşılması”, s. 282.

⁸⁶ Özen, **Meşru Müdafaa**, s. 159;

⁸⁷ Demirbaş, “Sınırın Aşılması”, s. 283.

⁸⁸ Topçu, **a.g.e.**, s. 679.

⁸⁹ 765 sayılı TCK Madde 461: “Yukarıdaki iki fasılda beyan olunan fiillerden birini aşağıda gösterilen mecburiyetlerle yapanlara ceza verilmez. Bu mecburiyetler:

1 - 495, 496, 497, 499 uncu maddelerde beyan olunan fiillerden birinin faillerine yahut nehbü garet yapanlara karşı malını müdafaa etmek,

2 - Bir şahsın evine veya içinde adam oturur sair her türlü bina ve müştemilatına merdiven kurup çıkanları veya duvarını delenleri veya kapusunu kıranları veyahut işbu mebani ve müştemilatına ateş koyanları; - bu fiiller gece vakti olmak veya gündüz olsa bile hane ve bina ve müştemilatı ücra bir mahalde bulunmak şartlarıyla - içinde ikamet edenlerin emniyeti şahsiyelerince aklen varit bir endişe ve havfi ciddi mevcut olduğu takdirde defetmek,
dir.

765 sayılı TCK döneminde 50. maddenin yalnızca kasten aşımelerde uygulanabileceğini kabul eden görüş düzenleme için ‘özel tahrik hükmü’ nitelendirmesi yapmıştır.⁹¹ Görüşe göre sınır aşan faili artık meşru savunmadan yararlandırmak mümkün olmaz. Ancak sanki ortada hiç hukuka uygunluk nedeni yokmuş gibi tam cezadan cezalandırmak da adalete uygun düşmez. Bu yüzden, bu düzenleme, 51. maddede yer alan haksız tahrik düzenlemesinin bir nevi hukuka uygunluk nedenlerine özgü özel bir türünü ifade eder.⁹²

O dönem genel kabul sınır aşmanın vasıtelerde aşırıya gitme olduğu yönündeyse de, sona eren saldırıda hâlâ savunmanın (lüzumsuz) devam etmesi halini sınırın aşılması başlığında beraber ele alındığını da gözlemlemekteyiz.⁹³ Yargıtay da 765 sayılı TCK bakımından saldırgan etkisiz hale getirildikten sonra da savunmaya devam edilmesini md. 50 kapsamında kabul etmektedir.⁹⁴ Ancak bunun tam aksine olarak, saldırı bitmişken yapılan aşımada 50. değil, olsa olsa 51. maddenin uygulanacağı da ifade edilmiştir.⁹⁵

765 sayılı TCK dönemi ceza hukuku öğretisinde görüş ayrılıkları mevcutsa da mütabakat halinde kabul edilen husus, failin amaçta aşma yapmadığı müddetçe fıkradan yararlandırılması olmuştur. Yalnızca çoğunluk yazar amaçta aşma olmayan tüm halleri taksirle aşma altında gruplarken, azınlık yazarlar, aynı grubu kasten aşma olarak yorumlar ve bir nevi özel tahrik hükmü gibi 50. maddeye başvurulmasını

Ancak bu maddenin bir numaralı bendinde beyan olunan ahvalde müdafaa ifrada gidilmiş ve hane ve sükna müştemilatına merdiven kurmak, kapı kırmak, duvar delmek fiillerinin faillerini de fi için iki numaralı bentte yazılı şartlar mevcut bulunmamış olduğu halde asıl fiile mürettep ceza, ağır hapis hapse tahvil olunmak üzere üçte birden yarısına kadar indirilir.” (vurgu eklenmiştir)

Görüldüğü üzere son fıkrada da bu maddenin uygulanması ile alakalı sınır aşma hükmüne yer verilmiş ve ikinci fıkradaki şartlar gerçekleşmediği halde sınır aşanların cezalandırılacağı ancak cezalarının indirileceği düzenlenmiştir. Kanımızca mağdurların yapıp ettikleri aynı tanımlandığından, şartların gerçekleşmemesinden maksat tehlikenin ve / veya failin duyduğu endişenin yeterli boyuta ulaşmamasıdır. Duygular failin fiiline ilişkin farkındalığını ortadan kaldırmadığından, burada tam cezasızlık değil indirim öngörülmüş olmalıdır.

⁹⁰ Y. C.G.K., T. 26.2.2008, E. 2007/281, K. 2008/37.

⁹¹ Gölcüklü, **a.g.m.**, s. 211, 212; Özen, **Meşru Müdafaa**, s. 162

⁹² Gölcüklü, **a.g.m.**, s. 211, 212; Özen, **Meşru Müdafaa**, s. 162.

⁹³ Gözübüyük, **TCK**, s. 197; Erem, **TCK**, s. 402; Faruk Erem, Ahmet Danışman, Mehmet Emin Artuk, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara, Seçkin, 1997, s. 579.

⁹⁴ Y. C.G.K., T. 26.2.2008, E. 2007/281, K. 2008/37.

⁹⁵ Önder, **GH**, s. 222.

önerirler.⁹⁶ *Kanaatimizce* bu husus, bir nitelendirme farklılığı arz etmekten çok öteye geçmemektedir.

Diğer yandan, doğrudan içermese de içtihatlarla ETCK md. 50 zamanında âdeta bugünkü TCK md. 27/2'nin bir görünümü mevcutmuş gibi uygulama yapılmıştır. Zira failin yoğun duyguların tesiri altında olduğu haller mücbir sebep addedilerek, cezalandırılmaması yoluna gidilmiştir. Bu hallerde failin zaten ilgili hukuka uygunluk nedeninden yararlanmaya devam edeceği ya da kusur yokluğundan ceza almayacağı kabul edilmiştir.

Her ne kadar güncel 27. madde, mülga 50. maddeye karşılık olarak düzenlenmişse de ondan tamamen farklıdır.⁹⁷ Ayrıca sonraki hükmün, önceki 50. maddeye nazaran daha açık ve anlaşılır şekilde düzenlendiği belirtilmiştir⁹⁸, ki *kanaatimiz* de bu yöndedir.

1.1.4. Mehaz Kanuni Düzenlemeler

5237 sayılı TCK'nın 27. maddesinin ilk fıkrası İtalyan, ikinci fıkrası ise Alman ceza kanunlarından alıntıdır.⁹⁹ 765 sayılı TCK'nın 50. maddesi de yine eski İtalyan kanunundan devşirilmiştir. Dolayısıyla bu başlıkta kısaca, ilgili mehaz düzenlemelere ve o ülkelerin ceza hukuklarında hükümlerin nasıl ele alındığına değinilecektir.

1.1.4.1. İtalyan Ceza Hukukunda

İtalyan ceza hukuku, suçun unsurlarının 'seküler' ayırımına dayanır: tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluktan ilk ikisi objektif olan olayın meydana gelişine,

⁹⁶ Özen, *Meşru Müdafaa*, s. 162; Gölcüklü, *a.g.m.*, s. 212.

⁹⁷ Necati Meran, *Açıklamalı-İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu*, 2. Bası, Ankara, Seçkin, 2007, s. 162.

⁹⁸ Z. Özen İnci, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenlerde Sınırın Aşılması", *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı: 37, Eylül 2009, s. 111.

⁹⁹ Bozbayındır, *a.g.m.*, s. 114

sonuncusu ise sübjektif olarak faile ilişkindir.¹⁰⁰ Dolayısıyla kast ve taksir de kusurun unsurları olarak ele alınırlar.

İtalyan ceza hukukunda ayrıca, hukuka uygunluk nedenlerinin objektif olduğu görüşü hakimdir.¹⁰¹ İtalyan Ceza Kanunu'nun¹⁰² (İCK) 59. maddesinde açıkça, hukuka uygunluk nedenlerinin, fail onların varlığından haberdar olmasa bile objektif mevcudiyetleri yeterli olacağı ve uygulanacağı düzenlenmiştir.¹⁰³

Kısaca İtalyan ceza hukukunda meşru savunmanın nasıl ele alındığını değerlendirmek gerekirse, İCK'nın 52. maddesi, haksız bir saldırı ile karşı karşıya kalan kişinin, kendisi veya bir başkasını orantılı olarak savunması halinde ceza almayacağını düzenler. Kanun metninin 'cezalandırılmaz' hükmüne rağmen öğreti ve içtihat meşru savunmanın, failin kendisini savunurken kamu düzenini de koruduğu şeklinde hem bireysel hem de toplumsal gerekçelere dayanan bir hukuka uygunluk nedeni olduğu kabul edilmektedir.¹⁰⁴

İtalyan mahkemelerine göre saldırının güncelliği, saldırganın silahsız kaldığı veya silahın savunmacı eline geçtiği anda, ya da saldırganın savunmacıya sırtını döndüğü ve uzaklaştığı anda sona ermiş sayılır.¹⁰⁵ İtalyan hukukundan henüz başlamamış ya da bitmiş saldırılar bakımından yapılan savunmaların orantılılığı ihlal edeceği belirtilmiştir.¹⁰⁶

Ayrıca suç işleme amacıyla kendini meşru savunma haline sokan maksatlı faillerin de elbette artık meşru savunmadan yararlanamayacakları ifade

¹⁰⁰ Michela D'Angelo, "Merkmal der Gegenwärtigkeit im Notwehrrecht bei neuen Konfliktmustern aus Rechtsvergleichender Sicht", Università degli Studi di Padova, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Doktora Tezi, Legnaro, 2015, s. 158. Metin içindeki 'seküler ayırım' tabiri bu yazara aittir.

¹⁰¹ D'Angelo, **a.g.e.**, s. 117.

¹⁰² Kraliyet Kararnamesi: T: 19.10.1930, No. 1398.

¹⁰³ Giorgio Marinucci, "Rechtfertigung und Entschuldigung im italienischen Strafrecht", içinde: **Rechtfertigung und Entschuldigung: deutsch-italienisch-spanisches Strafrechtskolloquium 1990**, Ed. Albin Eser, Walter Perron, Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, Vol. III, Freiburg im Breisgau, 1991, s. 58.

¹⁰⁴ D'Angelo, **a.g.e.**, s. 113-4.

¹⁰⁵ Cass. 13. Temmuz 1982, Rep. F. it. 1984, 360; Cass. 28. Eylül 1978, R. pen. 1979, 622. **Aktaran:** D'Angelo, **a.g.e.**, s. 118.

¹⁰⁶ D'Angelo, **a.g.e.**, s. 120-3.

edilmektedir.¹⁰⁷ Mefruz meşru savunma halinde suçun hukuka aykırılık değil, hatadan dolayı kusur unsuru etkileneceği vurgulanmakta ve ancak kaçınılmaz hatanın faili cezadan kurtaracağı dile getirilmektedir.¹⁰⁸

Kanımızca burada önemli olan, İtalyan hukukunda da hukuka uygunluk nedenlerinde hata bahsinde ‘hukuka aykırılığın’ etkilenmediği, ortadan kalkmadığının belirtilmesidir.¹⁰⁹ Hukuka uygunluk nedeninin olayda var olduğunu düşünen failin bu yanılması onun kasten hareket etmediğini gösterir. Zira İtalyan hukukunda açıkça söz konusu hatanın kastı kaldırdığı ifade edilmiştir.¹¹⁰ Aslında burada, tipiklik bakımından kasten de davransa failin, hukuka aykırılık bakımından taksirle hareket ettiği kabul edilir ve bu yüzden bu hareketin kendi de taksirin bir türü addedilir. Yani yapılan kastın taksire indirgenmesi değildir.¹¹¹

5237 sayılı TCK’nın sınır aşılmasını düzenleyen 27. maddesinin ilk fıkrası günümüz İtalyan Ceza Kanunu’nun 55. maddesi esas alınarak düzenlenmiştir.¹¹²

“51, 52, 53 ve 54. maddelerde düzenlenen fiillerden birini icra ederken, kanunun ya da yetkili merciin emrinin ya da zorunluluğun gerektirdiği sınırlar taksirli olarak aşıldığı takdirde, ilgili suçun taksirli hali kanunda düzenlenmişse, taksirli suçlara ilişkin hükümler uygulanır.”^{113 114}

¹⁰⁷ D’Angelo, **a.g.e.**, s. 123.

¹⁰⁸ D’Angelo, **a.g.e.**, s. 124.

¹⁰⁹ “Mefruz meşru savunma halinde hukuka aykırılık azalmaz, azalan yalnızca kusurdur.”, bkz. D’Angelo, **a.g.e.**, s. 124:

¹¹⁰ Marinucci, **a.g.m.**, s. 63.

¹¹¹ D’Angelo, **a.g.e.**, s. 167. Yazar tam olarak ve açıkça bu ifadeleri kullanmıştır.

¹¹² Bozbayındır, **a.g.m.**, s. 114. Burada tekrar ve önemle hatırlatmak gerekir ki, 765 sayılı TCK’nın 50. maddesinin mehzazı, yukarıda çevirisi verilen eski İtalyan Ceza Kanunu’nun (Zanardelli) 50. maddesidir. Bugünkü İCK’nın 55. maddesi ise (son değişiklikten sonra ilk fıkrası diye de hususen belirtmek gerekecek) 5237 sayılı TCK’nın 27. maddesinin ilk fıkrasının mehzazıdır.

¹¹³ Çevirimizin dayandığı İngilizce çeviri için bkz., “When, in committing any of the acts designated in Articles 51, 52, 53 and 54, the limits prescribed by law or by order of the authorities or imposed by necessity are negligently exceeded, the provisions of law relating to crimes of negligence shall apply, if the act is designated by law as a crime of negligence.” Edward M. Wise, **The Italian Penal Code**, 1978, art. 55, <https://home.heinonline.org/>, E.T.: 28.09.2022; 13.23. Metnin orjinal düzenlemesi için bkz.,

<https://www.procuragenerale.trento.it/attachments/article/31/Giudice%20di%20pace%20competenza%20penale.pdf>, E.T.:16.01.2023; 14:08. Almanca çeviri için bkz., “Werden bei der Begehung einer Tat nach Art. 51, 52, 53 und 54 fahrlässig die durch das Gesetz, die behördliche Anordnung oder die Notwendigkeit gesetzten Grenzen überschritten, so kommen die Vorschriften über

Görüldüğü üzere güncel İtalyan hükmünde, öncekisinden farklı olarak (Zanardelli Kanunu md. 50) ayrı bir indirim öngörülmemiş olup, bu hallerde doğrudan taksire ilişkin düzenlemelere yollama yapılmıştır. Aslında maddenin, TCK'nın 27/1 maddesi ile en önemli farkları, bizdeki 'kast olmaksızın' ifadesinin İtalyan hükmünde 'taksirli olarak' aşılma şeklinde yer alması, mehzaz hükümde taksirli suçun cezası üzerinden tekrar bir indirim düzenlenmemiş olması ve hükmün hangi durumlarda uygulanacağını doğrudan atıf yoluyla gösterilmesidir.¹¹⁵

İtalyan hukukunda bu maddeye gerek olmadan, doğrudan genel hükümler yolu ile de bu sonuca varılabileceği ileri sürülmektedir.¹¹⁶ Ancak öbür yandan münferit düzenlemeye ihtiyaç olduğu, nitekim bunun, (tıpkı hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında yanılan faildeki taksirde olduğu gibi) neticenin istenmemiş olmadığı özel bir taksir türü olduğu, yalnızca kanun koyucu böyle belirttiği için bu hareketin de taksir addedildiği de ileri sürülmektedir.¹¹⁷

Maddede atıf yapılan İCK'nın 51, 52, 53 ve 54. maddelerinde ise sırasıyla, hakkın kullanılması ve görevin ifası, meşru savunma, yasal silah kullanma yetkisi ile zorunluluk hali düzenlenmiştir. Ancak öğretiyeye göre söz konusu hüküm, diğer

Fahrlässigkeitsdelikte zur Anwendung, wenn das Gesetz auch die fahrlässige Begehung der Tat mit Strafe bedroht. D'Angelo, **a.g.e.**, s. 169.

¹¹⁴ Parlar ise fıkrayı şöyle çevirmiştir: "... maddelerinde öngörülen fiillerden herhangi birinin icrası sırasında ... zaruretin koyduğu sınırlar taksirli olarak aşılsa, fiil kanun tarafından taksirli cürüm olarak öngörülmüş olmak kaydıyla, taksirli cürümlerle ilgili hükümler uygulanır." Bkz., Ali Parlar, **Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Haksız Tahrik**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2015, s. 103 - 4. Alternatif çeviri için bkz., Topçu, **a.g.e.**, s. 681: "Madde 51, 52, 53 ve 54'te öngörülen hallerden birinin işlenmesinde, kanun, otoritenin emri veya zorunluluk halinde getirilen sınırların taksirle aşılması halinde, kanunda bu halde suçun cezalandırılabilmesine ilişkin hüküm mevcutsa, taksirli suçlara ilişkin hüküm uygulanır."

¹¹⁵ Öğretide hükmün Türkçeye yanlış aktarıldığı ifade edilmiş, bizdeki düzenleme 'taksirli olarak' yerine 'kast olmaksızın' ifadesini tercih ettiği için sanki taksirin olmadığı hallerde dahi faili sorumlu tutmaya devam etmek gerekiyormuş izlenimi yaratıldığından sorunlu olduğu belirtilmiştir, bkz., Nevzat Toroslu, Yüksel Ersoy, "Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı", içinde: **Türk Ceza Kanunu Reformu- İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar**, Ankara, TBB Yayınları, 2004, s. 12.

¹¹⁶ Ferrando Mantovani, **Principi Di Diritto Penale**, Padova, 2007, s. 273: **Aktaran:** Çağrı Kan, "Türk Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Ceza Ve Ceza Muhakemesi Hukuku) Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara, 2016, s. 229.

¹¹⁷ Tullio Padovani, **Diritto penale**, Padova, Giuffrè, 1992, s. 255-256: **Aktaran:** Cristinel Ghigheci, "Regulating Negligence in French and Italian Criminal Law", **Juridical Tribune**, Vol:9, October 2019, s. 130.

kanunlarda ya da özel hükümlerde yer alan tüm hukuka uygunluk nedenleri bakımından uygulanabilme kabiliyetini haizdir.¹¹⁸

Sınırın aşılması hükmü bakımından İtalyan hukukunda, özen yükümlülüğüne uygun davransaydı kaçınabileceği aşımardan failin ceza alması gerektiği düzenlenir.¹¹⁹ Aşımın bilicinde ve farkında olarak aşımı gerçekleştirmek, kasten aşım olarak tanımlanmıştır.¹²⁰ Taksirle sınırın aşılması ise, normalde hukuka uygun olacak davranışın ötesine geçilmesi, ondan daha fazlasının yapılması olarak izah edilmektedir.¹²¹

Sınırın taksirle aşılması da iki şekilde gündeme gelebilir. Birincisinde fail söz konusu hukuka uygunluk nedeninin şartlarına dair yanlış içerisindedir ve farkında olmayarak böyle davranır. İkinci halde ise fail olayı bilmesine rağmen, istediği neticeden bir nevi sapmalar sonucu objektif sınırları aşmış olur.

İlk hale örnek olarak, failin aslında kendisini sadece yaralamak isteyen saldırganın, onu öldürmek istediğini düşünerek savunmasını ona göre aşkın ayarlaması, ikincisine ise, failin sadece tehdit etmek niyetiyle saldırgana doğrulttuğu silahın bir anda patlaması verilmektedir.¹²² Ayrıca, İCK 55. madde bakımından faile dair herhangi bir kusur değerlendirmesinin yapılamayacağı, maddenin sadece taksire ilişkin unsurların değerlendirmesini gerektirdiği ve özünde objektif bir hüküm olduğu dile getirilmiştir.¹²³

Hükmün uygulanabilmesi için ortada tüm şartlarıyla oluşmuş bir hukuka uygunluk nedeninin varlığının gerekeceği, bu yüzden mefruz meşru savunma

¹¹⁸ Mario Romano, “Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen im italienischen Strafrecht”, içinde: **Rechtfertigung und Entschuldigung: deutsch-italienisch-spanisches Strafrechtskolloquium 1990**, Ed. Albin Eser, Walter Perron, Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, Vol. III, Freiburg im Breisgau, 1991, s. 123.

¹¹⁹ Trib. Trapani, 19 luglio 1990, in Riv. pen., 1991, 933. **Aktaran:** D’Angelo, **a.g.e.**, s. 168.

¹²⁰ Marinucci, **a.g.m.**, s. 60.

¹²¹ Alfonso Stile, “Der Irrtum als Unrechts- und/oder Schuldausschluß im italienischen Strafrecht”, içinde: **Rechtfertigung und Entschuldigung: deutsch-italienisch-spanisches Strafrechtskolloquium 1990**, Ed. Albin Eser, Walter Perron, Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, Vol. III, Freiburg im Breisgau, 1991, s. 335.

¹²² Stile, **a.g.m.**, s. 335.

¹²³ Romano, **a.g.m.**, s. 123.

halinde uygulanamayacağı, bu hallerde doğrudan ve sadece hata hükümlerine bağlanmak gerekeceği kabul edilmiş ve bu husus yargı içtihatlarıyla da ortaya konmuştur.¹²⁴

Duygular, aşım için dikkate alınmazken, failin kaçınılmaz aşımında ceza almayacağı, ancak kaçınılabılır aşımelerde taksirinden sorumlu olacağı belirtilmiştir.¹²⁵ Söz konusu kaçınılmazlığı biz, İtalyan hukukundaki klasik görüşü de dikkate alarak, failin taksirinin dahi mevcut olmadığı haller olarak yorumluyoruz.

2019 yılında yapılan bir kanun değişikliği ile, İCK'nın 55. maddesine, artık duyguların da dikkate alınmasını gerektirecek bir ikinci fıkra eklenmiştir:

*“52. maddenin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarında belirtilen hallerde, fiili işleyen kişi, kendisinin veya başkasının güvenliğini korumak amacıyla ... içinde bulunduğu tehlikeli durumdan kaynaklanan ciddi duygusal kargaşa / rahatsızlık / bozukluk halinde cezalandırılmaz.”*¹²⁶

Burada madde anlamını bütün olarak görebilmek adına İCK 52. maddenin iki ve devamındaki fıkralarının silah kullanılarak yapılan meşru savunmayı düzenlediğini belirtmek gerekmektedir.¹²⁷

İtalyan hukukçularınca eleştirilen¹²⁸ bu düzenlemenin, tam olarak paralel olmamakla birlikte, TCK'daki md. 27/2 düzenlemesine yaklaşıp şekilde, meşru

¹²⁴ Cass. Pen., Sez. I, 15 gennaio 1992. **Aktaran:** D'Angelo, **a.g.e.**, s. 172.

¹²⁵ D'Angelo, **a.g.e.**, s. 171.

¹²⁶ *“In the cases referred to in the second, third and fourth paragraphs of article 52, punishment is excluded if the person who committed the act to safeguard his own or others' safety has acted in the conditions referred to in article 61, first paragraph, n. 5) or in a state of serious disturbance, deriving from the current dangerous situation”* Madde metnine İCK'nın değişikliklerini de kapsayan orjinal tam metnine yer veren ‘Altalex’ hukuk platformunun sayfasından çeviri programları yardımıyla İngilizce ve Almanca dilleri üzerinden teyit edilerek erişilmiştir. Bkz. <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-penale>, E.T.: 24.08.2022; 14:15.

¹²⁷ Madde içeriklerine İCK'nın değişikliklerini de kapsayan orjinal tam metnine yer veren ‘Altalex’ hukuk platformunun sayfasından çeviri programları yardımıyla İngilizce ve Almanca dilleri üzerinden teyit edilerek erişilmiştir. Bkz. <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-penale>, E.T.: 24.08.2022; 14:15.

savunmada savunmacı failin ruhsal durumunun dikkate alınarak cezasızlık getirdiğini söylemek mümkündür.

1.1.4.2. Alman Ceza Hukukunda

Meri TCK Alman Ceza Kanunu'ndan¹²⁹ (AlmCK) pek çok madde almıştır. Manevi unsur haksızlık alanına dahil eden normatif kusur teorisi de, Alman hukukunun etkisi ile hukukumuzda yerleşmiştir. Bu sebeple ceza hukukunda yapılan karşılaştırmalar bakımından referans alınacak ülkelerin başında Almanya gelmektedir.

Konumuz bakımından ise, TCK md. 27/2'nin doğrudan me hazı olan madde de yine AlmCK md. 33'ten çevrilmiş olup, maddi ceza hukuku sisteminin genel olarak benzerliği, sınır aşımının anılan ülke hukukunca nasıl ele alındığını da incelemeyi gerekli kılmaktadır.

Alman ceza hukukunda, TCK md. 27/1 muadili düzenleme yer almamaktadır.¹³⁰ Aşımın hataya dayandığı ya da hatadan kaynaklandığı haller için yerine göre fiili ya da hukuki hata hükümlerine başvurulur. Ancak hatasız ya da daha doğru bir ifade ile hata ile ilgisiz şekilde, taksire dayalı olarak bir sınır aşımı mevcut ise bu haller bazı eserlerde taksirli suçların hukuka aykırılığı üniteleri altında işlenmiştir.¹³¹

Her ne kadar benzeri o hukuk düzeninde yer almasa da, TCK md. 27/1 fıkrası bakımından da sınır aşımını izah için incelenecek olan, meşru savunma hukuka uygunluk nedeni, hukuka uygunluk nedenlerinde hata, mazeret nedenleri, ceza

¹²⁸ Stefano Pipitone, "Reform of the Italian Self Defense: does the castle doctrine enter Italy?", <https://www.stefanopipitone.eu/notizie/reform-of-the-italian-self-defense-does-the-castle-doctrine-enter-italy/>, E.T.: 22.09.2022; 18:13; Dante Figuaroa, "Italy: Law on Legitimate Defense in Criminal Cases Enters into Force", **Library of Congress**, <https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2019-06-10/italy-law-on-legitimate-defense-in-criminal-cases-enters-into-force/>, E.T.: 22.09.2022; 18:13; Street Fight Mentality, "Excess Self-Defense in Italy", <https://expertfightingtips.com/en/excess-self-defense-in-italy/>, E.T.: 22.09.2022; 18:15.

¹²⁹ Resmi Gazete (*Bundesgesetzblatt*): T: 13.11.1998, S: BGBl. I S. 3322

¹³⁰ Bozbayındır, **a.g.m.**, s. 117.

¹³¹ Detay için bkz. aşağıda: 2.4.2.1. Taksirli Suçlarda Hukuka Aykırılık

hukukunda taksir ve sapma gibi pek çok diğer ceza hukukuku sorunlarına dair temel tartışmalar yine Alman hukuku kaynaklı olduğundan, kaçınılmaz olarak çalışma içerisinde Alman ceza hukukuna sıklıkla başvurulacaktır. Dolayısıyla bu başlıkta yalnızca, söz konusu düzenlemeyi kısaca geçirdiği değişime de değinerek, son şekliyle arz etmekle yetinilecektir.

1851 tarihli Prusya Ceza Kanunu'nun meşru savunma ve meşru savunmada sınır aşılmasını düzenleyen 41. maddesinde meşru savunma tanımlanmakta ve ardından, telaş, korku ve dehşet nedeniyle savunma sınırlarının aşılmasının, meşru müdafaa ile aynı sayılacağı belirtilmiştir.¹³² O zamanın şerhlerinde söz konusu duyguların intikama dayanmaması gerektiği de vurgulanmıştır.¹³³

Söz konusu madde 15 Mayıs 1871 tarihli Alman Krallık Ceza Kanunu'nda da madde numarası ve dil bakımından tadil edilse de içerikçe aynı şekilde korunmuştur. Yalnızca failin meşru savunma halinde olduğu kabulü yerine, artık 'ceza almayacağı' şeklinde düzenleme tercih edilmiştir.¹³⁴

Hüküm reform öncesi hükümetin 1962'de sunduğu tasarısında 38. madde olarak aşağıdaki şekilde yer almıştır:

“Failin, meşru savunmanın sınırlarını aşması halinde cezası md. 64/1'e göre indirilebilir.

Eğer telaş, korku veya dehşet yüzünden sınır aşma faile isnad edilemiyorsa, kusursuz hareket etmiş sayılır.”¹³⁵

¹³² “Fiilin meşru müdafaa nedeni ile zorunlu olduğu halde suç ve kabahat yoktur. Meşru müdafaa, mevcut ve kendisine ya da başkalarına yönelen hukuka aykırı bir saldırıdan korunmak için gerekli olan savunmadır. Failin sadece telaş, korku veya panik nedeniyle savunma sınırlarını aşması, meşru müdafaa ile aynı sayılır.” Bkz., H. Sefa Eryıldız, “Alman Ceza Hukuku'nda Meşru Müdafaa Sınırlarının Aşılması (ALM. CK. M. 33)”, **CHD**, Sayı: 31, Ağustos 2016, s. 94. Yalnız burada 'telaş' olarak çevrilmiş olan ifade aslında güncel yasadaki ile aynı tabire karşılık gelmemektedir. Güncel yasada 'Verwirrung' olarak geçen ve doğru çevirisi 'telaş' olan duygu, Prusya Ceza Kanunu'nda, 'Bestürzung' ifadesi ile karşılık bulmuştur. Bkz. Heike Diederich, **Ratio und Grenzen des straflosen Notwehrexzesses**, Berlin, Mensch & Buch Verlag, 2001, s. 9.

¹³³ Diederich, **a.g.e.**, s. 9.

¹³⁴ Diederich, **a.g.e.**, s. 9.

¹³⁵ Resmi tasarı metni için bkz., Bundesrepublik Deutschland, Der Bundeskanzler, **Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962**, Deutscher Bundestag 4. Wahlperiode, Drucksache IV/650, 3 –

1975 reformu ile günümüz AlmCK'sının, TCK md. 27/2'nin de mehz düzenlemesi olan 33. maddesi, meşru savunmada sınır aşmayı düzenleyen bağımsız bir hüküm olarak şu şekilde yer almıştır:¹³⁶

*“Meşru savunmanın sınırını telaş, korku veya dehşetten ötürü aşan fail cezalandırılmaz.”*¹³⁷

Tasarı düzenlemesinin kanunlaşan düzenlemeden farkı noktasında dikkat çeken husus, failin duygularına dayanmayan ya da duyguları ile bağlantısız olan sınır aşımalarında da hakime takdiri de olsa bir indirim imkanı tanınmış olmasıdır. Tasarı hükmünde ilk fıkra olarak yer alan bu hüküm, yine meşru savunmaya has olmakla beraber, sınırı aşmaya dair herhangi bir koşul getirmemiş, indirimi de genel indirim maddesine atıfla ortaya koymuş, hususi bir oran mecbur koşmamıştır. Failin duygu durumu önem arz etmeksizin, yalnızca meşru savunma hali içerisinde sınır aşan failin bu hal ile hiç karşı karşıya gelmemiş failden haksızlık içeriği daha az bir davranış gerçekleştirdiği düşünüldüğü için ilk fıkra takdiri indirim öngörmüştür.¹³⁸

Kanunlaşan madde ise, failin cezalandırılmayacağını kesin şekilde belirtmiş, bu konuda basamaklı bir indirim veya takdire yer vermemiş, ayrıca söz konusu cezasızlığı da failin ancak belirli duygular altında hareket etmesi hali ile sınırlamıştır.

43000 - 2923/62 II, 4 Oktober 1962, <https://dserver.bundestag.de/btd/04/006/0400650.pdf>, E.T.: 17.01.2023, 15.48.

¹³⁶ Bozbayındır, **a.g.m.**, s. 116; Thomas Vormbaum, Jürgen Welp, **Strafgesetzbuch, Sammlung der Anderungsgesetze und Neubekanntmachungen**, Band: 1, Baden – Baden, Nomos, 1999, s. 12.

¹³⁷Hükmün orjinal metni şu şekildedir: “Überschreitet der Täter die Grenzen der Notwehr aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken, so wird er nicht bestraft.” Bkz., [https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_33.html#:~:text=Strafgesetzbuch%20\(StGB\),so%20wird%20er%20nicht%20bestraft](https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_33.html#:~:text=Strafgesetzbuch%20(StGB),so%20wird%20er%20nicht%20bestraft), E.T.: 16.01.2023; 15.10.

¹³⁸ Diederich, **a.g.e.**, s. 11.

1.2. Türk Ceza Hukukundaki Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenlere Genel Bakış

27. madde, TCK'nın '*Genel Hükümler*'in düzenlendiği birinci kitabının, '*Ceza Sorumluluğunun Esasları*'nı belirleyen ikinci kısmının, '*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler*' başlıklı ikinci bölümünde yer almaktadır. Bu bölümde hukuka uygunluk nedenleri, kusurluluğu etkileyen ve ortadan kaldıran nedenler ile mazeret nedenleri ayrı ayrı gruplandırılıp başlıklandırılmaksızın, aralarında bir sıraya yer verilmeksizin ve en önemlisi ilgili madde ve fıkralarda müessesenin hukuka uygunluk nedeni mi; kusurluluğu tamamen ortadan kaldıran ya da azaltan neden mi veya mazeret nedeni mi olduğunu belirlemeye müsaade etmeyecek şekilde düzenlenmiştir. Cezalandırmamanın ya da cezada indirimin gerekçesi her seferinde farklı bir tabirle ve birbirinin yerine olacak şekilde karışık biçimde ifade edilmiştir.

Örneğin, '*ceza verilmez*' ibaresi hem hukuka uygunluk nedenleri olan rıza, kanun hükmünün yerine getirilmesi ve meşru savunma için, hem ağırlıklı görüşçe mazeret nedenleri sayılan cebir, korkutma ve tehdit ile zorunluluk hali ve meşru savunmada mazur görülebilecek heyecan, korku veya telaştan sınırın aşılmasını düzenleyen md. 27/2 için, hem de kaçınılmaz yasak hatası (md. 30/4) için kullanılmıştır. Kusur yeteneğini etkileyen hallerden olarak akıl hastalığını ve geçici nedenler, alkol ve uyuşturucu madde etkisi altında olmayı düzenleyen maddeler 32/1 ve 34/1'de de yine '*ceza verilmez*' ibaresi tercih edilmiştir. Keza md. 24/2'ye göre hukuka uygun veya aykırı ayrımı yapılmaksızın amirin emrini yerine getiren '*sorumlu olmaz*' iken, suçun nitelikli hallerinde veya ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerde yanılan kişi ise bu '*hatasından yararlanır*'.

Ceza verilmemesini - veya indirilmesini - ifade eden bu kavramların içlerinde bulundukları maddelerde düzenlenen kurumun hukuki niteliğini betimlemekten uzak oldukları açıktır. Bu betimleme eksikliğinin, öğretide çoğu tartışmalı olan müessesenin hukuki nitelikleri konusunda kanun koyucunun belirleme yaparak

bağlayıcı olmak istememesine dayandığı belirtilmektedir.¹³⁹ Bu durum, her ne kadar öğretideki hukuki tartışmanın ve gelişmenin önünü kapatmamak için daha sağlıklı olduğu görüşüyle savunulabilirse de¹⁴⁰, hüküm türlerini düzenleyen 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun¹⁴¹ (CMK) 223’üncü maddesi, aslında kanun koyucunun bu müesseselerin çoğu konusunda bir hukuki nitelik belirlemesi yaptığını göstermektedir.¹⁴²

Madem TCK’da hukuki teatinin önünü kesmemek için çoğu müessesenin niteliği ucu açık bırakılmıştır, kanun koyucunun CMK hükmüyle kurumları açıklığa kavuşturmaya çalışmasının hatalı olduğu fikrine biz de iştirak etmekteyiz.¹⁴³ Her hâlükârda, hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluluğu etkileyen nedenlerin aynı bölümde ayırım yapılmaksızın düzenlenmesi öğretide çokça eleştirilmekte, güçlülüklerle yol açacağı belirtilmekte ve ayrı bölümler halinde yer almaları ya da en azından her nedenin hangi grupta yer aldığını belirtecek ifadelerin tercih edilmesi tavsiye edilmektedir.¹⁴⁴

¹³⁹ **Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593)**, s. 229.

¹⁴⁰ Zeynel Kangal, “Anayasal Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi”, **CHD**, Sayı: 17, Aralık 2011, s. 81; Elvan Keçelioğlu, “Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK’nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları”, **TBB Dergisi**, Sayı: 87, 2010, s. 300; İnci, **a.g.m.**, s. 114.

¹⁴¹ Resmi Gazete: Tarih : 17/12/2004, Sayı : 25673

¹⁴² Örneğin, CMK md. 223/3-b’ye göre: “*Yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi*” halinde, (CMK md 223/3-d) “*kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.*” Öğretide de müesseselerin TCK’da belirlenmeyen hukuki niteliklerinin CMK’da “*teker teker gösterildiği*” (bkz. Mahmut Koca, “YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, **CHD**, C.1, S.1., Eylül 2006, s. 120) ve “*açıkça ortaya konduğu*” (bkz. İnci, **a.g.m.**, s. 114) ifade edilmiştir.

¹⁴³ Serkan Meraklı, “Mazeret Sebeplerinin Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi”, **CHD**, Ankara, Y. 5, S. 12, Nisan 2010, s. 273; Koray Doğan, “Ceza Muhakemesinde Hüküm”, **CHD**, C.3, S.7., Ağustos 2008, s. 180-1.

¹⁴⁴ Tasarıyı hazırlayanların suç teorisindeki gelişmeleri yakından izlemedikleri hakkında bkz., Toroslu, Ersoy, **a.g.m.**, s. 11; Devrim Güngör, **Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s. 62; Ahmet Can Balak, “Türk Ceza Kanununda Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata ve Failin Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, **ÇÜHFD**, C. 6, S. 2, Ekim 2021, s. 655; Reşit Karaaslan, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Hata”, **Legal Hukuk Dergisi**, No. 172, 2017, s. 1699-1700.

1.2.1. Genel Olarak Suç Teorisinde Hukuka Aykırılık ve Kusurluluk

Klasik suç teorisinde, fiilin dış dünyaya dair tüm maddi yönleri yani tipiklik ve hukuka aykırılık objektif; faile bakan ve fiille fail arasındaki psikik bağı ifade eden, kast ve taksir dahil tüm yönleri subjektif şartlar olarak kusur altında gruplandırılmaktadır.¹⁴⁵ Neoklasik teoriler bu ayrımın keskinliğini yumuşatmış, final hareket teorisi ise hareketin soyut iradesiyle yetinilmeyerek amaca yönelik davranışlar olarak tanımlanması gerektiği ortaya koymuştur.¹⁴⁶ Böylece zamanla, haksızlık türlerini birbirinden ayırmanın temelde kast ve taksire dayanan subjektif unsurlarla mümkün olduğu; tipikliğin ve haksızlığın subjektif unsurlar da barındırdığı görüşüne ulaşılmıştır.¹⁴⁷

Türk ceza hukukunda bugün, Alman hukukunun da yoğun tesiri ile kast ve taksiri kusurluluğun birer türü, kusur yeteneğini kast ve taksirin bir ön şartı addeden görüşler son derece azınlıkta kalmış olup neredeyse terk edilmiş vaziyettedir.¹⁴⁸ Nitekim 5237 sayılı TCK ile kanun koyucunun, normatif kusur esasına dayanan ve kusurluluğu unsurlar dışında ayrı bir kınanabilirlik yargısı olarak ifade eden görüşe

¹⁴⁵ Selim Erdin, “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Subjektif Unsur Sorunu”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2020, s. 25; Uğraş, **a.g.m.**, s. 384-5; Klasik ekolün önemli temsilcilerinden olarak *Mezger*’in yaptığı ayrımın burada yeterince özet ve net olduğunu düşünüyoruz: “*Dış âleme yansıyan tüm maddi hadiseler haksızlığa, manevi olan her şey ise kusura dâhildir.*” Bkz. Selman Dursun, Ali Emrah Bozbayındır, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi”, **İÜHF**, C. 83, S. 1, 2015, s. 67. Alman hukukunda da 20. yüzyılın başlarına kadar *Beling* ve v. *Listz*’e dayanan ve haksızlığın failden âdeti bağımsız bir durum (*Zustand*) olduğu klasik teori hüküm sürmüştür. Bkz. Hans-Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, **Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Berlin, Duncker & Humboldt, 1996, s. 202 vd.

¹⁴⁶ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 263-5.

¹⁴⁷ Failin amacı suçu karakterize ettiğinden, kast haksızlığın unsurudur. Bkz. Welzel, **a.g.m.**, s. 719. Örneğin mala zarar vermenin taksirli hali kanunda düzenlenmediği için, kastı olmayarak mala zarar veren kişinin bu hareketi tipik olmayacaktır. Keza failin kastı, hangi suçu işlediğini belirlerken de etkin olacaktır. Ayrıca, teşebbüs halinde kalmış bir suçu cezalandırmak veya hareketlerin hangi suça yönelik olduğunu tespit de yine tipe dair manevi unsura bakılarak yapılabilecektir. Bkz. Çataklı, **a.g.m.**, s. 296-7. Diğer yandan saik aranan suçlar bakımından örneğin hırsızlık suçunda kendisine veya başkasına yarar sağlama maksadı bu suçun haksızlık içeriğine dahil olmasına rağmen failin iç dünyasına dairdir, bkz. Gözde Kazaker, “Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İzmir, 2019, s. 92.

¹⁴⁸ Bkz. Demirbaş, **GH**, s. 394 vd.; İçel, **GH**, s. 420-1; Dönmezer, Erman, **II**, s. 384-6.

meylettiği iddia edilmektedir.¹⁴⁹ Zira TCK kast ve taksiri birer kusur türü değil, haksızlığın gerçekleşme şekilleri olarak ele almıştır.¹⁵⁰

CMK’da yer alan beraat ve ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilebilecek halleri düzenleyen hükümler de aslında bunu ve TCK’nın hukuka aykırılık ve kusurluluğa ilişkin benimsediği ayrımı göstermektedir.¹⁵¹ Kanun, temel aldığı Alman ceza hukuku, kanunun gerekçesi ve sistematigi dikkate alındığında, suç ve kusur teorilerinin geçirdiği evreler de göz önünde bulundurularak geline nokta, kast ve taksiri kusurdan, kusuru da unsurlardan ayrı değerlendirmek yerinde olacaktır.¹⁵²

Bu çerçevede kabulümüzce suçun unsurlarının maddi ve manevi alt unsurlardan oluşan tipiklik ve hukuka aykırılık olmak üzere iki adet olup, kusurluluk ise unsurlar dışında kalan ve suçun varlığı tespit edildikten sonra failin cezalandırılması aşamasında gözetilen fail eksenli bir kınanabilirlik yargısıdır.

Suç tipini belirleyen maddi ve manevi unsurların muhakkak kanunilik ilkesine tabi olması gerekmektedir. Bu, suç teşkil eden hareketin ve hareketin sonucunda meydana gelen neticenin ve faile verilecek cezanın kanunda açıkça tanımlanmış olmasını ifade etmektedir. Keza manevi unsur bakımından da, kural olarak tüm suçların kasten işlenmesi gerekmekte, bu yüzden somut olayda kast, genel

¹⁴⁹ Elvan Keçelioğlu, **Der Einfluss des deutschen Strafgesetzbuches auf das neue türkische Strafgesetzbuch**, Hamburg, Dr. Kovac Verlag, 2009, s. 71 vd. “Kusur, suç teşkil eden fiilin bir vasfı değildir”, bkz., Özgenç, **GH**, s. 455.

¹⁵⁰ Adem Sözüer, “Türk Ceza Hukuku Reformu: Dünü, Bugünü ve Yarını Türk Ceza Hukuku Reformunun AB Üyesi Kara Avrupası Ülkelerindeki Reformlarla Karşılaştırılmasına İlişkin Notlar”, **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C. 21, Özel S., 2019, s. 3047; Buna gerekçe olarak genellikle, kast ve taksiri tanımlayan TCK 21 ve 22. maddeler ile, md. 30/1’de ‘suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlar’ ifadesi (demek ki kanuni manevi unsurlar da mevcuttur) ve md. 40/1’de suça katılmak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş fiilin yeterli olup kusurun aranmamasına dair hükümler gösterilmektedir. Bkz. Çataklı, **a.g.m.**, s. 283-4. Aynı yönde bkz. Meraklı, “Kusur”, s. 351-3.

¹⁵¹ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 146; Örneğin CMK kast ve taksiri kusurun türleri olarak addetseydi bunların yokluğunda ceza verilmesinin yer olmadığı hükmünü önermesi beklenirdi, oysa mevcut düzenlemede manevi unsurların yokluğu beraati gerektirmektedir, bkz. İba, **a.g.m.**, s. 637.

¹⁵² Burada TCK md. 61/1’de yer alan ‘failin kast ve taksire dayanan kusurunun ağırlığı’ ifadesinin, kast ve taksirin kusurun türleri olarak kabul edilmesine gerekçe olabileceği fikirlerine katılmak mümkün değildir. Zira suçun unsurları ‘birbirinden tamamen izole’ şekilde ele alınamaz. Bkz., Çataklı, **a.g.m.**, s. 287. Ayrıca cezanın temellendirilmesine ilişkin bu hükümden suç teorisine dair yorumların çıkarılması da doğru değildir. Bkz., Meraklı, “Kusur”, s. 350.

hükümlerde verilen tanım uyarınca tespit edilmeye muhtaç bulunmaktadır. Taksir de yine kanunda tanımlanmış olup, ancak özel olarak düzenlenen hallerde söz konusu olduğundan, manevi unsurlar bakımından da kanunilik prensibine riayetin sürmesi gerektiği görülmektedir.

İkinci unsur olarak hukuka aykırılık, fiilin genel olarak hukuk düzeni ile çelişmesini ifade eder.¹⁵³ Tıpe uygun hareket hukuka uygunsa artık bir suçtan bahsedilemez. Fiilin hukuka aykırı olması için fiile ilişkin izin içeren, yetki veren ve hatta fiilin yapılmasını emreden bir başka normun bulunmaması gerekmektedir.¹⁵⁴ Ancak tüm hukuka uygunluk nedenleri ceza kanunu veya diğer kanunlarda kazuistik olarak yer alamayacağından, bu unsur bakımından kanunilik ilkesini aramayan görüşe biz de iştirak etmekteyiz.¹⁵⁵

Eğer failin tipik (maddi ve manevi unsurlar bakımından kanundaki tanımla örtüşen) fiilini hukuka uygun kılacak bir nedenden de yararlanması söz konusu değilse, suç artık tüm unsurları ile tamamlanmış olur. Sıra, failin işlediği bu suçtan dolayı ne kadar kınanabileceği değerlendirmesine geçer.

Unsurar dışında kalan kusurluluk basamağında, failin olayları algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğini içeren kusur yeteneği test edilir. Söz konusu kusur yeteneği, failin akıl hastalığı veya yaş küçüklüğü ya da alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında olma gibi kusur yeteneğini etkileyen bir nedenle ya da, algılama yeteneği baki kalsa da, cebir, tehdit veya zorunluluk hali gibi bir nedenle iradesi zorlanmışsa sarsılabilir. Failin yanıldığı ya da ağır tahrik altında olduğu veya kendisinden hukuka uygun davranmasının beklenemediği hallerde de yine kusur yeteneği azalmış kabul edilir. Bu hallerde faile duruma göre hiç ceza

¹⁵³ Dönmezer, Erman, **II**, s. 239 vd.; İçel, **GH**, s. 317; Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Ankara, Seçkin, 2023, s. 265; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 476; İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 19. Baskı, Ankara, Seçkin, 2023, s. 305.

¹⁵⁴ Tuğrul Katoğlu, **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, Ankara, Seçkin, 2003, s. 24.

¹⁵⁵ Keçelioğlu, “Kusurluluk”, s. 303; Koca, Üzülmöz, **GH**, s. 274; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 481; Demirbaş, **GH**, s. 292; Katoğlu, **a.g.e.**, s. 23-4.

verilmeyebileceği gibi, yapılacak fail odaklı sübjektif değerlendirme ile cezasında indirimde de gidilebilir.

Dolayısıyla eğer fail bir fiili işlerken kasten hareket etmemekte ise veya dikkatsizlik sonucu işlediği fiil kanunda taksirli bir suç olarak düzenlenmemişse, fail ‘tipiklik’ unsuru eksik olduğundan suç işlememiş olacaktır. Failin bir hukuka uygunluk nedeninden yararlanması halinde de suçun ‘hukuka aykırılık’ unsuru noksan kalacağından yine suç işlenmiş sayılamayacaktır. Her iki unsur bakımından da yapılacak ceza muhakemesi sonucu beraat olacaktır. Bu ikisi arasındaki fark, tipiklik unsurunu sağlamayan fiilin, suç olmasa da hâlâ hukuka aykırı olabileceği ve beraat etmesine rağmen faili hukukun diğer alanlarında sorumluluktan kurtaramayabileceğidir. Öte yandan, kusurunu ortadan kaldıran bir sebebin varlığı halinde fail suç işlemiş sayılsa da ceza almayacaktır.

1.2.2. Hukuka Uygunluk Nedenleri

1.2.2.1. Genel Olarak

Hukuka uygunluk nedenleri, fiilin baştan itibaren hukuka uygun olarak doğmasını sağlarlar.¹⁵⁶ Böylece tipik de olsa bir fiil hukuk düzeni ile çelişmedikçe suç oluşmaz. En genel ifadeyle, ortada bir hukuka uygunluk nedeninin var olması halinde tipikliğin buyuruculuğu fail üzerinde bir yükümlülüğe dönüşmemektedir. Diğer bir deyişle, fail hukuka uygunluk nedeninin sunduğu izin normu içinde davranarak, tipe uygun ancak hukuka aykırı olmayan bir fiil gerçekleştirmektedir.¹⁵⁷

Bu noktada hukuk düzeninin birliği, bir hukuk dalında izin verilen hareketin bir başkasında yasaklanmış olmasına ve bunun tam tersi ihtimaline engel olduğundan ve hukuk disiplinlerinin çelişmemesi gerektiğinden bahisle, hukuka

¹⁵⁶ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 476; Nurullah Kunter, **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi**, İsmail, İstanbul Akgün Matbaası, 1949, s. 163 vd.

¹⁵⁷ Ali Şahin Kılıç, “Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara, Temmuz 2020, s. 49.

uygunluk nedenlerinin yegâne kaynağının TCK olamayacağını da hatırlatmak gerekir.¹⁵⁸

1.2.2.2. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Kanuniliği Meselesi

Bilindiği gibi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası¹⁵⁹,nın (AY) 38'inci maddesinin ilk üç fıkrasında düzenlenen suçta ve cezada kanunilik ilkesi maddi ceza hukukun en temel yapı taşları arasında gösterilir.¹⁶⁰ Bu ilke bazı belirli sonuçları ile TCK'nın 2. maddesinde de yer almıştır.¹⁶¹

Suçta ve cezada kanunilik prensibinin alt ilkeleri beşe ayrılarak incelenebilir. Bunlar; belirlilik ilkesi, aleyhe olarak geçmişe yürüme yasağı, idarenin işlemleriyle suç ve ceza tahsis edilememesi, kıyas yasağı ve örf ve adet in ceza hukukuna kaynak olamamasıdır.¹⁶²

Hukuka aykırılık, hukuk düzeninin birliği ve çelişmezliği ilkelerine göre, belirli bir hukuk dalına hasredilemez.¹⁶³ Bundan maksat, bir hukuk dalının izin verdiği hareketi ceza hukukunun yasaklayamayacağı ve bunun tam tersinin de

¹⁵⁸ Kılıç, **a.g.e.**, s. 130; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 481; Demirbaş, **GH**, s. 293. *Binding*'in açıklamasına göre, hukuka aykırılık menfaat ihlaline dayandığına ve bu menfaat de mevzuat öncesi asli normlardan kaynaklandığından, hukuka aykırılık genel bir mefhum olup, ancak müeyyidelendirme bakımından ceza hukuku kuralları devreye girer. Bkz. Katoğlu, **a.g.e.**, s. 22.

¹⁵⁹ Resmi Gazete: Tarih : 9/11/1982, Sayı : 17863 (Mükerrer)

¹⁶⁰ AY md. 38: “ (1)Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. (2) Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkumiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır. (3) Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur. (...)”

¹⁶¹ TCK md. 2: “(1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.

(2) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.

(3) Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz. ”

¹⁶² Kangal, “Kanunilik”, s. 71 vd.

¹⁶³ Keçelioğlu, “Kusurluluk”, s. 302; Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 327; Johannes Wessels, Werner Beulke, Helmut Satzger, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 53. Baskı, Heidelberg, C.F. Müller, 2023, **a.g.e.**, §8, kn. 400-1; Claus Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Band:1, 4. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2006, §14, kn. 32; Dönmezer, Erman, **II**, s. 239 vd.; İçel, **GH**, s. 317; Koca, Üzülmöz, **GH**, s. 265; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 476-7; Özgenç, **GH**, s. 305.

mümkün olamayacağıdır. Dolayısıyla, hukuka uygunluk nedenleri diğer hukuk dallarından kaynaklanabilir.

Diğer hukuk dallarındaki hukuka uygunluk nedenleri ise hem yazılı, hem de teamülden gelen yazısız şekillerde kendilerini gösterebilirler.¹⁶⁴ Nitekim hukuka uygunluk nedenleri sınırlı sayı ilkesine tabi olmayıp, kanunlarda yer verilmeyen hukuka uygunluk nedenleri de mevcut olabilir.¹⁶⁵ Hasılı hukuka uygunluk nedenlerinde suçta ve cezada kanunilik ilkesi geçerli değildir.^{166 167}

Kıyasın ise, sadece suç ve cezalar ile bireyin haklarını sınırlandıran normlar açısından yasak olduğu, yoksa hukuka uygunluk gibi, suç tanımı ve cezalandırma içermeyen ve birey lehine geniş yorumlanması mümkün normlarda kıyasa bir engel olmadığı ifade edilmiştir.¹⁶⁸ Öte yandan genel hükümlerde yer almakla beraber cezalandırma alanını genişleten teşebbüs ve iştirak hükümleri fail aleyhine olduğundan bunlarda kıyas yapılamaz.¹⁶⁹

Prensip itibarıyla, örf - adet hukukunda yerleşmiş teamüle göre işlem tesis edilmesi özel hukuka has bir uygulama olup ceza hukukunda yasaklanmıştır. Ancak kanunilik ilkesi uyarınca da yasak olan, aslında neyin suç olduğu veya suç fiillerinin nasıl cezalandırılacağına örf - adet tarafından belirlenmesidir. Bir diğer ifadeyle,

¹⁶⁴ Rudolf Rengier, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 15. Auflage, München, C.H. Beck, 2023, §17, kn. 3; Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 327; Helmut Frister, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 10. Auflage, Münih, C.H. Beck, 2023, §13, kn. 1; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 481; Özgenç, **GH**, s. 313; İçel, **GH**, s. 317. Örneğin 765 sayılı TCK döneminde hakkın kullanılması ve mağdurun rızası kanunen düzenlenmemiş olmalarına rağmen hukuka uygunluk nedeni olarak addediliyordu. Bkz. Demirbaş, **GH**, s. 294.

¹⁶⁵ Kılıç, **a.g.e.**, s. 188; Şahin, **a.g.m.**, s. 322; Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 327; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 481.

¹⁶⁶ Neslihan Göktürk, "Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılgının Hukuki Niteliği", **CHD**, Sayı: 26, Aralık 2014, s. 17; İnci, a.g.m. s. 115; Schmidhäuser, Eberhard, **Strafrecht Allgemeiner Teil: Studienbuch**, 2. Auflage, Tübingen, Mohr, 1984, §6, kn. 24: Yazara göre 'kanunsuz ceza olmaz' ilkesi, 'kanunsuz cezayı sınırlama olmaz' ilkesini kapsamamaktadır.

¹⁶⁷ Bazen ise bir fiile kanun tarafından izin verilmiş olması muhakkak o fiilin hukuka uygun olduğu alamına gelmez. Bkz. Kılıç, **a.g.e.**, s. 189.

¹⁶⁸ Nevzat Toroslu, Haluk Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Ankara, Savaş, Eylül 2019, s. 192; Berrin Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, Ankara, Adalet, 2022, s. 124.

¹⁶⁹ Akbulut, **GH**, s. 124.

ceza hukuku özel hükümleri bakımından örf ve adet hukukuna dayanılmaz.¹⁷⁰ Bir ceza, örf adete dayanılarak gerekçelendirilemediği gibi, ağırlaştırılmaz da.¹⁷¹

Fail lehine uygulama yapılırken örf - adete başvurulması ya da hukuka uygunluk nedenlerinin örf - adetten kaynaklanması ise mümkün kabul edilmektedir.¹⁷² Bugün artık denilebilir ki, genel kabule göre, örf – adet hukukundan kaynaklanan bir hukuka uygunluk nedeni ceza hukukunda uygulanabilir.¹⁷³ Keza hukuk düzeninin tekliği ilkesi gereğince de hukuka uygunluk nedenleri örf ve adetten kaynaklanabilir.¹⁷⁴ Hasılı, yerleşmiş örf ve adet hukuku, hak doğurabilir.¹⁷⁵ Bunlara örnek olarak da, varsayılan rıza, ebeveynlerin çocukları üzerindeki tedip hakları ve yükümlülüklerin çatışması verilmektedir.¹⁷⁶

Hukuka uygunluk nedenlerinin kanunlarda sınırlı sayı prensibine tabi şekilde (*numerus clausus*) düzenlenmediği¹⁷⁷ göz önüne alındığında, ceza kanunu dışındaki başka mevzuatta yer alan yazılı veya yazılı olmayan bir hukuka uygunluk nedeni

¹⁷⁰ Kangal, “Kanunilik”, s. 79.

¹⁷¹ Kangal, “Kanunilik”, s. 79.

¹⁷² Klaus Hoffmann-Holland, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, Tübingen, Mohr&Siebeck, 2023, kn. 9. Aksi yönde bkz. Özgenç, **GH**, s. 307 vd. Yazara göre örf ve adet bir davranışın toplumda hoşgörü ile karşılanmasını sonuçlasa da hareketin hukuka aykırı niteliği sürer. *Kanaatimizce* aksi görüş, örf ve adeti, teamül hukuku olarak değil, ahlak normları olarak okumaktan kaynaklanmıştır.

¹⁷³ Walter Gropp, “Rechtfertigungsgründe im Vorwettbewerb von 1989 eines Türkischen Strafgesetzbuches aus Deutscher Sicht”, içinde: **Türk Ceza Kanunu Tasarısı için Müzakereler Diskussionsbeiträge zum Entwurf des Türkischen Strafgesetzbuches**, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya, 1998, s. 175; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, “Zorunluluk Halinin (TCK m. 25/2) Hukuki Niteliği”, **DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2 (9), 2007, s. 197; Alexander Jünemann, “Alman Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenleri Sistemi”, **CHD**, Aralık 2014, Sayı: 26, s. 280; Meraklı, **a.g.m.**, s. 271; Arif Naci Sucuoğlu, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Aşılması”, **ÇÜHFD**, C. 3, S. 2, Ekim 2018, s. 138.

¹⁷⁴ İnci, **a.g.m.**, s. 115.

¹⁷⁵ Faruk Erem, “Ceza Hukukunda Hakkın Kullanılması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 41, 1990, s. 8.

¹⁷⁶ Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 25. Baskı, Ankara, Adalet, 2021, s. 21; Kılıç, **a.g.e.**, s. 188; Kangal, “Kanunilik”, s. 82; Sami Selçuk, “Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Yükümlülüklerin / Görevlerin Çatışması ve Yargıtay Kararları”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Sayı: 45, Mayıs 2010, s. 90. Ebeveynin çocuk üzerindeki tedip hakkının aslında TCK md. 232/2’de açıkça yer verilmesi hasebiyle kanuni hak olarak da sayılması mümkündür. Aynı yönde bkz. Şahin, **a.g.m.**, s. 323. Alman hukuku bakımından çocuk üzerinde tedip hakkına dair bkz. Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 395 vd.; Urs Kindhäuser, Till Zimmermann, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 10. Auflage, Baden – Baden, Nomos Verlag, 2022, §20, kn. 17 vd.

¹⁷⁷ Ersan, **a.g.e.**, s. 57; Olgun Değirmenci, “Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, **TBB Dergisi**, Sayı: 110, 2014, s. 166; Koca, Üzülmüş, **GH**, 274; Rengier, **a.g.e.**, §17, kn. 3; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 481.

elbette ceza hukukunda uygulanabilir niteliktedir.¹⁷⁸ Kaldı ki bir başka hukuk dalının müsaade ettiği davranışın ceza hukukunda cezaya layık görülmesi hukuk düzeninin birliği ve çelişmezliği ilkesine de aykırılık teşkil edecektir.¹⁷⁹

Türk hukuku bakımından ceza kanunu dışındaki diğer kanunlarda yer alan hukuka uygunluk nedenlerine örnek olarak CMK'daki koruma tedbirleri, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nundaki¹⁸⁰ (PVSK) zor ve silah kullanma gibi yetkiler, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu¹⁸¹ (TBK) md. 63'de yer verilen hukuka aykırılığı kaldıran haller verilebilir. Ancak 5237 sayılı TCK'nın kanun hükmünü yerine getirmeyi münferit bir hukuka uygunluk nedeni olarak zikretmesi karşısında bu belirlemeyi yapmaya dahi gerek kalmadığı *kanaatindeyiz*.

Son olarak Alman ceza hukuku kitaplarında ele alınan¹⁸² hukuka uygunluk nedenlerine de değinmek gerekir: AlmCK'da yer alan meşru savunma, hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali, rıza; Alman Medeni Kanunu'nda¹⁸³ (AlmMK) düzenlenen 'savunma amaçlı zorda kalma', 'saldırgan zorda kalma' ve 'kendiliğinden hak alma hakkı'¹⁸⁴ ve Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda¹⁸⁵ (AlmCMK) yer alan herkesin suçüstü yakalama hakkı.¹⁸⁶ Ancak hukuka uygunluk nedenleri sınırlı sayıda kabul edilmediğinden, tek tek ele alınmasa da, bunlara yükümlülükler çatışması, ebeveynin tedip hakkı, resmi izin ve ceza muhakemesi

¹⁷⁸ Değirmenci, "Yanılma", s. 165; Akbulut, **GH**, s. 530; Veli Özer Özbek, **TCK İzmir Şerhi – Türk Ceza Kanununun Anlamı**, Cilt: 1 – Genel Hükümler, Madde 1-75, 4. Bası, Ankara, Seçkin, 2010, s. 480; Rengier, **a.g.e.**, §17, kn. 3.

¹⁷⁹ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 476, 481.

¹⁸⁰ Resmi Gazete, Tarih: 14.7.1934, Sayı: 2751.

¹⁸¹ Resmi Gazete: Tarih: 4/2/2011, Sayı:27836

¹⁸² Pek çok kaynaktan bakılarak yazılmıştır. Örnek olarak bkz., Kindhäuser, Zimmermann, **a.g.e.**, §16-20.

¹⁸³ Resmi Gazete (*Bundesgesetzblatt*): T: 2.1.2002, S: BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738

¹⁸⁴ AlmMK'da ilgili hukuka uygunluk nedenleri orjinal metinde ve Alman ceza hukuku genel hükümler kitaplarında sırasıyla şu adlarla yer almaktadır: AlmMK md. 228 *Notstand – Defensivnotstand*; md. 904 *Notstand – Aggressivnotstand*; md. 229 *Selbsthilfe – Selbsthilfe*. Metin içi alıntılarımız çeviriler için bkz. Bernd Heinrich, **Ceza Hukuku Genel Kısım – I**, Ed. Yener Ünver, Ankara, Adalet Yayınevi, Mart 2014. Alternatif çeviri olarak, md. 229 için, 'bizzat ihkak-ı hak', ms. 904 için 'zorunluluk halinde saldırıyla savuşturma', bkz. Eric Hilgendorf, Brian Valerius, **Alman Ceza Hukuku Genel Kısım**, Çev. Salih Oktar, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, s. 130, 141.

¹⁸⁵ Resmi Gazete (*Reichsgesetzblatt*): T: 1.10.1879, S: RGBl. S. 253.

¹⁸⁶ AlmCMK md. 127: *Vorläufige Festnahme*

kanununda düzenlenen hemen her tedbir yasal birer hukuka uygunluk nedeni teşkil etmektedir.¹⁸⁷

1.2.2.3. Kanunun Hükmünü Yerine Getirme ve Amirin Hukuka Uygun Emrini İfa

TCK md. 24, kanun hükmünü veya yetkili merciin verdiği ifası zorunlu emri yerine getirenin cezalandırılmayacağını düzenlemiştir.¹⁸⁸

Kanun hükmünü icrayı düzenleyen fıkra her ne kadar ‘ceza verilmez’ ifadesini kullansa da, bir kanunun yapılmasını emrettiği fiili bir başka kanunun yaptırıma tabi tutması bir hukuk sisteminde düşünülemeyeceğinden, bu müessesenin bir hukuka uygunluk nedeni olarak addedilmesi gerekmektedir. Kanun hükmünü yerine getirme ya da görevin ifası hukuka uygunluk nedeninin sınırları, aslında biraz isminden de anlaşılacağı üzere, ilgili hükmün sınırlarıdır.

Bir kişiye yetki veya görev veren kanun hükmünün söz konusu görevi nasıl tanımladığı, bu yöndeki hukuka uygunluk nedeninin de tanımını oluşturacaktır. Örneğin kolluğa silah kullanma yetkisi veren düzenlemelerin, ne tür silahların, ne zaman, ne şartlar altında, kime karşı, ne ölçüde, hangi sırayla kullanılacağını dair kayıtları, ilgili yetkinin sınırlarını oluşturmaktadır.

Amirin emrinin yerine getirilmesi ise, TCK md. 24/2’de emrin hukuka uygun olup olmadığı belirtilmeden, faili ‘sorumlu olmaz’ ifadesi ile sorumluluktan kurtaran bir düzenleme olarak yer almaktadır. Söz konusu sorumsuzluk, eğer amirin emri hukuka uygun ise, bunu yerine getirmek de görev gereği zorunlu olacak ve yine bir hukuka uygunluk nedeni olarak belirecektir.

¹⁸⁷ Heinrich, I, para. 339 - 344; Rengier, **a.g.e.**, §17, kn. 3; Selçuk, **a.g.m.**, s. 90; Ceza muhakemesi tedbirlerinin hukuka uygun icra edilmediği takdirde bireylerin meşru savunma hakkına dair tartışma ve olmadığına dair kanaat gerekçelendirmesi için bkz. Christian Rückert, “Gewaltsame Verteidigung gegen rechtswidrige staatliche Vollstreckungsmaßnahmen”, **JURA**, 2017, s. 33 vd.

¹⁸⁸ TCK md. 24: ““(1) Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.
(2) Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz. (...)”

Kanımızca bu noktada zaten kanun hükmünü yerine getirme ile, amirin hukuka uygun emrini ifa hukuken benzer düzenlemelerdir. Emrin hukuka uygun olmaması halinden doğan sorumsuzluk ise, kusuru etkileyen bir neden olarak ayrıca ele alınmalıdır.¹⁸⁹

Amirin hukuka uygun emrini yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin koşullarından olarak, emri verenin kişi, konu, yer ve zaman bakımından yetkili olması ve emrin şekil ve içerik yönünden hukuka uygun, bağlayıcı ve yerine getirilmesi zorunlu olması gerekmektedir.¹⁹⁰ Amirin emrini yerine getiren memur bakımından sınırın aşılması hükümleri, ancak amirin verdiği emir hukuka uygunsa söz konusu olabilecektir.¹⁹¹ Zira bu takdirde memurun hareketinin de emrin sınırına kadar hukuka uygun olacağı şüphesizdir.¹⁹²

Aynı istikamette, emrin görev gereği yerine getirilmesinin zorunlu olmaması, amirin yetkisiz olması veya emrin içeriğinin hukuka uygun olmamasında, bir diğer deyişle bağlayıcı olmadığına da, ortada bir hukuka uygunluk nedeni hiç mevcut olmamış, doğmamış sayılacaktır.¹⁹³

1.2.2.4. Meşru Savunma

TCK 27. maddesinin 2. fıkrasının ve mehzatı AlmCK md. 33'ün yalnızca meşru savunma hukuka uygunluk nedenine has olması, TCK md. 27/1 bakımından ise öğretide verilen örneklerin ve içtihadı konu olan olayların tamamına yakınınının

¹⁸⁹ Bkz. aşağıda: “1.2.3.2. *Amirin Hukuka Aykırı Emrini İfa*”

¹⁹⁰ Bilgehan Savaşçı Temiz, “Ceza Hukukunda Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku (Ceza Ve Ceza Muhakemesi) Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara, 2018, s. 111-126; Ali Akkurt, “Yetkili Amirin Emrini İfa ve İfadan Doğan Sorumluluk”, *Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1, Haziran 2013, s. 59 vd.

¹⁹¹ Muhammed Demirel, *Amirin Emrini Yerine Getirmenin Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 40.

¹⁹² Demirel, *a.g.e.*, s. 52.

¹⁹³ Savaşçı Temiz, *a.g.e.*, s. 198; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Ankara, Yetkin, 2022, s. 384.

yine meşru savunma ile alakalı olması bu nedenin her iki ülke hukuklarındaki yerinin ayrıca ve biraz daha yakından ele alınmasını gerekli kılmıştır.

TCK md. 25/1'e göre; kendisinin veya üçüncü kişinin bir hakkına yönelmiş, gerçekleşen ve gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız saldırıyı ölçülü şekilde defeden kişi hukuka uygun hareket etmiştir.¹⁹⁴ Her ne kadar hüküm 'ceza verilmez' ifadesini kullanmışsa da yüzyıllardır ceza hukuku öğretisinde mütabakatla meşru savunmanın bir hukuka uygunluk nedeni olduğu kabul edilmektedir.

AlmCK md. 32 ise ilk fıkrada meşru savunmanın gerekli kıldığı fiilleri yapanın hukuka uygun davranmış sayılacağını düzenlemekte ve ikinci fıkrasında meşru savunmayı, kendisine veya başkasına yönelen güncel ve hukuka aykırı saldırıyı def etmek amaçlı yapılan ölçülü savunma olarak tanımlamaktadır.¹⁹⁵

Yüzyıllardır var olan ve belki de hukuka uygunluk nedenlerinin en evvel kabul edileni olan meşru savunmanın hukuki temellerini ve gerekçelerini açıklayan teorileri ele almak çalışma kapsamını aşmaktadır.¹⁹⁶ Ancak burada, söz konusu nedenin hem hakkı saldırıya uğrayan kişinin bireysel menfaatlerini (*Individualschutz*), hem de ortaya haksızlık konmasına engel olmak bakımından bir yekün olarak hukukun ve hukuk düzeninin korunma (*Rechtsbewährung*) amaçlarının her ikisini de kapsadığına dair düalist görüşlerin her iki hukukça da ağırlıklı olarak kabul edildiğini vurgulamakla yetineceğiz.¹⁹⁷

¹⁹⁴ TCK md. 25/1: “Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.”

¹⁹⁵ AlmCK md. 32: “(1) Meşru savunma açısından gerekli olan bir fiili işleyen, hukuka aykırı davranmış olmaz. (2) Meşru savunma, kendisine veya bir başkasına yönelen güncel ve hukuka aykırı bir saldırıyı önlemek için yapılan orantılı savunmadır.” Orjinal metin için bkz., “(1) Wer eine Tat begeht, die durch Notwehr geboten ist, handelt nicht rechtswidrig. (2) Notwehr ist die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden.” https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_32.html, E.T.: 05.04.2023, 13.26.

¹⁹⁶ Söz konusu teorilerin detaylı ele alınışı için bkz. Melik Kartal, “Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gerekliklik ve Orantılılık”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2018, s. 10 vd.; Dönmezer, Erman, II, s. 335 vd.

¹⁹⁷ Roxin, *a.g.e.*, §15, kn. 1; Volker Krey, Robert Esser, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7. Auflage, Stuttgart, W. Kohlhammer, 2022, §14, kn. 470; Heinrich, I, para. 337; Wessels, Beulke, Satzger, *a.g.e.*, §10, kn. 494; Albin Eser, “Justification and Excuse”, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 24, 1976, s. 632; Jescheck, Weigend, *a.g.e.*, s. 337; Frister, *a.g.e.*, §16, kn. 2. ; Kartal, *a.g.e.*, s. 45; Demirbaş, *GH*, s. 314; Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı*

1.2.2.4.1. Saldırıya İlişkin Şartlar

Saldırıya ilişkin şartlar bakımından, meşru savunmayı harekete geçirecek saldırının bir insan davranışı şeklinde tezahür etmesi gerekirken, bu insanın kusurlu davranmasının aranmıyor olması da ortak özellikler olarak devam etmektedir. Saldırının en temel şartları ise hukuka aykırı (*rechtswidrig*) ve güncel (*gegenwärtig*) olmasıdır.

Saldırı hareketinin, hükümler bir kısıtlama içermediğinden, muhakkak icrai değil, ihmali de olabileceği kabul edilmektedir.¹⁹⁸ Keza haksız saldırı kasten ortaya konabileceği gibi pekâlâ taksirle de gündeme gelebilir.¹⁹⁹

Aksi görüşler mevcut olsa da, madde sadece haksız saldırıyı düzenlediği ve önceki kanunun aksine bunu sadece belirli haklara yönelmiş saldırılarla sınırlamadığı için biz, hakaret ve tehdit gibi şeref ve manevi bütünlüğe yönelmiş saldırılar bakımından da savunmanın harekete geçirilebileceği görüşüne taraftarız.²⁰⁰

Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara, Seçkin, 2022, s. 268-9; Hakeri, **GH**, s. 291; İçel, **GH**, s. 339; Ömer Demirci, “Meşru Savunma”, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Nisan 2014, s. 118; Hilal Düzenli, “Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku (Ceza Ve Ceza Muhakemesi Hukuku) Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2017, s. 50; Dilek Güler, “Meşru Savunma”, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku (Ceza Ve Ceza Muhakemesi Hukuku) Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Şubat 2017, s. 49; Özgenç, **GH**, s. 359. Güç tekeli elinde bulunduran devlete ulaşamadığı hallerde kişilerin kendi veya başkasının haklarına yönelen saldırıları ölçülü olarak bertaraf etme yetkisinin doğacağına ilişkin objektif ağırlıklı görüşler için bkz., Önder, **a.g.e.**, s. 241; Dönmezer, Erman, **II**, s. 342; Demirbaş, **GH**, s. 314; Hakan Gündüz, Ali Tanju Sarıgül, “Meşru Savunmanın Sınırının Aşılması”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 17, S. 4, 2023, s. 397; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 491.

¹⁹⁸ Hans Kudlich, “An den Grenzen der Notwehr”, **JA**, 2014, s. 588; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §10, kn. 498; Heinrich, **I**, para. 343; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 496; Özgenç, **GH**, s. 361; Kartal, **a.g.e.**, s. 71; Demirci, **a.g.e.**, s. 44, Güler, **a.g.e.**, s. 56

¹⁹⁹ Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §10, kn. 496 (Yazarlar elbette saldırı niteliğindeki davranışın ceza hukuku anlamında ‘hareket’ niteliği kazanacak şekilde iradeyle hakim olunması gerektiğini de ararlar.) Heinrich, **I**, para. 342; Koca, Üzülmüş, **GH**, s. 280; Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 341; Ersin Şare, “Yüksek Mahkeme Kararlarında Meşru Savunma”, **İzmir Barosu Dergisi**, Yıl: 83, Sayı: 1, Ocak 2018, s. 23; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 496; Demirbaş, **GH**, s. 315; Kartal, **a.g.e.**, s. 72; Demirci, **a.g.e.**, s. 46.

²⁰⁰ *Demirbaş* da, saldırının maddi olması gerekmeyle birlikte, ağır olması aranmadığı için sözlü laf atmalara da maddi savunmayla karşılık verilebileceğini ifade etmektedir bkz., *Demirbaş*, **GH**, s. 318. Sözlü sataşma şeklindeki saldırının hâlâ devam ediyor olması halinde meşru savunmanın uygulanabileceğine dair bkz., Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 503. Aksi yönde bkz., *Hakaret*

Yalnız burada hakaret edilir edilmez artık saldırı bitmiş olup güncel olmayacağından, aralıksız şekilde hakaretlerini ard arda sıralayan birinin - yani saldırısı devam ediyorsa ve ediyorken - agzının tutulması ya da hafifçe agzına vurulması *kanımızca* da meşru savunma çerçevesinde kabul edilmelidir.²⁰¹

Saldırının güncelliği konusunda Türk hukukundaki ‘gerçekleşen’, ‘gerçekleşmesi muhakkak’ veya ‘tekrarı muhakkak’ betimlemelerinin kapsamı Alman hukukunda da oldukça benzerdir: Gerçekleşen, hâlâ devam ediyor veya vuku buluyor olan (*gerade stattfindet*), dolaysız şekilde meydana gelmek üzere olan, ki gerçekleşmesi muhakkak olarak ele almak mümkündür (*unmittelbar bevorsteht*), ya da henüz sonlanmamış (*noch nicht beendet / fortdauernd*) olan, ki bu da aslında ya henüz süren ya da tekrarı muhakkak saldırıya tekabül etmektedir.²⁰²

Saldırının güncelliği (765 sayılı kanundaki ifade ile ‘filhâl’) her şeyden önce başlamış ve devam eden, mutlak şekilde sona erene kadar ‘gerçekleşen’ saldırıları kapsamaktadır.²⁰³ Ancak burada daha ziyade, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak saldırının tespiti önem taşımaktadır. Zira kesin olmayan ya da tarihi belirsiz herhangi bir saldırı tehdidi değil, gerçekleşeceği yönünde şüphe bulunmayan, tam olarak başlaması beklendiği takdirde savunma imkanının ortadan kalkacağı ya da çok zorlaşacağı ‘eli kulağında’²⁰⁴ saldırılar meşru savunmaya vücut verebilir.²⁰⁵

ve sözlü sataşmaların maddi içerikten yoksun olmalarından sebep birer saldırı addedilemeyeceğine dair, Ermeydan, **a.g.m.**, s. 138; Koca, Üzülmüş, **GH**, s. 280; Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 11. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2020, s. 316 ; Dönmezer, Erman, **II**, s. 351; Özgenç, **GH**, s. 361.

²⁰¹ Aynı yönde bkz., Kartal, **a.g.e.**, s. 72; Demirci, **a.g.e.**, s. 67-8. Örneğin kişi küftetmeye devam etmekteyse tokat atarak durdurmanın bu kapsamda olacağına dair bkz., Hilgendorf, Valerius, **a.g.e.**, s. 121; Rengier, **a.g.e.**, §18, kn. 24.

²⁰² Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 341; Frister, **a.g.e.**, §16, kn. 14; Winfred Schwabe, **Lernen mit Fallen, Strafrecht Allgemeiner Teil**, 10. Baskı, Stuttgart, Boorberg Verlag, 2019, s. 59; Kudlich, “An den Grenzen”, s. 587.

²⁰³ Hakeri, **GH**, s. 298.

²⁰⁴ Hakeri, **GH**, s. 297.

²⁰⁵ Demirci, **a.g.e.**, s. 48; Şahin, **a.g.m.**, s. 19. Başladıktan sonra savunmayı neredeyse imkânsız hale getirecek saldırılara da kesin gözüyle bakılır, bkz., Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 500.

1.2.2.4.2. Savunmaya İlişkin Şartlar

Savunmaya dair şartların başında zorunluluk gelir. Bu kavram saldırının başka türlü uzaklaştırılma olanaksızlığını ifade eder.²⁰⁶ Bu noktada kaçma olanağının bulunduğu hallerde savunmanın hâlâ zorunlu sayılıp sayılamayacağı değerlendirilmelidir.

Hem Türk hem Alman hukuklarında genel kanı, meşru savunmanın yalnız bireyi değil, toplumu ve hukuk düzenini de koruyan bir müdahale olmasından sebep kaçmanın savunmacıya yüklenemeyeceği ve ‘hakkın haksızlığa boyun eğmeyeceği’ gerekçelerine dayanılarak, onurlu şekilde kendini savunma hakkının insanın elinden alınamayacağı yönündedir.²⁰⁷ Gerçekten de, madem savunmacı aynı zamanda hukuk düzeninin de savunucusu ve düzenin tekrar sağlayıcısı, telafi edicisidir, o zaman elbette kaçması beklenemez.

Dolayısıyla kaçmanın genel bir savunma yöntemi ve en hafif araç olarak savunmacıya yüklenemeyeceği her şeyden önce meşru savunma kurumunun hukuki temeline dayandırılmaktadır. Yargıtay da ‘hiçbir zaman ve durumda’ ifadeleriyle meşru savunma failine kaçma yükümlülüğünün yüklenemeyeceği, hatta kaçma imkanının varlığının dahi araştırılamayacağını istikrarlı kararlarıyla belirtmektedir.²⁰⁸

Ancak burada, bazı yazarlarca kaçma olanağının objektif ve sübjektif açılardan değerlendirilmesinin önerildiğini de belirtmek gerekmektedir.²⁰⁹ Hatta küçüğün,

²⁰⁶ Dönmezer, Erman, **II**, s. 353.

²⁰⁷ Frister, **a.g.e.**, §16, kn. 27; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §10, kn. 520. Ayrıca aynı yönde bkz., Faruk Erem, **Umanist Öğreti Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt II**, 12. Baskı, Ankara, Seçkin, 1985, s. 34; Dönmezer, Erman, **II**, s. 355; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 504.

²⁰⁸ Y. C.G.K., T. 10.10.1995, 1-213/271 E-K; Y. C.G.K., T. 28.5.1990, E. 1990/1-133, K. 1990/155; Y. C.G.K., T. 18.6.1990, E. 1990/1-158, K. 1990/178; Y. C.G.K., T. 22.5.1995, E. 1995/1-80, K. 1995/158.

²⁰⁹ Soyaslan, **GH**, s. 395; Necdet Yalkut, “Türk, İtalyan ve Fransız Ceza Hukuku Açısından Meşru Müdafaa”, **Adalet Dergisi**, Yıl: 69, Sayı: 1-2, 1978, s. 110.

sakatın veya akıl hastasının saldırısından kaçmanın en yerinde savunma olacağı²¹⁰, bu mümkün değilse, saldırganı da koruyucu savunma yöntemlerinin tercih edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.²¹¹

Toroslu ve Toroslu, kaçmanın en hafif savunma teşkil ettiği somut olaylarda şerefe aykırılık olarak değerlendirilemeyeceği ve yükümlülüğe dönüşeceğini savunmaktadır.²¹² Yine *Önder* de açıkça, saldırıya uğrayanın hukuk düzenince korunan menfaatlerinden fedakarlık yapmadan kaçmasının mümkün olduğu hallerde savunmada zorunluluğun oluşmadığını savunmaktadır.²¹³ Bu yöndeki bazı diğer görüşlere göre de, eğer savunmacı saldırganı konuşarak ikna edebilecek, yolunu değiştirecek veya kolluğa ulaşarak korunabilecekse artık savunması zorunlu addedilemez.²¹⁴

Tepe, kaçma olanağı varken de savunma yapmanın meşru olacağını kabul etmekle beraber, somut olayın şartları içerisinde kaçınma imkanının da değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.²¹⁵ *Soyaslan* da, saldırıya uğrayanın kolluk mensupları olması durumunda, bunların kamu gücü de kullanmaları göz önüne alınarak doğrudan savunmada bulunmayıp önce direnmeleri gerektiğini belirtmiştir.²¹⁶ Burada elbette kaçmanın, saldırıdan fiziken uzaklaşmaktan başka, kaçınma, yardım çağırma, kolluğa başvurma, sözle ikna etmeye çalışma varyasyonlarla da gündeme gelebileceği hatırlanmalıdır.

²¹⁰ Yalkut, **a.g.m.**, s.116; Ermeýdan, **a.g.m.**, s. 145; Nitekim pusu kurulu olduğunu bildiği yoldan geçmemek ya da çocuk veya akıl hastasının saldırısından kaçmak, kişinin onurunu kırmayan bir kaçınma yöntemi sayılacağından, gereksiz (kahramanlık) tepkiler(i) faili sorumluluktan kurtarmaz. Bkz. Centel/ Zafer/ Çakmut, **GH**, s. 322-3.

²¹¹ Hakeri, **GH**, s. 302.

²¹² Toroslu, Toroslu, **GH**, s. 169.

²¹³ Önder, **GH**, s. 193.

²¹⁴ Toroslu, Toroslu, **GH**, s. 168; Öztürk, Erdem, **GH**, s. 275; Hamide Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK md. 1-75**, 4. Bası, İstanbul, Beta, 2015, s. 297.

²¹⁵ İlker Tepe, “Türk Ceza Kanununda Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sistematığı ve Bir Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Meşru Savunma (TCK m. 25/1)”, **CHD**, Sayı: 26, Aralık 2014, s. 269.

²¹⁶ Soyaslan, **GH**, s. 395.

Her iki ülke hukuk öğretisine göre, savunmanın saldırgana karşı gerçekleştirilmesi gerektiği, zorunluluk ilkesinin ve saldırı ile savunmanın nedensel olması gereğinin de bir sonucu olarak, mütabakatla kabul edilmektedir.²¹⁷

Bir savunmanın meşru olması için en önemli şart ise şüphesiz orantılılıktır. Keza hukuk düzeni bireyin kendini savunmasını meşru addederken bu yetkiyi ‘ne olursa olsun’ şeklinde, kayıtsız ve koşulsuz olarak vermemiş, saldırganı tamamen hukukun koruma alanından çıkarmamıştır.²¹⁸

Türk hukuku bakımından orantılılık şartını tespit için hem olayda kullanılan araçların hem de korunan ve zarar gören değerlerin genel olarak tartılacağı ifade edilmektedir.²¹⁹ Ancak aynı zamanda vurgulanmaktadır ki, ne araçlar, ne de zarar gören değerler arasında teke tek bir denklik olmak zorunda değildir ve bu aranmaz da.²²⁰ Yapılacak olan, somut olayın koşullarına genel bir bakışla, hem değerlerin hem araçların birlikte ele alınmasıdır.

Saldırgan ve savunmacının fiziksel şartları bu değerlendirmeye katılmalıdır.²²¹ Elbette burada temel kriter olarak, olayın şartları içinde saldırıyı sona erdirecek en

²¹⁷ Koca, Üzülmüş, **GH**, s. 283 vd.; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Serkan Meraklı, Pınar Bacaksız, İsa Başbüyük, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara, Seçkin, 2023, s. 320; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 506; Demirbaş, **GH**, s. 321; Demirci, **a.g.e.**, s. 74; Ersan, **a.g.e.**, s. 32 vd.; Nuri Berkay Özgenç, “Meşru Savunmada Orantılılık”, **HKÜHFD**, Cilt: 12, Sayı: 24, Temmuz 2022, s. 250; Toroslu, Toroslu, **GH**, s. 166; Roxin, **a.g.e.**, §15, kn. 124 vd.; Hilgendorf, Valerius, **a.g.e.**, s. 119; Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, **a.g.e.**, §15, kn. 32; Reinhart Maurach, Heinz Zipf, **Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband I**, 8. Auflage, Heidelberg, Müller, 1992, §26, kn. 50.

²¹⁸ Topçu, **a.g.e.**, s. 671.

²¹⁹ Koca, Üzülmüş, **GH**, s. 285; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 507 vd.; Özbek vd., **a.g.e.**, s. 322 vd.

²²⁰ Kartal, **a.g.e.**, s. 60; Hukukumuzda korunan ve zarar gören menfaatlerin arasında denklik olmasa da en azından oran aranması gerektiğini ifade eden görüşler bile, hareket ölçülü olduğu, derhal sonlandırmak için failin bu araca gerek duyduğu ve sınır aşılmadığı müddetçe, söz konusu oran yokken dahi orantılılık şartının sağlanmış addedileceğini dile getirmektedirler, bkz. Gündüz, Sarıgül, **a.g.m.**, s. 413. Aynı şekilde bkz. Y. C.G.K., T. 17.2.2015, E. 2014/1-572, K. 2015/2. Değerler arasında da mutlak denklik aranmayacağı, değerlerin derecelendirilemeyeceği, bunun yerine gerçekten korunması gereken bir hakkın mevcudiyetinin araştırılacağına dair bkz. Y. C.G.K., T. 31.10.2017, E. 2017/841, K. 2017/440.

²²¹ Özgenç (Nuri Berkay), **a.g.m.**, s. 255.

hafif aracın tercih edilmesi öne çıkmaktadır.²²² Ancak sırf daha hafif diye fail, riskli savunma araçlarını denemeye, pozisyonunu tehlikeye düşürmeye zorlanamaz.²²³

Alman hukukunda da orantılılık altında iki hususa bakılmaktadır: Savunmanın gerekliliği (*Erforderlichkeit*) ve uygunluğu (*Gebotenheit*). Gerekliliği ise kendi içinde elverişlilik ve en hafif araç olarak gruplamak mümkündür. Elverişlilik, genel olarak saldırıyı savabilen ya da en azından zayıflatabilen hareketleri tanımlayan bir sıfattır.²²⁴ En hafif araç, içinde bulunduğu duruma göre failin, saldırıyı kesin şekilde engelleyebilecekler arasından en az zarar verici olanıdır.²²⁵ Savunmacı, kendini riske atacak, işe yarayacağından emin olmadığı yöntem veya aracı sırf daha hafif diye seçmek zorunda değildir.²²⁶

Söz konusu araç ise, olay öncesi değerlendirmesi ile (*ex ante*) tespit edilmelidir.²²⁷ Öğretide bu değerlendirmenin faile göre değil, objektif bir üçüncü kişinin bakışına göre yapılması gerektiği de belirtilmektedir.²²⁸ Burda failin gerçekten de en hafif aracı farkedip tercih edecek süresi ve imkanı olup olmadığına da bakılması gerektiği belirtilmiştir.²²⁹

Görüldüğü üzere prensipte her iki hukuk sisteminin orantılılık şartı paralellik arz etmektedir. Fakat Alman hukukunda savunma için bizdeki ölçülülük kriterlerinin dışında bir de uygunluk (*Gebotenheit*) şartı yer almaktadır.^{230 231} Zira zarar gören ve

²²² Kartal, **a.g.e.**, s. 57, 66; Özgenç (Nuri Berkay), **a.g.m.**, s. 254.

²²³ Gündüz, Sarıgül, **a.g.m.**, s. 411.

²²⁴ Heinrich, **I**, para. 354; Hilgendorf, Valerius, **a.g.e.**, s. 123; Kristian Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 8. Auflage, München, Verlag Vahlen, 2017, §7, kn. 95; Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, **a.g.e.**, §15, kn. 29.

²²⁵ BGH 01.07.2014 - 5 StR 134/14 (NStZ 2015, 151)

²²⁶ Christian Rückert, **Effektive Selbstverteidigung und Notwehrrecht**, Thübingen, Mohr & Siebeck Verlag, 2017, s. 145; Frister, **a.g.e.**, §16, kn. 25; Heinrich, **I**, para. 355; Roxin, **a.g.e.**, §14, kn. 43; Kühl, §7, kn. 103; BGH 08.06.2016 - 5 StR 564/15 (NStZ 2017, 276)

²²⁷ Kudlich, "An den Grenzen", s. 587; Rückert, **a.g.e.**, s. 145; Walter Gropp, Arndt Sinn, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, 2020, §5, kn. 148; Heinrich, **I**, para. 355.

²²⁸ Hilgendorf, Valerius, **a.g.e.**, s. 123.

²²⁹ Rengier, **a.g.e.**, §18, kn. 33 vd.; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §10, kn. 514; BGH, 3.6.2015 – 2 StR 473/14 (BeckRS 2015, 12668)

²³⁰ Belirtmek gerekir ki, Türk öğretisinde büyük oranda, Alman hukukundaki meşru savunmanın bu iki kriteri ayırt edilirken '*Erforderlichkeit*' için gereklilik, '*Gebotenheit*' için ise '*uygunluk*' tabirlerinin tercih edildiği görülmektedir. Bkz., Özgenç (Nuri Berkay), **a.g.m.**, s. 251; Elif Ergüne, Erkan Sarıtaş, "Provokatif Meşru Savunma", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk**

korunan menfaat ve değerlerin karşılıklı tartılması işlemi Alman hukukunda henüz gereklilik (*Erforderlichkeit*) altında yapılmaz.^{232 233} İşte Türk hukukunda ayrıca yer almayan bu ‘uygunluk’ şartı daha ziyade karşımıza meşru savunmanın ‘sosyal - etik sınırları’ şeklinde çıkar.²³⁴

Uygunluk şartı genel olarak şu alt başlıklar altında izah edilebilir:

- a. Saldırıya uğrayan hukuki değerle savunulan değer arasında aşırı veya tahammül edilemez orantısızlık²³⁵
- b. Kusursuz kişilerin ya da yanıldığı belli olanların saldırıları
- c. Yakın ve sıkı kişisel ilişkinin, bilhassa da garantörlüğün söz konusu olduğu saldırılar
- d. Meşru savunma haline failin kusuru ile neden olmuş olması veya saldırganı provoke etmiş olması

Türk ceza hukukunda meşru savunma, zorunluluk ve orantılılık dışında, sosyal etik değerlerin dikkate alındığı 'uygunluk' şeklinde bir kriter içermemektedir. Dolayısıyla, saldırganın kusur yeteneğinin olmadığı veya dikkate alınması gerekecek

Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 2, 2022, s. 507; Reşit Karaaslan, “Üçüncü Kişi Lehine Meşru Savunma”, **CHD**, Yıl: 15, Sayı: 43, Ağustos 2020, s. 482. Şen ve Şahin ise, tabir tercihini *Erforderlichkeit* için ‘gereklilik’ten yana kullanmıştır. Bkz. Ersan Şen, Buğra Şahin, “Önleyici Meşru Savunma”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 15, S. 162, s. 349.)

²³¹ Kartal’ın tezindeki kavramsallaştırması ise şu şekildedir: Meşru savunmayı her şeyden önce ‘gerekli’ savunma olarak ortaya koyar ve ‘gerekliliği’ en acil, kesin sonuç veren, saldırgan haklarına en az zarar veren en hafif araçla savunma şeklinde tanımladıktan sonra ‘gereklilik’i, ‘orantılılık’ ve ‘zorunluluk’ olmak üzere iki ana alt başlığa ayırır. Bunlardan ‘zorunluluk’, gerçek anlamda ihtiyaç duyulan savunmayı ifade eder. Araçlar ve haklar arasında gözetilen oran olarak tanımlanan ‘orantılılık’ ise tekrar iki alt başlığa ayrılarak saldırıyı def edecek ölçüde olmak anlamında ‘ölçülülük’ ve sosyal etik sınırlar anlamında ‘uygunluk’ çerçevesinde incelenir. *Saldırıyı derhal ve kesin şekilde nihayete erdirecek olan, olayın şartları içerisindeki en hafif aracın tercih edilmesi* tanımı yazar için hem ‘gerekliliği’, hem ‘orantılılığı’, hem ‘zorunluluğu’ hem de ‘ölçülülüğü’ karşılamalar görmektedir. Bkz. Kartal, **a.g.e.**, s. 53 vd.

²³² Jürgen Baumann, Ulrich Weber, Wolfgang Mitsch, Jörg Eisele, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 13. Auflage, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2021, §15, kn. 39; Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, **a.g.e.**, §15, kn. 39; Joachim Kretschmer, “Notwehr bei Fahrlässigkeitsdelikten”, **JURA**, Vol.2, 2022, s. 117.

²³³ İtalyan hukukunda da Türk hukukundaki gibi araçlar ve savunulan ve ihlal edilen değerlerin toplu şekilde değerlendirilmesine dayanan bir ölçülülük şartından söz edilmektedir (Frank Witteman, **Grundlinien und Grenzen der Notwehr in Europa**, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1997, s. 203) ki bu noktada hukukumuzda Alman hukukundan daha ziyade sirayeti gözlenmektedir.

²³⁴ Kudlich, “An den Grenzen”, s. 587.

²³⁵ Özgenç (Nuri Berkay), **a.g.m.**, s. 252.

ölçüde düşmüş olduğu veya garantörlük durumunun söz konusu olduğu gibi hallere özel olarak savunmanın daha sınırlı olması veya basamaklandırılması gibi bir uygulamanın geçerliliği yoktur.²³⁶ TCK md. 25/1'deki orantılılık ilkesi, araçların son çare olmasından ibaret olmayıp, değerleri de bünyesine alan geniş bir değerlendirme gerektirdiğinden, söz konusu hallerin tamamı, zaten o çerçevede ele alınabilecektir.

Her iki hukuk öğretisinde neredeyse tartışmasız şekilde, failin durumu suni olarak yarattığı ve cezadan kurtulmasını kurnazlığına borçlu olduğu maksatlı provokasyon halinde meşru savunma hakkının hiç olmadığını savunulmaktadır.²³⁷ ²³⁸ Ancak Türk hukukunda, genel olarak meşru savunma kisvesi altında karşı tarafa zarar verebilme amaçlı yapılan maksatlı olanlar haricindeki provokasyonlar, meşru savunma hakkının doğumuna ve failin bundan yararlanmasına engel teşkil etmemektedir. Zira meşru savunmanın şartlarında, saldırıya kendisi sebep olmama şeklinde bir koşul yer almamaktadır.²³⁹ Yargıtay bu noktada açıkça “*taarruza hedef olan kimsenin kendi şahsi kusuru ile taarruza sebebiyet vermiş olması, müdafaanın meşruluğunu ortadan kaldırmaz*” ifadeleriyle bu görüşü desteklemektedir.²⁴⁰

Genel kanı bu olmakla birlikte, Yargıtay'ın, ‘öngörülebilirlik’ değerlendirmesi yapıp, açıkça belirtmese de, saldırıya alelade kusuru ile sebep olmalar ve saldırganı provoke etmeler arasında ayırım yaparak, provokasyon halinde faili meşru savunmadan yararlandırmadığı kararları bulunmaktadır.²⁴¹

²³⁶ AFYM tarafından geliştirilen ‘*üç basamak teorisine*’ göre bu hallerde failin savunması, tehlikeyi engelleyebildiği ölçüde *kaçınma*, *korumacı* ve *saldırmacı* savunmanın bir sıra içinde, bir önceki etkili olmadıkça diğerine geçilecek şekilde kurgulanmalıdır. Bkz. BGH 14.06.1972 - 2 StR 679/71 (BGHSt 24, 356, 358); BGH 2.7.2015 - 4 StR 509/14 (BGHSt 26, 143, 145 vd.).

²³⁷ Roxin, **a.g.e.**, §15, kn. 65; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §10, kn. 536; Gunnar Duttge, **Gesamtes Strafrecht, StGB, StPO, Nebengesetze, Handkommentar**, 5. Auflage, Baden – Baden, Nomos Verlag, 2022, §33, kn. 3; Uwe Murmann, **Grundkurs Strafrecht**, 6. Auflage, Münih, C.H. Beck, 2021, §26, kn. 85; Erb, §33, kn. 11. Helmut Satzger, “Dreimal „in causa“ – actio libera in causa, omissio libera in causa und actio illicita in causa”, **JURA**, Heft 7, 2006, s. 519; Heinrich, **I**, para. 375; Gropp, Sinn, **a.g.e.**, §5, kn. 178; Fischer, §32, kn. 44; Krey, Esser, **a.g.e.**, §14, kn. 555-6; Kindhäuser, §32, kn. 117 vd.

²³⁸ Uğur Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1975, s. 109; Dönmezer, Erman, **II**, s. 347; Şare, **a.g.m.**, s. 26; Koca, Üzülmüş, **GH**, s. 282; Hakeri, **GH**, s. 304; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 498.

²³⁹ Hakeri, **GH**, s. 302-3; Alacakaptan, **GH**, s. 108-9; Şare, **a.g.m.**, s. 25.

²⁴⁰ Y. C.G.K., T. 31.11.1983, 354/16.

²⁴¹ Y. 3. C.D., T. 20.9.2012, E. 2010/13738, K. 2012/30870.

Türk hukuku bakımından, madem kanun koyucu TCK md. 25/2’de yer verdiği ‘tehlikeye neden olmama’ şartını ilk fıkrada gözetmemiştir, bunu bilinçli bir boşluk olarak yorumlamak gerekmektedir.²⁴² Madem ortada bilinçli bırakılan bir boşluk vardır ve TCK md. 25/1’de meşru savunmanın şartları sayılmıştır, normatif bir dayanak olmadan, bir hukuka uygunluk nedenine şart eklemek faillerin ondan yararlanmasını zorlaştırarak aleyhe kıyas teşkil eder.²⁴³

Öte yandan, Türk hukukunda bazı görüşler, TCK md. 25/1 bakımından da, sosyal etik kurallara uygunluğun orantılılık unsurunun bir parçası olduğunu kabul etmektedirler.²⁴⁴

Son olarak, savunmanın saldırgana karşı yapılması ya da bir tek saldırganı etkileyen savunmaların meşru olduğuna dair bir kayıt, ne Türk ne de Alman hükmünde yer almaktadır. Hükümler âdeta, savunma için zorunlu olma şartına riayet edildiği sürece başka kişileri etkilemesi muhtemel hareketlerin de hukuka uygun kalacağı şeklinde çıkarıma müsaittir. Prensip itibariyle savunmanın yalnız saldırgana yönelebileceği kabul edilmekle beraber, sapma veya hata gibi üçüncü kişinin de, istemsiz de olsa etkilendiği hallerde ne yapılacağı hususunda Türk hukukunda mütabakat bulunmamaktadır.

Her ne kadar sadece saldıranın haklarının ihlali halinde savunmanın meşru sayılabileceğini vurgulanmaktaysa da²⁴⁵, bu hallerin de zorunlu savunma fiili ile bağlantısı dolayısıyla hukuka uygun sayılması²⁴⁶ ya da zorunluluk hali çerçevesinde ele alınması ileri sürülmektedir.²⁴⁷ Keza Alman hukukunda da genel görüş, üçüncü

²⁴² Ergüne, Sarıtaş, **a.g.m.**, s. 512.

²⁴³ Ergüne, Sarıtaş, **a.g.m.**, s. 511.

²⁴⁴ Karaaslan, “Üçüncü Kişi”, s. 482; Kartal, **a.g.e.**, s. 129 vd., 202-3.

²⁴⁵ Özgenç (Nuri Berkay), **a.g.m.**, s. 250.

²⁴⁶ Özbek vd., **a.g.e.**, s. 320; Demirbaş, **GH**, s. 321; Fahri Gökçen Taner, “Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma”, **CHD**, Nisan 2010, Sayı: 12, s. 241; Ermeydan, **a.g.m.**, s. 147.

²⁴⁷ Bkz. örn., Koca, Üzülmüş, **GH**, s. 307; Özgenç, **GH**, s. 522.

kişinin gördüğü zararların ancak hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali çerçevesinde meşru sayılabileceğidir.²⁴⁸

1.2.2.4.3. Savunma İradesi Unsuru

Alman öğretisinde meşru savunmanın, hukuka aykırı ve güncel bir saldırı, saldırıya yönelen gerekli ve ölçülü bir savunma dışında bir de sübjektif nitelikte failin savunma iradesi olmak üzere toplam üç şartından söz edilmektedir.²⁴⁹

İşte büyük oranda hukuka uygunluk nedenlerinin saf objektif nitelikte olduğu görüşünün de hakim olduğu Türk hukukunda ayrıca yer verilmeyen ve kabul edilmeyen önemli bir kriter de budur. Alman hukukunda suçun hareket ve netice değersizliklerinin ayrı ayrı ele alınarak meşru savunmanın objektif şartlarının netice, sübjektif şartının ise hareket 'değersizliğini' karşılayarak fiili tümünden 'haksız' olma niteliğini ortadan kaldırarak hukuka uygun hale getireceği ileri sürülür.²⁵⁰

Burada tartışma, söz konusu sübjektif kriterin içeriği bakımındandır. Failin meşru savunma şartlarının ve onun çerçevesinde hareket ettiğinin bilincinde olmasının yani savunma iradesiyle hareket etmesinin yeteceği ve failin ayrıca savunma amacıyla da davranıyor olmasının aranacağı görüşleri ileri sürülmüştür. Genel olarak, AFYM ve öğretilerde çoğunluk yazar, savunma amacının da bilinçten ayrı olarak aranacağını ifade etmektedir.²⁵¹ İntikam, nefret ve kıskançlık gibi

²⁴⁸ Rengier, **a.g.e.**, §18, kn. 31; Kühl, **a.g.e.**, §7, kn. 84; Frister, **a.g.e.**, §16, kn. 21. Konunun detayı ve sınır aşımı bakımından değerlendirmesi için bkz. aşağıda: “2.3.2.3. Mekanda / Kişide Sınır Aşımı” ve “3.3.2.3. Mekanda / Kişide Sınır Aşımı”

²⁴⁹ Kudlich, “An den Grenzen”, s. 587-8; Armin Engländer, “Die Verteidigungswille bei Notwehr und Notwehrexzess”, **HRRS**, Hamburg, Oktober 2013, s. 390.

²⁵⁰ Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, **a.g.e.**, §15, kn. 46-8; Krey, Esser, **a.g.e.**, §13, kn. 458; Engländer, “Die Verteidigungswille”, s. 390.

²⁵¹ BGH 02.10.1953 - 3 StR 151/53 (BGHSt 5, 245, 247); BGH 25.04.2013 - 4 StR 551/12 (NJW 2013, 2133, 2134 vd.); BGH 31.01.2007 - 1 StR 429/06 (NStZ 2007, 325); Klaus Geppert, “Die subjektiven Rechtfertigungselemente”, **JURA**, Band: 17, Volume: 2, 1995, s. 104 vd.; Krey, Esser, **a.g.e.**, §13, kn. 454; Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, **a.g.e.**, §15, kn. 46-7.

duygular onu tamamen arka planda bırakmadığı müddetçe, savunma amacı ortadan kalkmış olmayacak ve fail meşru savunmadan yararlandırılabilir.²⁵²

Aksi görüşe göre ise, nasıl ki tipik fiilin işlenmesinde basit kast yetmekte ve ayrı bir amaç aranmamakta, hukuka uygunluk nedeniyle de tipik hareketin değersizliğini telafi (*kompense*) edecek bu hareketin adi kastla - yani sadece meşru savunma içinde davrandığını bilerek - gerçekleştirilmesi yeterli olmalı, ayrıca amaç aranmamalıdır.²⁵³ Failin meşru savunmadan kesin şekilde haberdar olması, haksızlığın telafî edilmesine yeteceğinden, failin saikinin (*motive*) araştırılmasına gerek kalmaz.

Kaldı ki geriye kalanlar cezalandırmayı etkilemeyen, tamamen içsel kötü düşüncelerdir.²⁵⁴ Aksi durum düşünce ceza hukukuna dayanan, niyet okuma ve niyetten dolayı cezalandırmaya varacaktır.²⁵⁵ Örneğin garantörü olduğu kişi saldırıya uğradığında onu korumak için meşru savunmaya girişen ancak bir yandan da saldırgandan nefret ettiği için intikamla hareket eden fail, harekete geçmeseydi de ihmalden ceza alacağı için, bu olayda çaresiz bırakılmış olur.²⁵⁶

Baktığımızda bu gibi olaylar çok nadir gündeme geldiği ve AFYM de, savunma amacını tespitite zor kriterler aramayıp, diğer etkenlerin savunma amacını

²⁵² Geppert, **a.g.m.**, s. 105; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §10, kn. 702; BGH 25.04.2013 - 4 StR 551/12 (NJW 2013, 2133); Kindhäuser, §32, kn. 147; Heger, §32, kn. 7; Krey, Esser, **a.g.e.**, §13, kn. 464.

²⁵³ Kühl, **a.g.e.**, §7, kn. 129; Janique Brüning, “Entscheidungsbeurteilung – BGH Urt. v. 25.4.2013 -4 StR 551/12”, **ZJS**, N. 5, 2013, s. 516; Wolfgang Joecks, Christian Jäger, **Strafgesetzbuch Studienkommentar**, 12. Auflage, München, C.H. Beck, 2018, §32, kn. 22. Hukuku koruma gayesi aranmaz, yalnızca failin saldırı sonlandırma niyetiyle harekete geçmesi yeterlidir, bkz., Schmidhäuser, **a.g.e.**, §6, kn. 79.

²⁵⁴ Brüning, **a.g.m.**, s. 516.

²⁵⁵ Günther Jakobs, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, Berlin, De Gruyter, 1993. §11, kn. 21; Roxin, **a.g.e.**, § 15, kn. 129; Frister, **a.g.e.**, §d14, kn. 23; Rönau, Hohn, §32, kn. 263 vd.; Engländer, “Die Verteidigungswille”, s. 391. Aksi yönde olarak ise, tipikliğe dair kastın bilme ve isteme unsurlarından oluştuğu, bu yüzden de onu telafi (*kompense*) edecek hukuka uygunluğa dair subjektif unsurun, hem meşru savunma şartları içinde davranmaya dair *bilmeyi* hem de meşru savunma amacıyla davramaya dair *istemeyi* içermesi gerektiği ifade edilmektedir, bkz., Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, **a.g.e.**, §15, kn. 46-7; Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 328; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §10, kn. 547. *Maurach* ve *Zipf* ise, kural olarak değil, ilgili hukuka uygunluk nedeni için somut olay bakımından savunma amacının aranabileceği görüşündedir. Bkz. *Maurach*, *Zipf*, **a.g.e.**, §25, kn. 28.

²⁵⁶ Rengier, **a.g.e.**, §18, kn. 105; Frister, **a.g.e.**, §14, kn. 24.

tamamen arka planda bırakmadığı sürece meşru savunma hükümlerini uygulama yönünde içtihat geliştirdiği için bu tartışmanın pratik önemi yoktur.²⁵⁷

Türk hukukunda sübjektif görüşteki yazarların ise söz konusu iradenin içeriğine ilişkin değerlendirmelerine rastlamadık. Bu çalışma kapsamında yapılan araştırmalarda, genel olarak failin savunma bilincinden yoksun olduğu için fiilinin hukuka uygun addedilemeyeceği belirlemesinden öteye geçen açıklamalara denk gelmedik.²⁵⁸ Bir tek Özgenç, savunma amacının da bu iradeye dahil olması gerektiği yönünde fikrini beyan etmiştir.²⁵⁹

Savunma iradesi bakımından *kanaatimiz*, Türk öğretisinde yer alan objektif görüşten yana olup, meşru savunmanın böyle bir münferit şartı barındırmadığı ve bu şartı aramanın da kanuni bir dayanağı olmadığı yönündedir.²⁶⁰

1.2.2.5. Hakkın Kullanılması ve Rıza

TCK md. 26/1'e göre, hakkını kullanan kişiye 'ceza verilmez'. Elbette hukuk düzeni bir yandan bireye bir hak tanıırken diğer yandan bu hakkın icrasını cezalandırmayacağına göre, hakkın kullanılması da bir hukuka uygunluk nedenidir. Yine, hukukun bir dalında hak olarak tanınan bir menfaatini kullanan kimsenin bu fiilinden ceza alması düşünülemez.

İlk fıkrada düzenlenen ve 765 sayılı TCK'da yer almayan hakkın icrası hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilmek için her şeyden önce hukuk düzenince kabul edilmiş ve hiç bir merciin aracılığına gerek olmadan kullanabiliyor olan sübjektif bir hakkın mevcudiyeti aranır.²⁶¹ Ceza hukuku bakımından hakkın kullanılmasının failin tipik fiilinin hukuka aykırılığını ortadan kaldırabilmesi için bu davranışın

²⁵⁷ Rengier, **a.g.e.**, §18, kn. 109. Konu daha ziyade hukuka uygunluk nedenlerinin manevi unsurları bahsinde tartışılacak ve orada önem kazanacaktır, bkz. aşağıda : "1.2.5.3. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Tersine Yanılgı"

²⁵⁸ Bkz. Hakeri, **GH**, s. 277; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 479; Özbek vd., **a.g.e.**, s. 294 – 5; Koca, Üzülmüş, **GH**, s. 272.

²⁵⁹ Özgenç, **GH**, s. 365.

²⁶⁰ Detaylar için bkz. aşağıda: 1.2.5.3.3. Değerlendirme ve Kanaat

²⁶¹ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 511-2.

hakkın icrasından kaynaklanması, hakkın kullanılmasının sınırlarının aşılmaması veya ona nedensel olması gerekmektedir.²⁶² Bir meslek ve sanatından icrasından, ebeveynlerin tedip hakkına, spor faaliyetlerinden ifade özgürlüğüne ve savunma ve ihbar hakkına kadar, hakkın kullanılmasına mevzuattan pek çok örnek verilebilir.

TCK md. 26/2’de ise, üzerinde mutlak surette tasarruf edilebilen haklarına dair muhatabın açıkladığı rızasının, faile ceza vermeye engel olacağı düzenlenmiştir. Bir diğer tanımla ceza hukukunda ilgilinin rızası, kişinin hukuksal değerine ilişkin hukuk düzeninin sağladığı korumadan somut olay bakımından vazgeçmesi şeklinde tanımlanabilir.²⁶³

TCK md. 26/2’de bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiş olan rıza, bazı hallerde ise tipikliğe dahil olarak gözlenir.²⁶⁴ Alman ceza hukukunda da, tipin unsuru olan rıza (*das tatbestandsausschließende Einverständnis*) ayrıca ele alınmış ve hukuka uygunluk nedeni olan rızadan (*die rechtfertigende Einwilligung*) farklı kavramsallaştırılmıştır.²⁶⁵ Öğretide, rızanın kimi zaman tipikliği engelleyen kimi zaman ise hukuka aykırılığı ortadan kaldıran iki türü olduğunu kabul eden dualist teori²⁶⁶ yanında, rızanın diğer hukuka uygunluk nedenlerinden farklarını öne çıkararak, onu âdeta tipikliği geri bırakan negatif bir unsur olarak gören monist teoriler²⁶⁷ de yer almaktadır.

²⁶² Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 513.

²⁶³ Hakeri, **GH**, s. 333; Heinrich, **I**, para. 453; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §11, kn. 566; Kühl, **a.g.e.**, §9, kn. 20; Rengier, **a.g.e.**, §23, kn. 7; Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, **a.g.e.**, §15, kn. 124; Thomas Rönnau, “Grundwissen- Strafrecht: Einwilligung und Einverständnis”, **JuS**, Heft: 1, 2007, s. 18.

²⁶⁴ Hakeri, **GH**, s. 333; Öztürk, Erdem, **GH**, s. 294; Koca, Üzülmüş, **GH**, s. 292. Bazı suç tiplerinin ancak ilgilinin rızası olmaksızın işlenebildiği hallerde söz konusu rıza tipikliği kaldırır. Bkz. Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 542; Akbulut, **GH**, s. 565-7; Özgenç, **GH**, s. 367.

²⁶⁵ İlk olarak söz konusu ayrımı kavramsallaştıran kaynak için bkz., Friedrich Geerds, **Einwilligung und Einverständnis des Verletzten**, der Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Christian- Albrechts- Universität zu Kiel, Inaugural-Dissertation, zur Erlangung des Doktorgrades, Juni 1953, s. 262 vd.

²⁶⁶ Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 375-6; Kühl, **a.g.e.**, §9, kn. 25; Wolfgang Frisch, **Strafrecht**, München, Verlag Franz Vahlen, 2022, §4, kn. 225 vd.; Frister, **a.g.e.**, §15, kn. 1-4; Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, **a.g.e.**, §15, kn. 119 vd.; Fischer, Vor §32, kn. 3a; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §11, kn. 554; Rönnau, “Einwilligung”, s. 18-19.

²⁶⁷ Rönnau, Hohn, §32, Kn. 154; Monist teori detayları için bkz. Roxin, **a.g.e.**, §13, kn. 12 vd.

Türk hukukunda da tipiklikte rıza kavramına ayrıca yer verilmesinin anlamı zaman zaman tartışılmıştır.²⁶⁸ Çalışma konusu itibariyle teorilerin detayına girmeyerek,²⁶⁹ *kanaatimizin* dualist teoriden yana olduğunu belirtmek kafidir.²⁷⁰

Gerçekten de rızanın iki türü, hukuki nitelik ve sonuçları bakımından önemli farklılıklar getirmektedir. Tipikliğe dahil olduğu hallerde ilgili suçlarda korunan hukuksal değerın sahibinin tasarruf iradesinin de ayrıca normun koruma alanına dahil olduğu tespitine²⁷¹ iştirak etmekteyiz. Diğer suçlar bakımından ise hukuka uygunluk nedeni olarak rıza söz konusu olur.

Kaldı ki, kanun koyucunun özel hukuka aykırılık aradığı suç tiplerinde ‘hukuka aykırı olarak’ ifadesinden başka bir de ‘rızası olmaksızın’ gibi rızaya dayanan ifadeye yer vermesi, bu suçları hukuka uygun hale getiren başka nedenler de olmasına rağmen böyle hususi adlandırma yapması da yine ancak tipiklik unsuru olan rızanın hukuka uygunluk nedeni olan rızadan farklı değerlendirildiği şeklinde yorumlanabilir.²⁷²

Öğretide tipiklik unsuru olan rıza ve hukuka uygunluk nedeni olan rızayı ayırt etmek için getirilen çeşitli kriterlerin başlıcaları şu şekilde sıralanabilir:²⁷³

²⁶⁸ Hakeri, **GH**, s. 333-4; Koca, Üzülmöz, **GH**, s. 290-2; Özgenç, **GH**, s. 367; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 542-5.

²⁶⁹ Detaylar için bkz., Meral Ekici Şahin, “Ceza Hukukunda Rıza”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı (Ceza Ve Ceza Usul Hukuku), Doktora Tezi, Ankara, 2010, s. 58 vd.; Ayrıca bkz. Asiye Merve Turanlı Özcan, “Ceza Hukukunda İlgilinin Rızası”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2018, s. 35 vd.

²⁷⁰ Öğretide de Önder, failin fiilinin suç tipini ihlal etmiş sayılması için mağdurun ‘rızası hilafına’ işlenmiş olmasının suç tipinde aranması karşısında burada söz konusu olan rızanın hukuka uygunluk nedeni olan rıza ile bir alakası olmadığını, bunun tipiklik ve tipe uygun hareketi ilgilendirdiğini açıkça izah etmiştir. Keza suç tipinin işlenmek için cebir, şiddet ve tehditin unsur olarak arandığı hallerde de yine muhatabın rızası hukuka aykırılığı değil, tipikliği kaldırıcı etki yapar. Bkz., Önder, **GH**, s. 210. Ayrıca bu görüş için bkz., Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 542-5; Hakeri, **GH**, s. 333 vd.; Koca, Üzülmöz, **GH**, s. 292 vd.

²⁷¹ Ekici Şahin, **a.g.e.**, s. 78.

²⁷² Ekici Şahin, **a.g.e.**, s. 88. Öte yandan tipikliğe dahil olan ‘rıza’nın varlığına rağmen failin fiili hâlâ hukuka aykırılığı olabilir. Ancak tipe dahil olmayan, yani münferit bir hukuka uygunluk nedeni olan rızada ise fiil tüm hukuk düzeni bakımından hukuka uygun hale gelir. Örneğin, iki yetişkinin rızaya dayalı cinsel birlikteliğinde md. 102’de düzenlenen suç oluşmaz iken bu fiil sadakat yükümlülüğüne aykırılık teşkil ederek haklı boşanma nedeni sayılabilir. Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 545.

²⁷³ Farkların özetlenerek alındığı kaynaklar ve daha detaylı bilgi için bkz., Ekici Şahin, **a.g.e.**, s. 64 vd.; Turanlı Özcan, **a.g.e.**, s. 45 vd.

- Hukuka uygunluk nedeni olan rızanın zımninden de olsa muhakkak açıklanması gerekirken tipikliğin unsuru olan rızanın açıklanmasına gerek yoktur.²⁷⁴

- Hukuka uygunluk nedeni olan rızada, sadece menfaat sahibinin değil, menfaatin de korunması gereksinimi önemli ve ön planda olduğundan, tipe dair rızanın ahlaka aykırılığı incelenmezken, hukuka uygunluk nedeni olan rıza açıklaması ahlaka aykırı ise buna bir değer tanınmaz.²⁷⁵

- İradeyi sakatlayan nedenlerden hata ve hile, hukuka uygunluk nedeni olan rızaya engel olurken, tipikliğe dahil olan rıza için önem arz etmez.²⁷⁶ Bir diğer söylemle mağdurun rıza ehliyeti veya tasarruf yetkisi kanun tarafından verilmiş kabul edilip ayrıca araştırılmaz.²⁷⁷ Burada menfaat sahibinin irade yeteneğinden (*Einsichtsfähigkeit*) ziyade isteğini doğal olarak ortaya koyabilme yeteneği (*Willensfähigkeit*) yeterli olacaktır.²⁷⁸ Örneğin evlenme vaadiyle kandırılarak cinsel ilişkiye razı edilen reşit bir bireye karşı cinsel saldırı suçu işlenmiş olmaz.

- Rıza tipe dahil olduğu hallerde yanılma failin kastını kaldırırken²⁷⁹, hukuka uygunluk nedeni olan rızada yanılma için TCK md. 30/3 hükmüne gitmek gerekecektir.²⁸⁰ Örneğin ev sahibinin rızası var sanarak eve giren kimse konut dokunulmazlığını ihlal suçunu, zilyedin rızasını var sanıp eşyasını alan kimse hırsızlık suçunu işlemiş olmayacaktır. Zira rıza tipe dair bir unsur olunca, rızaya ilişkin hata da unsurlara ilişkin hata ile aynı muameleyi görecektir. Tam tersine, var

²⁷⁴ Geerds, **a.g.e.**, s. 266; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §11, kn. 562; Gropp, Sinn, **a.g.e.**, §5, kn. 119.

²⁷⁵ Geerds, **a.g.e.**, s. 268 vd.

²⁷⁶ Rönna, "Einwilligung", s. 19; Gropp, Sinn, **a.g.e.**, §5, kn. 119; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, 561.

²⁷⁷ Hakeri, **GH**, s. 333-4; Krey, Esser, **a.g.e.**, §17, kn. 661; Rönna, "Einwilligung", s. 19.

²⁷⁸ Geerds, **a.g.e.**, s. 263-5; Krey, Esser, **a.g.e.**, §17, kn. 660; Gropp, Sinn, **a.g.e.**, §5, kn. 118; Heinrich, **I**, para. 445. Örneğin kapıya gelen gazete reklamcısı failin eve girebilmek için ev sahibine inidirim kazandığını söylemesi ve ev sahibinin böylece rızası ile onu eve almasında, her ne kadar ev sahibinin rızası sakatlanmışsa da, buradaki rıza hukuka uygunluk değil tipe engel olan rıza olduğundan, konut dokunulmazlığını ihlal suçu oluşmaz, bkz. **A.g.e.**, para. 447.

²⁷⁹ Heinrich, **I**, para. 450; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §11, kn. 564; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 545; Koca, Üzülmöz, **GH**, s. 293; Hakeri, **GH**, s. 333; Özgenç, **GH**, s. 367; Akbulut, **GH**, s. 566

²⁸⁰ Hakeri, **GH**, s. 333; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 545.

olan bir rızanın varlığını bilmeyerek hareket eden fail de, işlenemez suç hükümleri gereği cezasız kalacaktır.²⁸¹ Örneğin kendini cinsel saldırıda bulunuyor zannederken, aslında muhatabının rızası olduğundan habersiz olan fail, tipik hareket etmiş olmadığından sorumlu tutulamaz.

Söz konusu farkın çalışma konusu açısından önemi, TCK md. 27/1'in suçun tipikliğe dair unsurları bakımından uygulanabilir şekilde kaleme alınmamış olması bakımındandır. Ek olarak, TCK'da rızanın doğrudan veya yorum yoluyla²⁸² tipe dahil olduğu suçlar zaten taksirle işlenmesi öngörülen suçlar değildir. Dolayısıyla, tipe dahil rıza bir an için hukuka uygunluk nedeni olan rıza ile aynı mahiyette kabul edilse ve sınır aşımı tartışması yapılacak olsa bile, taksirle yapılan aşım cezalandırılabilir olmayacağından TCK md. 27/1'e göre indirim uygulanmasına gerek olmayacaktır. Tipe dahil olmayan ve münferit hukuka uygunluk nedeni olarak rızanın varlığını ise TCK md. 26/2'de kanun koyucu açıkça tanıdığından, md. 27/1 tartışmasına rızayı eklemeye hiç bir engel bulunmamaktadır.

1.2.3. Kusurluluğu Etkileyen Nedenler

Güncel ceza hukuku öğretisinde kusur yargısının içeriğinde kusur yeteneği, haksızlık bilinci ve beklenebilirlik yer almaktadır.²⁸³ Bunlardan birinin dahi eksikliği, failin kusurunun ortadan kalkması ve cezai mesuliyetinin olmaması sonucunu doğurur.²⁸⁴ Kusurluluğu ortadan kaldıran bir hal içerisinde davranan failin

²⁸¹ Turanlı Özcan, **a.g.e.**, s. 49, 409; Akbulut, **GH**, s. 566; Hakeri, **GH**, s. 334.

²⁸² Örneğin cinsel suçlar ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu gibi cebir veya tehdidin suçun unsuru olması gerektiği, dolayısıyla rızanın varlığında zaten suçun oluşmayacağından bahisle bu suçlar için rızanın tipikliği engelleyen rıza olduğuna - madde lafzında konut dokunulmazlığını ihlal veya hırsızlıkta olduğu gibi açıkça geçmese de - yorum yoluyla ulaşılır, bkz., Ekici Şahin, **a.g.e.**, s. 91-2; Geerds, **a.g.e.**, s. 101; Koca, Üzülmüş, **GH**, s. 291 vd.; Akbulut, **GH**, s. 565; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 544. Örneğin iki yetişkinin cinsel birlikteliği rızayla gerçekleşmişse TCK md. 102'de yer alan suç hiç teşekkül etmez. Ancak bireylerden en az biri bir başka kişi ile evli ise, medeni hukuk bakımından sadakatsizlik teşkil eden bu davranış, tipik olmasa da, hukuka uygun da değildir, zira söz konusu 'rıza' hukuka uygunluk nedeni olan rızayı ifade etmez. Bkz. Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 545, Koca, Üzülmüş, **GH**, s. 293. Bunun aksine olarak öğretide suç maddesinde rızadan açıkça söz edilmeyen hallerde artık hukuka uygunluk nedeni olan rızanın şartlarıncı uygulama yapılması gerektiği de savunulmuştur. Bkz. Ziya Koç, "Rızanın Varlığında Hatanın Cinsel Saldırı Suçu Bakımından Değerlendirilmesi", **CHD**, Yıl: 15, Sayı: 42, Nisan 2020, s. 236-7.

²⁸³ Heinrich, **I**, para. 531 vd.

²⁸⁴ **A.g.e.**

hareketi hukuka aykırı olma vasfını sürdürür. Burada bir nevi fail, hukuka uygun davranma imkanı varken bunu seçmemesi, yine de hukuka aykırı davranmış olması sebebiyle kınanır ve kusurlu addedilir.²⁸⁵

Yapıları gereği kusur yeteneğini etkileyen nedenlerin sınırında aşmadan söz edilemez. Bunlar; yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik ile alkol ve uyuşturucu madde etkisi altında olma gibi nedenlerdir. Kusur yeteneğinin ne kadar etkilendiği ve sonuçlarının ne olacağı kendi iç kriterlerince ilgili hükümlerde düzenlenmiştir.

Diğer yandan, kusur yeteneği sürüyor da olsa, failin hareketine dair bilgisizliği veya eksik bilgisi de onun haksızlık bilinci ve dolayısıyla kusuru üzerinde etkili olabilir. Dış dünyaya ait olgular, olduklarından farklı şekillerde algılanabileceği gibi, normlar dünyasına dair yanlış değerlendirmeler de bu kapsama girebilir. Bahsettiğimiz kurum, TCK md. 30'da düzenlenmiş olan 'hata'dır.

Fail yanılmasaydı hatası suç teşkil etmeyecekti dediğimiz hallerde, tipe dair maddi olgulara ilişkin hata kastı kaldırırken, hukuka uygunluk nedenlerinin ve kusurluluğu etkileyen nedenlerin maddi şartlarında hata ve failin fiilinin hukuk düzeni ile çelişmediğine dair norma dair yanlıgısı ise haksızlık bilincini ve dolayısıyla kusuru etkiler.²⁸⁶ Son iki halde hatalar kaçınılmaz oldukları takdirde kusurluluğu tamamen kaldırdıkları, kaçınılabilir oldukları halde ise kusuru etkileyerek derecesini düşürdüğü kanun koyucu tarafından kabul edilmiştir.

Burada bir de, failin haklı davranışı seçme yönünde iradesi zorlandığından, beklenebilirlik yönünden kusurluluğu etkileyen diğer bir müessese olarak kısaca haksız tahrik kurumuna değinmek gerekmektedir. TCK md. 29'da '*haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimse*' nin cezasının belirli oranlarda düşürüleceği düzenlenmiştir. Kızgınlık ve üzüntüye bizzat mağdur tarafından neden olunması, failin iradesinin zayıflaması ve failin '*kendisini*

²⁸⁵ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 565; Öztürk, Erdem, **GH**, s. 307 vd.; Özgenç, **GH**, s. 457; Akbulut, **GH**, s. 621.

²⁸⁶ Bu konuda kanaat açıklaması için bkz. aşağıda: "*1.2.5.2.4. Değerlendirme ve Kanaat*"

suç işlemekten alıkoyma’ yeteneğinin azalması²⁸⁷ yönünden haksız tahrik, aslında TCK md. 27/2’de düzenlenen hale son derece benzerlik arz etmektedir.

Her ne kadar öğretilerde haksız tahrik altında hareket eden failin hareketinin haksızlık içeriğinde bir azalma olmadığı, yalnızca kusurunun etkilendiği ifade edilse de²⁸⁸ biz, soyut olarak yalnız öfkeye veya üzüntüye kapılmanın otomatik kusur azaltıcı bir etkisi olmaması²⁸⁹, haksız tahrikteki failin her değil, mağdura yönelen fiilleri bakımından indirimde layık görülmesini de göz önüne alarak, failin haksızlık derecesinin de bir nebze düştüğünü kabul ediyoruz.²⁹⁰ Son olarak, haksız tahrikte tepki fiilinin tahrik teşkil eden fiille arasında nedensellik bağı kurulabildiği sürece orantının aranmayacağı da öğreti ve uygulamada baskın görüştür.²⁹¹

Bugün kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerin toplumsal bir uzlaşısı sonucu erişilen kanun metinleri halinde düzenlenerek kabul edilmesi, onların hukuka uygunluk nedenlerinden farklı olarak sınırlı sayıda olduğu inancını yerleştirmiştir.²⁹²

²⁸⁷ Fatih Birtok, “Haksız Tahrikte Yön Değiştirme (Etki – Tepki Dengesinin Fail Lehine Bozulması)”, **CHD**, Yıl: 16, Sayı: 46, Ağustos 2021, s. 334; Hale Akdağ Yüksel, “TCK’da Düzenlenen Kusurluluğu Kaldıran ve Azaltan Nedenler”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara, 2018, s. 150.

²⁸⁸ Timur Demirbaş, Haksız Tahrik, 4. Baskı, Ankara, Seçkin, 2024, s. 46 vd.; Birtok, “Haksız Tahrik”, s. 336; Meraklı, **a.g.m.**, s. 273; Koca, Üzülmöz, **GH**, s. 361; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 590; Öztürk, Erdem, **GH**, s. 334. Behiye Eker Kazancı, “Mağdurun Davranışları ve Heyecan Halinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, **DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 15, Özel Sayı, 2013, s. 1316-7.

²⁸⁹ Y. 2. C.D., T. 22.12.2011, E. 2010/20224, K. 2011/42485; Zeynel Kangal, “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, **EÜHFD**, C. XIV, S. 3-4, 2010, s. 30 vd.

²⁹⁰ Aynı yönde bkz., Gülşah Bostancı, “Haksız Tahrik”, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2013, s. 28-9: Haksız tahriğin cezalandırmada azaltıcı etki yapması için, failin kusurunu azaltan duygulara failin haksız hareketinin neden olması gerekir. Benzer yönde haksız tahriği hafifletici bir mazeret nedeni olarak ele alan görüşler için bkz.: Nevzat Güreli, “Ceza Hukukunda Mazeret Sebebi Olarak Haksız Tahrik”, **İBD**, C. XXV, S. 6, 1951, s. 331, 333, 338, 342; Cengiz Bardak, “Haksız Tahrik Üzerine Bir İnceleme”, **AD**, Yıl: 79, S. 1, 1988, s. 42. **Aktaran**: Kangal, “Haksız Tahrik”, s. 27. Alman hukukunda da söz konusu benzerliğin altı çizilmiş, haksız tahrikte de, tahriğe neden olan saldırganıya yönelen öldürmeler bakımından indirim öngörüldüğü belirtilmiştir, bkz. Klaus Rogall, “Der Notwehrexzess – ein Schuldprivileg”, içinde: **Rechtsstaatlicher Strafprozess und Bürgerrechte: Gedächtnisschrift für Edda Weßlau**, Berlin, Duncker & Humblot, 2016, s. 536. Haksız tahriğin hukuki niteliğine ilişkin görüşleri ve detayları için bkz. Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 40 vd.

²⁹¹ Akdağ Yüksel, **a.g.e.**, s. 153; Birtok, “Haksız Tahrik”, s. 359 vd.; Y. C.G.K., T. 17.12.1984, E. 1984/1678, K. 1984/441.

²⁹² Meraklı, **a.g.m.**, s. 272; Gropp, Sinn, **a.g.e.**, §6, kn. 58-9, 125. Alman hukukunda özellikle de kanunüstü zorunluluk hali tartışılırken bunun son derece sınırlı tutulması gerektiği, sıkı tetkiki ve son çare olarak uygulanması gerektiği yönünde uyarılar ve genel olarak kuruma yöneltilen tereddütler buna örnek gösterilebilirse de (Bkz. Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, **a.g.e.**, §18, kn. 49 vd.), tam

Zira aslında ortada suç işlemiş bir fail mevcut olup, buradaki cezalandırmama gerekçesi, failin kusurunun ortadan kalkmış sayılmasına bağlıdır. Kusur isnadının tamamen veya kısmen mümkün olmadığını kabul ise, ancak resmi uzlaşısı sonucu kanun metni ile ortaya konabilir. Aksini iddia, kanunda yazılı olmayan gerekçelerle suç işlemiş bir failin cezasız kalmasını sonuçlayabilir ki bu durum hukuk güvenliğini zedeleyeceğinden kabul edilemez.²⁹³ ²⁹⁴ Ancak yine de, kusurluluğu etkileyen nedenler noktasında sınırlı sayı prensibinin geçerli olmadığı ve bunların kanunlarda yer verilenlerden ibaret görülemeyecekleri ifade edilmektedir.²⁹⁵

1.2.4. Mazeret Nedenleri

Mazeret nedenlerini kusurluluğu etkileyen nedenlerden ayrı ele alan görüş uyarınca bu nedenleri ayırt eden unsur fiilin objektif haksızlık içeriğinin de azalıyor oluşudur.²⁹⁶ Kusuru ortadan kaldıran hallerde kusurun yapısal unsurlardan birinin eksikliği nedeniyle kusurun bir bütün olarak oluştuğundan söz edilemez.²⁹⁷ Mazeret nedenlerinde ise bundan farklı olarak kusur yeteneği ve failin haksızlık bilinci sürmektedir, ancak kusurun yapısal unsurlarında bir eksiklik olmamakla birlikte, zorlayıcı dış faktörlerin de etkisiyle, haksızlık ve kusurun faili cezalandırmaya yetmeyecek kadar azaldığı ifade edilmektedir.²⁹⁸

olarak aksi yönde olarak, hakim de yeni mazeret nedenleri yaratabileceği de ifade edilmiştir. Kühl, **a.g.e.**, §12, kn. 12.

²⁹³ Aynı yönde bkz. Meraklı, **a.g.m.**, s. 272.

²⁹⁴ Burada hukuka uygunluk nedenlerinden farklı tutum benimsendiğinin altı çizilmelidir. Doktrinde bu nedenlerin, sosyal hayatta müdemadiyen değişimin hakim olmasından sebep zaman içerisinde yenilerinin çıkabileceği ve hiç bir kanunda yazmamakla beraber örf ve adet hukukundan kaynaklanan nedenlerin de mevcut olduğu gerekçeleriyle, sınırlı sayıda (*numerus clausus*) olmadıkları kabul edilmektedir. Bkz. Ahmet/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 482; Dönmezer, Erman, **II**, s. 249; Hakeri, **GH**, s. 275. Yukarıda ilgili bölümlerde de izah edildiği üzere biz, 5237 sayılı TCK'da hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin de münferit olarak kabulü karşısında, örf ve adet hukukundan doğan haklar bakımından da aslında bu neden çerçevesinde bir hukuka uygunluktan söz edilebileceği kanaatindeyiz.

²⁹⁵ Keçelioğlu, "Kusurluluk", s. 304; Heinrich, **I**, para. 563.

²⁹⁶ Meraklı, **a.g.m.**, s. 262, 266.

²⁹⁷ Heinrich, **I**, para. 562.

²⁹⁸ Meraklı, **a.g.m.**, s. 272; Murat Volkan Dülger, "Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Mazeret Nedenleri Arasındaki Ayrımın Tarihçesi, Niteliği ve Gerekliği Üzerine Karşılaştırmalı Bir Deneme", **CHD**, Sayı: 24, Nisan 2014, s. 149; Özbek vd., **a.g.e.**, s. 392 vd.; Öztürk, Erdem, **GH**, s. 320; Heinrich, **I**, para. 563; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §13, kn. 686; Kühl, **a.g.e.**, §12, kn.1.

Bu sebeple ‘istisnai psikolojik bir durum’ olarak da kategorize edilmektedirler.²⁹⁹ Bu istisnai halin yarattığı aşırı derecedeki motivasyon baskısı, yani yürürlükteki emir ve yasakların aksine hareket etmeye yönelen güdülenme, fail için hukuka uygun hareketi neredeyse imkânsız kılar.³⁰⁰ İşte burada bir nevi, kusur yargısının sınama basamaklarından olan beklenebilirlik yönünden failin kusuru etkilenmekte, normlara uygun davranışın failden istenemez oluşu nedeniyle kanun koyucu onu artık “kusurlu” olarak nitelemekten imtina etmektedir.

Mazeret nedenlerinin söz konusu olduğu hallerde failin içinde bulunduğu koşullar onu norma aykırı hareket etmeye zorlamaktadır. Elbette bir akıl hastası veya çocukta olduğu gibi kusur yeteneği büsbütün ortadan kalkmış değildir. Ancak yine de şartlar onu öyle zorlamaktadır ki artık kendisinden norma uygun davranış beklenemez hale gelir ve böylece faile tam kusur atfı imkan dahilinden çıkar.³⁰¹ Kusuru ile beraber hareketinin haksızlık içeriği de, hareket hâlâ değerli bir amaca yönelik olduğundan, azalmıştır.³⁰²

Bu nedenlerin varlığında faile ceza verilmemesi norma uygun davranışın failden beklenemez olması prensibine (*Unzumutbarkeit des normgemäßen Verhaltens*) dayanmaktadır.³⁰³ Zira “vazife imkanla mukayyettir.”³⁰⁴

Söz konusu beklenemezlik prensibi kısaca, failden norma uygun davranmasının, tehlikeye katlanmasının beklenememesini ifade eder³⁰⁵ ve başka biçimde davranması mümkün olmayan faile, kınama yargısında bulunulmasının

²⁹⁹ Meraklı, **a.g.m.**, s. 266; Özbek vd., **a.g.e.**, s. 392.

³⁰⁰ Heinrich, **I**, para. 563; Rouven Seeberg, **Aufgedrängte Nothilfe, Notwehr und Notwehrexzess**, Frankfurt am Main, Lang, 2005, s. 220.

³⁰¹ Heinrich, **I**, para. 563; Rengier, **a.g.e.**, §28, kn. 1; Kühl, **a.g.e.**, §12, kn. 10; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §13, kn. 686. Mazeret nedenlerinin kusuru ortadan kaldıran diğer hallerden farkı, kusurun sürmesine rağmen kanun koyucunun kalkmış kabul etmesindedir. Bkz. Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, **a.g.e.**, §18, kn. 1.

³⁰² Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 477; Meraklı, **a.g.m.**, s. 267; Gropp, Sinn, **a.g.e.**, §6, kn. 123.

³⁰³ Keçelioğlu, “Kusurluluk”, s. 303; Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, **a.g.e.**, §18, kn. 4. İlke hakkında detaylı tartışmalar için bkz., Zeki Hafizoğulları, “Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi (Nichtzumutbarkeit /L’inesigibilita)”, **AÜHFD**, Cilt: 57, Sayı:3, 2008, s. 339 vd.

³⁰⁴ Hakkı Demirel, “Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hata”, **AÜHFD**, Cilt: 12, Sayı:3, 1955, s. 105.

³⁰⁵ Özbek, Doğan, **a.g.m.**, s. 198

hakkaniyet ilkesine aykırı olacağı mantığına dayanır.³⁰⁶ İstenemezlik ilkesi olarak da ifade edilen kurum, finalist hareket teorisine ve bugünün Alman öğretisine göre başlı başına bir mazeret nedeni teşkil etmez.³⁰⁷

Hukukumuz bakımından ise beklenemezlik ilkesi *Hafizoğulları*'na göre, TCK md. 28'de düzenlenen manevi cebir hükmünün esasını oluşturmakta olup, bu hükmün TCK'nın diğer hükümlerine kıyası mümkündür.³⁰⁸ Bu yorumuyla yazar aslında ilkeyi âdeti, müstakil uygulanması kabil genel bir mazeret nedenine dönüştürmektedir ki *kanımızca* hukukumuz bakımından bu fikir kabul edilemez. Zira, kusuru ortadan kaldıran nedenler kanunüstü olamazlar.³⁰⁹

Kanunda düzenlenmediği sürece normda öngörülen davranışın somut olay failinden beklenemeyeceğini iddia etmek *kanımızca* cezasızlığın alanını ölçüsüzce genişletecektir. Nitekim hukukta bir hususun düzenlenmediği ve düzenlenerek yasaklanmadığı takdirde bireylerin o konuda özgür oldukları fikri geçerlidir.³¹⁰

Diğer yandan, mazeret nedenlerini kusurluluğu ortadan kaldıran diğer hallerden ayırt etmeyen görüşün de Türk öğretisinde hayli ağırlık taşıdığını hatırlamak gerekir.³¹¹ Görüşe göre zaten mazeret nedeni olarak belirtilen hallerde de failin kusuru kalkmaktadır.³¹² Kimi görüşlere göre ise, mazeret nedenleri ayrı olarak gruplanabilirse de, CMK md. 223 hükmünün de bu ayrımı korumaması karşısında,

³⁰⁶ Hafizoğulları, "İstenemezlik", s. 344.

³⁰⁷ Hafizoğulları, "İstenemezlik", s. 348; Hilgendorf, Valerius, **a.g.e.**, s. 174; Roxin, **a.g.e.**, §22, kn. 142.

³⁰⁸ Hafizoğulları, "İstenemezlik", s. 369. Yazarın zorunluluk halini hukuka uygunluk nedeni farz ettiği için benzer değerlendirmeyi TCK md. 25/2 için yapmadığını belirtmek gerekmektedir.

³⁰⁹ Aksi yönde bkz., Keçelioğlu, "Kusurluluk", s. 304, Jäger, **a.g.e.**, §5, kn. 204; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §13, kn. 715 vd.

³¹⁰ Bkz. Katoğlu, **a.g.e.**, s. 23.

³¹¹ Demirbaş, **GH**, s. 480; Dönmezer, Erman, **II**, s. 541 vd.; Önder, **GH**, s. 334; İçel, **GH**, s. 485 vd.; Hakeri, **GH**, s. 370 vd.; Öztürk, Erdem, **GH**, s. 320 vd.; Centel/ Zafer/ Çakmut, **GH**, s. 429 vd.; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 567; Koca, Üzülmüş, **GH**, s. 319'da mazeret nedenlerini irade yeteneğini haricen etkileyen nedenler olarak tanımlamış ve eserinde bu ifadeyi kusurluluğu kaldıran hallerle eş anlamda kullanmıştır.

³¹² Demirbaş, **GH**, s. 480; Demirci, **a.g.e.**, s. 90; Mustafa Özen, **Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Adalet, 2021, s. 657 vd. Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 567. Biz ise mazeret nedenleri çerçevesinde davranan failin kusuru kalkmadığı ancak kanun koyucu tarafından kalkmış sayıldığı kanaatindeyiz.

pratik olarak söz konusu nedenlerin mazeret ya da kusuru kaldıran olarak kabul edilmeleri farklı sonuçlara yol açmayacaktır.³¹³

Alman öğretisinde de çoğunluk bu ayrımı (*Entschuldigungsgründe* - mazeret nedenleri - ; *Schuldausschliessungsgründe* - kusuru kaldıran nedenler -) gözetmektedir.³¹⁴ Ancak bazı yazarların bu ayrımı yapmayıp, kusuru etkileyen nedenler ile mazeret nedenleri tabirlerini birbirinin yerine kullandığı da görülmektedir.^{315 316}

Kanaatimizce mazeret nedeni ile kast edilen, failin belirli bir haksızlık azalmasına da bağlı olarak kusurunun artık cezalandırılmasını gerektirmeyecek kadar düşmesi ve kanun koyucunun bu hallerde faile âdeta ‘kusuru kalkmış gibi’ muamele etmesidir. Bu çalışmada ‘kusurluluğu etkileyen haller’ ifadesi, hem kusur yeteneği üzerinde etkili olan nedenleri hem de mazeret nedenlerini karşılayacak şekilde kullanılacaktır. Böylece ceza sorumluluğunu etkileyen haller hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluluğu etkileyen nedenler olarak, kusurluluğu etkileyen nedenler de, kusur yeteneğini kaldıran haller, mazeret nedenleri ve kusurluluğu etkileyen diğer nedenler şeklinde gruplandırılmış olacaktır.

³¹³ Özbek vd., **a.g.e.**, s. 393; R. Murat Önok, Işık Önay, “Hukuk Düzeninin Birliği İlkesi Çerçevesinde Zorunluluk Hâlinin Hukukî Niteliği”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, Vol: 77, Sayı:2, s. 874.

³¹⁴ Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 476-7; Kühl, **a.g.e.**, §11-12; Gropp, Sinn, **a.g.e.**, §6, kn. 58, 123; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §13, kn. 686; Schmidt, **a.g.e.**, kn. 569-70; Tatjana Hörnle, “Der Entschuldigende Notstand (§35 StGB)”, **JuS**, Heft: 10, 2009, s. 874 vd.

³¹⁵ Kusurun kalkmasının sadece empirik değil, mazeret nedeni olarak adlandırılan hallerde normatif olarak da yapılabileceği yönünde bkz., Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, **a.g.e.**, §15-8, kn. 1. Keza bu nedenlerin sonuçları itibariyle fark arz etmediklerinden, kusuru kaldıran nedenlerin mazeret nedenlerini de kapsayıcı daha geniş başlık olarak ele alınabileceği yönünde bkz., **A.g.e.**, §18, kn. 1.

³¹⁶ Roxin ise, yine kendisine has bir tutum benimseyerek, iki grubun tek ortak yönünün yalnız kusurun kalkması olmadığını ifade eder. Ona göre tüm bu nedenler aynı zamanda cezanın önleyici amaçlarının artık bulunmadığı halleri temsil ettiklerinden bunları aynı başlıkta ‘sorumluluğu kaldıran nedenler’ (*Verantwortungsausschliessungsgründe*) olarak ayırmak mümkündür. Bkz. Roxin, **a.g.e.**, §19, kn. 1 vd.

1.2.4.1. Amirin Hukuka Aykırı Bağlayıcı Bağlayıcı Emrini İfa

Amirin hukuka uygun olan emirlerinin ifasının hukuka uygunluk nedeni teşkil edeceğinden yana şüphe bulunmasa da³¹⁷, hukuka aykırı emirlerin yerine getirilmesinin hukuki niteliği öğretide tartışılmıştır. Kimi görüşe göre bu da bir hukuka uygunluk nedeni olup³¹⁸, kimine göre kusuru ortadan kaldıran hal³¹⁹, kimilerine göre ise mazeret nedeni³²⁰ teşkil eder.

Emri veren amir hâlâ sorumlu tutulmaya devam edilebildiğinden, memur failin fiilinin hukuka aykırı olduğu noktasında *kanaatimizce* şüphe bulunmamaktadır.³²¹ Kaldı ki memurun ruhsuz veya cansız bir unsur olup, düşünmeksizin âdeta araç gibi emirleri yerine getirmesi ne beklenebilir³²², ne de onu sorumluluktan kurtarabilir. Ancak mesele, Anayasa hükmüyle, hukuka aykırı olsa dahi failden icra etmesi beklenen emrin,³²³ faili sorumluluktan kurtarıp kurtaramayacağı, kurtaracaksa bunun nasıl olacağına düğümlenmektedir.

Öğretide konusu suç teşkil eden emri yerine getirmenin de suç olduğu ve bunun faili sorumluluktan kurtarmayacağı görüşü hakimdir.³²⁴ Ağırlıklı çoğunluğu temsil eden bu görüşe göre, suç oluşturan emirler bağlayıcılık unsurundan da yoksun olup, emri ifa eden memurun sorumluluğu devam eder.³²⁵ Kaldı ki, suç teşkil eden emri ifa eden memurun irade yeteneğinin kalktığını normatif açıdan kabul etmek de

³¹⁷ Aynı yönde bkz., Selman Dursun, “Türk Ceza Hukuku’nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku’yla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVIII, S.2, 2014, s. 232.

³¹⁸ Savaşçı Temiz, **a.g.e.**, s. 214.

³¹⁹ Koca, Üzülmöz, **GH**, s. 344 vd.; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 568 vd.

³²⁰ Dursun, **a.g.m.**, s. 247; Demirel, **a.g.e.**, s. 86; Meraklı, **a.g.m.**, s. 287; Özbek vd., **a.g.e.**, s. 393.

³²¹ Akkurt, **a.g.m.**, s. 69.

³²² Yılmaz Günel, “Amirin Emrini İcrada Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi”, **AÜSBFD**, C. 20, Sa. 2, s. 636-9; Olgun Değirmenci, “Türk Ceza Hukukunda Amirin Emrini İfa”, **TAAD**, Yıl: 3, Sayı: 10, Temmuz 2012, s. 465.

³²³ Değirmenci, “Amirin Emri”, s. 455.

³²⁴ Hakeri, **GH**, s. 374-5; Centel/ Zafer/ Çakmut, **GH**, s. 313; Özgenç, **GH**, s. 502; Demirbaş, **GH**, s. 309; Koca, Üzülmöz, **GH**, s. 346.

³²⁵ Hukuka aykırı emir ile ‘bağlayıcılık’ unsurunun çelişki arz ettiğine ve buna dair tartışmalara ilişkin bkz., Dursun, **a.g.m.**, s. 214 vd. Yazar, Türk hukuku bakımından hukuka aykırı emirlerin de bağlayıcı olmalarının mümkün olduğunu ancak bir emir ‘suç’ ihtiva ediyorsa artık ‘bağlayıcı’ da addedilemeyeceğini açıkça vurgulamaktadır, bkz., **A.g.m.**, s. 233, 237-8.

mümkün olmaz.³²⁶ Zira hukuk devletinde suç işlenmesine hukukun kendisinin âdeta kılıf hazırlamasına müsaade edilemeyeceği ileri sürülmektedir.³²⁷ Bu görüş, Anayasa md. 137/3'ün 2'ye, TCK md. 24/4'ün ise 3'e istisna olarak ele alınamayacağını ifade eder.³²⁸ Yani onlara göre denetlenmesi kanunen yasaklanan emirler, ancak suç teşkil etmeyen emirler olabilir.³²⁹

Aksi görüşe göre ise, bir emir yerine getirildiğinde ortaya bir suç çıkmıyorsa bu konu ceza hukukunu ilgilendirmez.³³⁰ Buna göre, hukuka aykırı ancak bağlayıcı emrin icrası ceza hukuku bakımından bir sonuç doğurmamalıdır.³³¹

Bu eksenle, konusu suç olan emirler bakımından uygulanamadığı sürece hem md. 24/2'nin TCK içerisindeki varlığının gerekliliği, hem de md. 24/4'ün md. 24/3'ü de kapsayıp kapsamadığı tartışılmıştır. Benzer şekilde, Anayasa md. 137/3'ün, md. 137/2'ye de bir istisna niteliğinde olup olmadığı sorulmuştur. Öğretide gerek TCK md. 24/4 gerek Anayasa md. 137/3'ün kendilerinden önceki hükümlerden önce getirilerek bu istisnadan suç teşkil eden emirlerin dışlanması ve böylece tartışmaya son verilmesi önerilse de,³³² biz kanun koyucunun tercihinin bilinçli olduğuna inanıyoruz.

Denetleme yetkisinin tanındığı hallerde memurun emirde, içeriğinde veya yerine getirilmesinde ya da hareketinin hukuki niteliğinde ya da denetleme yetkisinin varlığında yanılması hallerinde hata hükümlerine (yerine göre TCK md. 30/3 veya 4) başvurulacağı açıktır.³³³ Mesele memura denetleme yetkisinin

³²⁶ Değirmenci, “Amirin Emri”, s. 407.

³²⁷ Zeki Hafızoğulları, Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, USA Yayıncılık, Ekim 2019, s. 216 vd.; Önder, **GH**, s. 177; Öztürk, Erdem, **GH**, s. 268; Özbek vd., **a.g.e.**, s. 402.

³²⁸ Meraklı, **a.g.m.**, s. 286.

³²⁹ Özgenç, **GH**, s. 503; Hakeri, **GH**, s. 374-5; Demirbaş, **GH**, s. 309; Akkurt, **a.g.m.**, s. 71; Aksi yönde bkz. Demirel, **a.g.e.**, s. 163;

³³⁰ Dursun, **a.g.m.**, s. 236; Demireş, **a.g.e.**, s. 87; Günal, “Amirin Emri”, s. 650; Neslihan Demirkol, “Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Bir Sebep Olarak Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi”, **SDÜHFD**, Vol.: 11, No: 2, 2022, s. 429. Toroslu, Ersoy, **a.g.m.**, s. 11. Benzer yönde bkz., Yener Ünver, “YTCK’da Kusurluluk”, **CHD**, Yıl:1, Sayı:1, Ekim 2006, s. 57.

³³¹ Ünver, “Kusurluluk”, s. 57. Böylece ‘bağlayıcılık’ yalnızca hukuka uygun değil, aykırı emirlerin de bir şartı olabilir.

³³² Demirel, **a.g.e.**, s. 90.

³³³ Benzer yönde bkz. Dursun, **a.g.m.**, s. 238 vd.

tanınmayıp itaatin arttırıldığı TCK md. 24/4 gibi hallerde nasıl uygulama yapılacağında düğümlemektedir.

Öğretide bazı görüşler, emrin ifasının mecburi olmasından dolayı bunun bir mazeret nedeni olacağını ifade etmektedirler.³³⁴ Bu görüş, astın denetleme imkanı olmayan hallerde, yerine getirdiği emrin konusunun suç olduğuna dair kaçınılmaz hata içerisinde bulunabileceğini, ancak failin hatasız olmasına rağmen yine de hukuka aykırı emre uymamasının beklenemediği hallerde bunun bir mazeret nedeni olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir.³³⁵

Ancak bu görüş de, hukuk devletinde astın mutlak itaatinin beklenerek tam sorumsuzluğun getirilmesinin suistimale açık olduğunu ve suç olduğu belirli olan emirler karşısında hükmü uygulamanın ölçsüz olduğunu, denetleme yasağının ancak suç olduğu ilk bakışta anlaşılmayan ve araştırma gerektiren emirler bakımından sorumsuzluk getirebileceğini belirtmektedir.³³⁶ AsCK hükmünün emrin suç teşkil ettiğinin biliniyor olması halini astın sorumsuzluğuna istisna olarak getirmesi, burada doğru bir örnek olarak gösterilmektedir.³³⁷

Örneğin bir savcının bir şüpheliyi yakalama emri vermesinde kolluk, emrin yerindeliğini, şüphenin makul olup olmadığını denetleyemez, meğer ki emir açıkça suç teşkil etsin.³³⁸ *Kanımızca* kişiyi özgürlüğünden mahrum bırakmak bir suç olduğuna ve ortalama bir kolluk görevlisinin haksız yapılan yakalamanın bu suçu oluşturacağını bilmesi beklendiğine göre buradaki ‘açıkça’ suç teşkil etme ifadesinden kastedilen, söz konusu emrin hukuka uygunluğunun açıklığı olmalıdır. Aksi halde memurun en az amiri kadar bilgili olacağını beklemek, fıkranın âdeti uygulanamaz hale gelmesine neden olacaktır.³³⁹ Ayrıca öğretide devlet işlerinde

³³⁴ Demirel, **a.g.e.**, s.121; Meraklı, **a.g.m.**, s. 286-7; Demirkol, **a.g.m.**, s. 456.

³³⁵ Dursun, **a.g.m.**, s. 240.

³³⁶ Dursun, **a.g.m.**, s.242.

³³⁷ Dursun, **a.g.m.**, s.242.

³³⁸ Yağmur Müge Akman, “Ceza Hukukunda Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku) Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2015, s. 216-7; Demirkol, **a.g.m.**, s. 444.

³³⁹ Demirkol, **a.g.m.**, s. 444, Günel, “Amirin Emri”, s. 657.

amir emirlerinin hukuka uygunluk karinesinden yararlanması gerektiği yönünde görüş bildirilmiştir.³⁴⁰

Bu hallerde öğretide, suç teşkil eden emri yerine getiren memurun sorumluluktan kurtulması için *'failin açıkça suç teşkil etmemesi'* şeklinde objektif ve failin amirin emrinin *'suç işleme amacıyla verildiğini bilmemesi'* şeklinde sübjektif olmak üzere iki kriter getirilmiştir.³⁴¹ Göz göre göre ve bilerek bir suçun işlenmesine asıl fail olarak katılmış olan memurun sorumluluktan kurtulamaması için getirilen bu kriterler adil olmakla birlikte, kanun metinlerinde de bu şekilde kayıtların yer alması gerekmektedir. Nitekim, astı adeta bir araç knumuna indirgeyen ve karşılaştırmalı hukukun aksine herhangi bir 'bilinebilirlik' kriteri getirilmeden mutlak şekilde sorumsuzluk getiren söz konusu düzenleme sorunlu olup değişikliğe muhtaçtır.³⁴²

1.2.4.2. Zorunluluk Hali

Öğretide zorunluluk halinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Bir görüş bu hali hukuka uygunluk nedeni olarak kabul ederken³⁴³, diğer bir görüş mazeret nedeni olarak görür.³⁴⁴ Son görüş ise zorunluluk durumunu, Alman hukukunda olduğu gibi, korunan ve zarara uğratılan hukuki değerlerin kıyaslanması suretiyle, korunan değer zarar görenden daha korunmaya layık ve daha üstün bir menfaat olduğu hallerde hukuka uygunluk, iki değer denkleştirilmesinde ise mazeret nedeninden söz edilmesi gerektiği şeklinde ayırt ederek (*Differenzierungstheorie*) ele alır.³⁴⁵

³⁴⁰ Demirkol, **a.g.m.**, s. 445.

³⁴¹ Gökhan Güneysu, **Uluslararası Hukukta Amirin Emri**, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2015, s. 103-4.

³⁴² Aynı yönde bkz. Dursun, **a.g.m.**, s. 272-3.

³⁴³ Hafızoğulları, Özen, **GH**, s. 302; İçel, **GH**, s. 360 vd.; Demirbaş, **GH**, s. 322 vd.; Centel/ Zafer/ Çakmut, **GH**, s. 326 vd.

³⁴⁴ Dülger, "Hukuka Uygunluk", s. 176; Koca, Üzülmüş, **GH**, s. 348 vd.

³⁴⁵ Zeynel Kangal, "Zorunluluk Durumunun Ceza Sorumluluğuna Etkisi", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2006, s. 39; Zafer, **GH**, s. 301-2; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s. 521-2; M. Emre Tulay, "Zorunluluk Halinde Sınırın Aşılması Meselesi", **ÇÜHFD**, C.5, S.1., Nisan 2020, s. 3182. Bu görüşte olmasına rağmen TCK ve CMK düzenlemelerinin hükmün kusurluluğu etkilediğini kabule mecbur bıraktığını eleştirerek kabullenilen görüş için bkz., Özbek vd., **a.g.e.**, s. 408, 412.

Zorunluluk halini bir mazeret nedeni olarak kabul eden görüşe göre, TBK'nın 64. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan ve kendisini veya başkasını açık ve yakın bir zarardan korumak maksadıyla bir üçüncü kişinin malına zarar verenin bunu giderim yükümlülüğü altında olduğuna dair hükmü³⁴⁶ karşısında onu bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmek mümkün olmayacaktır.³⁴⁷ Hukuk düzeninin birliği ilkesi karşısında bir hukuk disipliniinde yaptırım öngörülen bir hal, ceza hukuku bakımından da bir hukuka uygunluk nedeni olarak addedilemez.³⁴⁸

Ayrıca CMK md. 223/3-b hükmünde zorunluluk halinin, kusuru kaldıran ve ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gereken haller arasında sayılması da bir diğer temel gerekçeyi oluşturmaktadır.³⁴⁹ Öte yandan TCK md. 25/2 gerekçesinde zorunluluk halinin kusurluluğu ortadan kaldırdığının belirtilmiş olması ve Yargıtay'ın pek çok kararında bu yönde görüş bildirmesi de bu fikre destek olmuştur.³⁵⁰

Bu yönde son olarak, zorunluluk halinde tarafsız ve kusursuz kişinin gördüğü zarara karşı direnmesinin hukuka uygun addedilmesi gerekeceği ileri sürülmüştür. Hukuka uygunluk nedenine karşı da hukuka uygunluk nedeni işletilemeyeceğine göre, bu ancak zorunluluk halinin mazeret nedeni olması ile açıklanabilir olacaktır.³⁵¹

Zorunluluk halini hukuka uygunluk nedeni olarak kabul eden görüş ise, buna ilk gerekçe olarak kurtarılan değerın zarara uğratılandan yüksek veya en azından denk olması şeklinde bir oran aranmasını göstermektedir.³⁵² Hukuk bir tehlikeye

³⁴⁶ TBK md. 64/2: *"Kendisini veya başkasını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak için diğer bir kişinin mallarına zarar verenin, bu zararı giderim yükümlülüğünü hâkim hakkaniyete göre belirler"*

³⁴⁷ Koca, Üzülmöz, **GH**, s. 348; Hakeri, **GH**, s. 380.

³⁴⁸ Koca, Üzülmöz, **GH**, s. 348; Hakeri, **GH**, s. 380.

³⁴⁹ Özbek vd., **a.g.e.**, s. 412; Koca, Üzülmöz, **GH**, s. 348; Ancak öğretide hükmün niteliğinin muhakeme kanununda belirlenmiş olması da eleştirilmektedir, bkz. Özbek, Doğan, **a.g.m.**, s. 219.

³⁵⁰ Y. C.G.K., T. 26.2.2008, 1-281/37; Y. C.G.K., T. 19.2.2013, E. 2012/1551, K. 2013/64.

³⁵¹ Fatih Selami Mahmutoglu, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hukuka Uygunluk Nedenleri", **Hukuk ve Adalet Dergisi**, Y. 2, S. 5, Nisan 2005, s. 51-2.

³⁵² Bozbayındır, **a.g.m.**, s. 115.

karşı kişinin kendini feda etmesini bekleyemez.³⁵³ Öte yandan zorunluluk halinde değerler ve failin içinde bulunduğu durum tartılarak yararlanıp yararlanamayacağı objektif olarak belirlendiğine göre, bunun failin kusurunun irdelendiği mazeret nedenlerinden farklı olması gerektiği ifade edilmektedir.³⁵⁴ Kaldı ki sistematik yorum gereği de aynı maddede düzenlenen meşru savunma ve zorunluluk hallerine farklı nitelikler yüklenmesi uygun olmayacaktır.³⁵⁵

Ayrıca mazeret görüşünün iddia ettiği gibi, özel hukukta tazminat sorumluluğunun muhakkak kusur sorumluluğuna dayanması gerekmediği, kusursuz sorumluluk altında fedakarlığın denkleştirilmesi prensibince de bireye tazminat yükümlülüğü yüklenebileceği ifade edilmektedir.³⁵⁶ Bu prensibe göre zarar görenin doğan zarara tek başına katlanmasının beklenmesi adil olmaz. Diğer bir deyişle zorunluluk halindeki tazminat, failin haksız olmasına değil, hakkaniyete dayanmaktadır.³⁵⁷ Nitekim burada bir ‘zarar’ doğmuştur ve tazminat bu zarar için takdir edilmektedir. Ancak bu, söz konusu zararın hukuka aykırı olduğunu göstermez.³⁵⁸ Kaldı ki tazminatın zararın tümünü karşılaması da aranmamaktadır.³⁵⁹

Hatta öyledir ki, hem Türk hem Alman öğretisinde bazı görüşler, ‘tazminat’ ifadesini reddederek, daha yerinde olan ‘denkleştirme veya giderim yükümlülüğü’ tabirine başvurulması gerektiğini ifade ederler.³⁶⁰ Nihayet TBK md. 64/2’deki tazminat değerlendirilirken aynı Kanun’un 63. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “...zorunluluk hâllerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz” ifadesi de dikkate alınmalıdır.

Ancak hukuka uygunluk görüşünün izahta zorlandığı nokta tehlikeden korunmak için zarar verilen kusursuz üçüncü kişinin meşru savunma hakkının olup

³⁵³ İçel, **GH**, s. 363.

³⁵⁴ Hafızogulları, Özen, **GH**, s. 302;

³⁵⁵ Kan, **a.g.e.**, s. 177; Zafer, **GH**, s. 302.

³⁵⁶ Ünver, “Kusurluluk”, s. 59; Kan, **a.g.e.**, s. 95; Tulay, **a.g.m.**, s. 3174.

³⁵⁷ Akdağ Yüksel, **a.g.e.**, s. 181; Kılıç, **a.g.e.**, s. 132 vd.; Özbek, Doğan, **a.g.m.**, s. 218; Kunter, **a.g.e.**, s. 103 vd.

³⁵⁸ Kan, **a.g.e.**, s. 176; Dönmezer, Erman, **II**, s. 367; İçel, **GH**, s. 363.

³⁵⁹ Önok, Önay, **a.g.m.**, s. 876; Dönmezer, Erman, **II**, s. 367

³⁶⁰ Bkz. Önok, Önay, **a.g.m.**, s. 868. Almancası için: Tazminat talebi (*Ersatzanspruch*) yerine, zararı giderim talebi (*Entschadigungsanspruch*)

olmadığıdır. Özellikle de tehlikeden korunmak istenen kişi ve zarar verilen kişi aynı üçüncü kişi ise, bu durumda bunun müdahaleye karşı çıkmasının nasıl olması gerektiği tartışmalıdır. Bu doğrultuda hukuka uygunluk görüşü, söz konusu durumda bu fiilin meşruiyetine dair özel düzenleme getirilmesini önerir.³⁶¹

Öte yandan, eğer fıkra bir mazeret nedeni olarak kabul edilirse, aslan saldırısından kaçarken bir eve girerek konut dokunulmazlığını ihlal eden failin özünde hukuka aykırı hareket ettiğini kabul etmek ve bu doğrultuda örneğin ev sahibinin failin yüzüne kapıyı kapatarak ya da onu evden kovarak ölüme terketmesini meşru savunma çerçevesinde hukuka uygun addetmek gerekecektir.³⁶² Fıkra bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilirse bu kez de, meşhur *Mignonette* gemisi örneğinde ölmek için miço-yu yiyen gemicilere karşı miçonun direnmesi hukuka aykırı olacak ve canını kurtarmak için yaptığı yaralama ve öldürmeden ceza alacaktır.³⁶³ Dolayısıyla ilk bakışta adaletli bir tutum belirlemek için fıkranın her iki nedeni de bünyesinde tuttuğu iddia edilebilir.

Eğer hükmün hem hukuka uygunluk hem de mazeret nedeni olan zorunluluk halini beraber içerdği iddia olunacak olursa, bu kez de, kanun koyucunun hangisinin ne zaman tercih edileceğine dair bir belirleme yapmamış, örneğin hukuka uygunluk nedeni bakımından korunan değerın aşıkâr derecede üstünlüğünü aramamış olduğundan hangi zorunluluk halinin olayda uygulanacağı belirsiz ve sorunlu kalmış olur.³⁶⁴

Hukuka uygunluk görüşü bir kaç yönden eleştiriye açıktır:

³⁶¹ Demirbaş, **GH**, s. 336; Kan, **a.g.e.**, s. 175, ayrıca s. 259 vd. yapılan açıklamalar; Zeki Hafızoğulları, “Türk Ceza Hukuku Sisteminde Zaruret Hali ve Üçüncü Kişiyi Kurtarma”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 28, S. 1, Mayıs 1971, s. 121 vd.; Dönmezer, Erman, **II**, s. 344, 362’de böyle bir öneriden söz etmese de, söz konusu üçüncü kişinin kendini savunmasını da yine hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk hali kapsamında görmek gerektiğini, ancak ilk saldırı haksız olmadığından meşru savunma addedilemeyeceğini ifade ederler.

³⁶² Jan C. Joerden, “Ceza Hukukunun Sınırı Olarak Zorda Kalış Hali (Türk Hukukuna İlişkin Karşılaştırmalı Hukuk Görüşleriyle)”, Çev. Yener Ünver, **Hukuk Köprüsü**, No.2, Sayı:2, 2012, s. 136.

³⁶³ Joerden, **a.g.m.**, s. 136.

³⁶⁴ Joerden, **a.g.m.**, s. 137-8.

Üçüncü kişi lehine de zorunluluk halinin gündeme gelebilmesini, bu halin hukuka uygunluk nedeni olduğuna gerekçe saymak yerinde olmamıştır.³⁶⁵ Her ne kadar Alman düzenlemesinde (AlmCK md. 35) mazeret nedeni olan zorunluluk halinin uygulama alanı sadece kişinin kendisi ve yakınları ile sınırlanmışsa da, bu sınırlamanın olmayışı söz konusu halin mazeret nedeni olmayacağı ve ancak hukuka uygunluk nedenine vücut vereceğini iddia etmek için yeterli değildir.

Hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali (AlmCK md. 34) için ayrıca korunan değerın zarar gören değerden daha üstün olması gerekir. Oysa TCK hükmü yalnızca orantılılık şartını aramış, böyle bir üstün menfaat testi getirmemiştir. *Kanımızca* yalnızca değerler dengesinde böyle bir mutlak üstünlüğün aranmaması dahi hükmün hukuka uygunluk nedeni olamayacağını ispata yetmelidir.

Öte yandan, Alman hukukunda mazeret nedeni olan zorunluluk hali üçüncü kişilere yönelen tehlikeleri kapsamasa da, bu halde kanun üstü zorunluluk halinden bahsedilir ve tartışmalı da olsa buradada AlmCK md. 35'in kıyas yoluyla uygulanması kabul edilir.³⁶⁶ Tanımadığı kişiler arasından birini öldürmek suretiyle birinin hayatını kurtaran failin de zorunluluk halindeki gibi akut bir motivasyon baskısı altında olduğu, norma uygun hareketin ondan da beklenemeyeceği ve yasada yer almasa da kıyas yoluyla bu faillerin de mazur görülmesi gerektiği ifade edilmiştir.³⁶⁷

Türk hukuku bakımından TCK md. 25/2, söz konusu yasaüstü zorunluluk halini dahi kapsamaktadır. Zira uygulanması için ne bir (tehlikenin yöneldiği) hak sınırlamasına gidilmiş, ne de tehlike altındaki kişi ile fail arasında yakınlık derecesi belirlenmiştir. Dolayısıyla Alman hukukunda kanunda düzenlenmeyen ve tartışmalı şekilde mazeret nedeni olan zorunluluk hükmünün kıyasen uygulanması önerilen çerçeve, halihazırda TCK maddesine içkindir. TCK'nın Alman kanunundan çok

³⁶⁵ Bkz. Kan, **a.g.e.**, s. 123. Failin psikolojisine değil, failinin objektif hukuk ile çelişmemesine dayandığı için hukuka uygun olduğu yönünde bkz., Önder, **GH**, s. 209.

³⁶⁶ Alexander Bechtel, "Der übergesetzliche entschuldigende Notstand Vernachlässigte Größe im System des strafrechtlichen Schuldausschlusses", **JuS**, 2021, s. 407; Kühl, **a.g.e.**, §12, kn. 97 vd.; Jäger, **a.g.e.**, §5, kn. 204.

³⁶⁷ Bechtel, **a.g.m.**, s. 405-6

daha geniş düzenlediği zorunluluk haline hukuka uygunluk nedeni nitelemesi yapılacak olursa, kendilerini çeken ipin iki dağcıyı kesin olarak taşımayacağı anlaşıldığında ipi keserek birinin ölmesine sebep olup diğerini kurtaran kişinin hukuka uygun davrandığını iddia etmek gerekecektir.

Son olarak karşılaştırmalı hukukta hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali için muhafaza edilen değer tehlikeye atılandan çok daha üstün olması gerektiğine dair şart, şaşırtıcı şekilde hukukumuzdaki hukuka uygunluk görüşü yazarlarınca benimsenmemiş, hatta açıkça değerlerin eşitliği veya değerler ve araçlar arasında sağlanacak genel bir orantının yeterli olacağı ifade edilmiştir.³⁶⁸

Her ne kadar düzenleme yerine yönelik eleştirilere iştirak etsek de, kanun koyucunun başka anlam çıkarmaya kapalı şekilde CMK hükmünde zorunluluk halinin mazeret nedeni olarak tanınması karşısında *kanaatimiz*, TCK md. 25/2'nin mazeret nedeni olan zorunluluk halini düzenlediği yönündedir.

Ancak bu kabüldeki gerekçeler arasında TBK md. 64/2'de düzenlenen tazminat hükmü yer almamaktadır. Bilakis TBK md. 63/2 açık düzenlemesi karşısında, söz konusu tazminatın hukuka uygun bir zararı hakkaniyet ve fedakarlığın denkleştirilmesi ilkelerine dayanan bir takdiri telafisi olduğu açıktır.³⁶⁹ Zira doktrinde iştirak ettiğimiz görüşlere göre, burada sözü edilen giderim yükümlülüğü, aslında teknik olarak bir tazminat da değildir.³⁷⁰ Nitekim bir

³⁶⁸ Centel/ Zafer/ Çakmut, **GH**, s. 332; Önder, **GH**, s. 206-7; Soyaslan, **GH**, s. 402; Kan, **a.g.e.**, s. 224. *İçel* de feda edilen yararın korunmak istenenden üstün olamayacağını belirterek aynı sonuca varmaktadır, bkz. İçel, **GH**, s. 370.

³⁶⁹ Dönmezer, Erman, **II**, s. 367; İçel, **GH**, s. 363; Akdağ Yüksel, **a.g.e.**, s. 181; Özbek, Doğan, **a.g.m.**, s. 218; Kunter, **a.g.e.**, s. 103 vd.; Kılıç, **a.g.e.**, s. 132 vd.; Kan, **a.g.e.**, s. 176. Denkleştirme yükümlüsünün - ki ceza hukuku bakımından bu kişi fail olacaktır - ödediği bedel için tehlikeden kurtardığı kişiye vekaletsiz iş görme hükümleri (TBK md. 529) uyarınca ödediği bedeli rücu etme imkanı olacaktır, bkz., Kemal Oğuzman, Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt: II, 12. Baskı, İstanbul, Vedat, 2016, para. 575. Ancak bunun tam aksine olarak, rücu zahmetinin ve müdahaleden yararlanan (tehlikeden korunan) kişinin ödeme güçsüzlüğüne dair riskin müdahale edene yükletilmesinin adil olmayacağı ve hukuk devletinde zorda kalana yardım etmenin teşvik edilmesi gerektiğinden bahisle, fedakarlığın denkleştirme yükümlüsünün doğrudan müdahaleden yararlanan olması gerektiği yönünde fikir de ileri sürülmüştür. Bkz. Önok, Önay, **a.g.m.**, s. 871.

³⁷⁰ İlhan Ulsan, **Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı**, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Yayınevi, 2012, s. 351; Haluk N. Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2017, para. 109.5

tehlikenin önlenmek suretiyle üstün bir değerin korunarak, düşük değerin feda edilmesinde, zarara uğrayanın buna tek başına katlanmasının adil olmayacağı gerekçesiyle getirilmiştir.³⁷¹ Kaldı ki, söz konusu denkleştirmeye hükmetme veya oranını tayin etmenin de hakime bırakılmış olması ve zararın tamamını karşılamaya yönelmemesi de, karşılaştırmalı hukukta da farklı kavramlaştığı üzere, giderimin bir tazminat olmadığını göstermektedir.³⁷²

Fedakarlığın denkleştirilmesi prensibini CMK açısından örneklemek gerekirse, koruma tedbirleri kanundaki şartlarla uygulandıkları takdirde birer hukuka uygunluk nedeni teşkil ederler.³⁷³ Ceza yargılaması sonucunun beraat olması ilgili tedbiri yapıldığı an itibariyle hukuka aykırı hale getirmez.³⁷⁴ Zira ceza muhakemesi tedbirlerinde özde değil, görünüşte haklılık ilkesi geçerlidir.³⁷⁵ CMK 141/1-e bendine bakıldığında kanuna uygun da yerine getirilse, yakalanan ve tutuklanan kimseler hakkında kovuşturmayaya yer olmadığı kararı veya beraat hükmü verilmesi hallerinde bu kimselerin de tazminat talep etme haklarının olduğu görülmektedir. Oysa bu tazminat *kanımızca* olası bir hukuka aykırılığın giderilmesi için değil, hukuka uygun bir eylemden zarar gören masum kişiye hak görülen fedakarlığın denkleştirilmesine dair bir giderimdir.³⁷⁶

Kanaatimizce TBK md. 64/2 ve Türk Medeni Kanunu³⁷⁷ (TMK) md. 753'de³⁷⁸ yer alan zorunluluk halleri, her ne kadar müşterek kavramla ifade edilse de, TCK md. 25/2'den farklı birer müessesedir. Özel hukukta yer verilen zorunluluk hali, tehlikenin yöneldiği kişi ve hak sınırlaması yapmaksızın, ancak sadece mallara verilen zararlar bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiştir.

³⁷¹ Ulusan, **a.g.e.**, s. 351, Nomer, **a.g.e.**, para. 109.5

³⁷² Bkz. Dönmezer, Erman, **II**, s. 367; Önok, Önay, **a.g.m.**, s. 869.

³⁷³ Ali Kemal Yıldız, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, No.1, 2006, s. 145.

³⁷⁴ Kılıç, **a.g.e.**, s. 188.

³⁷⁵ Hakeri, Hakan, **Genel Hükümler ve Ceza Muhakemesi Kanunu Hükümlerine Göre Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2021, s. 57.

³⁷⁶ Hakeri, **Tazminat**, s. 120-2, 344.

³⁷⁷ Resmi Gazete: Tarih: 8/12/2001, Sayı : 24607

³⁷⁸ TMK md. 753: "Bir kimse kendisini veya başkasını tehdit eden bir zararı veya o anda mevcut bir tehlikeyi ancak başkasının taşınmazına müdahale ile önleyebilecek ve bu zarar ya da tehlike taşınmaza müdahaleden doğacak zarardan önemli ölçüde büyük ise, malik buna katlanmak zorundadır."

Ayrıca medeni hukukta var olan zorunluluk hallerinde korunan değerin feda edilenden önemli ölçüde üstün olması şartı da aranmaktadır.³⁷⁹ Dolayısıyla hukukun birliği ilkesi gereği elbette, ceza hukuku bakımından da ‘açık ve yakın’ bir tehlikeden korunmak için üçüncü kişinin malvarlığına verilen zararlar hukuka uygun kabul edilecektir. Söz konusu hukuka uygunluğun kabul edilmesinin temelinde yarışan iki meşru menfaatten üstün olanın korunması için diğerinin feda edilmesi yatmaktadır.³⁸⁰

Medeni hukuktaki hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali, tehlikeden kaçmak için vücut bütünlüğüne veya kişilik haklarına dayanan zararları kabul etmemiştir. Bu yönde bir ihlalin hukuka uygunluğu, ancak ceza hukukundaki zorunluluk hali düzenlemesinin bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabulü halinde iddia edilebilecektir.³⁸¹ Dolayısıyla, fark göz etmeksizin bütün değerler bakımından üstelik de feda edilen değerin korunana denk olması yettiği halleri de hukuka uygun addetmek, *kanımızca* TBK’daki hukuka uygunluk nedeninin şartlarının yorum yoluyla ve kanun koyucunun iradesi aleyhine genişletilmesi anlamına gelir.³⁸²

Dolayısıyla zorunluluk halinin aynı isimle iki kanunda farklı hukuki müesseseler olarak düzenlendiğini kabul etmek gerektiği *kanaatindeyiz*. Ancak bununla, öğretideki birtakım görüşler gibi TCK md. 25/2’in değerlerin kıyaslanarak denk oldukları halde mazeret, korunan değerin üstün olduğu halde hukuka uygunluk nedeni olarak ikiye ayıran görüşte olmadığımızın altını çizmek gerekir. Sadece korunan değerin daha üstün olması olaydaki zorunluluk halinin hukuka uygunluk

³⁷⁹ Önok, Önay, **a.g.m.**, s. 856. Ayrıca medeni hukuk öğretisinde söz konusu ‘önemli derecede üstün’ olma halinin neredeyse mütabakatla zorunluluk halinin bir şartı olarak kabul edildiği, bazı görüşlerce ise bunun bir ‘ölçülülük’ kıstası olarak ele alındığı belirtilmiştir, bkz. **A.g.e.**, s. 862.

³⁸⁰ Önok, Önay, **a.g.m.**, s. 857. Hukuk düzeninin bu davranışı onaylamasının temelinde, düşük menfaatin üstün menfaat uğruna feda edilmesi yatmaktadır, bkz. **A.g.e.**, s. 863.

³⁸¹ Kan, **a.g.e.**, s. 96. Zira ancak ceza hukukundaki düzenleme bir hukuka uygunluk nedeniyse, bu düzenleme şahıs varlığına yönelen haklar bakımından da zararları kapsamakta ve hukuk düzeninin birliği ilkesi gereği ceza hukukundaki bu neden medeni hukuk alanında da uygulanabilecektir.

³⁸² Her iki kanunda da, aslında farklı mefhumları düzenleseler de ‘zorunluluk hali’ ifadesi tercih edildiği için, bunlardan herhangi birine başka bir isim atamak uygun olmaz. Bunun yerine her tabiri kendi anlamları içerisinde yeri geldikçe ‘hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali’ ve ‘mazeret nedeni olan zorunluluk hali’ şeklinde ifade etmek kanunla en uyumlu tercih olacaktır. Nitekim TBK ve TCK sadece bu değil, daha pek çok tabirde (örn. kusur, ihmal vb.) yeknesaklık sağlayamadığı halde, her hukuk dalında ilgili ifadeler kendilerine atanan anlamlara göre kullanılmaktadır. Bkz., Önok, Önay, **a.g.m.**, s. 852.

nedeni olduğunun kabulü için yetmez. Hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk hali TBK md. 64/2’de (ve TMK md. 753’te) düzenlenmiş olup değer kıyasının dışında bir de zarara uğratılan değerın muhakkak malvarlığına ilişkin olması gereği şeklinde bir şartı daha içerir.

Nitekim TCK md. 147’de de hırsızlık suçuna ilişkin olarak düzenlenen özel zorunluluk hali, yerine göre kusurluluğu azaltan veya kaldıran bir neden şeklinde öngörölmüş olmasına rağmen, çocuğu ölmek üzere olan babanın yiyecek çalmasında hem değer kıyası hem ikinci değerin malvarlığına ilişkin olması yönüyle elbette ortada TBK’da düzenlenmiş bulunan ve hukuka uygunluk nedeni olan bir zorunluluk hali mevcuttur.³⁸³

Kanımızca mesele md. 25/2’nin her iki hali de kapsayabileceği ya da kapsamındaki hallerin ayırt edilmesi değil, bir bütün olarak fıkrayı bir mazeret nedeni addedip, fıkraya eklenecek - özünde güncel hükme dahil olmayan - şartlarla daha özellikli hale gelen durumun artık TBK md. 64/2’ye vücut verdiği ve bu yüzden bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu kabul etmektedir.³⁸⁴

Örneğin, gece vakti gerçekleşen beklenmedik bir patlamada yaralananları acilen tedavi etmek için bölgedeki kapalı eczanenin camını kırıp içerden pansuman malzemesi ve ilaç alan kişinin hareketi hukuka uygundur.³⁸⁵ Bu olay, TCK bakımından zorunluluk haline verilmek için yerinde bir örnek teşkil etmez. Nitekim söz konusu olayda elbette TBK’da düzenlenmiş bulunan ve bir hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali söz konusudur. Zarar verilen değer malvarlığı değeri, buna karşılık karşılaşılan tehlike yaşama ve beden bütünlüğüne yöneliktir. Yani hem değerler arası üstünlük vardır, hem de TBK’nın aradığı şekilde feda edilen değer ‘mal’dır. Bu durumda içeride eczacı çırağı uyuyor olsa ve camı kırana karşı savunma yapmaya kalksa bu savunması ‘meşru’ olmaz. Zira saldırı ‘haksız’ değildir.

³⁸³ TBK’ya yapılan atıf hariç, örnek ve aynı yönde düşünüş için bkz. Joerden, **a.g.m.**, s. 139-40.

³⁸⁴ Nitekim TCK md. 25/2’deki muhakkak tehlike şartı, haksız bir saldırı şartına dönüşecek olursa, benzer şekilde burada da artık hukuka uygunluk nedeni söz konusu olur. Ama bu ancak eklemeli bazı şartlarla mümkün olduğundan, hiç kimse TCK md. 25/2’nin aslında meşru savunmayı da içerdiğini iddia etmez.

³⁸⁵ Kan, **a.g.e.**, s. 175; Aksi yönde bkz., Önok, Önay, **a.g.m.**, s. 875.

Ancak elbette çırak da meşru savunma şartlarını var zannetmekte kaçınılmaz hataya düşmüşse bundan yararlandırılacak ve kusuru kalkmış sayılarak ceza almayacaktır.

1.2.4.3. Cebir ve Tehdit

TCK md. 28, karşı konulamayacak derecedeki cebir ve ağır tehdit altında suç işleyen kimsenin ceza almayacağını düzenlemiştir.³⁸⁶ Öğretide cebir ve şiddet ile korkutma ve tehdit ikililerinin aslında aynı anlama geldiği için ikisine de maddede ayrı ayrı yer verilmesi eleştirilmiştir.³⁸⁷ Biz de bu görüşe katılmaktayız.

Öğretide cebrin tanımı konusunda bir mütabakata varılamamıştır. Bir kısım yazarlara göre burada cebir bireyin alet konumuna indirildiği maddi ve mutlak kuvvet olarak yorumlanmalıdır.³⁸⁸ Oysa *kanımızca* cebrin mutlak kuvvet olması halinde faili sadece kusursuz bularak cezalandırmamak değil, aynı zamanda ortada irade olmadığından bir insan hareketinin varlığını da tümünden reddetmek gerekmektedir. Burada örneğin bir kişinin bağlanarak ya da hapsedilerek görevini yapmasına veya garantörlüğüne engel olunmasında mutlak cebir söz konusu olup, ortada hareket yoktur.³⁸⁹

Maddi cebrin şiddet, manevi cebrin ise tehdit veya korkutma olduğu fikri *kanımızca* da isabetlidir.³⁹⁰ Bu durumda, manevi cebrin dışında ve mutlak olmayan bir de maddi cebir olmalıdır ki, bu hüküm onu kusurluluğu kaldıran hal olarak düzenlemiş olsun. Örneğin kişinin aç bırakılarak bir suç işlenmeye zorlanmasında kişi ölümü bile göze alarak suçu işlemeyebilirse de bu kendisinden beklenemez.³⁹¹ Ağır şekilde yaralı yüksek rütbeli bir askerin yarasına bastırılarak ya da başka fiziksel işkencelerle ağzından devlet sırrı alınarak casusluk suçunu işlemeye

³⁸⁶ TCK md. 28: “*Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır.*”

³⁸⁷ Hakeri, *GH*, s. 396.

³⁸⁸ Hakeri, *GH*, s. 397; İçel, *GH*, s. 487.

³⁸⁹ Recep Gülşen, *Ceza Hukukunda Sorumluluğu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit*, Ankara, Seçkin, 2007, s. 147.

³⁹⁰ Toroslu, Ersoy, *a.g.m.*, s. 12.

³⁹¹ İçel’in korkutma ve tehdit örneği olarak verdiği bu olayda kanımızda maddi cebir örneği söz konusudur. Bkz. İçel, *GH*, s. 488.

zorlanması da buna örnek olarak getirilebilir. Bunun gibi henüz gerçekleşmemiş şiddet tehdidi dışında kalan, etkisi fiziki olarak süren ve kişiden norma uygun hareket etmesinin beklenmesini imkânsıza yaklaştıran durumlar düşünülmelidir.³⁹²

Dolayısıyla *kanımızca* TCK'da düzenlenmiş bulunan cebir, kişiyi alet konumuna indirgeyen ve iradi hareketini ortadan kaldıran mutlak cebir olmadığından, diğer bir söylemle zorlayıcı cebir olduğundan, mücbir sebep, kaza ve tesadüfün kanunda düzenlenmeyip cebrin düzenlenmiş olması eleştirisine³⁹³ katılmak mümkün değildir. *Kanımızca* düzenlenmiş bulunan ve kusurluluğu ortadan kaldıran cebir mutlak (*vis absoluta*) değil, zorlayıcı cebirdir (*vis compulsiva*).³⁹⁴

1.2.4.4. Meşru Savunmada Sınırın Heyecan, Korku veya Telaş Nedeniyle Aşılması

Çalışmanın temel konularından olan hükme ve ilişik değerlendirmelere tekrara düşmemek adına burada değil, yeri geldikçe içerikte değinilecektir. Sistematik açıdan mazeret nedenleri grubu altında yer alan hükme şimdilik işaret etmekle yetinilmiştir.

1.2.5. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Şartlarında Hata

1.2.5.1. Alman Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Şartlarında Hataya Dair İleri Sürülen Teoriler

Her şeyden önce burada, AlmCK'da, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hataya dair açık bir hüküm bulunmadığını, genel olarak fiili ve hukuki

³⁹² Özbek vd., **a.g.e.**, s. 425'te verilen maddi cebir örneğinde ise, kapkaç yapmaya zorlamak için topladığı sokak çocuklarını döven kişinin maddi cebir uyguladığını eve çocukların md. 28'den yararlanmaları gerektiğini ifade etmektedir.

³⁹³ Özen, **GH**, s. 753.

³⁹⁴ Gülşen, **a.g.e.**, s. 150. Aynı şekilde eğer mutlak cebir düzenlenmiş olsaydı ortada insandan sadır bir fiilin olduğundan söz edilemeyeceği yönünde bkz., Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 584. Failin iradesi sürdüğü halde kınanamadığından zorlayıcı cebirde mutlak cebirden farklı olarak failin kusurunun kalktığı şeklinde aynı yönde bkz., Demirbaş, **GH**, s. 483.

hatayı düzenleyen iki madde olduğunu belirtmek gerekmektedir.³⁹⁵ Dolayısıyla, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata (*Erlaubnistatbestandsirrtum*) meselesinin de, kanunda yer alan bu iki hata türünden hangisine gireceğine dair soru etrafında görüşler şekillenmiştir. Önemleri dolayısıyla bu düzenlemelere kısaca değinmek gerekmektedir:

AlmCK md. 16, ‘tipin unsurları üzerinde hata’ başlığını taşır ve suçun kanuni tanımında yer alan unsurları bilmeyerek suç işleyen failin kasten hareket etmiş olamayacağını, taksirin saklı olduğunu, suçun hafifletici nedenlerinin gerçekleştiğini yanılarak zanneden failin de yalnızca bu hafifletici hale yönelik kastından sorumlu olacağını düzenler.³⁹⁶

AlmCK md. 17 ise ‘yasak hatası’ başlığı ile failin kaçınılmaz şekilde işlediği fiilin haksız olduğuna ilişkin düştüğü hatası halinde kusursuz hareket etmiş sayılacağı, hatanın kaçınılabilir olması halinde ise cezasının indirilebileceği ifade edilmektedir.³⁹⁷

Mesele, hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hatanın, haksızlık yanılığı ve tipin unsurlarına dair hata arasında kendine has (*sui generis*) özelliği nedeniyle bunlardan hangisine daha yakın olduğunun belirlenmesiyle alakalıdır.³⁹⁸

³⁹⁵ Ali Tanju Sarıgül, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXIV, Sa. 3, 2020, s. 327.

³⁹⁶ AlmCK md. 16: “Fiili işlediği sırada suçun kanuni tanımına dahil unsurları bilmeyen kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Taksire dayalı cezai sorumluluk saklıdır. Fiili işlerken, normalde daha az cezayı gerektiren suç tipine dahil unsurların gerçekleştiğini hatalı olarak zanneden kimse, yalnızca daha az cezayı gerektiren hüküm açısından kastından cezalandırılabilir.” Orjinal metin için bkz., https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_16.html, E.T.:05.04.2023, 16.02.

³⁹⁷ AlmCK md. 17: “Fail, fiili işlerken haksızlık yaptığının bilincinden yoksunsa, bu hatadan kaçınmadığı takdirde kusursuz hareket etmiştir. Fail, hatadan kaçınabilecek idi ise, ceza md. 49/1’e göre indirilebilir.” Orjinal metin için bkz., https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_17.html, E.T.:05.04.2023, 16.02.

³⁹⁸ Köhl, **a.g.e.**, §13, kn. 70; Thomas Hillenkamp, Kai Cornelius, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarının Hatalı Varsayılması Kastı Ortadan Kaldırır mı?“, Çev. Buket Abanoz Öztürk, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, S. 78, C. 4, 2020, s. 2124.

1.2.5.1.1. Kast Teorileri

Alman hukukunda bugün hemen hiç savunucusu kalmayan kast teorilerine (*Vorsatztheorien*) göre, çok genel olarak haksızlık bilinci de kasta dahil olduğu için tipte veya normda yanılma arasında sonuç itibariyle bir fark yoktur. Tipin unsurlarında yanılma ile haksızlık hatası arasında fark görmediği için de bu teori, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatayı kategorilendirmeye ihtiyaç duymaz. Zira fail yasak hatasında da maddi hatada da kasten hareket etmiyordur ve olsa olsa taksirinden sorumlu tutulabilir.³⁹⁹

1.2.5.1.2. Katı Kusur Teorisi

Katı kusur teorisi (*strenge Schuldtheorie*) ilk kez, final hareket teorisinin de kurucusu olan *Welzel* tarafından ortaya atılmıştır.⁴⁰⁰ Teoriye göre kast, suçun kanuni tanımında yer alan unsurların bilinmesinden ibarettir. Hukuka aykırılık unsuru ve hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartları, suçun sübutunda tipiklik aşamasından sonraki basamakta değerlendirilirler. Dolayısı ile hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında yanılan fail de, tipe dair unsurlarda bir yanılma içerisinde olmadığı için kasten hareket etmektedir.⁴⁰¹

Bu yaklaşım temel olarak hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartları ile hukuka uygunluk nedeninin genel olarak mevcudiyeti üzerinde yanılma arasında bir fark görmez ve her ikisini de haksızlık yanılması çerçevesinde ele alır.⁴⁰² Teori bu durumlarda kastın değil, yalnızca kusurun kalktığını kabul ettiğinden, kaçınılmazdır

³⁹⁹ Bkz. Hillenkamp, Cornelius, **a.g.m.**, s. 2121; Ragıp Barış Erman, “Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul, 2006, s. 323. Değiştirilmiş kast teorisi ile bugün bu görüşü hâlâ sürdüren bkz. Harro Otto, “Grenzen strafloser Überschreitung der Notwehr, §33 StGB”, **JURA**, 1987, s. 590 vd.

⁴⁰⁰ Hans Welzel, **Das deutsche Strafrecht**, 11. Auflage, Berlin, DeGruyter, 1969, s. 164 vd.

⁴⁰¹ Welzel, **a.g.e.**, s. 168-9; Armin Kaufmann, “Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung”, **JZ**, 1955, s. 37; Bockelmann, **a.g.e.**, s. 123; Schmidhäuser, **a.g.e.**, §7, kn.103 vd. Ayrıca: Maurach, Zipf, **a.g.e.**, §25, kn. 36. Yazarlar ortada gerçek bir hukuka uygunluk nedeni olmadığı sürece hiç bir zaman varmış gibi uygulama yapılamayacağını vurgulamaktadırlar.

⁴⁰² Kılıç, **a.g.e.**, s. 200; Bockelmann, **a.g.e.**, s. 123.

hata halinde failin kasten işlenmiş suçtan cezalandırılması gerekecektir.⁴⁰³ Elbette bu halde kaçınılabilirlik, AlmCK md. 17'nin yaptığı atıf gereği AlmCK md. 49'a göre değerlendirilerek failin kasten işlenmiş suçun cezasını indirimli olarak almasını sağlayacaktır.⁴⁰⁴

Böylece aslında fail, örneğin herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin oluştuğunu zannetmeden doğrudan suç işleyen kişiye göre daha az kusurlu, ancak suç işlediğinin farkında olmayan kişiye göre de daha kusurlu olduğundan bu cezalandırma adil olacaktır.⁴⁰⁵ Suç ve ceza politikası açısından teorinin avantajı ise, taksirli işlenemeyen suçları da cezalandırabilmesidir.⁴⁰⁶ Böylece kastı kalkmış sayan teorilerin sebep olduğu cezalandırma boşlukları burada doğmayacaktır.

Bu teoriye yöneltile eleştiriler genellikle dogmatik tutarsızlık üzerine değil, ceza adaleti bakımından doğurduğu sonuçlara yönelik olmuştur.⁴⁰⁷ Olayda hukuka uygunluk nedeninin gerçekleştiğini zanneden failin aslında hukuka sadık davrandığı,⁴⁰⁸ fiilinin normlar karşısındaki durumunu değerlendirmede değil, olay akışında hataya düştüğü⁴⁰⁹ yapılan pek çok eleştirinin başında gelmektedir.

1.2.5.1.3. Suçun Negatif Unsurları Teorisi

Suçun negatif unsurları teorisine (*Lehre von negativen Tatbestandsmerkmalen*) göre tipiklik, değerlerden arınmış olmayıp, hukuka aykırılığı da içerir. Bir diğer söylemle suç tipleri, olayda herhangi bir hukuka uygunluk nedenlerinin şartlarını da olumsuz unsurlar olarak bünyesinde barındırır. Teori hukuka uygunluk nedenlerinin

⁴⁰³ Karaaslan, "Hata", s. 1690; Bockelmann, **a.g.e.**, s. 122.

⁴⁰⁴ Justus Krümpelmann, "Stufen der Schuld beim Verbotsirrtum", **GA**, 1968, s. 139; Bockelmann, **a.g.e.**, s. 122.

⁴⁰⁵ Werner Niese, **Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit**, Tübingen, Mohr Siebeck, 1951, s. 37.

⁴⁰⁶ Rengier, **a.g.e.**, §30, kn. 12-13.

⁴⁰⁷ Krümpelmann, **a.g.m.**, s. 129.

⁴⁰⁸ BGH 06.06.1952 - 1 StR 708/51 (BGHSt 3, 105, 107).

⁴⁰⁹ Gropp, Sinn, **a.g.e.**, §13, kn. 206; Kühl, **a.g.e.**, §13, kn. 75; Schmidt, **a.g.e.**, kn. 540; Roxin, **a.g.e.**, §14, kn. 65-6; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §14, kn. 754; Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, **a.g.e.**, §14, kn. 75-6.

olayda mevcut olmamasını da âdeta suçun bir unsuru olarak değerlendirir.⁴¹⁰ Böylece hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata unsur hatası ile aynı anlama gelerek kastın kalkması sonucunu doğurur.⁴¹¹ Dolayısıyla bu teoride, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında yanılma halinde - kıyasen değil - doğrudan AlmCK md.16 uygulanmalıdır.⁴¹²

Öğretinin *Adolf Merkel* tarafından ortaya atıldığı (1889) ve *Hans-Joachim Hirsch* (1960) tarafından geliştirildiği bilinmektedir.⁴¹³ Eski görüşlerinde *Roxin*'in de bu çizgiyi izlediği görülmektedir.⁴¹⁴ Ancak günümüzde bu teoriye de itibar edilmemektedir.⁴¹⁵

Teoriye yöneltlen en temel eleştiri, hukuka aykırılığı tipe katarak haksızlığı bir basamağa indirgemesidir. Bir diğer ifadeyle, cezaya layık haksızlığın kanuni düzenleme ile gösterildiği tipiklik unsuru ile, istisnai olarak meydana gelerek kanundaki forma uyan fiile izin verilmesini sağlayan hukuka uygunluk nedenleri arasındaki önemli ayrımı silikleştirdiği için eleştirilmiştir.⁴¹⁶

⁴¹⁰ Bernd Schünemann, “Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars – 1. Teil: Tatbestands- und Unrechtslehre”, *GA*, 1985, s. 347; Gustav Radbruch, “Zur Systematik der Verbrechenslehre”, **Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag**, Ed. August Hegler, Tübingen, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1930, s. 164-165; Adolf Merkel, **Lehrbuch des deutschen Strafrechts**, Stuttgart, Verlag Ferdinand Enke, 1889, s. 34-35.

⁴¹¹ Kılıç, **a.g.e.**, s. 199; Schünemann, **a.g.m.**, s. 347; Arthur Baumgarten, **Der Aufbau der Verbrechenslehre**, Thübingen, Mohr, 1913, s. 183.

⁴¹² Ellen Schlüchter, **Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht**, Thübingen, Mohr & Siebeck, 1983, s. 171; Claus Roxin, “Die Behandlung des Irrtums im Entwurf 1962”, **ZStW**, Heft: 76, 1964, s. 599.

⁴¹³ Herald Langels, **Strafrecht AT 1, Allgemeine Lehren der Straftat**, 6. Auflage, Bonn, Abels&Langels, 2017, s. 96.

⁴¹⁴ Claus Roxin, “Die Behandlung”, s. 599.

⁴¹⁵ Klaus Rinck, **Der zweistufige Deliktsaufbau**, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, s. 152-163.

⁴¹⁶ Langels, **AT I**, s. 96. Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, **a.g.e.**, §14, kn. 74; Heinrich, **II**, para. 1135; Kühl, **a.g.e.**, §6, kn. 8, 13, kn. 70-3.

1.2.5.1.4. Sınırlı Kusur Teorileri

i. Saf Sınırlı Kusur Teorisi

Alman hukukunda baskın olarak kabul gören öğreti, saf veya klasik sınırlı kusur teorisidir (*reine eingeschränkte Schuldtheorie*⁴¹⁷). Kimi eserlerde 'Kasta Dayanan Haksızlığı Reddeden Sınırlı Kusur Teorisi' (*vorsatzunrechtverneinende eingeschränkte Schuldtheorie*⁴¹⁸) olarak da geçen teori, temelde katı kusur teorisine tepki ve suçun olumsuz unsurları teorisine bir nevi alternatif olarak geliştirilmiştir.⁴¹⁹ Her ne kadar hukuka uygunluk nedenleri tipikliğe dahil olmasalar da, kast, bir suça ilişkin objektif unsurların tümünü kapsamalıdır.⁴²⁰

Burada dikkat edilmelidir ki, Alman hukukunda hata kurumuna yer veren, ilki kastı kaldıran ve tipikliğin unsurlarına ilişkin fiili hatayı ve ikincisi haksızlık bilincinin eksikliğini ifade eden ve normalara dair değerlendirme yanılığını düzenleyen iki hüküm bulunmaktadır. İşte sınırlı kusur teorisi de, hukuka uygunluk nedenlerinde yanılan failin hukuki değil, fiili alanda bir yanılma içerisinde olduğunu, haksızlığı doğuran tipikliğin unsurlarında yanılan failin hatası nasıl maddi ise, haksızlığı ortadan kaldıran bu nedenlerin şartlarında yanılan failin de hatasının maddi görülmesi gerektiğini ifade eder.⁴²¹ Nitekim fail, ne suçu ne de hukuka uygunluk nedenini düzenleyen normalara dair bir hata içerisinde.

Teorinin savunucuları, failin tipe dair kastı sürse de, failin haksızlık kastının (*Unrechtsvorsatz/ Vorsatzunrecht*) bulunmadığını, ya da bir diğer söylemle kasttan doğan haksızlığın ortadan kalktığını, bu yüzden artık failin kastlı suçtan

⁴¹⁷ Schwabe, **a.g.e.**, s. 279

⁴¹⁸ Rengier, **a.g.e.**, §30, kn. 17.

⁴¹⁹ Erman, **a.g.e.**, s. 339; Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, **a.g.e.**, §14, kn 76; Frister, **a.g.e.**, §14, kn. 31-2.

⁴²⁰ Kılıç, **a.g.e.**, s. 202; Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, **a.g.e.**, §14, kn 77-8; Frister, **a.g.e.**, §14, kn. 30; Roxin, **a.g.e.**, §14, kn. 70.

⁴²¹ Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, **a.g.e.**, §14, kn . 64 vd., §15, kn. 68 vd.; Klaus Geppert, "Notwehr und Irrtum - Putativnotwehr, intensiver und extensiver Notwehrexzess, Putativnotwehrexzess", **JURA**, Heft: 1, 2007, s. 35 ; Kühl, **a.g.e.**, §13, kn. 71; Jäger, **a.g.e.**, kn. 295; Kindhäuser, Zimmermann, **a.g.e.**, §29, kn. 26 vd.

cezalandırılmayacağını ileri sürerler.⁴²² *Roxin* de, ancak hukuk düzeninin yasakladığı davranışa karar veren failin kastından sorumlu tutulabileceğini ifade ederek bu grupta yer almaktadır.⁴²³ Failin aslında hukuka sadık bir birey olarak davranması, kasten sorumluluktan vazgeçmeyi caiz kılmaktadır.⁴²⁴

Öte yandan bu teoriyi benimseyen çoğunluk Alman öğreti görüşüne göre, failin hatasının kaçınılmaz olduğu hallerde, karşı tarafın meşru savunma hakkından da söz edilemez.⁴²⁵ Zira haksızlık kastının kalktığı iddiası, hareket haksızlığının tamamen ortadan kalkmasını sonuçlar. Böylece kaçınılmaz olarak yanılan failin karşısındaki kişi, bu hareketi ‘haksız saldırı’ addedip meşru savunmaya geçemeyecektir.⁴²⁶

Öğretide hakim olan bu görüş, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında yanılan faile, kıyas yolu ile tipte fiili yanılmayı düzenleyen AlmCK md. 16’nın uygulanmasını önerir.⁴²⁷ AFYM de, yıllardır içtihadını bu yönde sürdürmektedir.⁴²⁸

Eleştirilerin başında aslında sınırlı kusur teorisinin de tipin olumsuz unsurları teorisi ile aynı sonuçları savunduğunu, ama bunu yaparken sağlam hiç bir dogmatik temele dayanmadığını ve sadece bir uzlaşma bulmak için gerekçeyle sonucun

⁴²² *Heinrich*, haksızlık kastı kelimesi yerine hukuka aykırılık kastı (*Vorsatz hinsichtlich der Rechtswidrigkeit*) tabirini kullanmaktadır, bkz. *Heinrich*, I, para. 1133; Ayrıca bkz., *Kangal*, **a.g.e.**, s. 361.; *Roxin*, **a.g.e.**, §14, kn. 70; *Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele*, **a.g.e.**, §14, kn. 78; *Frister*, **a.g.e.**, §14, kn. 33. Bu hallerde failin kaçınılabilir hatasında yarattığı haksızlık kast haksızlığına boyut verecek kadar yüksek değildir, olsa olsa taksir kadar haksızlık oluşmuştur, bkz., *Kühl*, **a.g.e.**, §13, kn. 72;

⁴²³ *Roxin*, **a.g.e.**, §14. kn. 64. Aynı yönde bkz., *Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele*, **a.g.e.**, §14, kn. 77; *Kühl*, **a.g.e.**, §13, kn. 72 *Kindhäuser, Zimmermann*, **a.g.e.**, §29, kn. 19, 26.

⁴²⁴ *Kudlich*, “An den Grenzen”, s. 588; *Roxin*, **a.g.e.**, §14, kn. 64; *Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele*, **a.g.e.**, §14, kn. 77; *Frister*, **a.g.e.**, §14, kn. 30-33; *Kühl*, **a.g.e.**, §13, kn. 72.

⁴²⁵ *Wolfgang Mitsch*, “Vorläufige Festnahme und Notwehr”, **JA**, 2016, s. 165.

⁴²⁶ *Eric Simon*, “Einschränkung des Notwehrrechts bei unvermeidbar irrendem Angreifer - BSGE 84, 54”, **JuS**, 2001, s. 692. Söz konusu hatalı savunmaların haksızlık teşkil etmediğine dair, *Frister*, **a.g.e.**, §14, kn. 33.

⁴²⁷ *Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele*, **a.g.e.**, §14, kn. 77; *Frister*, **a.g.e.**, §14, kn. 30; *Kühl*, **a.g.e.**, §13, kn. 73; *Roxin*, **a.g.e.**, §14, kn. 55; *Kindhäuser, Zimmermann*, **a.g.e.**, §29, kn. 19, 26.

⁴²⁸ BGH 18.03.1952 - GSSt. 2/51 (NJW 1952, 593); BGH 10.02.2000 - 4 StR 558/99 (BSt 45, 378, 384); BGH 11.12.2003 - 3 StR 120/03 (BGHSt 49, 34, 44); BGH 25. 03. 1988 - 2 StR 93/88 (NJW 1988, 2310); BGH 29.12.1987 - 1 StR 642/87 (NStZ 1988, 269); BGH 10.02.2000 - 4 StR 558/99 (StV, 1999, 143, 145); BGH 24.10.2001 - 3 StR 272/01 (NStZ, 2002, 141); BGH 01.03.2011 - 3 StR 450/10 (NStZ 2011, 630); BGH 21.08.2013 - 1 StR 449/13 (NStZ, 2014, 30)

uymadığı ve giderilmesi imkânsız çelişkilerle bezeli bir öğreti sunduğu savı gelir.⁴²⁹ Bir diğer önemli eleştiri ise, teorinin asıl dayanağını oluşturan ve tipiklik kastından ayrı olarak varlığı iddia olunan 'haksızlık kastı'nın hiç bir kanuni dayanak olmaksızın geliştirilmiş olmasıdır.⁴³⁰ Ayrıca kastın sübjektif öğeler eklenerek tipiklik dışında anlamlara ve kapsamlara büründürmeye çalışıldıkça, normatiflikten uzaklaşıp psikolojik bir kast teorisine dönülme tehlikesinin olduğu da belirtilmektedir.⁴³¹

Son olarak teoriye karşı, failin kastının söz konusu hata yüzünden kalktığı var sayılırsa, taksirle işlenemeyen; yalnızca kasten işlenmesi mümkün suçlar ve de iştirak hükümleri bakımından cezalandırma boşluklarının doğacağı endişesi dile getirilmektedir.⁴³² Ancak Roxin, buna iki şekilde cevap vermektedir. İlk olarak ceza hukukunda yaptırıma tabi olmasa bile bu tarz fiillerin özel hukukça zaten - örneğin tazminat - giderim gerektirmesidir. Niekim mala zarar verme taksirle işlenemese de mağdurun zararı tazmin edilir. İkinci olarak ise kanun koyucu zaten bu suçların taksirle işlenmesini cezaya layık görmemiştir. Tipik olarak düzenlememiştir. Hukuka uygunluk nedenlerinde hata da (tipte yanılma gibi olduğundan) farklı bir değerlendirme gerektirmemektedir.⁴³³

ii. Hukuki Sonuçları İtibariyle Sınırlı Kusur Teorisi

Hukuki sonuçları itibariyle sınırlı kusur teorisi (*rechtsfolgenderweisende eingeschränkte Schuldtheorie*), ki kimi kaynaklarda 'Kasta Dayalı Kusuru Reddeden Sınırlı Kusur Teorisi' (*vorsatzschuldverneinende eingeschränkte Schuldtheorie*⁴³⁴) olarak da geçer, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata halinde kastın ortadan kalktığını reddettiği için dogmatik yönden katı kusur teorisine yaklaşmakla

⁴²⁹ Rinck, **a.g.e.**, s. 152 vd.; Schünemann, **a.g.m.**, s. 351.

⁴³⁰ Michael Heuchemer, **Der Erlaubnistatbestandsirrtum**, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, s. 184-5.

⁴³¹ Heuchemer, **a.g.e.**, s. 168.

⁴³² Kılıç, **a.g.e.**, s. 201. Heinrich, **II**, para. 1139; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §14, kn. 749.

⁴³³ Roxin, **a.g.e.**, §14, kn. 74-7; Kılıç, **a.g.e.**, s. 201.

⁴³⁴ Rengier, **a.g.e.**, §30, kn. 19.

beraber, hatanın kaçınılmaz olması halinde failin kastlı değil taksirli suçtan sorumlu tutulmasını savunduğu için sonuçları itibariyle sınırlı kusur teorisine benzer.⁴³⁵

Teorinin çıkış noktası, kastın çifte fonksiyonu (*Doppelfunktion* / *Doppelstellung des Vorsatzes*) öğretisi olmuştur.⁴³⁶ Buna göre kastın bir haksızlığın bir de kusurun içinde olmak üzere iki işlevi bulunmaktadır.⁴³⁷ İşte hukuka uygunluk nedenlerinde yanılan fail, suçun objektif unsurlarını hâlâ tanımakta olduğundan haksızlığın unsuru olan kastı değil, kasta dayalı kusur ya da kusurun unsuru olan kast kalkar.⁴³⁸

Burada fail tipi tanıdığı ve tipe dair kastla hareket ettiği için tipikliğin uyarı işlevi (*Appelfunktion*) gerçekleşmiştir.⁴³⁹ Ayrıca teori, bu yönüyle kast haksızlığının kalkmadığını kabul etse de failin, herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin var olmadığını bilerek kasten suç işleyen failden daha az kusurlu olduğunu ve hareketinin de daha az haksız olduğunu kabul ederek cezalandırma bakımından md. 16'nın kıyasen uygulanmasını savunur.⁴⁴⁰

Öğretide *Maurach* ve *Zipf*, bu hata haline uygulanabilecek yalnız iki hüküm olduğunu, bunlardan birinin norm düzeyinde haksızlık hatası olmasından sebep geriye kalan en makul şıkkın, failin hatasının fiili olmasına da dayanarak, tipte yanılma hükmünün kıyas yoluyla uygulanması olduğunu ifade etmektedir.⁴⁴¹

Teorinin saf sınırlı kusur teorisinden farklı olarak ulaştığı sonuçlar ise, teşebbüs ve iştirak bakımındandır. Kast kalkmadığından fiilin tamamlanmaması halinde teşebbüs hükümlerine başvurulabilecektir.⁴⁴² Bağlılık kuralının temeli olan,

⁴³⁵ Rinck, **a.g.e.**, s. 91; Heuchemer, **a.g.e.**, s. 183.

⁴³⁶ Wilhelm Gallas, "Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs", **Festschrift für Paul Bockelmann**, Ed. Arthur Kaufmann v.d., München, C.H. Beck, 1979, s. 170.

⁴³⁷ Frister, **a.g.e.**, §14, kn. 34.

⁴³⁸ Rengier, **a.g.e.**, §30, kn. 19; Gallas, **a.g.m.**, s. 170; Frister, **a.g.e.**, §14, kn. 34; Heinrich, **I**, para. 559; Heinrich, **II**, para. 1133; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §14, kn. 759.

⁴³⁹ Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 465.

⁴⁴⁰ Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 464.

⁴⁴¹ Maurach, Zipf, **a.g.e.**, §37, kn. 43.

⁴⁴² Eduard Dreher, "Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe", **Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag**, Ed. Hans Lüttger, Berlin, De Gruyter, 1972, s. 222.

kastlı ve hukuka aykırı asli hareket gerçekleşmiş olacağından failin fiiline iştirak mümkün hale gelir.⁴⁴³ Son bir fark olarak kast değil, kasta dayalı kusurun kalktığı kabul edildiğinden, yanılan failin fiilinin hukuka aykırılığı devam eder.⁴⁴⁴

Bu görüş kimi zaman yapay ve kurgusal bulunmaktadır.⁴⁴⁵ Sadece bir sorunun çözülmesi için getirilmiş, dogmatik bütünlükten yoksun ve amaca özel ve geçici (*ad hoc*) bir teori olduğu da ileri sürülmüştür.⁴⁴⁶ Keza kaçınılabılır hata halinde bir yandan taksirli suçun cezasının verilmesi önerilirken bir yandan teşebbüs ve iştirak hükümlerine müsaade edilmesi de çelişkili görülmektedir.⁴⁴⁷ Kaldı ki zaten çoğu halde yanılmadan suça katılan diğer failler yanılan faili kullanan dolaylı failler olacaktır ve cezasız kalmayacaklardır.⁴⁴⁸

Yine, kastın haksızlık ve kusur içinde olarak fonksiyonlara ayrılması ve kast haksızlığı var olup kast kusuru olmaksızın hareket edilen failin ‘kast’ ve ‘taksir’ dışında farklı ve dayanaksız bir manevi unsurla hareket ettiğini kabul etmenin mevzu hukukla çeliştiği de belirtilmiştir.⁴⁴⁹

Bir diğer çelişki ise, failin fiilinin haksızlığı sürdüğünden, buna karşı haklı savunma yapılması mümkün olacaktır. Oysa aynı fail, bir hukuka uygunluk nedeninin varlığında değil, tipte yanılıysa, kastı ve dolayısıyla fiilinin haksızlığı ortadan kalkacağından ona karşı meşru savunma söz konusu olamayacaktı. İşte bu iki fail ve mağdurlar arasında böyle bir ayrım yapılmış olması da bu teorinin adaletsiz sonuçları arasında gösterilmektedir.⁴⁵⁰

⁴⁴³ Kjell Gasa, “Die Behandlung des Irrtums über rechtfertigende Umstände im Gutachten - Typische Fehler”, **JuS**, 2005, s. 891; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §14, kn. 759 - 61.

⁴⁴⁴ Mitsch, “Vorläufige Festnahme”, s. 165. Öğretide teorik olarak güçlü bulunmasa da getirdiği pratik avantajlar nedeniyle görüşün kabul edildiği de vakidir, bkz. Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, **a.g.e.**, §14, kn. 79.

⁴⁴⁵ Heinrich, **II**, §31, kn. 1134.

⁴⁴⁶ Rinck, **a.g.e.**, s. 98-9.

⁴⁴⁷ Eberhard Schmidhäuser, “Der Verbotsirrtum und das Strafgesetz (§ 16 I Satz 1 und § 17 StGB)”, **JZ**, 1979, s. 366.

⁴⁴⁸ Schünemann, **a.g.m.**, s. 349; Ulrich Schroth, “Die Annahme und das ‘Für-Möglich- Halten’ von Umständen, die einen aner- kannten Rechtfertigungsgrund begründen”, **Strafgerichtigkeit – Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag**, Ed. Fritjof Haft v.d., Heidelberg, C.F. Müller, 1993, s. 600.

⁴⁴⁹ Schroth, **a.g.m.**, s. 602.

⁴⁵⁰ Rinck, **a.g.e.**, s. 103 -4.

1.2.5.1.5. Karma ve Bağımsız Teoriler

Çalışma konu ve kapsamını aştığından burada detayına girilmeyecek pek çok fikir de ileri sürülmüştür. Bunlarda genel olarak yanılan failin tipiklik kastının kalkmadığının kabul edildiğini, ancak eldeki yasal düzenlemelerin konuyu çözmekten uzak ve yetersiz olduğunun ifade edildiğini gözlemekteyiz.⁴⁵¹ Madem hukuka uygunluk nedenleri ayrı bir dogmatığı olan kategoridir, o takdirde onlarda yanılma da tipte ve normda yanılmadan ayrı değerlendirilmelidir.⁴⁵² Zira kastın olduğu yerde meseleyi taksirle işlenmiş gibi çözmek hem dogmatik açıdan yanlış olacak, hem de cezalandırma boşlukları doğacaktır.

Ancak kaçınılabilir hata halinde (AlmCK md. 17 yollaması ile) takdiri indirim yapılabilen AlmCK md. 49'da yer alan suçun yasada yazan cezasının altına inebilme hem miktar olarak yeterli değildir – keza söz konusu ceza kastlı suçun cezası olacaktır – hem de bu indirim takdiri değil zorunlu olmalıdır.⁴⁵³ Bu indirimi daha aşağı çekmenin de yolları aranmalı ve hatta sadece indirim değil, verilebilecek cezanın üst sınırı da yasada yazan cezanın üst sınırı olmamalı, o da aşağı çekilmelidir.⁴⁵⁴

1.2.5.2. TCK Çerçevesinde Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Şartlarında Hata

TCK'nın hata kurumunu 30. madde düzenlemektedir. İlk fıkra suçun maddi unsurlarını bilmeyerek suç işlenmesi halinde failin kasten hareket etmiş sayılamayacağını ancak taksirin saklı olduğunu, ikinci fıkra ise nitelikli hallerde yanılan failin lehine uygulama yapılacağını düzenlemektedir. Dördüncü fıkrada ise fiilinin haksızlık oluşturduğu konusunda failin düştüğü hatanın kaçınılmaz olması

⁴⁵¹ Dreher, **a.g.m.**, s. 224 vd.

⁴⁵² Jakobs, **a.g.e.**, §11, kn. 53; Heuchemer, **a.g.e.**, s. 324 vd.

⁴⁵³ Dreher, **a.g.m.**, s. 228; Tüm görüşler ve detayları için genel olarak bkz., Erman, **a.g.e.**, s. 368 vd.

⁴⁵⁴ Jakobs, **a.g.e.**, §11, kn. 54 vd.

halinde ceza almayacağı düzenlenmiştir.⁴⁵⁵ Çalışmayı ilgilendiren ve öğretide tartışmalara sebep olan üçüncü fıkra ise şu şekildedir:

“Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.”

TCK md. 30’un gerekçesinin ilgili kısmında, söz konusu fıkra ‘hukuka uygunluk’ yerine ‘ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan’ şeklinde genel bir ifade konmasının bölüm başlığıyla uyum yakalamak amaçlı olduğu belirlenerek, failin hatasının kaçınılmaz olması halinde bundan yararlanacağı ifade edilmiş ancak yine bu yararlanmanın hukuki niteliği ve dayanağı ortaya konmamıştır. Hatanın kaçınılabilir olması haline ilişkin ise gerekçe açıkça bunun ancak temel cezanın belirlenmesinde göz önüne bulundurulacak bir husus olabileceğini belirlemiştir.⁴⁵⁶

Öğretide de hayli eleştirildiği üzere⁴⁵⁷, TCK md. 30/3, kusurluluğu etkileyen nedenler ve hukuka uygunluk nedenlerini beraber düzenlemektedir. Ayrıca, maddede zikredilen ‘hatasından yararlanır’ ifadesi de, söz konusu hata halinde tam olarak nasıl bir uygulama yapılacağını, failin kastının mı kusurunun mu kalkmış sayılacağını anlaşılmaz kılmaktadır. Diğer yandan bu ifade, hatanın ‘kaçınılabilir’ olduğu haller bakımından daha da belirsiz kalmaktadır. Zira ilk bakışta, kaçınılabilir

⁴⁵⁵ TCK md. 30: “(1) Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.

(2) Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.

(3) Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.

(4) (Ek fıkra: 29/6/2005 – 5377/4 md.) İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.”

⁴⁵⁶ TCK md. 30 gerekçesi: “ (...)“Hükümet Tasarısının 23 üncü maddesinin 3 üncü fıkra veya bendinde düzenlenen ‘hukuka uygunluk nedenlerinde hata’ ile ilgili hüküm, bölüm başlığına paralel olarak değiştirilmiştir. Madde metnindeki ‘hukuka uygunluk nedenleri’ yerine, ‘ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler’ ibaresi konulmuştur. Somut olayda söz konusu nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanabilecektir. Ancak, bunun için hatanın kaçınılmaz olması gerekir.

Hatanın kaçınılabilir olması durumunda ise, kişi işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulacak ve fakat bu hata, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır. (...)”

⁴⁵⁷ Suç teorisindeki gelişmelere ters olduğu ve uygulamada sorunlara yol açacağı yönünde bkz., Güngör, a.g.e., s. 62.

hatadan failin ‘yararlanamayacağı’ izlenimi doğmaktadır. Ancak madde lafzını harfiyen uygulamak da, adil olmayan sonuçlara götürebilecektir.

Öğretide fıkrada geçen ‘kaçınılmaz’ ibaresine bile aynı anlamlar yüklenmemektedir. Kimi yazarlarca hatanın kaçınılmaz olması, esaslı olmasını⁴⁵⁸, kimine göre kusursuz olmasını⁴⁵⁹ ifade ederken, bazılarınca ise gerekli dikkat ve özen gösterilse dahi önlenemeyecek olmasını ifade eder.⁴⁶⁰ Yargıtay da kaçınılmazlık değerlendirmesinde, ‘*kişinin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşulları*’nın da dikkate alınacağını belirtmektedir.⁴⁶¹ Bir kararında ise, ‘sakınılmaz’ ifadesini tercih etmiştir.⁴⁶²

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata konusunda Türk ceza hukukunda ileri sürülen görüşleri, temel aldıkları yaklaşımlar çerçevesinde gruplandırmak mümkündür.

1.2.5.2.1. Kastın Kalktığını İleri Süren Görüşler

Öğretide ağırlıklı çoğunluk görüş, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında yanılmanın kastı kaldırdığını savunmaktadır.

i. Suçun Negatif Unsurları Teorisi

Çoğunluk içerisinde çok küçük bir azınlığı teşkil eden bu grup, Türk ceza hukuku öğretisinde tipin negatif unsurları teorisini benimseyen nadir yazarlardan müteşekkildir. Maddi şartların bu şekilde olumsuz birer ‘tipiklik unsuru’ olarak kabulü, onların kastı da kapsamasını ve dolayısıyla TCK md. 30/1’in doğrudan uygulanmasını sonuçlar.

⁴⁵⁸ Dönmezer, Erman, **II**, s. 258 vd.; Demirbaş, **GH**, s. 301.

⁴⁵⁹ Kunter, **a.g.e.**, s. 152; Toroslu, Ersoy, **a.g.m.**, s. 12; Demirbaş, **GH**, s. 301.

⁴⁶⁰ Güler, **a.g.e.**, s. 96.

⁴⁶¹ YCGK, T. 20.12.2011, E. 2011/5-230, K. 2011/273.

⁴⁶² Y. 1. C.D., T. 19.04.2002, 1480

Güngör, suçun olumsuz unsurları teorisini benimsediğini ve böylelikle, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarını da kast kapsamında gördüğünü belirtmektedir.⁴⁶³ Hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hata da bir fiil üzerinde hatadır ve fiil üzerinde yanılma hallerinde fail, suçu aslında işlemek istememektedir. Dolayısıyla kastlı sorumluluğundan söz edilemez.⁴⁶⁴ Özen de, bu teoriyi desteklediğini ve hukuka uygunluk nedenlerinin şartlarında hatada kaçınılmazlık değil, âdeta unsur gibi esaslılık değerlendirmesi yapılması gerektiğini savunmaktadır.⁴⁶⁵

Bu görüşe göre hatanın kaçınılmaz olması halinde kast kalkarken, kaçınılabılır hata halinde de kastın devam ettiği ileri sürülemez. Zira madem ortada fiili bir hata vardır ve fail sonucu istememiştir, o takdirde ancak taksir gündeme gelebilecektir.⁴⁶⁶ Fail burada suç işleme iradesi ile değil, bilakis, hukuka uygunluk nedenlerinin şartlarının olduğu noktada dikkatsizlikle davranmıştır.⁴⁶⁷

ii. Sınırlı Kusur Teorisi

Öğretide ağırlıklı çoğunluğun, ‘sınırlı kusur teorisini’ benimsediği görülmektedir. Bu görüşte daha ziyade failin hareketinin haksızlığına dair bir yanılma içerisinde olmadığı, failin suçu tanıdığı ancak hukuka uygunluk nedeninin fiilen gerçekleştiğini zannederek hareket ettiği, bu yüzden de meselenin norm hatası değil, fiili hata içerisinde değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmaktadır.⁴⁶⁸ Hasılı mesele, failin yalnızca maddi vakanın akışında yanılıp, hareketinin hukuka uygunluğunun kapsamında bir haksızlık hatasına düşmemesidir.⁴⁶⁹

⁴⁶³ Güngör, **a.g.e.**, s. 67.

⁴⁶⁴ Güngör, **a.g.e.**, s. 68.

⁴⁶⁵ Özen, **GH**, s 742.

⁴⁶⁶ Güngör, **a.g.e.**, s. 70-1.

⁴⁶⁷ Güngör, **a.g.e.**, s. 72.

⁴⁶⁸ Özgenç, **GH**, s. 540; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 648; Ersan Şen, Selvecan Akpınar, “Ceza Hukukunda Hata”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 16, Sayı: 180, 2021, s. 1565; Koca, Üzülmüş, **GH**, s. 301 vd.; Murat Volkan Dülger, Onur Özkan, Merve Bakdur, “Ceza Hukukunda Hata ve Hataya Bağlanan Sonuçlar”, **TAAD**, Yıl:12, Sayı: 45, Ocak 2021, s. 244; Sarıgül, **a.g.m.**, s. 346; Ahi Karakurt, “Türk Ceza Kanunu’nda Hata”, **CHD**, Cilt: 4, Sayı: 10, Ağustos 2009, s. 130-1; Değirmenci, “Yanılma”, s. 176-7.

⁴⁶⁹ Akbulut, **GH**, s. 615; Özgenç, **GH**, s. 540; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 648.

Hukukumuz bakımından TCK md. 30/3'ün varlığı karşısında, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında yanılma durumlarına TCK md. 30/1'i uygulamanın gerekçesi görüşün en önemli yönünü teşkil etmektedir. Zira aynı fıkra altında düzenlenmiş hukuka uygunluk nedenleri için ilk fıkraya başvurulacaksa, mazeret nedenleri için aynısının neden yapılamayacağının açıklanması gerekmektedir.⁴⁷⁰

Koca ve Üzülmüş, TCK md. 30/1'in kıyasen değil, doğrudan uygulanması gerektiğini, zira aksi halde TCK md. 30/3'te yer alan mazeret nedenleri için neden aynı kıyasın yapılmadığının açıklanamayacağı görüşündedir.⁴⁷¹ Yazarlara göre 5237 sayılı TCK'nın kast ve taksiri manevi unsurlar olarak haksızlık alanına dahil etmesi ve hukuka uygunluk nedenlerinin de suçun haksızlık unsurlarına dahil olması sebebiyle kusurluluk üzerinde etkili olan TCK md. 30/3, yalnızca kusurluluğu etkileyen nedenler açısından uygulanmalıdır.⁴⁷²

Özgenç ise, mazeret nedenlerinin yalnız kusuru etkilediği ancak hukuka uygunluk nedenlerinin haksızlığa dahil olarak bir nevi 'yasa-öncesi ön kabul' ile kastın kapsamında olduğu şeklinde çözüm getirmektedir.⁴⁷³

Öğretideki diğer bazı görüşler de, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatanın failin kastını kaldırdığını kabul etmelerine rağmen doğrudan ya da kıyas yoluyla TCK md. 30/1'e bir atıf ya da belirleme yapmamaktadırlar.⁴⁷⁴ Ancak yine de hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata bakımından TCK md. 30/1'i uygulamaktadırlar. Nitekim kaçınılabılır hata hali için kanunda açık düzenleme olmadığı ve kaçınılabilirlik değerlendirmesinin taksire dayanan dikkat ve

⁴⁷⁰ Erman, **a.g.e.**, s. 384.

⁴⁷¹ Yazarlar, bizim de iştirak ettiğimiz şekilde, maddede geçen kaçınılamazlık ifadesinin ve bu doğrultuda kaçınılabilirliğin fiilin haksızlığına değil, failin kişisel olarak hataya düşmesindeki kusur ile alakalı olduğunu ifade ederler. Bunu bu şekilde ortaya koyabilmelerinin sebebi, aslında TCK md. 30/3'ü yalnızca mazeret nedenlerine hasrederek uygulanır görmeleri ve hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata halinde TCK md. 30/1'in -kıyasen değil- doğrudan uygulanacağını kabul etmelerinden ileri gelmektedir. Bkz., Koca, Üzülmüş, **GH**, s. 303.

⁴⁷² Mahmut Koca, İlhan Üzülmüş, "Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması", **EÜHFD**, Cilt: 11, Sayı: 1-2, 2007, s. 45-6.

⁴⁷³ Özgenç, **GH**, s. 540. 'yasa öncesi ön kabul' nitelendirmesi için ise bkz. Erman, **a.g.e.**, s. 384.

⁴⁷⁴ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 648; Özgenç, **GH**, s. 541; Hakeri, **GH**, s. 430.

özen yükümlülüğü ekseninde yapılması gerekçeleriyle, failin eğer suçun taksirli hali de düzenlenmişse taksirli ceza alması gerektiğini savunmaktadırlar.⁴⁷⁵

Göktürk'e göre ise, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında yanılmaya TCK md. 30/1'in kıyasen uygulanması halinde bunun, hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarının da tipiklik kastı kapsamına alınacağı anlamına geleceği ve somut vakaya ilişkin fiili yanılmanın TCK md. 30/1'e hasredilmesi halinde, kusurluluğu etkileyen nedenlerin şartlarında fiili yanılma halinde de TCK md. 30/3'ün uygulanmaz olacağını ifade etmektedir.⁴⁷⁶ Ancak kaçınılabilir hata halinde ne yapılacağı TCK md. 30/3'te açıkça düzenlenmediğinden bunu bir hukuki boşluk addedip, bu boşluğun kıyas yoluyla md. 30/1'e gidilerek uygulanmasını önermektedir.⁴⁷⁷

Görüldüğü üzere görüş içerisinde yer alan tüm fikirler mütabakatla, fıkra da öngörülmemiş bir ihtimal olarak, hata kaçınılabilirse⁴⁷⁸, taksirli şekli kanunda düzenlenmiş olmak kaydıyla faili taksirli suçtan cezalandırmaktadır.⁴⁷⁹ Ayrıca md. TCK md. 30/3'e, kaçınılabilir hata halinde taksirli sorumluluğun saklı olduğunun düzenleme olarak eklenmesi de önerilmektedir.⁴⁸⁰

Görüşe yöneltilen, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarının kasta dahil olmadığına dair eleştiriye ise şu şekilde karşılık verilmektedir: TCK md. 21'in gerekçesine göre, haksızlık üzerinde etkili hususların kast çerçevesinde değerlendirilmesini gerekmektedir.⁴⁸¹ Dolayısıyla tipikliğe ilişkin kastın (*Tatvorsatz*)

⁴⁷⁵ Hakeri, **GH**, s. 430; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 648; Özgenç, **GH**, s. 544-5; Dülger, Özkan, Bakdur, **a.g.m.**, s. 245.

⁴⁷⁶ Göktürk, "Yanılgi", s. 26.

⁴⁷⁷ Göktürk, "Yanılgi", s. 27.

⁴⁷⁸ Kaçınılabilirlik yerine 'bağışlanabilir' ifadesinin tercih eden yazar bkz., Harun Ersin Polat, "Türk Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünü Yerine Getirme", Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ceza Hukuku Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Haziran 2015, s. 171.

⁴⁷⁹ İzzet Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin, 2005, s. 425; Koca, Üzülmmez, **a.g.m.**, s. 46; Göktürk, "Yanılgi", s. 23-4; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 649; Akbulut, **GH**, s. 615; Hakeri, **GH**, s. 431.

⁴⁸⁰ Taner, **a.g.m.**, s. 242; Mahmutoglu, "Hukuka Uygunluk Nedenleri", s. 59.; Hakeri, **GH**, s. 431.

⁴⁸¹ Göktürk, "Yanılgi", s. 15. Yazar, TCK madde md. 21'in gerekçesinde yer alan " ... *failin ifade ettiği haksızlık üzerinde etkili olmayan koşulların gerçekleştiğinin bilinip bilinmemesi, kastın varlığı açısından önem taşımamaktadır*" ifadelerinin mefhumu muhalifinden bu çıkarıma varmaktadır.

yanında bir de haksızlık kastı (*Unrechtsvorsatz*) araştırılmalıdır.⁴⁸² TCK md. 21’de kastın sadece suçun kanuni unsurlarını kapsayacağı ifadesi de, tipikliğin hukuka aykırılığa karine olması ve hukuka uygunluk nedenlerinin istisnai olup kanunda hepsine yer verilmesinin imkânsızlığı ile beraber okunmalıdır.

Dolayısıyla kast, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşulları da dahil olmak üzere, ‘*somut vakanın failin zihnindeki izdüşümüdür*’.⁴⁸³ Haksızlık kastı da kastın bir unsuru olmasından ötürü, onun eksikliği halinde failin kastı kalkmaktadır.⁴⁸⁴ Fail, hatası kaçınılmaz ise beraat ettirilmelidir.

Söz konusu beraatin gerekçesinin sınırlı kusur teorisini savunan kaynaklarda net olarak ortaya konmadığını ifade etmek gerekmektedir. Failin, kastı kalkarak fiili tipik olmadığı için mi yoksa fiilin hukuka uygun sayılacağı sebebiyle mi beraat ettirilmesi gerektiği çözüme kavuşturulmamıştır.⁴⁸⁵ Ancak haksızlığın sübjektif yönden gerçekleşmediği veya tipe dair kastın sürmesine rağmen haksızlık kastının kalkacağı açıklaması buna bir orta yol bulmuş görünmektedir. Böylece aslında fail hukuka uygunluktan yararlanabileceği için veya fiili ‘haksız’ addedilemeyeceği için beraat eder.⁴⁸⁶

iii. Hukuki Neticeleriyle Sınırlı Kusur Teorisi

Hukuksal sonuçlarla sınırlı kusur teorisi, tutarlı bulunduğu için öğretide *Erman* tarafından benimsenmektedir.⁴⁸⁷ Aslında bu teori de sonuçları itibariyle öğretide çoğunluğu temsil eden klasik sınırlı kusur teorisine çok yakındır. Yalnızca, kastın çifte fonksiyonlarından birinin kusurun içerisinde olduğu, TCK md. 61/1-f’nin de buna bir nevi dayanak oluşturduğu, dolayısıyla ‘haksızlık kastı’ ifadesine gitmeye gerek kalmadan hukuka uygunluk nedenlerinde yanılan failin tipe dair kastı

⁴⁸² Roxin, **a.g.e.**, §14, kn. 70.

⁴⁸³ Göktürk, “Yanılma”, s. 17.

⁴⁸⁴ Polat, **a.g.e.**, s. 171.

⁴⁸⁵ Kaldı ki beraat, fiilin hukuka uygunluğuna dair bir karine değildir, failin fiili hâlâ haksızlık teşkil edebilir. Bkz. Kılıç, **a.g.e.**, s. 83.

⁴⁸⁶ Değirmenci, “Yanılma”, s. 176.

⁴⁸⁷ Erman, **a.g.e.**, s. 378.

korumasına rağmen kusura dair olan kastı kalktığı için failin kaçınılabılır hatasında taksirli suçtan ceza vermeyi öngören TCK md. 30/1'in kıyasen uygulanması gerektiği savunulmaktadır.⁴⁸⁸ Abanoz Öztürk bunu, 'kusur kastı mevcut değildir' şeklinde ifade etmektedir.⁴⁸⁹

1.2.5.2.2. Kastın Etkilenmediğini İleri Süren Görüşler

i. Fiili Hukuka Uygun Kabul Eden Görüşler

Öğretide psikolojik kusur teorisi temsilcisi fikirlerin hemen tamamı, bir hukuka uygunluk nedeninin var olduğu kanısıyla hareket eden kimsenin, işlediği suç bakımından hem hareketi hem de neticeyi öngörmüş ve istemiş olduğunu, bunun da taksir tanımıyla uyuşmadığı için failin kastının sürdüğünü mütabakatla kabul etmektedirler.⁴⁹⁰ Ancak sorunun çözümüne dair pek çok farklı yaklaşım sergilenmektedir.

Kunter, hukuka aykırılığın özünde sübjektif unsurdan tamamen bağımsız olduğunu, hukuka aykırılığa kusurun tesirsiz olduğunu ifade eder.⁴⁹¹ Yazara göre hukuka aykırılık, suçun tamamen objektif bir unsuru olarak, failin bilmesi, bilmemesi ya da yanlış bilmesinden bağımsız şekilde mevcuttur ya da değildir. Ancak bir hukuka uygunluk nedeninin unsurlarının varlığına dair failin tamamen kusursuz olarak düştüğü hatası (olmayan bir nedeni veya şartı kaçınılmaz olarak var zannetmesi) halinde bu kaideye bir istisna tanınacağını dile getirir.⁴⁹²

Her ne kadar failin bilgisizliği kastını kaldırmayacaksa da büsbütün tehlikesiz olan faile artık ceza da verilemeyecektir.⁴⁹³ Eğer taksir derecesinde hataya düşmekte bir kusuru var ise (ki burada bugün kaçınılabılır hata olarak ifade ettiğimiz hal

⁴⁸⁸ Erman, **a.g.e.**, s. 387 -8.

⁴⁸⁹ Buket Abanoz Öztürk, "Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Hata", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul, 2021, s. 179.

⁴⁹⁰ Kunter, **a.g.e.**, s. 152; Önder, **GH**, s. 159; Dönmezer, Erman, **II**, s. 257; İçel, **GH**, s. 325.

⁴⁹¹ Kunter, **a.g.e.**, s. 150-2.

⁴⁹² Kunter, **a.g.e.**, s. 150-2.

⁴⁹³ Kunter, **a.g.e.**, s. 152.

kastedilmektedir), buradaki ‘hata taksiri’ kusurluluk unsuru ile alakasız olduğundan failin tipik olarak nasıl davranıyorsa ona göre ceza alması gerekir.⁴⁹⁴

Dönmezer ve Erman, İtalyan hukukuna da atıfta bulunarak failin hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarına dair fiili ve esaslı yanılmasının hukuka aykırılığın meydana gelmesini engelleyeceğini belirterek bu cezasızlığın dayanağını açıklamaktadırlar.⁴⁹⁵ Her ne kadar objektif olarak hukuka aykırı da olsa, sübjektif olarak hukuka aykırı olmayan bu fiilden fail sorumlu tutulmamalıdır.⁴⁹⁶

Ancak esaslı olmayan hata olarak kabul ettikleri hallerde ise sübjektif yönden de hukuka aykırılık süreceğinden failin cezasız kalamayacağını, ancak neticeyi isteyerek kasten hareket etmiş failin taksirli suçtan değil, meri TCK md. 61’e göre bu durum göz önüne alınarak ancak yine de kastlı suçtan sorumlu olacağını ifade ederler.⁴⁹⁷ Zira kaçınılabilir hata halinde fail fiili kasten de taksirle de işlemiş olabileceğinden, kanun koyucunun tabir tercihi yerindedir.⁴⁹⁸

Zafer, her şeyden önce hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata halinin kastı kaldırması görüşünün kanunda kıyas yapılması anlamına geldiğini ve hukuka aykırılığın manevi unsur ekseninde ele alınmasını gerektirdiği için eleştirir.⁴⁹⁹ TCK md. 30/3’e göre uygulama yapılmalıysa da, failin alacağı hüküm, hukuka uygunluk nedeninden âdeta tam olarak yararlanmış gibi, CMK md. 223/2-d uyarınca beraat olmalıdır.⁵⁰⁰ Bu görüşe göre kusurluluğu azaltan bir neden olarak ele alınan kaçınılabilir hata halinde ise TCK md. 61’e göre kastlı suçun cezasından indirim yapılabilecektir.⁵⁰¹

⁴⁹⁴ Kunter, **a.g.e.**, s. 152.

⁴⁹⁵ Dönmezer, Erman, **II**, s. 258.

⁴⁹⁶ Dönmezer, Erman, **II**, s. 258.

⁴⁹⁷ Dönmezer, Erman, **II**, s. 257. Savunma maksadıyla saldırganı yaralayan failin hem yaralamayı hem de neticesi istemesinden sebep ‘*taksirle hareket ettiğini iddiaya imkan yoktur*’.

⁴⁹⁸ Dönmezer, Erman, **II**, s. 260.

⁴⁹⁹ Zafer, **GH**, s. 325.

⁵⁰⁰ Handan Yokuş Sevük, “Rechtfertigungsgründe im türkischen Strafgesetzbuch (Zusammenfassung) – Türk Ceza Kanununda Hukuka Uygunluk Nedenleri”, içinde: **Aktuelle Grundlagenprobleme des materiellen Strafrechts**, Editörler: Gunnar Duttge, Yener Ünver, Cilt: 1, Forschungszentrum für Deutsches Recht an der Özyeğin Universität, İstanbul, Seçkin, 2012, s. 126.

⁵⁰¹ Zafer, **GH**, s. 326.

Demirbaş da hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hataya TCK md. 30/3'ün uygulanacağı, kaçınılmaz hatada hukuka uygunluk nedeninden yararlanmaya devam edileceği ve kaçınılabılır olanda ise kastlı suçtan sorumluluğun devam edeceği görüşüyle bu fikirde olmaktadır.⁵⁰²

Katoğlu'na göre de, hukuka aykırılık kusurdan önceki basamakta değerlendirildiğinden, olayda bir hukuka uygunluk nedeni teşekkül etmiş dahi olsa, bu durumun failin kast veya taksiri üzerinde bir etkisi olamayacaktır.⁵⁰³

Kast kalkmamış dahi olsa⁵⁰⁴, kaçınılmaz hata için failin 'hukuka uygunluk nedeninden yararlanmaya devam edeceği' ifadeleri psikolojik kusur teorisinin esas alındığı 765 sayılı TCK döneminde baskın olan görüşe göre bir fiilin hukuka aykırılığının, manevi unsurdan bağımsız ve ondan önce tespit edilmesi kapsamında yorumlamak gerekmektedir.

Kunter, vuku bulmamış hukuka uygunluk nedeni halinde failin hareketinin hukuka uygun sayılmasını, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında kaçınılmaz hata halinin hukuka aykırılığın objektifliğine bir istisna olması ile açıklamaktadır.⁵⁰⁵

⁵⁰² Demirbaş, **GH**, s. 474-5.

⁵⁰³ Katoğlu, **a.g.e.**, s. 87-8.

⁵⁰⁴ Önder de failin hukuka uygunluk nedeninin şartlarında kendisine yüklenebilir şekilde yanlışlığı halde kastının sürdüğünü kabul ederek taksirli sorumluluğu reddeder. Ancak hatası esaslı olduğu takdirde failin sorumsuzluğunu kastının olmamasına bağladığını da belirtir. (Bkz. Önder, **GH**, s. 159.) Bu konuda kaçınılmaz hatada kastın kalkmayarak hukuka uygunluktan yararlanmanın sürdüğünü ifade eden psikolojik kusur ekolünden ayrıldığı, ancak kaçınılabılır hatada da taksiri kabul etmeyip kastın sürdüğü fikrinde olduğu için kendisinin görüşlerini herhangi bir gruba yerleştirmek mümkün olmamaktadır.

⁵⁰⁵ Bkz. Kunter, **a.g.e.**, s. 150-2.

ii. Katı Kusur Teorisi⁵⁰⁶

Kaçınılmaz hatada kastın etkilenmeyip yalnız kusurun kalkacağı görüşü temelde katı kusur teorisinin Türk hukukundaki takipçilerince dile getirilmektedir.⁵⁰⁷ Görüş TCK'da; AlmCK md. 17'nin, AlmCK md. 49'a yaptığı atıf benzeri takdiri indirim bulunmadığı için çok ağır cezalar ortaya çıkabileceğini ve failin normda değil olayın akışında yanıldığını kabul etmektedir. Öte yandan, Alman hukukunda bu konuda kanuni düzenleme olmamasından sebep öğretinin hareket alanının geniş olduğunu, buna karşılık Türk kanun koyucusunun TCK md. 30/3'ü açıkça düzenleyerek tercihinin hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında yanılan failin kusurunun kalkacağından yana kullanmış olması karşısında, mevzu hukuk açısından (*de lege lata*) TCK md. 30/1'ün uygulanmasının makul ve mümkün olmadığını ileri sürmüştür.⁵⁰⁸

Katı kusur teorisinin Türk temsilcilerine göre, kastın kalktığını ve TCK md. 30/1'in uygulanmasını ileri süren görüşler, olan hukuku açıklamakta isabetsizdirler.⁵⁰⁹ Zira hüküm içeriği; kanunun sistematığına, metne bağlılık prensibine ve kanun koyucunun açık iradesine aykırı şekilde böylesi daraltılarak okunamaz.⁵¹⁰ Buradan alarak, mevzubahis fikir sadece olması gereken hukuk açısından (*de lege feranda*) bir öneri bazında kabul edilebilirdir.⁵¹¹

⁵⁰⁶ Tabirlendirmeyi tam olarak doğru bulmasak da öğretide de genel olarak bu şekilde atıf yapıldığından burada koruduk. Esasen Alman Hukuku menşeli katı kusur teorisi, yukarıda da açıklandığı üzere, orada hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatayı düzenleyen bir hükmün mevcut olmamasından sebep bu halleri norm hatasını düzenleyen hüküm çerçevesinde çözmeyi savunur. Oysa Türk hukukunda söz konusu görüşün taraftarları TCK md. 30/4'e yönlendirmede bulunmaz, doğrudan md. 30/3'ün bunu gerektirdiğini ifade ederler. Ancak kaçınılabilir hata bakımından da yalnız TCK md. 61'e dayanmaları md. 30/4 ile aynı sonuçlara varılmasına neden olmaktadır. Yine de, yazarlar çözümü TCK md. 30/4'de aramadıklarından, kavramsallaştırmanın yerindeliğinden şüphe etmekteyiz.

⁵⁰⁷ Karaaslan, "Hata", s. 1694 vd.; Hasan İba, "Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Unsurlarında Hata", Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Erzincan, 2022, s. 309 vd.

⁵⁰⁸ Kübra Tunç, "Ceza Hukukunda Kastı Engelleyen Hata", Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Hukuk Bilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2020, s. 208; Keçelioğlu, "Kusurluluk", s. 315.

⁵⁰⁹ Cem Şenol, "5237 sayılı TCK'ya Göre Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Maddi Koşullarında Hata", **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 14, Sayı: 149, Ocak 2019, s. 64.

⁵¹⁰ Keçelioğlu, "Kusurluluk", s. 315.

⁵¹¹ Tunç, **a.g.e.**, s. 208.

Öte yandan, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarının kasta dahil sayılması halinde, kusursuz üçüncü kişinin saldırgan zannedilerek ona hatalı savunma yapılması ihtimalinde bu kişinin vereceği karşılığın teorik olarak meşru savunma olarak addedilemeyeceği itirazı dile getirilmektedir.⁵¹² Nitekim meşru savunmaya karşı meşru savunma olmaz.

Buna ek olarak, CMK md. 223/3-d hükmüne dayanarak da mevzubahis hatanın kastı değil kusuru kaldırdığının açık olduğu⁵¹³ ve ayrıca kastın kalkmış sayılması halinde iştirakin mümkün olmaktan çıkarak cezalandırma boşluklarının doğacağı da⁵¹⁴ ileri sürülmüştür.

Sonuç itibariyle de, en adil olmasa da, kanun hükümleri karşısında kaçınılabilir hata halinde TCK md. 61/1'e göre cezayı alt sınırdan belirlemekten başka çare bulunmamaktadır.⁵¹⁵ Kaldı ki tipe dair kast mevcutken fail o suçun taksirli halinden cezalandırılmaz.⁵¹⁶ Öte yandan, hatanın kaçınılabilir olması halinde takdiri indirim yapmanın TCK md. 61/son hükmüne aykırı olduğu, zira cezaların kanunda açıkça yazmadığı müddetçe arttırılıp eksiltilemeyeceği de ifade edilmiştir.⁵¹⁷

Teori genel olarak son derece ağır sonuçlar doğurması ve kanun koyucunun katı kusur teorisini benimsediği yönünde kanunda açık bir düzenleme yer almaması yönünden eleştirilmiştir.⁵¹⁸

⁵¹² Tunç, **a.g.e.**, s. 205

⁵¹³ Erkan Şenses, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararı", **TBB Dergisi**, Sayı: 105, 2013, s. 392.

⁵¹⁴ Şenol, **a.g.m.**, s. 62.

⁵¹⁵ Tunç, **a.g.e.**, s. 208 vd.

⁵¹⁶ Şenol, **a.g.m.**, s. 64. Yargıtayın bu yöndeki bir kararı için bkz., Y. 8. C.D., T. 28.1.2014, E. 2013/13940, K. 2014/1772.

⁵¹⁷ Ünver, "Kusurluluk", s. 48.

⁵¹⁸ Bu görüşe temel bir eleştiri olarak TCK md. 30/3'te, md. 30/1'deki kaçınılabilir hata halinde taksirden sorumluluğunu açıkça düzenlememesinin, kusurluluğu etkileyen hallerin de aynı hükümde yer alması ve sonuçları farklı olduğu için iki grubu da karşılayacak 'yararlanır' ifadesinin kullanılması ile alakalı olup, kanun koyucunun katı kusur teorisini benimsediğini göstermeyeceği getirilmiştir, bkz., Göktürk, "Yanılğı", s. 25.

1.2.5.2.3. Hatanın Kaçınılmazlığına Göre Ayrım Yapan Görüşler⁵¹⁹

Bu görüşe göre, kanun metninden yorum yoluyla doktrindeki her iki görüşe de ulaşmak mümkündür. Dolayısıyla hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatada gerek TCK md. 30/1'i kıyasen uygulayan gerekse katı kusur teorisini kabul edip kaçınılabılır hata halinde md. 61 uygulanmasını öneren görüş kendi içinde tutarlıdır.⁵²⁰ Bu hata türünü özel olarak düzenleyen hususi bir hükmün mevcut olmadığı Alman hukukunda katı kusur teorisini benimseyenler, mecburen yasak hatası (hukuki hata) hükmüne başvurmaktadırlar. Ancak o hukukta kanunun yönlendirmede bulunduğu AlmCK 49. maddesindeki benzer takdiri indirim oranları Türk hukukunda mevcut değildir. Dolayısıyla Türk katı kusur teorisyenleri böyle bir indirime sığınamayacak ve teori Türk hukuku bakımından âdeti daha da katı bir kusur teorisine dönüşecektir.⁵²¹

Psikolojik kusur teorisi çizgisinden bu yönde farklı tutum benimseyen İçel, kaçınılabılır hatada yeni kanuna göre taksirli suçtan ceza verilmesi gerektiğini savunarak genel görüşten ayrılmaktadır.⁵²² Keza Kangal'a göre de failin kusuru azalmış sayılmalı ve bu yüzden taksirle hareket etmiş gibi, taksirli suçun cezası verilmelidir.⁵²³ Böylece kanun hükmünde de açıklık olmadığından kaçınılmaz hata halinde kusur tümünden kalkmış kabul edilmeli ve fail hukuka uygunluk nedeninden yararlanmaya devam etmelidir.⁵²⁴ Kaçınılabılırlik kavramına taksir anlamı yüklenerek mesele çözülebilir.⁵²⁵

⁵¹⁹ Veli Özer Özbek, "Türk Ceza Kanununda Hata", **CHD**, Sayı:7, 2008, s. 90.

⁵²⁰ Özbek, "Hata", s. 91;

⁵²¹ Özbek vd., **a.g.e.**, s. 451.

⁵²² İçel, **GH**, s. 327.

⁵²³ Kangal, **a.g.e.**, s. 374 vd.

⁵²⁴ Özbek, "Hata", s. 90; Süleyman Özar, "Türk Ceza Hukukunda 'Sapma'", **TBB Dergisi**, Sayı: 66, 2006, s. 236; Kangal, **a.g.e.**, s. 374 vd.

⁵²⁵ Özbek, "Hata", s. 91-2.

1.2.5.2.4. Değerlendirme ve Kanaat

Her şeyden önce belirtmek gerekmektedir ki, hukuka aykırılık, tipikliğin bir unsuru olmayıp, tipikliğin yanında, haksızlığın bağımsız bir unsurudur.⁵²⁶ Bu sebeple suçun olumsuz unsurları teorisinin görüşlerine iştirak etmek mümkün değildir.

TCK sistematğinde ve normatif kusur teorisinde kast, haksızlık bilincini kapsamadığından, kast teorileri de hukukumuz bakımından uygulanabilir değildir.

Öte yandan, gerek kast gerekse de suçun olumsuz unsurları teorilerinin kendi dogmatikleri içerisinde hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında yanılan failin kastını kalkmış saymaları tutarlıdır. *Kanaatimizce* tutarsızlık, sınırlı kusur teorilerinin yaptığı gibi hukuka aykırılığı tipin dışında ele almakla beraber yine de kastın kapsamı içerisinde görmektir.

Kanundaki açık tanımlar uyarınca kast suçun maddi unsurlarının bilerek ve istenerek işlenmesi olduğuna ve hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında fiilen yanılan failin suç tipi bakımından kasten hareket ettiğine şüphe bulunmadığına göre, bu hatanın kasta bir etkisi olamaz. Üstelik kanun koyucunun TCK md. 30/3'ü ayrıca düzenlemesinin ve fıkrayı 1. fıkrada olduğu gibi 'hukuka uygunluk nedenlerinin şartlarını bilmeyerek hareket eden kişi kasten hareket etmiş olmaz' şeklinde kurgulamaması ve bunun yerine 'kaçınılmazlık' kavramına başvurmasının bir anlamı olmalıdır. Kastı olan bir kişinin haksız hareket etmediğini düşündüğü için kastı olmadığından söz edilemez. Bu, olsa olsa haksızlık hatasına vücut verebilir.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata eden faile TCK md. 30/3'ün varlığına rağmen md. 30/1'in uygulanması ancak hukuka uygunluk nedenlerinin şartlarını tipin negatif unsurları olarak kabul edilen görüşün altında tutarlı olabilir. Tereddüde mahal vermeyen açık hükümler karşısında bu hatayı

⁵²⁶ Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 250-1.

TCK md. 30/3 dışında değerlendirmek, *kanımızca* da kanunun yorumu değil, göz ardı edilmesi olacaktır.⁵²⁷

Örneğin, hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni bakımından kişinin fiilen yanılarak var olmayan hakkını var olduğunu düşünerek hareket etmesinde onun bu zannı kastını ya da fiilinin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz.⁵²⁸ Rıza hukuka uygunluk nedeni bakımından sağ bacağının ampute edilmesi gereken hastanın (evrağa başka sağlık personeline hatalı veri girişi veya hasta tarafından yanlış zikredilmesi gibi hallerde) gerekli özeni göstermeyerek sağlıklı sol bacağı kesen doktorun, kast olmaksızın hareket ettiği ileri sürülemez. Hatanın, dikkat ve özene aykırılık yüzünden vuku bulduğu savunularak yanlış bacağın kesilmesinin taksirle gerçekleştiği ileri sürülemez. Değişen ancak bilme ve istemenin motifidir.

Böyle bir durumda failin cezasını azaltmak veya kaldırmak için manevi unsur inkar etmek doğru olmaz. Kaldı ki manevi unsur suç teorisi sistematığında hukuka aykırılıktan önceki basamakta incelenmelidir. Yapılması gereken faili bu hatasından - derecesine göre - yararlandırmaktır, ki TCK md. 30/3 ile kanun koyucunun yaptığı da budur.⁵²⁹

AlmCK'da yer alan md. 16 fiili hatayı, md. 17 hukuki hatayı düzenlemektedir. AlmCK md. 17, açıkça failin haksızlık bilincinden yoksun olduğu hallere işaret ederek norma dair yanılmayı kapsadığı için, hukuka uygunluk nedenlerinin şartlarında hata da olgulara dayandığından, öğretisi md. 16'yı kıyasen uygulamayı yeğlemektedir. Zira diğer alternatif, md. 17'yi kıyasen uygulamaktır. Oysa olaydaki yanılma norm düzeyinde değildir. Dolayısıyla Alman Hukukunda çoğunluk görüşünün sınırlı kusur teorilerinde yoğunlaşmasına şaşırmamak gerekmektedir. Nitekim çoğunluk görüşüne uzun tartışmalar sonucu erişilmiş olması ve bugün hâlâ meselenin tartışmalı olması prensip itibarıyla hukuka uygunluk nedenlerinin maddi

⁵²⁷ Keçelioğlu, "Kusurluluk", s. 314 vd.; Erdin, **a.g.e.**, s. 282.

⁵²⁸ Aynı yönde bkz., Uğur Uruşak, "Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Bir Hakkın Kullanılması", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2008, s. 205.

⁵²⁹ Aynı yönde bkz., Uruşak, **a.g.e.**, s. 206.

şartlarının kast kapsamında olduğu yönünde bir fikir birliğinin olmamasına dayanmaktadır.⁵³⁰

Kıyas, kanunda boşluk bulunması durumunda istisnai olarak ceza hukuku genel hükümleri için uygulanabilir.⁵³¹ Oysa kanun koyucunun hem hukuka uygunluk, hem de kusuru etkileyen nedenleri kapsar şekilde kaçınılmaz hatayı açıkça düzenlediği TCK md. 30/3'ün varlığı karşısında, kanun koyucu âdeta susmuş gibi varsayılarak buradaki kaçınılmaz hatanın kastı kaldırdığını iddia etmek *kanımızca* yerinde olmaz. Kaldı ki TCK md. 30/3'e yöneltile eleştiriler aslında normun kendisine ilişkin olmayıp, TCK'nın sınırlı kusur teorisine uydurulması için söz konusu hükmün aşılmasına yönelik gayretlerden kaynaklanmaktadır.⁵³² Dolayısıyla Türk hukukunda yorum adı altında yapılan, Alman hukukundaki teorileri - kanuna rağmen - kanuna monte etme çabası olarak yorumlanmaktadır.⁵³³

Türk hukuku bakımından hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında yanılmanın norma dair bir haksızlık hatası olmadığını kabul etmek, otomatik olarak söz konusu hatanın kastı kaldıracağı sonucuna götürmez. Kanun koyucu açıkça ve tam da bu haller için TCK md. 30/3'ü düzenlemiştir. Dolayısıyla Türk hukukçusu Alman hukukçusu gibi bu konuda alternatifsiz değildir.

Kanaatimizce TCK md. 30/3, failin kastı kaldırmayan fiili hatasıdır. Bu cihetle, meselenin haksızlık hatası olup olmadığına dair açıklama öne sürmek yerinde ve gerekli değildir.⁵³⁴

⁵³⁰ Karaaslan, "Hata", s. 1697.

⁵³¹ Kangal, "Kanunilik", s. 83; Akbulut, **GH**, s. 124.

⁵³² Erdin, **a.g.e.**, s. 320.

⁵³³ Karaaslan, "Hata", s. 1698.

⁵³⁴ Hatanın kastı kaldırdığı kabul edilirse ilk, kusuru kaldırdığı kabul edilirse de son fıkra göre uygulama yapılması gerektiği fikrine bu yüzden katılmamız mümkün değildir. Aksi yönde bkz., Sarıgül, **a.g.m.**, s. 328. TCK md. 30/3'ün diğer fıkralardan müstakil var oluşu bu çaresizliği ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata kusuru kaldırırsa dahi mecburi istikamet TCK md. 30/4 değildir, md. 30/3 içerisinde bu husus pekâlâ halledilebilir. Velhasıl ceza hukukunda kusuru kaldıran hata hallerini, hukuka uygunluk nedenlerinin ve kusuruluşu etkileyen nedenlerin maddi şartlarında hata ve norma ilişkin haksızlık hatası olarak ikiye ayırmak mümkündür.

Kaldı ki, kusurluluğu etkileyen nedenlerde hata da bu fıkra tabi olup, orada da haksızlık hatası değil, fiili hata söz konusu olduğu halde, öğretide bu yanılmanın kastı kaldırdığına ilişkin fikir ileri sürülmemiştir. Örneğin yeni taşındığı evde deprem oluyor zannedip evden kaçarken komşuyu ittirerek hafif yaralayan fail, çok yakında tren istasyonu olduğunu ve tren geçerken zeminde titreşim meydana geldiğini bilmemektedir. Failin buradaki zorunluluk halinin maddi şartlarına ilişkin olan hatası da fiili hata olup haksızlık bilinci ile alakası bulunmamaktadır. Ancak bu fiili hata suçun unsurlarına dair olmadığından kastı kalkmamıştır. Velhasıl Türk hukuku bakımından kusuru kaldıran hata, yalnızca haksızlık hatası ile sınırlı olmayıp, TCK md. 30/3, kusuru kaldıran hatanın, haksızlık hatası dışındaki bir diğer türüdür.

Bunun aksine olarak öğretide, CMK'da hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu kaldıran nedenlere bağlanan sonuçların farklı olmasına da işaret edilmiştir.⁵³⁵ Oysa ki her şeyden önce bu iki kurumun farklılığını izah için zaten CMK'ya başvurulmasına gerek yoktur. Hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluluğu etkileyen nedenler zaten hemen her bakımdan farklı sonuçlar doğuran farklı ceza hukuku müesseseleridir.

Ancak iki müessesenin niteliklerindeki farklılık, bunların şartlarında yapılan hatanın da farklı hukuki temellere dayanması gerektiğini zorunlu kılmaz. Madem hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartları kast kapsamında değildir - ki bu kabul ancak negatif unsurlar teorisi çerçevesinde mümkündür - o takdirde bu şartlarda yanılan failin kastını kalkmış saymak da mümkün olmaz.

Kaçınılabilir hata açısından TCK md. 30/3'ü ayrıca ele almak gerekmektedir. *Kanaatimizce*, hukuka uygunluk nedeninde '*kaçınılabilir hata*' yapmak, unsurlara dair failin bilme ve istemesinin bulunduğu hallerde, bu kastı otomatik taksire indirmemelidir. Hatta madem kanun koyucu tercihini belirli bir tabirden yana

⁵³⁵ Sarıgül, **a.g.m.**, s. 328.

yapmıştır ve madem taksir ceza hukukunda teknik ve müstakil bir anlamı haizdir, burada ‘*taksirli hata*’ ifadesinin kullanılması da uygun olmaz.⁵³⁶

Kaçınılabilir yanılma halinde her ne kadar fail (F1) kasten hareket ediyorsa da, böyle bir hataya düşmeksizin, yani olayda bir hukuka uygunluk nedeninin var olduğu zannıyla harekete geçmeyen, tamamen bir suç işlemek amacıyla yola çıkan ve kasten hareket eden faile (F2) göre elbette daha az cezaya müstahak olduğundan cezasında indirimle gidilmelidir. Türk kanun koyucusu böyle bir indirim öngörmemiştir. Söz konusu indirim açısından ise, gerekçenin yaptığı atıf üzere, TCK md. 61 ve md. 62’nin sunduğu olanaklar yeterli ve adil olmayacaktır. Maddeler hakime en fazla ilgili kastlı suç için öngörülen cezanın en alt sınırından hüküm kurma yetti veriecektir. Normal şartlarda da uygulamada mahkemelerin genel eğilimin bu (alt hadden ceza tayini) olduğu düşünöldüğünde fail âdeta hatası hiç yokmuş gibi muamele görmüş olacak ve diğeri fail (F2) karşısında avantajsız bir konuma düşürölecektir.

Öte yandan, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında yanılan ancak kasten bir suç işleyen fail (F1), tipik fiile dair unsurları hiç tanımadığı için yanılan (tipe dair unsurlarda yanılan) taksirli failden (F3) de daha avantajlı konuma getirilmemelidir. Nitekim bunlardan ikincisi, gerçekten taksirle hareket etmekte, oysa ilk fail, örneğin yaraladığının bir insan olduğunu bilmekte ancak kendini hukuka uygunluk nedeni içerisinde davranıyor zannetmektedir. Üstelik bu zannı, kaçınılmaz da değildir. Bu fail, elbette hayvan avlıyor zannederken insan yaralayan failden daha fazla kusurludur. Yani, hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında kaçınılabilir yanılan faile (F1), taksirli suç tipini icra eden veya suçun maddi unsurlarında yanılan (ve böylece TCK md. 30/1 gereğı kastı kalkan) failden (F3) daha çok, ancak herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin var olduğunu düşünmeyen ve buna dayanmayan doğrudan kasten suç işleyen failden (F2) daha az ceza verilmelidir.

⁵³⁶ Özdeş kullanan kaynaklar için bkz., Savaşçı Temiz, **a.g.e.**, s. 224.

TCK md. 30/3 hükmünde ‘kaçınılabılır’ hatadan söz edilmediği ve madde gerekçeleri de bağlayıcı olamayacağı için, kaçınılabılır hatanın nasıl cezalandırılacağı noktasında kanunda bir boşluk olduğundan söz edilebilir. Bir boşluktan söz edilebildiği noktada onu kıyasen doldurmak da mümkün hale gelir. *Kanaatimizce* her şeyden önce ve meselenin en hukuki yoldan halli için hükme bir ekleme yapılmalıdır.⁵³⁷ O eklemeye kadar, sadece cezalandırma bakımından faile ilgili suçun taksirli halinin cezasının verilmesinin, (F3) ile - suçun maddi unsurlarında yanılan taksirli fail - hakkaniyeti sağlamak bakımından bu cezanın üst sınırdan tayininin, taksirli hali düzenlenmemişse ceza verilmemesinin ve meselenin özel hukuk mahkemelerine devrinin uygun olacağını düşünüyoruz.

Ancak tekrar vurgulayalım ki bu, yalnızca cezalandırma açısından yapılmış bir kıyas olup, kaçınılmaz hata halinde failin kastının kalktığını ve kendisi hakkında beraat kararı verilmesi gerektiğini değil, aksine kalkan yalnızca kusur olduğundan ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerektiğine inanıyoruz. Elbette aynı doğrultuda kaçınılabılır hata halinde de, kast taksire indirgenmemiş yalnızca kusur azalmıştır. İlgili suç taksirle işlenemiyorsa verilen hüküm ceza verilmesine yer olmadığı kararı olmalıdır, beraat değil. Azami dikkat edilmelidir ki, burada ilgili suçun taksirli halinin düzenlenmemiş olması, failin tipik hareket etmediğini göstermemekte, zira fail zaten taksirle değil kasten hareket etmektedir. Böyle bir uygulama yalnızca, söz konusu kaçınılabılır yanılığa adilane bir çözüm sunmak adına önerilmektedir.

Son olarak hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatanın kastı kaldırdığı fikrinin taksirli suçlarda hukuka uygunluğu hiç değerlendirmeden bu sonuca vardığını da ifade etmek isteriz. Nitekim çoğunluk görüşün benimsediği sınırlı kusur teorisine göre, kaçınılabılır hatada kast kalkacak ve bu doğrultuda manevi unsur taksire indirgenecek ve ceza da ona göre verilecektir. Oysa burada

⁵³⁷ TCK md. 30/3’te yer alan ‘hatasından yararlanır’ ifadesinin, tam bir cezasızlığı mı yoksa ceza indirimini mi ifade ettiğinin belirsiz olması Alman yazarlarca da eleştirilmiştir, bkz., Eser, Albin, “Das Überschreiten der Grenzen von Rechtfertigungsgründen - Notwerexzess aus Erregung, Furcht oder Schrecken”, içinde: **Beitraege zum deutschen und türkischen Strafrecht und Strafprozessrecht**, Yayına Hazırlayanlar: Walter Gropp, Bahri Öztürk, Adem Sözüer, Liane Wörner, Baden-Baden, Nomos, 2010, s. 251.

taksirle hareket eden failin bir hukuka uygunluk sebebinin maddi şartında kaçınılabılır olarak yanılması ihtimali gözden kaçırılmış görünmektedir.

Örneğin, bir meşru savunma durumunda bulunan failin fiili ölçüsüz ise, fail savunmasının ölçülü olduğu konusunda kaçınılabılır hataya düşmüşse, sınırlı kusur teorisine göre taksirli suçun cezasını almalıdır. Zira görüş, faili taksirle hareket etmiş kabul etmektedir. Oysa fail, söz konusu ölçülüsüz yaralamayı tipik olarak taksirle de icra etmiş olabilir: Bacaktan yaralama fiilinin ölçülü savunma olduğuna dair kaçınılabılır yanılğı içinde olan fail, silahını henüz saldırgana doğrulttuğu esnada, silahın bir anda patlaması ve yanlışlıkla mağdurun yaralanması olayında fail hem hatalı hem de taksirle hareket etmiştir.

Bu durumda bu taksiri indirgeyecek alt basamakta bir manevi unsur kalmamaktadır. Dolayısıyla da tipik olarak taksirli fail, tipik olarak kasten hareket eden faile nazaran daha avantajsız bir konuma getirilmiş olmaktadır.⁵³⁸ Fakat en baştan kast ve taksir teknik anlamlarıyla kabul edilmiş olsaydı, burada ne yapılacağına dair çözümsüz kalınmazdı. Yapılması gereken, burada da -yapılacak düzenlemeye kadar - ilgili taksirli suçtan cezalandırmanın mümkün olduğunca en alt sınırdan yapılarak TCK md. 61'in de dikkate alınmasıdır.

Oldukça benzemekle beraber hukuki sonuçları itibariyle sınırlı kusur teorisine itibar etmeyişimizin nedeni, kastın çifte fonksiyonu öğretisinin dayanaklarını yeterli bulmamamızdır. Suç teorimizle çelişen kastın bir de kusur içerisinde yer alan bir fonksiyonu olduğu fikri, aynı anda hem kastı kalkmış hem de kalkmamış saymanın yapay bir sığınağı olarak görünmektedir.^{539 540}

⁵³⁸ Nitekim Alman hukukunda da bu konu tartışılmış, bu gibi hallerde katı kusur teorisine dönülerek faile, kaçınılabılır yanılğı için taksirli suçunun cezasından tekrar indirim öngörülmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. René Börner, "Der Erlaubnistatbestandsirrtum bei Fahrlässigkeitsdelikten", *GA*, 2002, s. 285 - 286.

⁵³⁹ Kasten işlenen fiilin taksirle işlenene göre haksızlık ve kusur derecesinin daha yoğun olması, bunların otomatik olarak kusur içerisinde de bir fonksiyon icra etmelerini gerektirmez, bkz. Meraklı, "Kusur", s. 209-10. Benzer yönde, bu görüşe göre taksire ilişkin özen yükümlülüğü ve öngörülebilirlik kavramlarına saf objektif nitelik addedilip sübjektif özenin ve öngörülebilirliğin kusur altında irdelenmesi gerektiğinin ifade edilmesi, taksirli suçlarda objektif sorumluluğa götüren kabul edilemez bir yargıdır. Bkz. *A.g.e.*, s. 210-11.

Katı kusur teorisi bakımından ise, TCK'nın benimser görüldüğü teori olmakla beraber, kaçınılabılır hata hali için md. 61 gereği yapılacak indirim hakkaniyetli olmayacaktır. Üstelik bu indirime atıf, doğrudan madde metninde değil gerekçede yapıldığı gibi, hüküm hakime kastlı suçun cezasının alt sınırının altına inme imkanı dahi vermemektedir.

Sonuç itibariyle özetlenilebilir ki, kaçınılmaz olup olmadığına bakılmaksızın hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında yanılan failin fiili hukuka aykırı kalmaya devam eder. Keza failin manevi unsuru da etkilenmez. Kaçınılmaz hata kusuru kaldırırken, kaçınılabılır hata kusuru azaltır. Ancak maalesef kanun kaçınılabılır hatada ne yapılacağını düzenlememiştir. Her ne kadar gerekçe TCK md. 61'e atıf yapsa da, md. 61'deki kusurun dikkate alınacağına dair genel ifadeler buradaki durumu karşılayacak yeterlikte bir ceza indirimi sağlamaz. Bu yüzden her şeyden önce muhakkak TCK md. 30/3 fıkrasına kaçınılabılır hata hallerinde ilgili - çoğunlukla kastlı - suçun cezasının alt sınırının altına inilerek ceza takdiri yapılabileceğini düzenleyen hüküm eklenmesini önermekteyiz.

O ana dek ise, kastlı suçlarda failin ilgili suçun taksirli halinin üst haddinden cezalandırılmasını, taksirli suçlarda ise, cezanın en alt haddinden cezalandırmanın tercih edilmesini uygun bulmaktayız. Zira ancak bu takdirde, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında yanılan fail ile, tipin unsurlarında yanılarak kastı kalkan fail ve tipik suç bakımından zaten taksirle davranan failler arasında adalet sağlanabilir. Bu fikrimiz ise, gerekçenin bağlayıcı olmamasından sebep, kanun koyucunun kaçınılabılır hata noktasında düzenleme yapmamış olmasının yarattığı kanun boşluğunun, hakkaniyete uygun olarak TCK md. 30/1 ile kıyas yapılması

⁵⁴⁰ Bu noktada *Jakobs*'un düşünceleri de çok benzerdir. Kendisi de yalnızca cezalandırma bakımından taksirli suçun cezasına başvurmayı uygun görmekte ancak teorisinin hukuki neticeleri itibariyle sınır kusur teorisi olmadığını da vurgulamaktadır. Bunu da sadece AlmCK md. 49'daki indirim yeterli ve adil olmayacağından yapmakta, dolayısıyla kast sürerken ayrıca bu hususu teorize etmeye gerek olmadığını belirtmekte, teorisine '*unselbständige Schuldtheori*' (bağımlı kusur teorisi) ismini takmaktadır. Bkz. *Jakobs*, **a.g.e.**, §11, kn. 58. Alman hukukunda hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarını düzenleyen hususi bir hüküm mevcut olmamasına rağmen bu düşüncenin benimsenebildiğini, TCK'da ise mevcut hükme rağmen kastı kaldırmanın yerinde olmadığını bu vesileyle bir kez daha yinelemek gerekir.

suretiyle, hukuki kavramlara ve olayın hukuk karşısındaki durumuna dokunmadan, sadece nihai ceza bakımından doldurulmasına dayanmaktadır.

1.2.5.3. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Tersine Yanılgı

Burada gerçekleşmeyen bir hukuka uygunluk nedenini var zannederek hataya düşen failin aksine, objektif olarak gerçekleşen bir hukuka uygunluk nedeninden failin habersiz olması durumu incelenecektir. Öğretide, hukuka uygunluk nedeninin failin bilgisi dışında yalnızca objektif olarak mevcut olması ‘hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında tersine yanılgı’ (*umgekehrter Erlaubnistatbestandsirrtum*) olarak adlandırılmaktadır.⁵⁴¹

Klasik hata halinden farklı olarak bu tartışma özünde, hukuka uygunluk nedenlerinin failin fiili üzerinde etkili olabilmesi için ayrıca sübjektif unsurlar da barındırıp barındırmadıklarına ilişkindir. Tipikliğin hem maddi hem manevi unsurlarını karşılayan failin habersiz olduğu bir hukuka uygunluk nedeninin, onun fiilini bir bütün olarak hukuka uygun kılıp kılamayacağı konusu, ne TCK ne de AlmCK’da normatif olarak düzenlenmiştir.

1.2.5.3.1. Sübjektif Görüş

Hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurlar da barındırdığını kabul eden görüşlerin temel gerekçesi, tipiklik ve hukuka aykırılıktan oluşan haksızlığın genel manada yalnız maddi değil, manevi yönünün de olduğudur.⁵⁴² Görüşün daha ziyade normatif kusur teorisini benimseyen ve kast ile taksiri haksızlık alanına dahil sayan müelliflerce benimsendiği görülmektedir.⁵⁴³ Nasıl ki tipik suçun oluşması için

⁵⁴¹ Erman, **a.g.e.**, s. 388; Schmidt, **a.g.e.**, kn. 314; Frister, **a.g.e.**, §20, kn. 17; Lars Berster, “Der subjektive Exzess der Notwehr und Putativnotwehr”, **GA**, 2016, s. 44; Eva Graul, “Der "umgekehrte" Erlaubnistatbestandsirrtum”, **JuS**, 2000, s. 41 vd.; Hans Ullrich Paeffgen, Benno Zabel, **Strafgesetzbuch Kommentar**, Yayına Hazırlayanlar: Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans Ullrich Paeffgen, 6. Auflage, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2023, Vorbemerkungen zu §32 - §35, kn. 124 vd.

⁵⁴² Uğraş, **a.g.m.**, s. 387

⁵⁴³ Uruşak, **a.g.e.**, s. 191; Öztürk, Erdem, **GH**, s. 238 vd.; Özgenç, **GH**, s. 361; Koca, Üzülmüş, **a.g.e.**, s. 272; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 650; Hakeri, **GH**, s. 430; Özbek vd., **a.g.e.**, s. 294 vd.;

yalnızca objektif olarak hareket, netice ve nesensellik bağının varlığı yetmez ve kast aranır, aynı şekilde, hukuka uygun hareketi de fail, bu bilinçle işlemelidir.

Sübjektif unsurların neden gerekli oldukları, hukuki dayanakları, içerikleri ve yokluklarının sonuçları bakımından sübjektif görüş içerisinde de pek çok farklı fikir ileri sürülmüştür.

Final hareket teorisi, özündeki amaçsallığı hukuka uygunluk nedenlerinin yapısına da sirayet ettirir ve âdeti tipiklikte olduğu gibi onun karşı unsuru olan haksızlıkta da objektif ve sübjektif unsurları beraber arar.⁵⁴⁴ Uyum tezi olarak da adlandırılan bu yaklaşıma göre, sübjektif ögeler hukuka uygunluğun gerçek birer unsuru addedildiğinden, onların yokluğunda fiil hukuka aykırı olur ve bunun doğal sonucu olarak failin tamamlanmış suçtan cezalandırılması önerilir.⁵⁴⁵ Bu görüş teşebbüs çözümünü yapay ve soyut bulur, zira madem bir netice ortaya çıkmıştır, çıkmamış gibi uygulama yapılamaz.⁵⁴⁶

Temelde final hareket teorisine dayanan ve hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurları ortaya konulurken en çok başvuru gerekçe⁵⁴⁷ olarak şahsi haksızlık öğretisine (*personale Unrechtslehre*) göre ise haksızlık, failin hareketi ve

Mehmet Cemil Ozansü, “Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2007, 115 vd.; Gülsün Ayhan Aygörmüş, “Hukuki Kurum Rızanın, Tıp Ceza Hukukunda Geçerli Olarak Kurulması”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:6, Sayı:2, 2009, s. 162; Karakurt, **a.g.m.**, s. 128-129; Ersan, **a.g.e.**, s. 45 - 48; Göktürk, “Yanılı”, s. 18-19; Değirmenci, “Yanılma”, s. 173-174.

⁵⁴⁴ Erdin, **a.g.e.**, s. 164-6; Niese, **a.g.e.**, s. 17.

⁵⁴⁵ Welzel, **a.g.e.**, s. 84; Schmidhäuser, **a.g.e.**, §6, kn. 24; Jürgen Rath, **Das subjektive Rechtfertigungselement**, Berlin, Springer, 2002, s. 279; Ozansü, **a.g.e.**, s. 124; Kazaker, **a.g.e.**, s. 233; Ersan, **a.g.e.**, s. 47-8; Heinrich, **I**, para. 306; Krey, Esser, **a.g.e.**, §13, kn. 466; Hans Ullrich Paeffgen, Benno Zabel, **Strafgesetzbuch Kommentar**, Yayına Hazırlayanlar: Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans Ullrich Paeffgen, 5. Auflage, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2017, §32, kn. 127, Hilgendorf, Valerius, **a.g.e.**, s. 129; Öztürk, Erdem, **GH**, s. 262. ‘Mutlak sübjektif görüş’ adlandırması için bkz., Önder, **GH**, s. 152. Failin neye göre cezalandırılacağı belirlenmesi yapılmaksızın, hukuka uygunluktan yararlanamayacağı ve fiilin hukuka aykırı sayılacağı yönünde bkz., Hakeri, **GH**, s. 430.

⁵⁴⁶ *Kasten öldürme suçunu işleyen fail kasten öldürme suçunu tamamlamıştır. Burada artık teşebbüsten söz edilemez. Neticenin hukuka uygunluk nedenlerinin objektif mevcudiyeti ile telafi edilmesi ise, öğretilerde yer almayan ve sırf bu kurumu açıklamak için getirilmiş ad hoc bir kavramsallaştırmadır.* Eric Hilgendorf, **Fälle zum Strafrecht für Anfänger**, 2. Auflage, 2013, s. 130; Aktaran: Dursun, Bozbayındır, **a.g.m.**, s. 78. Ayrıca bkz., Taner, **a.g.m.**, s. 243; Kazaker, **a.g.e.**, s. 232; Schmidhäuser, **a.g.e.**, §6, kn. 24.

⁵⁴⁷ Dursun, Bozbayındır, **a.g.m.**, s. 65-6.

meydana getirdiği neticenin değersizliklerinin bir araya gelmesi ile oluşur.⁵⁴⁸ Haksızlık, tek başına menfaatin gördüğü zarara indirgenmemeli, hareket değersizliği de bu değerlendirmeye katılmalıdır.⁵⁴⁹

Şahsi haksızlık öğretisinde mesele uyum değil, ayırım tezi ile ele alınır. Ayırım tezinde, objektif ve sübjektif unsurlar haksızlık üzerinde ayrı ayrı etkili olurlar.⁵⁵⁰ Objektif olarak ortaya çıkan zarar veya tehlike, neticenin değersizliğini ifade ederken; hareketin değersizliği, olaya ve faile ilişkin değersizliklerin beraberliğinden meydana gelir.⁵⁵¹ Böylece haksızlığın sübjektif yönü, kendine hareket içerisinde yer bulur.⁵⁵²

Hukuka uygunluk nedeninden habersiz olarak fiilini icra eden failin yarattığı objektif durum hukuk düzeni ile çelişmez ve netice artık değersiz addedilemezken, failin iradesinden dolayı kastı ve dolayısıyla hareket değersizliği sürmektedir. İşte telafi teorisi⁵⁵³ bu noktada devreye girerek, netice değersizliğinin hukuka uygunluk nedeninin objektif mevcudiyeti ile, hareket değersizliğinin ise savunma iradesi ile telafi edilerek fiilin hukuka uygun olacağını ortaya koyar.^{554 555}

Dolayısıyla sübjektif unsurun eksikliği halinde netice değersizliği kalktığı halde hareket değersizliği devam edeceğinden, bu hallerde haksızlığın teorik olarak

⁵⁴⁸ Uğraş, **a.g.m.**, s. 388-9.

⁵⁴⁹ Çataklı, **a.g.m.**, s. 293.

⁵⁵⁰ Erdin, **a.g.e.**, s. 193.

⁵⁵¹ Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 240.

⁵⁵² Kazaker, **a.g.e.**, s. 94.

⁵⁵³ Popüler adlandırma böyle olmakla beraber, mahsup modeli (*Saldireungsmodell*) olarak da anılmaktadır, bkz. Ingeborg Puppe, “Zur Struktur der Rechtfertigung”, **Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag**, Ed.: Wilfried Küper, Jürgen Welp, C.F. Müller, Heidelberg, 1993, s. 183; Thomas Rönnau, “Grundwissen - Strafrecht: Subjektive Rechtfertigungselemente”, **JuS**, Heft: 7, 2009, s. 595.

⁵⁵⁴ Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, **a.g.e.**, §14, kn. 46; Uğraş, **a.g.m.**, s. 387; Rath, **a.g.e.**, s. 103; Rönnau, “Subjektive”, s. 595; Rengier, **a.g.e.**, §17, kn. 9. ‘Ters yönlü simetri’ tabiri için bkz., İba, **a.g.m.**, s. 636.

⁵⁵⁵ Neticenin ve hareketin haksızlığı (*Unrecht*) ile değersizliği (*Unwert*) öğretide çoğunlukla birbirinin yerine kullanılmaktadır. Bkz. Kazaker, **a.g.e.**, s. 93. Jescheck ve Weigend’e göre, hareketin veya neticenin değersizliği bunlar suçun tipik birer unsuru olunca haksızlık olarak anılmaya başlanır. Bkz. Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 240.

teşebbüs halinde kalmış fiilinkine benzediği⁵⁵⁶ ve fiilin tamamlanmasının görünüşte olduğu ifade edilir.⁵⁵⁷ Görüş içerisinde teşebbüs hükümlerinin doğrudan⁵⁵⁸ ve kıyasen⁵⁵⁹ uygulanması ileri sürüldüğü gibi, önemli bir kesim de failin durumunun elverişsiz teşebbüse benzediğini savunmaktadır.⁵⁶⁰

Telafi teorisine ek olarak teşebbüs görüşleri, failin ortaya çıkardığı netice hukuk düzeni ile uyumlu ve hatta hareketin değersizliği de azalmış olduğundan onu tam ceza ile cezalandırmanın hakkaniyetli olmayacağını⁵⁶¹ ve neticenin değersizliğini kabul etmenin, faile yönelecek meşru savunmalar ve şeriklik noktasında da adaletsiz sonuçlar doğuracağını⁵⁶² ifade ederler. Nitekim objektif

⁵⁵⁶ **Tablo 1: Sübjektif Unsur Eksikliği ve Teşebbüs**, Kaynak: Kudlich, “An den Grenzen”, s. 590.

	<i>Handlungsunrecht</i> (hareketin haksızlığı)	<i>Erfolgusunrecht</i> (neticenin haksızlığı)
<i>vollendetes Delikt</i> (tamamlanmış suç)	(+)	(+)
<i>Versuch</i> (teşebbüs)	(+) <i>Tatentschluss, unmittelbares Ansetzen</i> (suç işleme kararı, dolaysız -doğrudan doğruya- icraya başlama)	(-) <i>keine Vollendung</i> (tamamlanmama)
<i>Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements</i> (hukuka uygunluğun sübjektif unsurunun eksikliği)	(+) <i>keine Kenntnis von der Rechtfertigung</i> (hukuka uygunluktan habersiz olma)	(-) <i>durch objektive Rechtfertigung kompensiert</i> (objektif hukuka uygunluk ile telafi edilir)

⁵⁵⁷ Neslihan Göktürk, “Hukuka Uygunluk Nedenleri Objektif Nitelikte Midir?”, **CHD**, Sayı: 27, Nisan 2015, s. 28.

⁵⁵⁸ Özgenç, **GH**, s. 543; Koca, Üzülmöz, **GH**, s. 273; “HUN”, s. 123; Aygörmez, **a.g.m.**, 162; Karakurt, **a.g.m.**, 128-129; Akbulut, **GH**, s. 535; Roxin, **a.g.e.**, §14, kn. 104; Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, **a.g.e.**, §14, kn. 55.

⁵⁵⁹ Göktürk, “Objektif”, s. 28; Kühl, **a.g.e.**, §6, kn. 15; Berster, **a.g.m.**, s. 44; Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 330; Maurach, Zipf, **a.g.e.**, §25, kn. 34; Felix Herzog, **Strafgesetzbuch**, Yayına Hazırlayanlar: Urs Kindhäuser, Hans-Jörg Albrecht, 3. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2010, §32, kn. 130; Jakobs, **a.g.e.**, §11, kn. 23a.; Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 330; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 650.

⁵⁶⁰ Roxin, **a.g.e.**, §14, kn. 104; Berster, **a.g.m.**, s. 45; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §8, kn. 410; Elverişsiz teşebbüsün düzenlendiği hukuk sistemleri bakımından dahi, somut olayda suçun tüm unsurları tamamlanmış olacağından kıyasen bile uygulanamayacağı yönünde eleştiriler için bkz. Erdin, **a.g.e.**, s. 384 vd.

⁵⁶¹ Murmann, **a.g.e.**, §25, kn. 9.

⁵⁶² Jakobs, **a.g.e.**, §11, kn. 22.

olarak risk doğmadığı için neticenin objektif isnad edilemezliğinden dolayı da teşebbüs hükümleri uygulanmalıdır.⁵⁶³

Şahsi haksızlık öğretisi içindeki elverişsiz teşebbüs görüşü, manevi unsurların teorik konsept ile tek başına ortaya konamayacağı ve bunun için normatif bir temel de gerektiğini dile getirmekte, elverişsiz teşebbüs hükümlerinin de, failin harekete geçirdiği ancak değersiz sonuca varmayan, varması da en baştan mümkün olmayan fiilini, kast değersizliği yüzünden cezalandırdığını, bu durumda hukuka uygunluk nedenleri tesadüfen bulunmasaydı tam ceza alacak faile eşitlik ilkesi gereği evleviyetle ceza verilmesi gerektiğini dile getirmiştir.⁵⁶⁴ Bu da aslında failin kast değersizliğine sonuç bağlanmasını ifade etmektedir.⁵⁶⁵ Ancak elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmayacağı bir sistemde, şahsi haksızlık öğretisinin tek başına hukuka uygunluk nedenlerinde tersine yanılan failin ceza almasını gerekçelendiremeyeceği de ifade edilmektedir.⁵⁶⁶

Esasında hareketin olgu olarak değersizliği de hukuka uygunluk nedenlerinin objektif varlığı ile telafi edilebildiği⁵⁶⁷ ve sübjektif unsurun telafi ettiği değersizliğin hareketin manevi unsuruna ilişkin olup, kast değersizliği⁵⁶⁸ olduğu düşünüldüğünde, gerçekten de elverişsiz teşebbüs hükümlerinin uygulanması genel teşebbüsten daha isabetli görünmektedir.

Cezalandırma noktasında son görüşe göre, fiili hukuka uygun olmasa da, hukuku muhafaza edici olduğundan faili cezalandırmak düşünce ceza hukukuna varabilir ve bu yüzden olgusal haksızlık gerçekleşmediğinden fail ceza

⁵⁶³ Wolfgang Frisch, "Grund- und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselements", **Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag**, Ed.: Wilfried Küper, Ingeborg Puppe, Jörg Tenckhoff, Berlin, De Gruyter, 1987, s. 142.

⁵⁶⁴ Aynı yönde bkz., Frisch, **a.g.m.**, s. 127-9; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §8, kn. 410.

⁵⁶⁵ Frisch, **a.g.m.**, s. 128. Yazar için bu o kadar net bir sonuçtur ki, ona göre kanun koyucu elverişsiz teşebbüsü düzenlerken hukuka uygunluk nedenlerinin manevi unsurları hakkında da görüşünü beyan etmiş olmuştur. Bkz. **A.g.e.**, s. 124.

⁵⁶⁶ Frisch, **a.g.m.**, s. 129.

⁵⁶⁷ Keçelioğlu, "Haksızlık", s. 28, Gallas, **a.g.m.**, s. 156-61; Aksi yönde bkz. Kazaker, **a.g.e.**, s. 94.

⁵⁶⁸ Biz de bu ifadeyi terminolojik açıdan daha yerinde bulmaktayız. Aynı yönde bkz. Erdin, **a.g.e.**, s. 197. *Kühl* de hareket değersizliğinden söz ederken, failin hukuka aykırılık bilincine vurgu yapmıştır, bkz. *Kühl*, **a.g.e.**, §6, kn. 16.

almamalıdır.⁵⁶⁹ Zira kanunda bu haller için açık bir cezalandırma da öngörülmediğinden, teşebbüs hükümlerini uygulamak fail aleyhine kıyasa başvurmak anlamına gelir ve bu kabul edilemez.⁵⁷⁰ Nitekim davranış, hukuk düzeni bakımından yıkıcı değil, bilakis yapıcıdır.⁵⁷¹

Final ve şahsi hareket öğretilerinin dışında, öğretide sübjektif görüş başka gerekçelerle de savunulmuştur. Bugün artık pek taraftarı kalmayan tipin negatif unsurları teorisi bakımından ise, hukuka uygunluk nedenlerinin mevcut olmaması tipe dair bir unsur olduğundan, bunları yokken var sanan failin nasıl kastı kalkıyorsa, tersine bir mantıkla, bu sebepler varken olmadıklarını farz eden failin ise kastı temellenir.⁵⁷² Keza, kanun lafzından hareketle yorum yapan görüşlere göre, hukuka uygunluk nedenini düzenleyen maddelerin lafzından ('*savunmak amacıyla / için*') ya da hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatanın kastı kaldırdığı sonucuna varılan kanun hükümlerinin mefhumu muhalifinden hukuka uygunluk nedenlerinin manevi unsurları da barındırdığının çıkarılabileceği ifade edilmiştir.⁵⁷³

Sübjektif unsurların içeriği bakımından da failin sadece bunları bilmesini ve farkında olmasını (*kognitives Komponent*) yeterli gören ve ek olarak ayrıca isteme unsurunu (*volutatives Komponent*) arayan olmak üzere görüşler ayrılmaktadır. İlk ve baskın görüşe göre, eğer fail harekete geçmeden veya geçerken ortada bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu bilmekteyse ve bu bilinçle hareket ediyorsa, bu halde hukuka uygunluğun sübjektif unsuru gerçekleşmiş sayılmalı ve fail artık bu nedenden yararlandırılmalıdır.⁵⁷⁴

⁵⁶⁹ Rath, **a.g.e.**, s. 613-8; Gropp, Sinn, **a.g.e.**, §5, kn. 54-8.

⁵⁷⁰ Gropp, Sinn, **a.g.e.**, §5, kn. 48.

⁵⁷¹ Rath, **a.g.e.**, s. 263

⁵⁷² Detay için bkz. Erdin, **a.g.e.**, s. 236 vd.

⁵⁷³ Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 328; Koca, "HUN", s. 122; Dursun, Bozbayındır, **a.g.m.**, s. 71; Uğraş, **a.g.m.**, s. 382; Heinrich, **I**, para. 325, 388-9. Eleştirisi için bkz. Rath, **a.g.e.**, s. 77 - 84; Geppert, **a.g.m.**, s. 104.

⁵⁷⁴ Roxin, **a.g.e.**, §14, kn. 97; Schmidhäuser, **a.g.e.**, §6, kn. 79; Kindhäuser, Zimmermann, **a.g.e.**, §16, kn. 59 vd.; Ralf Krack, "Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente-insbesondere zum Irrtum über die Zielrichtung des Angriffs", **Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie und die Reform der Juristenausbildung**, Ed.: Heinz Koriath, Ralf Krack, Henning Radtke, Jörg-Martin Jehle, Göttingen, Universitätsverlag Göttingen, 2010, s. 148; Rönna, "Subjektive", s. 596; Frisch, **a.g.m.**, 133; Kühl, **a.g.e.**, §6, kn. 11a; Frister, **a.g.e.**, §14, kn. 25. 3. Elisa Hoven, Wolfgang Mitsch, "Notwehr und Notwehrexzess – Vorschlag einer neuen Formulierung der §§ 32, 33 StGB", **KriPoZ**, Vol: 6, 2023, s. 440. Yazarlar kanuna hem meşru savunma hem de hukuka uygunluk nedeni olan

Aksi görüş ise, bunun yeterli olmadığı, failin ayrıca hukuka uygunluk nedeninin taşıdığı amaca yönelik harekete geçmesi gerektiğinin de aranacağını ifade etmektedir.⁵⁷⁵ Final hareket teorisine göre de, gailik düşüncesi doğrultusunda sübjektif unsur yalnız bilme değil, istemeyi de içerir.⁵⁷⁶

Örneğin, kanun kaçağını yakalamak için yaralayan polisin ya da üçüncü kişi lehine meşru savunmada bulunan failin aslında mağdurla arasında önceye dayanan düşmanlık bulunması ilk görüş bakımından önem taşımamalıdır. Eğer hukuka uygunluk nedeninin varlığına dair genel bilgi haricinde ayrıca bir de isteme unsuru aranacak olursa, fail iç dünyasındaki düşünceden ötürü cezalandırılmış olur (*Gesinnungsstrafrecht*).⁵⁷⁷

İsteme unsurunu arayan görüş de, failin hukuka uygun davranma amacını tamamen arka plana bırakmayan bu tarz başka veya ek saikleri kabullenir. Ancak yine de örneğin intikam veya öfke gibi duyguların baskın olmaması gerektiğini vurgular.⁵⁷⁸ İlk görüş ise, böyle bir örneğin gündeme gelmesinin ve gelse bile bu durumun ispatının çok zor olacağı gerekçesi ile buna karşı çıkar.⁵⁷⁹

Türk hukukunda da, sadece hukuka uygunluk nedeninin varlığının ve failin kendisini bu çerçevede hareket ettiğini bilmesinin yeterli olduğu ifade edilmiş, bunun dışında ve buna ek olarak aynı zamanda hukuka uygun hareket etme amacının

zorunluluk halinde sübjektif unsurun failin durumdan haberdar olmasından ibaret olduğunu ve bu unsur eksikliğinden teşebbüsten cezalandırılması gerektiğini düzenleyen yeni bir madde getirilerek bu konudaki sorunun çözülmesini önermişlerdir.

⁵⁷⁵ Alman Federal Mahkemesi de bu görüşü benimsemektedir, bkz., Uğraş, **a.g.m.**, s. 397. ; BGH 25.04.2013 - 4 StR 551/12 (NJW 2013, 2133, 2136); BGH 08.03.2000 - 3 StR 67/00 (NStZ 2000, 365, 366); BGH 06.10.2004 - 1 StR 286/04 (NStZ 2005 332, 334); Geppert, **a.g.m.**, s. 104-5; Heinrich I, para. 325; Rengier, **a.g.e.**, §17, kn. 12; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §8, kn. 413; Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, **a.g.e.**, §14, kn. 48; Fischer, §32, kn. 25-6; Schmidt, **a.g.e.**, kn. 315.

⁵⁷⁶ Göktürk, “Objektif”, s. 23.

⁵⁷⁷ Roxin, **a.g.e.**, §14, kn. 99.

⁵⁷⁸ Engländer, “Die Verteidigungswille”, s. 391; Geppert, **a.g.m.**, s. 105; Krey, Esser, **a.g.e.**, §13, kn. 464; Thomas Fischer, **Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen**, 71. Auflage, München, C.H. Beck, 2024, §32, kn. 26; Hilgendorf, Valerius, **a.g.e.**, s. 129.

⁵⁷⁹ Roxin, **a.g.e.**, §14, kn. 99; Rönna, “Subjektive”, s. 596. Keza savunma iradesinin tamamen bu gibi alçak saiklerden ibaret olmasının uygulamada pek karşılaşılamayacak bir durum olduğu da dile getirilmiştir. Bkz. Brüning, **a.g.m.**, s. 516.

da aranması bir gereklilik olarak ortaya konmamıştır.⁵⁸⁰ Bunun temel nedeni Türk hukukunda manevi unsurun içeriğinin detaylı şekilde irdelenmemesidir. Failin iradesi savunmaya yönelik olduğu takdirde öç alma motifi ile hareket etmesi artık dikkate alınmaz.⁵⁸¹ Azınlık olarak, amaç unsurunu ayrıca aranarak onun yoksunluğunda, hareketin sonucu bir menfaat korunmuş olsa dahi failin hukuka aykırılığının ortadan kalkmayacağı da savunulmuştur.⁵⁸²

Sübjektif unsurların yokluğunda ne yapılacağı sorusuna ise, Alman hukukundakine benzer cevaplar verilmektedir. Baskın görüş, hareketin değersizliği sürerken objektif gerçekleşmiş olan hukuka uygunluk nedeninin neticenin değersizliğini ortadan kaldırmış olmasından bahisle teşebbüs hükümlerinin (kıyasen) uygulanması gerektiğini ileri sürer.⁵⁸³ Öte yandan yine sübjektif görüş içerisinde olup da, elverişsiz teşebbüsün Türk hukukunda cezalandırılmıyor oluşu sebebiyle bu gibi olayların işlenemez suç çerçevesinde ele alınarak cezalandırılmaması gerektiği de savunulmuştur.⁵⁸⁴

Son olarak görüşün taksirli suçlarda meseleyi nasıl ele aldığına da değinmek gerekmektedir. Sübjektif görüş içerisinde ağırlıklı olarak taksirli suçlar bakımından da failde ‘genel bir’ savunma iradesinin aranacağı savunulmaktadır.⁵⁸⁵ Ancak failin

⁵⁸⁰ Kılıç, **a.g.e.**, s. 193-4; Koca, Üzülmüş, **GH**, s. 272; Özbek vd., **a.g.e.**, s. 294; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 650; Hakeri, **GH**, s. 430; Ozansü, **a.g.e.**, s. 116-7; Aygörmüş, **a.g.m.**, s. 162; Değirmenci, “Yanılma”, s. 173, Göktürk, “Yanılma”, s. 18-20; Ersan, **a.g.e.**, s. 45.

⁵⁸¹ Göktürk, “Objektif”, s. 25. Bu husus kastın yapısıyla da açıklanmaya çalışılmış ve aslında kastın ‘isteme’ şeklinde bir unsurunun olmaması gerektiğinden hareket ederek, kastın hukuka uygunluk nedenlerinde nötrleyicisi olan savunma iradesinin de failin gailiğine binaen sade bir hukuka uygunluk bilinci şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Göktürk, “Objektif”, s. 23-5. Kastın yapısına dair öğretideki tartışmalar için bkz. Özgenç, **GH**, s. 243-5; Ozansü, **a.g.e.**, s. 130 vd.

⁵⁸² Göktürk, “Objektif”, s. 23 vd. İçerik olarak değerlendirmese de, amaç aranacağını zikreden görüş için bkz., Özgenç, **GH**, s. 538.

⁵⁸³ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 650; Kılıç, **a.g.e.**, s. 59; Göktürk, “Yanılma”, s. 20-2. Kıyasen değil, teşebbüs hükümlerinin doğrudan uygulanırılığını savunan görüş için bkz., Özgenç, **GH**, s. 543; Koca, Üzülmüş, **GH**, s. 273; Karakurt, **a.g.m.**, s. 128-9.

⁵⁸⁴ Erman, **a.g.e.**, s. 392-3. Ayrıca Erman, cezasızlık sonucu önermesinin hukuka uygunluk nedenlerinin yalnız objektif olduğunun kabul edilmesinin otomatik sonucu olmadığını, yani manevi unsurları benimsemenin cezasızlık sonucuna engel olmadığını vurgulamıştır. Bkz. **A.g.e.**, s. 392. Sarıgül, **a.g.m.**, s. 351; Değirmenci, “Yanılma”, s. 174.

⁵⁸⁵ Roxin, **a.g.e.**, §15, kn. 129; Kühl, **a.g.e.**, §17, kn.79; Johannes Kaspar, “Grundprobleme der Fahrlässigkeitsdelikte” (Teil 2), **JuS**, 2012, s. 115; Christian Fahl, “Unter Brüdern”, **JURA**, Heft:1, 2003, s. 65; Yazar, silahını temizlerken yanlışlıkla ateş alması ve kurşunun bir saldırganı isabet etmesinde failin bu tesadüften yararlanarak cezadan kurtulmasının adalet duygusuyla örtüşmeyeceği

hareketinin değersizliği sürse de, taksirli suçlara teşebbüs mümkün olmadığından her ne kadar fiil hukuka aykırı da olsa faili cezalandırmak mümkün olmayacaktır.⁵⁸⁶

Azınlık görüşü ise, taksirli suç bakımından savunma iradesinin ‘ilgisiz’ ya da ‘gereksiz’ olacağını ifade etmektedir.⁵⁸⁷ Yine, taksirli suçlar bakımından objektif görüşe dönülmesi gerektiği de ileri sürülmektedir.⁵⁸⁸ Görüşler, taksirli suçlarda kastlı suçlarda olduğu gibi bir niyet değersizliğinin olmadığını belirtmiştir. Buna göre, hukuka uygunluk nedeninin objektif varlığı ile netice ve hareketteki olgu değersizliği telafi edilir. Ancak fail zaten ‘bilme’ unsurundan yoksun şekilde taksirli hareketi gerçekleştirdiğinden, ortada telafi edilecek sübjektif bir bileşen bulunmamaktadır.⁵⁸⁹

Özetle failin öngördüğü neticeye taksirle sebep olmasının değersizliğini, hukuka uygunluk nedeninin objektif mevcudiyeti gidermeye kafidir.⁵⁹⁰ Hareketten geriye kalan artık haksızlık ise, cezalandırmaya geçecek boyutta değildir.⁵⁹¹ Dolayısıyla fiil hareket ve netice unsurları ile bir bütün olarak hukuka uygundur.⁵⁹²

Hukuka uygunluk için taksirli suçlarda da hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif ve objektif varlığını kümülatif olarak arayan finalist görüş için haliyle aksi geçerli olacak, fiil hem hukuka aykırı olup hem de taksirli tamamlanmış suçtan cezalandırma yapılacaktır.⁵⁹³

gereğesiyle taksirli fiiller için de hukuka uygunluk nedeninde en azından failin hukuka uygunluk nedenini bilmesi/ tanınması şeklinde manevi unsur aranması gerektiğini savunmaktadır.

⁵⁸⁶ Kaspar, “Fahrlassigkeitsdelikte” (2), s. 115-6; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §18, kn. 1145.

⁵⁸⁷ Kindhäuser, Zimmermann, **a.g.e.**, §33, kn. 69, 71; Kretschmer, **a.g.m.**, s. 117; Göktürk, “Objektif”, s. 19-20.

⁵⁸⁸ Waltraud Nolden, **Strafrecht AT**, Kapitel V: Das Fahrlässigkeitsdelikt, http://www.go-jura.de/plus/pdf/fr_fahrlaessigkeit.pdf, E.T.:27.07.2023, 15.04, s. 4.

⁵⁸⁹ Rath, **a.g.e.**, s. 314 vd.; Kindhäuser, Zimmermann, **a.g.e.**, §33, kn. 69, 71; Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 589; Kretschmer, **a.g.m.**, s. 117.

⁵⁹⁰ Frisch, **a.g.m.**, s. 130; Kretschmer, **a.g.m.**, s. 117; Kindhäuser, Zimmermann, **a.g.e.**, §33, kn. 71; Kastlı suçlar için geçerli olan telafi ilişkisinde, tipik fiilin bilinmesi ve istenmesi gibi ağır bir sübjektif unsur taksirli suçlarda yoktur, bkz. Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §18, kn. 1145.

⁵⁹¹ Kühl, **a.g.e.**, § 17, kn. 80.

⁵⁹² Kindhäuser, Zimmermann, **a.g.e.**, §33, kn. 69, 71

⁵⁹³ Paeffgen, Zabel, Vor §32 – 35, kn. 144.

1.2.5.3.2. Objektif Görüş

Psikolojik kusur teorisi ve klasik suç öğretileri hukuka aykırılığı objektif olarak ele aldığından, hukuka uygunluk nedenlerinin manevi unsurları olduğunu kabul etmemektedir.⁵⁹⁴ Aksine, hukuka uygunluğun objektif mevcudiyetinin yeterliliğine kanaat getirmişlerdir.⁵⁹⁵ Görüşün hukuka aykırılığı norm ile fiil arasındaki çatışma, kusuru da fail ile fiil arasındaki sübjektif bağ olarak tanımlaması karşısında⁵⁹⁶ aksi tutum benimsemesi zaten beklenemezdi.

Objektif görüşü benimseyen yazarlara göre, hukuka aykırılık ile ilgili değerlendirme olay sonrası (*ex post*), yani sonradan, sonuca göre yapılmalıdır.⁵⁹⁷ Objektif görüşe göre hukuka uygunluk nedenlerinin yalnızca doğmuş / var olmuş olmaları, failin inancından tamamen bağımsız olarak etki doğurur ve fiili hukuka uygun kılmaya yeterli olurlar.⁵⁹⁸ Eğer sübjektif görüş benimsenecek olursa, hukuka aykırılık, hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğunun bilinci olarak tanımlanmış olur.⁵⁹⁹ Failin düşüncesi nedeniyle cezalandırılmasının da fail ceza hukuku uzantısı anlamına geleceği ve kabul edilemeyeceğini ifade eder.⁶⁰⁰

Ceza hukukunun amacı, ‘iradeyi rehabilite etmek’ değil, ancak hukuka aykırı sonuçları engellemektir.⁶⁰¹ Ayrıca failin düşüncesine göre suç olup da objektif olarak olmayan bu haller mefruz suç kurallarına göre de failin cezalandırılmasına

⁵⁹⁴ Bkz., Dursun, Bozbayındır, **a.g.m.**, s. 63, 67; Ayrıca bkz. yukarıda: “1.2.1. Genel Olarak Suç Teorisinde Hukuka Aykırılık ve Kusurluluk”

⁵⁹⁵ İçel vd., **a.g.e.**, 111-112; Demirbaş, **GH**, s. 296-8; Centel/ Zafer/ Çakmut, **GH**, s. 302; Hafizoğulları, Özen, **GH**, s. 195 vd.; Soyaslan, **GH**, s. 359; Taner, **a.g.m.**, s. 243-4; Güngör, **a.g.e.**, 63; Kangal, **a.g.e.**, s. 204; Yener Ünver, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenleri”, içinde: **1. Türkiye - Azerbaycan Hukuk Sempozyumu**, Ed.: Yener Ünver, İstanbul, Özyeğin Üniversitesi Yayınları, 2011, s. 86-87, 90-91; Ekici Şahin, **a.g.e.**, 175-6; Katoğlu, **a.g.e.**, 88, 105, 150; Kunter, **a.g.e.**, s. 150 vd.; Dönmezer, Erman, **II**, s. 252-3; Erem, Danışman, Artuk, **a.g.e.**, s. 551; Toroslu, **Zaruret**, s. 157; Önder, **GH**, 152-153, 158; Özen, **Meşru Müdafaa**, s. 141-142.

⁵⁹⁶ Bkz. Katoğlu, **a.g.e.**, s. 83 vd., 86 vd.

⁵⁹⁷ Taner, **a.g.m.**, s. 243; Dursun, Bozbayındır, **a.g.m.**, s. 82.

⁵⁹⁸ Güngör, **a.g.e.**, s. 63.

⁵⁹⁹ Uruşak, **a.g.e.**, s. 197.

⁶⁰⁰ Uruşak, **a.g.e.**, s. 191-2; Ünver, “Hukuka Uygunluk”, s. 87- 90-1; Ekici Şahin, **a.g.e.**, s. 175-6.

⁶⁰¹ Erdin, **a.g.e.**, s. 96.

imkan tanımaz.⁶⁰² Kaldı ki nadiren gündeme gelebilecek bu gibi olaylar için failleri tesadüften yararlandırmak için bir engel de bulunmamaktadır.⁶⁰³

Objektif görüş sübjektif görüşü genel olarak, hukuka uygunluk nedeninde sübjektif unsurların var olmasının gerekliliğini tatmin edici şekilde gerekçelendiremediği ve temellendiremediği için eleştirir.⁶⁰⁴ Bundan başka final hareket öğretisi tamamlanmış ceza önererek hukuka uygunluk nedenlerinin objektif mevcudiyetine hiç değer tanımaması yönünden tenkit eder.⁶⁰⁵ Şahsi haksızlık öğretisi ise, neticenin değersizliğinin haksızlık yapısından dışlanamayacağı itirazıyla karşılanmaktadır.⁶⁰⁶ Kanun lafzına dayanan sübjektif görüşe itiraz mahiyetinde, kanunlarda geçen ‘için’ ve ‘amacıyla’ ifadelerinin sübjektif unsurları muhakkak gerektirmediği, burada kanun koyucuların niyetten ziyade savunma hareketine ilişkin bir ölçüyü dile getirdiği savunulmuştur.⁶⁰⁷

Yine, hukuka uygunluk nedenlerinin gerçekleşmesinin failin hakkı veya hukuku koruma iradesine bağlı olmadığı, TCK’da savunma *amacıyla* değil, savunma *zorunluluğu* ile hareket edilmesinin düzenlenmiş olması karşısında söz konusu zorunluluğun hukuka uygunluk nedeninin objektif varlığı ile zaten gerçekleşmiş

⁶⁰² Dönmezer, Erman, **II**, s. 252; Karakurt, **a.g.m.**, s. 125; Göktürk, “Yanılı”, s. 28; Değirmenci, “Yanılma”, s. 167; Kunter, **a.g.e.**, s. 150; İçel, **GH**, s. 324; Toroslu, **Zaruret**, s. 157; Demirbaş, **GH**, s. 296’da, failin var olan ilgilinin rızasından habersiz olduğu durumda mefruz suça benzer durum oluştuğunu ifade etmektedir. Oysa rızayı iki ayrı mefhum olarak ele alan ve iştirak ettiğimiz düalist teoriye göre söz konusu rıza suçun bir unsuru ise, tipe dahil olacağından, failin bu olumsuz unsurdan haberdar olmaması elbette tipik fiil bakımından kastına engel olacaktır. *Erman* ise, mefruz suç ile işlenemez suçun ayrımının ortaya konması gerektiğini ve bu hallerde meselenin hallinin işlenemez suç kurallarınca mümkün olabileceğini ifade eder, Erman, **a.g.e.**, s. 276-8; 392-3.

⁶⁰³ Ünver, “Hukuka Uygunluk”, s. 87. Önder de uygulamada son derece nadiren meydana gelebilecek bu tür olaylar için faili tesadüften yararlandırmak gerektiğini, kanun koyucunun bu istisnai halleri göz önünde bulundurarak sübjektif unsur aradığından söz edilemeyeceğini ifade eder. Bkz. Öder, **GH**, s. 153 Ancak iştirak ettiğimiz görüşe göre, *‘ceza hukukunda basit çözümlerin kabul edilmesi yönünde bir ilke mevcut değildir’*. Bkz. Erdin, **a.g.e.**, s. 121. Tesadüfen meydana gelen hukuka uygunluk nedeninden faili yararlandırarak onun âdeta ödüllendirilmesinin kabul edilemeyeceği şeklinde aksi yönde bkz., Göktürk, “Objektif”, s. 27

⁶⁰⁴ Erdin, **a.g.e.**, s. 337; Rath, **a.g.e.**, s. 279.

⁶⁰⁵ Erdin, **a.g.e.**, s. 340.

⁶⁰⁶ Erdin, **a.g.e.**, s. 345 vd. Ceza hukukunun kötü iradeyi tek başına değil, harici aleme aktarılan kötü iradeyi cezalandırdığı vurgulanmaktadır. Devamındaki açıklamalarında yazar, neticenin haksızlık alanından neden çıkarılamayacağına dair, taksir, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç ve teşebbüs bakımından da değerlendirmelere yer vermektedir.

⁶⁰⁷ Erdin, **a.g.e.**, s. 261.

olacağı ifade edilmektedir.⁶⁰⁸ ⁶⁰⁹ Bundan başka, hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı failin kastına dahil olmalarına bağlanırsa bazı suç tiplerinde ayrıca yer verilen özel hukuka aykırılık halleri açıklanamaz.⁶¹⁰

Kaldı ki görüş, ayrıca CMK'nın 223'üncü maddesinde failin suç işlemesine rağmen ortada bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması halinde beraate hükmedileceğinin düzenlenmesi ve bu noktada failin iradesine veya diğer sübjektif herhangi bir unsura değinilmemiş olmasını da kanunun bu yöndeki tercihine işaret olarak göstermektedir.⁶¹¹

Öte yandan failin hareketinin hukuka aykırı sayılması halinde özel hukuk gereği tazminatla yükümlü kılınabileceğini ve objektif bir hukuka uygunluğun varlığı karşısında bunun kabul edilemezliğini savunurlar.⁶¹² Benzer şekilde, objektif durumdan haberdar olmayan failin hareketi hukuka uygun olduğu içindir ki ilk saldırgan herhangi bir savunma hareketinde bulunamaz, bu hareketi hukuka aykırı olur.⁶¹³

Görüş, sübjektif görüşe sahip fikrilerin sonuçta ne yapılacağına dair uzlaşısı içinde olmamasını da bir tutarsızlık alameti olarak ele alır. Her şeyden önce baskın olan teşebbüs görüşü, teşebbüsün varlığı için yalnız hareket değersizliğinin yeterli olmayıp, neticenin gerçekleşme ihtimalinin yüksekliği ve failin somut tehlike yaratmış olması da arandığından uygulanabilir değildir.⁶¹⁴ Tamamlanmış suç fikrine hukuka uygunluk nedeninin gerçekleşmesine götürü şekilde hiç değer tanınmadığı

⁶⁰⁸ Kangal, **a.g.e.**, s. 204; Özen, **Meşru Müdafaa**, s. 113.

⁶⁰⁹ Öğretide failin bilinebilir olmayan iç saiklerinin hukuka uygunluğu etkileyemeyeceği, ancak meşru savunmada savunma iradesi, tıbbi müdahalede tedavi iradesi gibi, hukuka uygunluktan haberdar olmayı gerektiren durumun, aslında sübjektif değil, objektif savunma amacı şeklinde ele alınması gerektiğini ifade eden görüş de objektif görüş altında kategorize edilmiştir. Bkz. Erdin, **a.g.e.**, s. 97-100. Aslında bu görüşler açıkça elverişsiz teşebbüs önerdikleri ve sübjektif duygu durumunda amaçların gözetilmesini kabul etmeyerek *kanaatimizce* aslında özünde sübjektif görüş içerisinde yer alır, ancak içerik bakımından bilgiyi yeterli gören gruba dahil olurlar.

⁶¹⁰ Uruşak, **a.g.e.**, s. 197.

⁶¹¹ Uğraş, **a.g.m.**, s. 410.

⁶¹² Görüş için bkz. Erdin, **a.g.e.**, s. 66 vd.

⁶¹³ Rath, **a.g.e.**, s. 59 vd.

⁶¹⁴ Uğraş, **a.g.m.**, s. 410.

için, cezasızlık fikrine de sonuç cezasızlığa bağlanacaksa manevi unsurların neden illa aranması gerektiğini açıklayamadığı için karşı çıkar.⁶¹⁵

Öğretide *Kartal* diğer gerekçelere ek olarak şu örnekle de sübjektif teoriye karşı çıkmaktadır: Gerçekten var olan bir meşru savunma halinde fail saldırganı sadece bıçağını gösterip tehdit ederek devirebileceğine inanmaktadır ama buna rağmen bıçakla yaralamayı tercih etmiştir. Sonradan ortaya çıkmaktadır ki zaten saldırgan sadece tehditle savuşturulamayacaktır.⁶¹⁶ O halde sübjektif teorinin burada da teşebbüs uygulamasını tercih etmesi beklenecektir. Zira fail objektif olarak var olan ölçülülük şartının gerçekleşmediğini sanarak hareket etmiştir.⁶¹⁷

Alman hukukunda küçük bir azınlığı temsil eden⁶¹⁸ objektif görüşün Türk hukukunda son derece baskın olmasının bir diğer gerekçesi de, TCK'da elverişsiz teşebbüsün düzenlenmemiş olmasıdır.⁶¹⁹ Kast değersizliğinin TCK bakımından tek başına haksızlığa vücut vermediği benimsenmiş bulunduğundan, Türk hukukunda sübjektif unsurlar kabul edilmemiştir.⁶²⁰

Son bir görüş ise sübjektif teorinin benimsendiği AlmCK'da elverişsiz teşebbüsün de cezalandırılıyor oluşu ile, İtalyan Ceza Kanunu'nda hukuka uygunluk nedenlerinin mevcudiyetinin objektif olduğunun belirtilmiş olması⁶²¹ karşısında, şu anki TCK ile herhangi bir görüş lehine yorum yapılamayacağını ileri sürer.⁶²² TCK md. 30/3'te benimsenmiş görünen katı kusur teorisinden yola çıkılacak olursa failin

⁶¹⁵ Dursun, Bozbayındır, **a.g.m.**, s. 86; Taner, **a.g.m.**, s. 243.

⁶¹⁶ Kartal, **a.g.e.**, s. 126.

⁶¹⁷ *Berster*, benzer örneği tartışmış ve netice değersizliği zaten ortadan kalkıp harekete dair de olgu değersizliği azaldığından failin cezasının hafifletilmesi ya da tamamen kaldırılması gerektiğini dile getirmiştir. Bkz., *Berster*, **a.g.m.**, s. 45.

⁶¹⁸ Gropp, Sinn, **a.g.e.**, §5, kn. 54. Aslında yazarlar sübjektif unsurun hiç aranmayacağını değil, sadece kanuni düzenlemesinden anlaşılan bir nevi sübjektif unsura da yer verilen hukuka uygunluk nedenleri bakımından mevcut olduğunu ifade ederek, sübjektif unsurun noksanlığında dahi failin cezalandırılmayacağını objektif dayanaklarla gerekçelendirirler.

⁶¹⁹ Kangal, **a.g.e.**, s. 206. Görüş, hukuka özel aykırılık hallerinde de objektif teoriyi benimsemektedir, bkz. Dursun, Bozbayındır, **a.g.m.**, s. 86.

⁶²⁰ Erdin, **a.g.e.**, s. 294.

⁶²¹ İtalyan Ceza Kanunu'nun 59/1. maddesine göre, “ ... *cezaı kaldırın sebepler fail tarafından bilinmese veya var olmadıkları zannedilse bile ... onun lehine değerlendirilir.*” Bkz., Uruşak, **a.g.e.**, s. 194.

⁶²² Şenol, **a.g.m.**, s. 68.

kasten harekete başladığı düşünülerek teşebbüs uygulaması yapılabilirse de, bu konuda açık kanuni düzenleme getirilmesi daha doğru olacaktır.⁶²³

1.2.5.3.3. Değerlendirme ve Kanaat

Objektif görüşün hukuka aykırılığı hukuk düzeni ile fiil arasındaki saf ilişki ve uyumsuzluk şeklinde tanımlaması bize göre de isabetlidir. Kanunumuzda kast suçun unsurlarına yönelik bilme ve isteme olarak tanımlandığından, daha önceki bölümlerde vurgulandığı üzere, kast yalnızca suçun kanuni ve tipe dair unsurları kapsamaktadır.

Buradan alarak ilkin kast, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarını kapsamaz. Dolayısıyla failin hukuka aykırılık nedenlerinin oluşup oluşmadığına dair bilgisi kastı engellemez veya temellendirmez.⁶²⁴ Buradan alarak, objektif olarak mevcut olmuş bir hukuka uygunluk nedenini bilmemesi, bundan haberdar olmaması, failin kasten hareket etmediğini göstermez. Tıpkı hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında yanılan, bu şartların objektif olarak mevcut olmadıklarını bilmeyen failin kastının etkilenmemesi gibi.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatanın kastı kaldırdığını savunan kimi görüşler, sübjektif teoriyi söz konusu hata hükümlerinin mefhumu muhalifine dayandırarak, objektif olarak mevcut hukuka uygunluk nedeninde failin bilgisizliğinin de kastı temellendireceğini ifade etmişlerdir. Bir an için muhakkak bir mefhumu muhalif çıkarımı yapmak gerekseydi bile, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında kaçınılmaz hata kusuru kaldırdığından, bu durumda objektif hukuka uygunluk nedeninin varlığından haberdar olmayan failin kastı değil, - olsa olsa - kusuru temellenmiş olurdu.

⁶²³ Şenol, **a.g.m.**, s. 68; *Toroslu* da, İtalyan Ceza Kanunu'ndakine benzer düzenleme getirilmesini önermektedir, bkz. *Toroslu*, **Zaruret**, s. 157. Bu düzenlemeye kadar da bu yönde uygulama yapılmasının uygun olduğunu vurgulanmıştır, bkz. Katoğlu, **a.g.e.**, s. 66.

⁶²⁴ Soyaslan, **GH**, s. 447 vd.; Hafızoğulları, Özen, **GH**, s. 258; Nazmiye Özenbaş, "Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Ceza Sorumluluğunun Esası", *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı*, Eskişehir, Ocak 2012, s. 96.

Sınırlı kusur teorisinin bu yaklaşımı bir yandan ortada hiç hukuka uygunluk nedeni yokken var zanneden faili beraat ettirirken, gerçekten var olan nedeni bilmeyen faili cezaya layık bulduğundan hakkaniyetsizdir. Nitekim objektif görüşçe yöneltilen temel eleştirilerin başında, sübjektif görüşün hukuka aykırılığı failin ödevde aykırılık bilinci ile beraber tanımladığı ithamı gelmektedir.⁶²⁵

İkinci olarak ise kast, haksızlık bilincini de kapsamaz. Haksızlık bilinci kusurluluğun tespiti esnasında başvuru alan sınıma kriterlerinden ve kusurun ana yapısının bileşenlerinden biridir. Dolayısıyla haksızlık bilinci henüz haksızlık aşamasında değil, kusurluluk basamağında gündeme alınarak değerlendirilir. Failin var olmayan bir hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarını var zannettiği yanlışlığında nasıl ki kast etkilenmez ve haksızlık bilinci ve dolayısıyla kusura dair bir hata söz konusudur, benzer şekilde haksızlık bilincinin bu kez var olduğu, yani failin norma aykırı hareket etme iradesiyle bir tipik fiili icra ettiği tersine yanlışlıklarında da olsa failin kusuru temellenmiş olur, yoksa fiilin haksızlığı değil.

Nitekim kusura dair bir unsur olarak haksızlık bilinci varsa bile, tıpkı mefruz suçlarda olduğu gibi, failin hareketi hukuka aykırı addedilemez, yalnızca kusurlu addedilebilir. Ki hukuka uygun olacağı için söz konusu hareketi bakımından failin kusurunu araştırmaya artık gerek kalmayacaktır. Hâsılı tersine hata hallerinde tipe uygun ve kusurlu ancak hukuka aykırılık basamağından elenen bir fiil ile karşı karşıyayız demektir. Failin “suç işleme iradesi” ile hareket etmesi ya da “hukuka uygun davranma iradesi”ne sahip olmaması, haksızlık teşkil etmeyen bir fiil bakımından önem taşımaz. Bu değerlendirmeler, ancak fiil tüm unsurlarıyla bir suça vücut verseydi cezalandırma bakımından önem arz edebilirdi.

Eğer tersine yanlışlıklarında failin fiili, sübjektif unsur eksik kalacağından hukuka aykırı sayılmaya devam edilseydi, bu takdirde bu fiile karşı meşru savunmada bulunmak mümkün hale gelirdi. Oysa objektif bir hukuka uygunluk nedeni içinde davranan ve farkında olmasa da hukuka hizmet eden failin bu fiiline

⁶²⁵ Katoğlu, **a.g.e.**, s. 105. Oysa hukuka uygunluk nedenini var zanneden failin fiili sırf ödev bilinci var diye hukuka uygun olmamıştır. Hâlâ haksız olup, yalnızca kusuru kalkmıştır.

engel olmak isteyen kişiler (örneğin ilk saldırgan) meşru savunmadan yararlanamamalıdır.

Son olarak burada, bu fiilin hukuka uygun olup olmadığını tespit, TCK md. 27 bakımından önem taşır. Eğer hukuka uygunluk nedenlerinde subjektif unsur da kabul etmiş olsaydık, bunun eksikliğinde fail hâlâ hukuka aykırı alanda davranıyor kabul etmemiz gerekeceğinden, tersine yanlış hallerinde TCK md. 27 hükümlerini uygulayamayacaktık.

Ancak hukuka uygun davranma bilinci, hukuka uygunluk nedeninden haberdar olma ya da kısaca ‘savunma iradesi’ tarafı olduğumuz objektif görüşçe hukuka uygunluk nedenlerinin unsuru olmadığından, tersine yanlış fail de hâlâ hukuka uygun davranmaktadır. Hukuka uygunluk nedeni sübut etmiştir. Dolayısıyla bu sübutun varlık şartına bağlı olarak uygulanan TCK md. 27 hükümlerinin önünde bu yönden bir engel kalmamıştır.

İKİNCİ BÖLÜM

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNA GÖRE HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNDE SINIRIN KAST OLMAKSIZIN AŞILMASI DÜZENLEMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ, KAPSAMI VE UYGULANIŞI

2.1. 5237 Sayılı TCK'ya Göre Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Kast Olmaksızın Aşılması Düzenlemesinin Hukuki Niteliği

TCK md. 27/1'in ne lafzında ne de fıkra gerekçesinde maddenin hukuki niteliğine ilişkin bir belirleme bulunmaktadır. Bir hukuka uygunluk nedeninin sınırı aşıldığı takdirde failin artık hukuka aykırı alanda bulunacağı açıktır. Ancak bu aşan fiili itibariyle failin sorumluluğunun esasının ne olacağı, neye göre belirleneceği önem taşımaktadır.⁶²⁶

Burada ilk etapta, TCK md. 27/1'in hukuki niteliğini tespiti çalışacağımızdan şimdilik kanunun ifadesindeki şekle - *'ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran nedenler'* - sadık kalarak bütüncül bir değerlendirmeden, dolayısıyla fıkranın yalnızca hukuka uygunluk nedenlerine uygulanabileceğine dair ön kabulden arınmış şekilde inceleme yapmak gerekmektedir.

Alman hukuku bakımından tüm ceza sorumluluğunu etkileyen nedenleri kapsayan bir sınır aşımı müessesesi düzenlenmemiştir. Bu çalışma çerçevesinde yapılan araştırmalarda bu konuya bu şekilde değinildiğine de hiç raslanmamıştır.

⁶²⁶ İlhan Üzülmüş, "Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Aşılması (TCK m. 27/1) ve Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Meşru Savunmada Sınırın Heyecan, Korku ve Telaştan Aşılması (TCK m. 27/2)", içinde: **Beiträge zum deutschen und türkischen Strafrecht und Strafprozessrecht - Die Entwicklung von Rechtssystemen in ihrer gesellschaftlichen Verankerung**, Yayına Hazırlayan: Walter Gropp, Bahri Öztürk, Adem Sözüer, Liane Wörner, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2010, s. 261 vd.

Kasten aşım halinde zaten ilgili nedenden fail yararlandırılmazken, taksirle sınır aşımında duruma göre değerlendirme yapılır. Fail fiili olarak hukuka uygunluk nedeninin sınırında yanılıyorsa kastı kaldıran hata, hukuki olarak izin normunun nerede başlayıp bittiğine dair bilgi ve değerlendirme hatası var ise yasak hatası hükümleri çerçevesinde uygulamaya gidilmektedir.⁶²⁷

Ancak altını çizmek gerekir ki, taksirle sınır aşımı hallerinde hata hükümlerine başvuruluyor değildir. Hata hükümlerine başvurulmasının sebebi, bu hükümlerin şartlarının somut olayda vuku bulmasıdır. Burada bir ikame ilişkisi değil, ayrı hallerde uygulanan müesseseler söz konusudur.

2.1.1. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Şartlarında Hata

2.1.1.1. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Şartlarında Hata ve Sınırın Kast Olmaksızın Aşılması

Öğretide bir görüşe göre, hukuka uygunluk nedenlerinde sınır aşmak aslında hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatadan başka bir şey değildir.⁶²⁸ ⁶²⁹ Madde metninde geçen ‘kast olmaksızın’ ifadesi de bu doğrultuda, söz konusu hükmün ‘kastı kaldıran’ hata olduğuna dair bir işaret olarak okunmaktadır.⁶³⁰ Koca ve Üzülmüş, failin sınırı kasten aştığı hallerde tartışılacak bir hususun

⁶²⁷ Ersan, **a.g.e.**, s. 61.

⁶²⁸ Koca, Üzülmüş, **a.g.m.**, s. 41; Polat, **a.g.e.**, s. 183; İnci, **a.g.m.**, s. 119; Erdin, **a.g.e.**, s. 327.; Özgenç, Şahin, **a.g.e.**, s. 28; *Turabi* ise fıkraı hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatadan ayrı bir kastı kaldıran hata türü olarak ele almaktadır, bkz. Selami Turabi, “Kusurluluk ve Kusurluluğu Etkileyen Haller”, **TBB Dergisi**, Sayı: 101, 2012, s. 287. Aksi yönde bkz., TCK md. 27/1’in hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata olarak değerlendirilemeyeceği, Karaaslan, “Hata”, s. 1680. *Akbulut* sınırın aşılmasını hem hatanın bir görünümü olarak ele almış hem de zaman bakımından aşmada yalnızca maddi şartlarda hata olduğunu vurgulayarak maddi şartlarda hata halini ilgili hukuka uygunluk nedeninin hiç doğmadığı durumlarla sınırlayarak bir nevi görüşleri harmanlamış görünmektedir. Bkz. Akbulut, **GH**, s. 607, 611, 617.

⁶²⁹ Öğretide fıkraı hata kurumu olarak ele alan görüş azınlıkta olup, iki kurumu ayrı değerlendiren fikirler baskınken, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata için ileri sürülen görüşlerin, sanki bunlar TCK md. 27/1’i açıklamak için geliştirilmişler gibi yansıtılmasını doğru değildir. Karş. İba, **a.g.m.**, s. 622.

⁶³⁰ Koca, Üzülmüş, **a.g.m.**, s. 41; Gündüz, Sarıgül, **a.g.m.**, s. 417; Akbulut, **GH**, s. 607. Öğretide Erdin’e göre, TCK md. 30/3’te hukuka uygunluk sebeplerinin şartlarında hatada katı kusur teorisini benimseyen kanun koyucu, hata sınır üzerinde yapılırsa sınırlı kusur teorisine dönmüş görünmektedir. Bkz. Erdin, **a.g.e.**, s. 327.

bulunmadığını, oysa kast olmaksızın sınırın aşılması ifadesinin, hukuka uygunluk nedeninin sınırında hatayı ifade ettiğini belirtmektedir.⁶³¹ Zira haksızlık alanı içerisinde kalan unsurlarda, ki hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartları ve sınırları da bu alandadır, kastın kalkması, failin taksirinden cezalandırılmasını engellememektedir.⁶³² Bu görüşe göre “Fail eğer dikkatli ve özenli davransaydı ve savunmasının ölçüsünde yanılmasaydı, savunmasının aşkın olacağını öngörebilir miydi?” sorusunun cevabı olumlu ise fail sınırdan yanılmış, dolayısıyla da taksirle sınırı aşmıştır.

Görüş, doğrudan fıkranın haksızlığı mı kusuru mu etkilediği hususunda teorik tartışmaya girmemiştir. Ancak zaten fıkra da geçen kast ve taksir ibarelerinin haksızlığa ilişkin olmasının belirtildiğine ve hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatanın doğrudan, kastı kaldırdığı kabul edildiğine göre bu görüş açısından TCK md. 27/1 haksızlık üzerinde etkili bir neden olmaktadır.⁶³³

Yargıtay’ın da bazı güncel kararında tekrar eden “*Kastı kaldıran hata türüne hukuka uygunluk nedenlerinin sınırındaki yanılığı da eklemek gerekmektedir (mad. 27/1).*” ifadeleriyle bu görüşü benimsediğine rastlanmaktadır.⁶³⁴ Ancak buna dair bir gerekçeye yer verilmemiştir. *Kanaatimizce* bir yandan 27. maddenin değerlendirildiği pek çok kararda ilk fıkranın kusuru azalttığından söz ederken⁶³⁵, diğer yandan hukuka uygunluk nedenlerinde hatanın ele alındığı kararlarında aynı fıkranın kastı kaldırdığından söz etmek içtihatlar arasında giderilmesi son derece acil bir çelişkiye işaret etmektedir.

⁶³¹ Koca, Üzülmüş, **a.g.m.**, s. 47-8.; Gündüz, Sarıgül, **a.g.m.**, s. 417; Akbulut, **GH**, s. 617.

⁶³² Koca, Üzülmüş, **a.g.m.**, s. 40-1.

⁶³³ Koca, Üzülmüş, **a.g.m.**, s. 40-1.

⁶³⁴ Y. C.G.K., T. 11.11.2021, E. 2020/61, K. 2021/546; Y. 16. C.D., T. 14.7.2017, E. 2017/1443, K. 2017/4758; Y. 16. C.D., T. 31.10.2018, E. 2018/2012, K. 2018/4553; Y. 16. C.D., T. 21.1.2019, E. 2018/2519, K. 2019/323. Bazı kararlarında ise ayrıca ‘bu yanılığ taksirinden ileri geliyorsa’ şeklinde ek açıklamaya yer vererek âdeti TCK md. 27/1’i kastı kaldıran bir hata, taksirle sınır aşılmasını da kaçınılabilir hata ile bir tutmuş görünmektedir, bkz. Y. 16. C.D., T. 14.5.2019, E. 2018/6780, K. 2019/3591, Y. 16. C.D., T. 19.7.2019, E. 2019/3288, K. 2019/5054.

⁶³⁵ Örneğin: Y. 1.C.D., T. 09/04/2007 , 4811/2535; Y. 1.C.D., T. 30/04/2012, E. 2009/6352, K. 2012/3342; CGK, T. 6.5.2014, E. 2012/1-1557, K. 2014/233; Y. 6. C.D., T. 17.11.2020, E. 2018/622, K. 2020/4126; Y. 12. C.D., T. 4.2.2020, E. 2017/10647, K. 2020/1085; Y. 12. C.D., T. 22.1.2020, E. 2019/13688, K. 2020/810; Y. C.G.K., T. 26.2.2008, E. 2007/281, K. 2008/37; Y. C.G.K., T. 5.10.2010, E. 2010/1-170, K. 2010/182; Y. C.G.K., T. 8.5.2012, E. 2011/436, K. 2012/190; Y. C.G.K., T. 13.10.2015, E. 2013/208, K. 2015/314.

Son olarak, doğrudan ve açıkça hata hükmü olduğu belirtilmese de, açıklanan tüm örneklerin aslında birer sınırdaki hata teşkil ettiği kaynakları da bizce aslında bu gruba dahil etmek mümkündür.⁶³⁶

Aksi görüş ise, hata ve sınırın kast olmaksızın aşılması kurumları arasındaki benzerliğin, ciddi farkların görülmesine engel olmaması gerektiği ileri sürülmektedir.⁶³⁷ Zira hata halinde hareket eden failin de sınırı aşan failin de davranışları özünde hukuka aykırı alan içerisinde olup bundan doğan sorumlulukları benzer kaideler çerçevesinde belirlenmektedir.⁶³⁸ Farklılık davranışların esas bakımındandır. Yanılan failde ortada bir hukuka uygunluk nedeni hiç mevcut değilken, sınırın aşılmasında gerçekten bütün şartlarıyla mevcut bir hukuka uygunluk nedeni aslında var olup fail izin verilenin ötesinde bir davranış gerçekleştirmiştir.⁶³⁹ Hata görüşü ise bu görüşe, aradaki bu farkın tam da kanun koyucunun sınırın aşılmasını diğer hata türlerinden farklı bir maddede ve farklı şekilde düzenlemesinin gerekçesi olduğu şeklinde karşılık vermektedir.⁶⁴⁰

Hukuka uygunluk nedenlerinde hata ile sınır aşımının farklı olduğunu belirten bu görüşlerin, bu ayrımı hatanın failin hukuka uygunluk nedenine yanılarak inanması yüzünden gerçekleştiğini, oysa sınır aşımında ortada gerçekten bir hukuka

⁶³⁶ Örneğin bkz., İsmail Malkoç, **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt: 1 Madde 1 – 81**, Ankara, Yetkin, 2013, s. 343 vd.; Ersan, **a.g.e.**, s. 70 vd.; Hakeri, **GH**, s. 418-9; Özbek vd., **a.g.e.**, s. 357 vd.; Sucuoğlu, **a.g.m.**, s. 142; Bozbayındır, **a.g.m.**, s. 120-1.

⁶³⁷ Ersan, **a.g.e.**, s. 62.

⁶³⁸ Ersan, **a.g.e.**, s. 62. Benzer esaslar çerçevesinde çözüldüğü görüşüne katılmamaktayız. *Kanaatimizce* hukuka uygunluk nedenlerinde hata kastı kaldırmaz. Dolayısıyla hatada kasten işlenen suç taksire indirgenmemelidir. İkinci olarak da, sınırın aşılmasında fail taksirle hareket etmiş olmalı, taksirli bir suç işlemiş olmalıdır. Kastlı işlediği suça, sınırı kasten aşmadığı için taksirle işlemenin cezası verilmemeli, yani yine taksire indirgenmemelidir. Konunun detayına aşağıda ilgili bölümde girilecektir, bkz.: “2.4. 5237 Sayılı TCK md. 27/1 Uyarınca Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Aşılmasının Sübjektif Şartları”

⁶³⁹ Ersan, **a.g.e.**, s. 63; Bayındır, **a.g.m.**, s. 120.

⁶⁴⁰ Bkz. Erdin, **a.g.e.**, s. 327. Nitekim yazara göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata kanun koyucu tarafından açıkça TCK md. 30/3’te düzenlenerek kusur altında ele alınmasına rağmen, söz konusu hata, sınır aşılması şeklinde vücut bulmuşsa TCK’nın artık sınırlı kusur teorisini benimsediğini ve bu yüzden md. 27/1’i ayrıca düzenlediğini ifade etmektedir.

uygunluk nedeni olduğu halde bunun ötesine geçildiği şeklinde izah etmesi⁶⁴¹ isabetsizdir. Her ne kadar sınırın aşılması için mevcut bir hukuka uygunluk nedeni gerekmedikçe de, hata, sadece hukuka uygunluk nedeni hiç var olmamışken değil, gerçekten ortada bir hukuka uygunluk nedeni var olduğu halde failin bu nedenin herhangi bir unsurunda yanılması ile de gündeme gelebilen bir olgudur.⁶⁴²

Örneğin, maket silahla kendisine saldırılan failin, silahı gerçek zannederek, ateşli gerçek silahla savunmada bulunduğu, ya da evine hırsız giren failin sadece az miktarda para çalan hırsız çok değerli mücevherleri çaldığını düşünerek kaçmasına engel olmak için yaraladığı veya polis merkezi yakın olmasına rağmen kolluğun yardımının etkisiz olacağını düşünen failin bu yola başvurmada savunma yaptığı⁶⁴³ olaylarda meşru savunmanın varlığında değil oran ya da zorunluluk şartlarında hata söz konusudur.

İşte failin, saldırının yoğunluğu, savunmanın yeterliliği, zorunluluğu, kullanılan araçların elverişliliği ve tehlikeliliği ile kullandığı savunmanın duruma göre en hafif olduğu noktalarında düştüğü yanılgısı, hukuka uygunluk nedenlerinin şartlarında ve dolayısıyla aynı zamanda sınırında birer fiili hata teşkil eder.⁶⁴⁴ Demek ki hata ile sınır aşılması arasındaki yegâne fark, her zaman ilgili hukuka uygunluk nedeninin hiç doğmamış olması değildir. Dikkat edilecek olursa verilen örneklerde sınırda hata, sonuç itibarıyla gerçekten de sınırın aşılmasına sebep olmuştur. Ancak sınır aşılması her zaman bir maddi hatadan kaynaklanmak zorunda olmadığı⁶⁴⁵ gibi, genelde böyle de olmaz.

İkinci olarak, söz konusu örneklerde objektif olarak birer sınır aşımı mevcutsa da, hukuka uygunluk nedeninin maddi şartı olan sınırda hata yapan failin kastı sürmektedir. TCK md. 27/1 ise kastlı davranışlara uygulanamaz. Failin herhangi bir

⁶⁴¹ Ersan, **a.g.e.**, s. 63; Kan, **a.g.e.**, s. 298; Toroslu, Toroslu, **GH**, s. 197; Erman, **a.g.e.**, s. 286; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s. 617; Düzenli, **a.g.e.**, s. 177; Sucuoğlu, **a.g.m.**, s. 142; Bayındır, **a.g.m.**, s. 120.

⁶⁴² Erb, §32, kn. 250.

⁶⁴³ Kartal, **a.g.e.**, s. 188.

⁶⁴⁴ Erb, §32, kn. 250.

⁶⁴⁵ Erman, **a.g.e.**, s. 287-8.

hatası olmaksızın sınırın aşıldığı hallerde, bu aşım taksire dayanmakta ise, ancak o zaman uygulanacak olan hüküm TCK md. 27/1 olacaktır.⁶⁴⁶

Herhangi bir hataya dayanmayan sınır aşımı halleri örneklendirilebilir: Kaçak bir yapının yıkılması için işlem yapan görevliler, bu hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde bir evi yıkarken, yanındaki kaçak olmayan diğer bir binanın da çökmesine sebep olurlarsa, TCK md. 171⁶⁴⁷ gündeme gelebilir. Bu takdirde bu madde gereği alınacak cezadan TCK md. 27/1 gereği indirim de düşünülebilir. Bir başka örnekte bu yıkım yapılırken, sokak hattının kanalizasyon sistemi patlatılır bu yüzden de yakındaki bir fabrikanın atıklarının doğrudan toprağa karışmasına sebep olunursa, TCK md. 182'de⁶⁴⁸ gösterilen ceza miktarından, taksirle sınır aşılması hükmü uyarınca tekrar indirim gündeme gelebilir. Bir diğer olayda bir memur, amirinin hukuka uygun emrini yerine getirirken, örneğin bir araştırmada bulunurken, dikkatsizliği sonucu gizli bilgilerin bir casusun eline geçmesine sebep olarak TCK md. 338'i⁶⁴⁹ işlemişse, yine md. 27/1 mümkün olabilecektir. Keza bir şüpheliyi karakola götürmek için kendisine kelepçe takmak isteyen kolluğun, şahsın tansiyon hastası olduğunu bildirerek yaptığı itirazını dikkate almayarak, yere yatırıp kelepçe takmaya çalışması ile şahsın kalp krizi geçirerek ölümüne neden olması da TCK md. 27/1 uygulama alanına iyi birer örnektir.^{650 651}

⁶⁴⁶ Balak, **a.g.m.**, s. 671.

⁶⁴⁷ “**Madde 171-** (1) Taksirle;

a) Yangına,

b) Bina çökmesine, toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkına, Neden olan kişi, fiilin başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olması halinde, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

⁶⁴⁸ “**Madde 182-** (1) Çevreye zarar verecek şekilde, atık veya artıkların toprağa, suya veya havaya verilmesine taksirle neden olan kişi, adli para cezası ile cezalandırılır. Bu atık veya artıkların, toprakta, suda veya havada kalıcı etki bırakması halinde, iki aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (...)”

⁶⁴⁹ “**Taksir sonucu casusluk fiillerinin işlenmesi**

Madde 338- (1) Bu bölümde tanımlanan suçların işlenmesi, ilgili kişilerin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışları sonucu mümkün olmuş veya kolaylaşmış ise, taksirle davranan faile altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir. (...)” Ayrıca bkz., “**Madde 337-** (1) Yetkili makamların kanun ve düzenleyici işlemlere göre açıklanmasını yasakladığı ve niteliği bakımından gizli kalması gereken bilgileri, siyasal veya askerî casusluk maksadıyla açıklayan kimseye (...)”

⁶⁵⁰ Haber için bkz., <https://www.haberler.com/guncel/kameramani-makul-suphemi-oldurdu-6957884-haberi/>, E.T.: 24.08.2022; 17.17. Aynı yönde bkz., Güler, **a.g.e.**, s. 101.

⁶⁵¹ Keza CMK md. 91'e göre yakalama anından itibaren hakim önüne çıkmadan - yol süresi hariç - en fazla yirmi dört saat tutulabilecek kişi, kollukça özen gösterilmediği için bir kaç saat daha fazla olarak özgürlüğünden mahrum kalmışsa, burada da hukuka uygunluk nedeninin sınırının taksirle

Sınırın aşılması hallerine ilişkin TCK md. 27'nin özel düzenleme teşkil ettiğinden bahisle sınır aşılmasında sınıra dair hatanın mevcut olması halinde artık TCK md. 30/3'ün uygulanamayacağı görüşü⁶⁵² de isabetli değildir. Nitekim hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata kastı kaldırmaz ve kasten hareket eden fail de md. 27/1'den yararlanmaz. Sınırdaki hata hallerin md. 30/3, sınırdaki taksirli aşım hallerine ise md. 27/1 uygulanmalıdır. Hükümler arası özellik - genellik ilişkisi mevcut değildir.

Uygulamada TCK md. 27/1'e verilebilecek - aynı zamanda hata teşkil etmeyen- örneklerin nadir olması ve hatanın kastı kaldırdığı düşüncesi bu görüşü beslemekteyse de, md. 27/1, kasten hareket etmeyen ancak bir hukuka uygunluk nedeninde sınır aşan failere uygulanabilen bir hüküm iken, TCK md. 30/3, halihazırda kasten hareket eden ancak hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında yanılan faile uygulanır.

2.1.1.2. Örnek Olay Üzerinden Değerlendirme

Öğretide TCK md. 27/1'e, hukuka uygunluk nedenlerinde hatada katı kusur teorisini benimseyen görüşe eleştiri olarak da başvurulmuştur. Şöyle ki bu teori benimsenirse, fıkra gereği sınır aşan fail ile sınırdaki yanılan failin cezalandırılmaları bakımından adil olmayan sonuçların doğacağı ileri sürülmüştür.⁶⁵³

Erman'ın başka eserlerde de atıf yapılan bu görüşüne örnek olarak verdiği olayda bir kolluk memuru, bir vatandaşın canlı bomba olduğundan şüphelenerek 'dur' ihtarında bulunmuş ve durmayan mağduru öldürmüştür. Sonradan bu kişinin trene yetişmek için acele eden sağır biri olduğu anlaşılmıştır. Katı kusur teorisinin benimsenmesi halinde buradaki kaçınılmaz yanılma nedeniyle fail kasten öldürme

aşılmasından söz edilebilir. Ancak kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçu, taksirle işlenmesi mümkün olmayan suçlardan olup, sonuç zaten failin bu fiilinden - fiil tipik olmadığı için - hiç ceza almamasıdır. Örnek yerinde de olsa burada TCK md. 27/1'e gitmeye gerek kalmaz. Bkz., Özgenç, **Gazi Şerhi**, s. 401.

⁶⁵² Abanoz Öztürk, **a.g.e.**, s. 75.

⁶⁵³ Erman, **a.g.e.**, s. 381.

suçunun cezasını almalıdır. Ancak mağdur tesadüfen bir kanun kaçağı çıkacak olursa, ortada hâlâ bir hukuka uygunluk nedeni olacağı, bunun da sınırı taksirle aşılmış sayılacağı için TCK md. 27/1 indirimi uygulanacak ve kolluk memuru taksirli öldürme suçunun cezasından bir daha indirim alacak ve duruma göre bu ceza dahi ertelenebilecektir.⁶⁵⁴

Gerçekten de katı kusur teorisi kabul edilecek olursa olayın ilk versiyonundaki şekilde yanılan faile kasten işlenen suçtan ceza verilmesi gerekecektir. Ancak failin kastı dikkatle incelenmeli ve eğer öldürmeye yönelik kast yoksa, katı kusur teorisi dahi benimsense, duruma göre zaten taksirle öldürme ya da neticesi sebebiyle ağırlaşan kasten yaralamadan hüküm giydirilmelidir. Buraya kadar meselenin hata ile ilgisi yoktur.

Mağdurun kanun kaçağı olması durumunda ise öncelikle failin buna ilişkin bilgisine bakılmalıdır. Polisin mağdurun bombacı ya da kanun kaçağı olduğunu bilmesi halinde, hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde sınırı taksirle aşmışsa TCK md. 27/1 uygulanabilir. Eğer ortada öldürme kastı varsa, ki olayda öyle görünmektedir, zaten md. 27/1 bu kastı taksire indirir. TCK md. 27/1'in varlığında failin taksirden cezalandırılması hükmün sonucu değildir. Fail zaten ancak taksirle hareket ediyorsa md. 27/1 uygulanır. Eğer olayda polis doğrudan hayati bölgeyi hedef aldıysa md. 27/1 kasten öldürmeyi taksirli öldürmeye çevirmeyecektir.

Oysa hatanın kaçınılabilir olduğu farz edildiğinde şu alternatifler gündeme gelir:

Olay 1: Masum ve sağır mağduru bombacı zannederek göğsünden hedef alıp öldüren polis memuru, katı kusur teorisine göre kasten öldürmeden hüküm giymelidir.⁶⁵⁵ Burada önemli olan öldürme hareketinin ölçüsüzlüğüdür. Hatta

⁶⁵⁴ Erman, **a.g.e.**, s. 381.

⁶⁵⁵ Bizim benimsediğimiz teoriye göre de kastı sürer, ancak cezalandırma bakımından kanundaki boşluğun sebep olduğu adil olmayan sonuçlardan kaçınmak için cezası taksirle öldürmeden verilmelidir.

kanaatimizce burada hukuka uygunluk nedeni var olsaydı dahi (mağdur gerçekten bombacı olsaydı) doğrudan öldürücü darbe hâlâ sınır dışında kalır ve polis yine kasten öldürmeden sorumlu olurdu. Öldürme taksirle işlenmediğinden TCK md. 27/1 gündeme gelmez.

Olay 2: Masum ve sağır mağdurun ayağını hedef alan polis memurunun, kurşunu sektirerek onu öldürmesinde, katı kusur teorisi benimsendiğinde dahi sonuç, taksirle öldürme olacaktır, nitekim ortada kast yoktur. Ancak bu kez de ortada gerçek bir hukuka uygunluk nedeni olmadığından TCK md. 27/1 uygulanamayacaktır. Zira fıkranın uygulanmasının ilk şartı bir hukuka uygunluk nedeninin doğmuş olmasıdır.

Olay 3: Polis memurunun bombacı zannettiği ancak kanun kaçağı olan mağdurun öldürülmesinde TCK md. 27/1'in uygulanması için ise yine mutlaka taksirle hareket edilmiş olması gerekecek ve dolayısıyla doğrudan göğüs hedef alındığında bu hüküm uygulanamayacaktır. Yani ortada hâlâ bir hukuka uygunluk nedeni var sayılsa bile - ki objektif görüş açısından bu şüphesizdir - , örnekte ilk olay için katı kusur teorisi benimsenirken ikinci olay bakımından neden âdeta sınırlı kusur teorisine dönülmüş olduğu belirsiz kalmıştır. Failin bilgisi dahilinde bir bombacı veya kanun kaçağını doğrudan isabet alarak öldürmesinde fail kasten hareket ettiğinden md. 27/1 gündeme gelemez. Eğer o hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde mağdurun öldürülmesi ölçülü ise zaten mesele yoktur. Ancak ölçüsüz ise bu takdirde kasten hareket etmiştir. Söz konusu kasten öldürme ölçüde yanılma yüzünden meydana gelmiş ise yine hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata konusu kapsamında bu hal de katı kusur teorisi içinde değerlendirilir ve verilen örnek olaylar arasında herhangi bir adaletsizlik gündeme gelmez.

Her ne kadar hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatada katı kusur teorisini benimsemesek de, verilen örnek olayda meydana gelmiş görünen adaletsizliğin katı kusur teorisinden kaynaklanmadığı ortadadır. Mesele TCK md. 27/1'in, yalnızca gerçek ve tüm şartlarıyla oluşmuş bir hukuka uygunluk nedeninin varlığında ve ancak taksirle gerçekleşen aşımalar için uygulanabileceğine ilişkin

şartlarının doğru okunmasıyla alakalıdır. Dolayısıyla md. 27/1'in TCK'daki varlığının, katı kusur teorisini benimsemenin sonuçlarını adaletsizleştireceği *kanaatimizce* iddia olunamaz.

2.1.2. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Sınırlarında Hata

Bilindiği üzere hukuki hata, failin fiilinin hukuk düzeni ile çelişmediğine inanarak kapıldığı norma dayalı hatadır. Eğer fail kaçınılmaz ya da önlenemez olarak bu hataya düşmüşse o zaman kusursuz davranmış addedilir.⁶⁵⁶ Ancak bu hata, failin ceza kanununun ilgili maddesinin içeriğini ya da fiilin diğer sebeplerle cezalandırılabilir olup olmadığını bilmesini kapsamaz.⁶⁵⁷ Yalnızca hukuk düzenine aykırı olma bilinci failin yanılığsız eylediğinin kabulü için yeterlidir.

Dolaylı haksızlık hatası ise, hukuk düzenince kabul edilmemiş bir hukuka uygunluk nedenini var sanmakta ya da hukuk düzeninin tanıdığı bir hukuka uygunluk nedeninin sınırlarının tanınanın ötesinde olduğunu farz etmekte gündeme gelmektedir.⁶⁵⁸ Burada da aslında fail, fiilinin hukuk düzeni ile çelişmediğini düşünmektedir. Ancak bunun sebebi hareketinin özü itibariyle haksız olmaması değil, onu hukuka uygun kılan bir nedenden yararlanıyor olduğu inancıdır.

Failin hukuka uygunluk nedeninin sınırını değerlendirmek hususunda izin yanılığı da denin bu halde⁶⁵⁹ artık haksızlık hatası hükümleri devreye girecektir. Örneğin bir polis memuru uyarı atışında bulunmadan ateş etme yetkisi olduğuna inanıyorsa burada onun hukuka uygunluk nedeninin sınırına ilişkin hukuki hatası,

⁶⁵⁶ Ufuk Toprak, “Alman Ceza Hukuku’nda Düzenlenen Kasıt ve Yanılma Türlerine Dair Kısa Bir İnceleme”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl: 7, Sayı: 67, Mart 2012, s. 37.

⁶⁵⁷ Toprak, **a.g.m.**, s. 37; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 655; Özgenç, **GH**, s. 547.

⁶⁵⁸ Buket Abanoz Öztürk, “Türk ve Alman Hukukunda Çift Taraflı Hatanın Değerlendirilmesi”, **Ankara Hacı Bayram Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 17, Sayı: 1, Ocak 2023, s. 265; Örneğin gözleri görmeyen failin, kendisine çarpmak üzere olan arabadan onu korumak için üzerine atlayarak düşüren yardımseverin eylemini hukuka aykırı olarak değerlendirmesinde, norma değil, eylemin hukuka aykırılığına ilişkin maddi şartlarda yanılma mevcuttur; Erman, **a.g.e.**, s. 278. Bir doktorun acı çeken hastasını öldürme yetkisinin olduğuna, o ülkede ötenazinin hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiş olduğuna dair inancı, olmayan hukuka uygunluk nedeninin var sayılarak hareket edilmesine örnek verilebilir. Bkz. Özbek vd., **a.g.e.**, s. 449.

⁶⁵⁹ Adem Sözüer, “Hukuki Hata”, **Yargıtay Dergisi**, No:4, 1995, s. 481-2; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §14, kn. 765.

diğer bir deyişle kendi fiilinin ifade ettiği haksızlık noktasında değerlendirme hatası mevcut olacaktır.

Alman mahkemeleri ve öğreti görüşleri önceleri failin koşullu ya da şarta bağlı haksızlık bilincini yeterli görmekte, yani failin hareketinin haksız olduğuna dair şüpheleri olduğu hallerde haksızlık yanlışlığını uygulamamaktaydı.⁶⁶⁰ Ancak daha sonra bu tutumun, hareketini sorgulayanlar karşısında umarsızca fiilini işleyen failler lehine adeletsiz sonuç doğuracağı endişesi ile bundan vazgeçilmiştir.⁶⁶¹ AFYM ise, bu konuda araştırma ve ‘tüm zihinsel kavrayış gücünü harekete geçirme’ ve şüphesini gidermeye çalışma mesuliyeti gibi sıkı kriterler getirmiştir.⁶⁶²

Hukuka uygunluk nedenlerinin sınırında hata mefhumu aslında, hem dolaylı haksızlık hatası denen ve norma ilişkin hata şeklinde gündeme gelen izin hatası (*Erlaubnisirrtum*) hem de, maddi şartlara dair hata (*Erlaubnistatbestandsirrtum*) şeklinde gündeme gelebilir. Bir öğretmen öğrencisini tedip hakkı çerçevesinde dövme hakkının da bulunduğunu düşünüyorsa burada izin normunun sınırına dair bir dolaylı haksızlık hatası söz konusudur.⁶⁶³ Oysa meşru savunma hali içerisinde saldırıyı olduğundan daha ağır zannederek savunmasını da gerekenin ötesinde yoğun ayarlamak sınıra ilişkin fiili bir yanlış olup hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hata teşkil eder.

Burada, failin kendini hukuka uygunluk nedeninin tanıdığından daha yetkili zannetmesi ya da hukuka uygunluk nedeninin sınırını daha geniş addetmesindeki izin hatası ile, var olan bir hukuka uygunluk nedeninin somut olaydaki sınırlarının yanlış algılanması şeklindeki olaya ilişkin maddi hata net şekilde ayırt edilmelidir.

⁶⁶⁰ Christian Becker, Thomas Rönau, “Grundwissen – Strafrecht: Der Verbotsirrtum (§ 17 StGB)”, **JuS**, 2022, s. 493

⁶⁶¹ Becker, Rönau, **a.g.m.**, 493.

⁶⁶² BGH, 18.03.1952 - GSSt 2/51 (BGHSt 2, 194); Kühl, **a.g.e.**, §13, kn. 61. Mahkeme, failin kendisinden beklenen muhasebeyi yapmadığı sürece sorumluluktan kurtulmayacağı yönünde ‘vicdan gerilimi’ ölçütünü uygulamaktadır, bkz. Erman, **a.g.e.**, s. 226 vd.; Sarıgül, **a.g.m.**, s. 338.

⁶⁶³ Toprak, **a.g.m.**, s. 43; Değirmenci, “Yanılma”, s. 168; Y. C.G.K., T. 27.2.200, E. 2000/4-11, K. 2000/30.

Öğretide sınır aşımının hukuka uygunluk nedenlerinin sınırında hukuki hata ya da sınırlara ilişkin izin hatası olduğu iddiasında olan görüşlere rastlanmıştır.⁶⁶⁴ Buna göre, TCK md. 27/1 bir hata düzenlemesi olup, lafzından maddi mi hukuki mi olduğu çıkarılamaz. Dolayısıyla fıkra, mevcut olaydaki sınırda hata türüne göre ya TCK md. 30/3 ya da md. 30/4 hükmüne göre özel hüküm niteliğindedir.⁶⁶⁵ Bir başka görüş ise, sınıra dair haksızlık hatasının kaçınılmaz olması halinde md. 30/4, kaçınılabılır olması halinde ise md. 27/1'in uygulanabileceğini ileri sürmüştür.⁶⁶⁶

Oysa failin kendini izin normunun sınırları içerisindeymiş gibi farz ederek norma dayalı bir hataya düşmesi ile, gerçekten var olan hukuka uygunluk nedeninin sınırının aşılması ile karıştırılmaması gerektiği vurgulanmaktadır.⁶⁶⁷

Alman hukukunda yer almayan - ve karşılığı da bulunmayan - TCK md. 27/1'in yerine ya da onun kapsamına girecek hallerin Alman ceza hukukçularınca ya AlmCK md. 16 ya da md. 17. kapsamında değerlendiriliyor olduğu fikri⁶⁶⁸ isabetli değildir. Alman hukukunda benzer bir düzenleme olmaması orada benzer hallerde hata hükümlerinin uygulandığı anlamına gelmez. Fiili veya hukuki hata hükümlerinin uygulandığı yerler fiili veya hukuki hatanın şartlarının mevcut olduğu yerlerdir.

Yoksa TCK md. 27/1'i karşılayacak şekilde bir olay vuku bulduğunda Alman ceza hukukuna göre yapılacak olan, ya fail artık hukuka aykırı alana geçtiği için o fiili itibariyle onu hukuka uygunluk nedeninden yararlandırmamak, ya da sınır aşan ve taksirle neden olunan netice sınırın içerisinde kalan hareketin zorunlu ve bu hareketin yarattığı tipik risk alanında gerçekleşen bir netice ise bu sonucu da hukuka uygun saymaktır.⁶⁶⁹ Dolayısıyla Alman Hukuku'nda sınır aşımını maddi şartlarda

⁶⁶⁴ İba, **a.g.m.**, s. 626; Sarıgül, **a.g.m.**, s. 355.

⁶⁶⁵ İba, **a.g.m.**, s. 626.

⁶⁶⁶ Sarıgül, **a.g.m.**, s. 355.

⁶⁶⁷ Kılıç, **a.g.e.**, s. 212.

⁶⁶⁸ Koca, Üzülmüş, **a.g.m.**, s. 48; Yazarlar, TCK md. 27/1'in Alman hukukundaki eksikliğinin orada dolaylı haksızlık hatası uygulanarak giderildiğini ifade etmektedirler. Oysa kendileri, fıkrayı hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata olarak ele almaktadırlar.

⁶⁶⁹ Bkz., aşağıda: "2.4.2. Sınırın Taksirle Aşılması"

hata ya da izin normunda hata şeklinde gören ve bizdeki TCK md. 27/1'i bu haller için 'özel düzenleme' addeden görüşlere⁶⁷⁰ iştirak etmek mümkün değildir.

Nitekim AFYM de sanığın kendini, meşru savunma hakkının tanıdığından daha yetkili sanması ve mağdur saldırganı ağır darp etmesi halinde hatasının hukuki olduğunu, bu yüzden AlmCK md. 17'nin uygulanması ve hatası da kaçınılabılır olduğu için kasten işlenen suçtan hüküm giydirilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir.⁶⁷¹

2.1.3. Kusurluluğu Etkileyen Neden

Yargıtay pek çok kararında âdeta kopyala - yapıştır yöntemini de kullanarak defaatle TCK md. 27/1'in kusurluluğu azaltan, md. 27/2'nin ise kaldıran neden olduğunu yinelemiştir.⁶⁷² Ancak neden bu görüşü benimsediğine dair teorik bir açıklamaya yer vermemiştir.

765 sayılı TCK döneminde 50. madde için ileri sürülen 'özel tahrik hükmü' nitelemesinin⁶⁷³, bugün indirim için taksir koşulunun getirilmesi karşısında tarih olduğu ileri sürülmektedir.⁶⁷⁴

Güncel öğretide konunun değerlendirildiği pek çok eserde müellifler, doğrudan bir hukuki nitelik belirlemesinde bulunmamışlardır. Ancak yine de, çoğunluk görüşünün fıkranın kusurluluğu azaltan hal olarak ileri sürdüğü belirtilmelidir.⁶⁷⁵ Araştırmalarımız çerçevesinde bunun âdeta böylece kabul

⁶⁷⁰ Abanoz Öztürk, **a.g.e.**, s. 53

⁶⁷¹ BGH 15.07.2003, 1 StR 187/03 (NStZ 2003, 596, 597).

⁶⁷² Örneğin: Y. 1.C.D., T. 09/04/2007 , 4811/2535; Y. 1.C.D., T. 30/04/2012, E. 2009/6352, K. 2012/3342; CGK, T. 6.5.2014, E. 2012/1-1557, K. 2014/233; Y. 6. C.D., T. 17.11.2020, E. 2018/622, K. 2020/4126; Y. 12. C.D., T. 4.2.2020, E. 2017/10647, K. 2020/1085; Y. 12. C.D., T. 22.1.2020, E. 2019/13688, K. 2020/810; Y. CGK, T. 26.2.2008, E. 2007/281, K. 2008/37; Y. CGK, T. 5.10.2010, E. 2010/1-170, K. 2010/182; Y. CGK, T. 8.5.2012, E. 2011/436, K. 2012/190; Y. CGK, T. 13.10.2015, E. 2013/208, K. 2015/314.

⁶⁷³ Gölcüklü, **a.g.m.**, s. 211, 212.

⁶⁷⁴ Kan, **a.g.e.**, s. 302.

⁶⁷⁵ Bozbayındır, **a.g.m.**, s. 120; Zafer, **GH**, s. 322; Sucuoğlu, **a.g.m.**, s. 141; İnci, **a.g.m.**, s. 119; Cengiz Topel Çiftçiöğlu, "Türk Ceza Kanununda Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Aşılması", **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı:2 - 1 - Temmuz - Ağustos 2016, s.

edildiğini ve neden kusurun azalmış sayılması gerektiğine dair doyurucu gerekçelere hemen hiç bir kaynakta yer verilmediğini tespit ettik.

Çoğunluk görüşüne göre hükümde indirim öngörölmüş olması, faildeki kusur azalmasının dikkate alınması şeklinde yorumlanmıştır.⁶⁷⁶ *Zafer*, aslında tam da fıkranın haksızlık azalmasını düzenlediği fikrine gerekçe olabilecek bir açıklamayla, hükmü kusuru azaltan hal olarak değerlendirir. Yazara göre taksirli hareketin başladığı noktada bir hukuka uygunluk nedeninin mevcut olması olağan taksirli fiillere göre farklı addedilmiş ve bu yüzden ceza sorumluluğunu azalttığı kabul edilmiştir.⁶⁷⁷ Kaldı ki fıkranın me hazı olan İtalyan Ceza Kanunu'nun 55. maddesi de öğretide baskın görüş tarafından taksirin özel bir düzenleniş şekli olarak ele alınmaktadır.⁶⁷⁸

Bugün hâlâ kastı kusurun bir türü olarak gören psikolojik kusur ekolünün takipçilerince de, ikinci fıkranın kusuru tamamen kaldırdığı, ilk fıkranın ise azalttığı ifade edilmektedir.⁶⁷⁹ Ancak bu görüş kusurluluğu bir suç unsuru ve kast ve taksiri de birer kusur türü addettiği ve haksızlık içerisinde telakki etmediği için, kusuru unsurların dışında ve haksızlıktan bağımsız ele alan işbu çalışmada, görüşün değerlendirmelerine ölçü olarak başvurulması yerinde olmaz.

İlk fıkrada da failin sağlıklı düşünme yeteneğinin etkilendiği, ancak bunun ikinci fıkradaki boyuta ulaşmadığından faili cezadan kurtarmaya yetmediği fikri⁶⁸⁰ de aslında hükmün kusuru etkilediği düşüncesine dayanmaktadır. Ancak iki fıkra

536; Özgenç de ceza hukuku genel hükümler kitabında hükmü 'kusurluluk' altında değerlendirdiğinden burada sayılabilir, bkz. Özgenç, **GH**, s. 507. *Hakeri* ise doğrudan kusuru etkilediğinden söz etmese de, fıkranın tespiti için failin ruh halinin de dikkate alınması gerektiğini belirterek *kanımızca* bu görüşe yakın durmaktadır, bkz. Hakeri, **GH**, s. 419. Yine, suç teorileri gereği kast ve taksiri kusur türleri addeden ve söz konusu fıkranın kastı taksire indirgediği şeklinde değerlendiren psikolojik kusur görüşünün de, açıkça bu şekilde izah edilip vurgulanmasa da, hükmün kusurluluğu etkilediği görüşünde olduğunu belirtmek mümkündür. Karş. Dönmezer, Erman, **II**, s. 381-2; İçel, **GH**, s. 414.

⁶⁷⁶ Bozbayındır, **a.g.m.**, s. 120.

⁶⁷⁷ Zafer, **GH**, s. 322-3.

⁶⁷⁸ Bozbayındır, **a.g.m.**, s. 117.

⁶⁷⁹ Akdağ Yüksel, **a.g.e.**, s. 138.

⁶⁸⁰ Topçu, **a.g.e.**, s. 730-1.

birbirinden bağımsız, hukuki nitelikleri ve şartları farklı hükümler olup, biri diğerinin daha hafif hali veya önceki basamağı değildir.

Failin haksız saldırı karşısında kendini savunurken ondan beklenen kusur derecesinin normal hallere göre düşeceği gerekçelendirmesine⁶⁸¹ ise, söz konusu fıkra meşru savunmaya has olmadığından katılmak mümkün değildir. Ayrıca mevzubahis hal için zaten ikinci fıkra düzenlenmiştir. Öte yandan örneğin rıza çerçevesinde ameliyat yapan bir hekimin, hakkını kullanma kapsamında dilekçe dolduran bireyin veya görevin ifası için silah kullanan memurun kınanabilirliklerinin de normale göre neden düşmesi gerektiği anlaşılamamaktadır.

Diğer taraftan ilk fıkrayı sınırdan hata olarak yorumlayan görüşlerden bazısı, aynı zamanda bu fıkranın kusurluluğu azaltan neden olduğu iddiasındadır.⁶⁸² Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatanın kastı kaldırdığını ifade eden bir görüşün, bunun akabinde bu fıkranın kusuru etkilediği iddiası açıkça çelişkilidir.⁶⁸³ Ancak ve ancak hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarındaki hatanın kastı değil kusuru kaldırdığını, haksızlığı değil kusuru etkilediğini savunan bir görüş, *kanımızca* TCK md. 27/1'in aynı anda hem hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında bir hata olduğunu hem de kusuru etkilediğini savunabilir.⁶⁸⁴ Öğretide İba tarafından dile getirilen bu ikinci görüş ise, fıkranın uygulanma koşulunun failin sınır aştığının farkında olmaması olduğunu vurgulamaktadır.⁶⁸⁵

Söz konusu görüşün düştüğü tutarsızlık da *kanımızca* şu noktada düğümlenmektedir: Madem hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata kastı kaldırmaz ve yalnızca kusur üzerinde etkilidir, o takdirde TCK md. 27/1'de açıkça 'kast olmaksızın' sınırın aşılması ifadelerinin kullanılması nasıl olur da bu görüş tarafından bir hata türü olarak yorumlanabilir? Zira katı kusur teorisini

⁶⁸¹ Topçu, *a.g.e.*, s. 686.

⁶⁸² İnci, *a.g.m.*, s. 120; İba, *a.g.m.*, s. 625 vd.

⁶⁸³ Bkz. İnci, *a.g.m.*, s. 120.

⁶⁸⁴ Bunu bu şekilde yapan ve *kanımızca* kendi içinde bu yönden tutarlılık arz eden görüş için bkz., İba, *a.g.m.*, s. 625 vd.

⁶⁸⁵ İba, *a.g.m.*, s. 625.

benimseyen görüşe göre hukuka uygunluk nedenlerinde hata halinde fail kasten hareketini sürdürecektir.

İba'ya göre, fıkranın hukuki niteliğinin kusuru etkilemesi iki temel gerekçeye dayanmaktadır. İlk olarak fıkra, hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hatanın bir türü olarak sınırdan hatayı düzenlediğine göre, katı kusur teorisi uyarınca elbette kusuru etkiler. İkinci gerekçe olarak ise yazar, her ne kadar suç teorisi bakımından kast ve taksiri haksızlık ekseninde değerlendirse de, hükümde geçen kast ve taksirin, ceza hukukundaki teknik anlamlarıyla kullanılmadığını iddia etmektedir.⁶⁸⁶

Şöyle ki; fıkradaki kast aslında günlük dildeki anlamıyla 'farkında olarak' manasında kullanılmış, taksir ise yalnızca ilgili hata halinde cezalandırmanın hangi hükümlerden yapılacağına dair bir ölçü ifadesi olarak ele alınmıştır.⁶⁸⁷ Dolayısıyla burada haksızlığın unsuru olmaları itibariyle kullanılmadıklarından, hükmün de haksızlığı etkilediği ileri sürülemez. Ancak hükümdeki kast ve taksir tabirleri kanundaki tanımları itibariyle haksızlığın subjektif unsurları olarak ele alınacak olsaydı, o takdirde bu görüş de, fıkranın haksızlığı etkilediğine kani olmak gerektiğini kabul etmektedir.⁶⁸⁸

Son olarak yazar, fıkranın haksızlığı etkileyen neden olarak kabulünün, onun mazeret nedenlerine ve hukuka uygunluk nedenlerinin izin sınırına ilişkin hukuki hata halinde uygulanmasına engel olacağını da ifade etmektedir.⁶⁸⁹

Kanaatimizce hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hataya ilişkin yapılan tartışmalar doğrudan hükme aktarılmadan önce, hükmün neden bir hata düzenlemesi olarak kabul edildiğinin gerekçelendirilmesi gerekir. Aksi halde bir yandan hatanın kastı kaldırmadığını kabul ederken diğer yandan fıkroda açıkça yer alan 'kast olmaksızın' ifadesini, sırf bu teoriye uyumlu hale getirmek için 'farkında

⁶⁸⁶ *İba*, **a.g.m.**, s. 642 vd.

⁶⁸⁷ *İba*, **a.g.m.**, s. 642 vd.; Kast ve taksire dair detaylar için bkz. aşağıda: "2.4. 5237 Sayılı TCK md. 27/1 Uyarınca Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Aşılmasının Subjektif Şartları"

⁶⁸⁸ *İba*, **a.g.m.**, s. 661.

⁶⁸⁹ *İba*, **a.g.m.**, s. 626.

olmamak' şeklinde kanun koyucunun iradesi aksine anlam yüklemek eleştiriye açık olacaktır.

Devamla *İba*, TCK md. 27/2'nin bir kusuru kaldıran hal olarak düzenlenmesi karşısında, md. 27/2'yi md. 27/1'in özel normu addederek onun da kusuru etkilediğinden yola çıkmasına⁶⁹⁰ gerekçe olarak, madde gerekçesinde fıkraları ayırmadan genel olarak 'maddede' sınırın kast olmaksızın aşılması halinin düzenlenmiş olduğunu ve ikinci fıkranın meşru savunmaya has özel bir düzenleme olduğunu göstermektedir.⁶⁹¹

Kanaatimizce her şeyden önce gerekçede yer verilen 'maddede' ifadesini 'ilk fıkra' şeklinde değerlendirmek gerekir. Çünkü gerekçenin ilk dört paragrafı zaten ilk fıkrayı anlatır şekilde düzenlenmiş, ardından beşinci paragrafı ikinci fıkraya ilişkin açıklamalara başlanmıştır.⁶⁹² Kaldı ki gerekçenin dördüncü paragrafı şu şekildedir: *"Bölüm başlığına paralel olarak, madde metnindeki "hukuka uygunluk nedenleri" yerine, "ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler" ibaresi konulmuştur."* Burada da 'madde metninde' ifadesine rağmen, kastedilen aslında sadece ilgili ibarenin yer aldığı ilk fıkradır. Öte yandan, 'özel bir sınır aşma müessesesi' ifadelerinden, ikinci fıkranın muhakkak birinciye göre özel norm olduğu anlamı da çıkmaz. Sınır aşma kurumunun özellikli bir hali, farklı bir versiyonu gibi anlamlar da çıkarmak pekâlâ mümkündür.

Bunlara ek olarak içtima kuralları gereği genel normlar özel normları kapsar.⁶⁹³ Yani özel normun uygulandığı her hal aslında genel normun uygulanmasına da uygun olup, yalnızca özel normun varlığı onu geriye ittiği için uygulanmaz.⁶⁹⁴ Oysa maddede ikinci fıkra kusuru kaldıran bir mazeret nedeni

⁶⁹⁰ *İba*, **a.g.m.**, s. 649.

⁶⁹¹ *İba*, **a.g.m.**, s. 650.

⁶⁹² *Bkz.* Madde Gerekçesi.

⁶⁹³ İçel, **GH**, s. 638.

⁶⁹⁴ İçel, **GH**, s. 631. Bir diğer söylemle özel normun gerçekleştiği her halde genel norm da gerçekleşmiş bulunmalıdır. Bu şart sağlanmıyorsa özellik – genellik ilişkisi kurulamaz. *Bkz.* Ahmet Kılıç, "Suçların İçtima Bağlamında Fiil Tekliği", Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara, 2023, s. 33. Oysa aşım kastlıysa, bu durumda ilk fıkra uygulanamaz. Yani TCK md. 27/1, md. 27/2'nin uygulanmadığı her

olduğundan, kasten sınır aşan faillere de uygulanabilir. Dolayısıyla özel hüküm değil, birinci fıkrayla kesişim kümeleri de olan ancak ayrı bir uygulama alanı bulanan bir hüküm niteliği arz eder.

İba ise, özellik genellik ilişkini kabul ettikten sonra, ikinci fıkra birinci fıkra göre daha lehe olup kusuru kaldırdığına göre birinci fıkranın da evleviyetle kusuru etkilemesi gerektiği çıkarımında bulunmaktadır.⁶⁹⁵ CMK md. 223'ün de desteklediği şekilde TCK md. 27/2 halinde faile ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir. Ancak *İba*'ya göre, eğer ilk fıkranın haksızlığı etkilediği kabul edilirse ve failin kastı kaçınılmaz sınır hatasında kalkarsa o takdirde kast yokluğundan verilecek hüküm beraat olacaktır. İşte ilk fıkra, beraat sonucunun mümkün olması dolayısıyla aslında ikinciden daha lehe bir görünüm arz etmektedir. Oysa ilk fıkra genel hüküm olduğuna göre mantıksal olarak özel hüküm olan ikinci fıkradan daha lehe olmaması gerekmektedir.⁶⁹⁶ Böylece yazar, ilk fıkra etkilenenin haksızlık değil, kusur olduğunu bir kez daha ortaya koymaktadır.

Oysa hükümler arası özellik genellik ilişkisinin mevcut olmaması dışında, zaten ilk fıkra hiç bir senaryoda beraate yol açamaz.⁶⁹⁷ Fıkra bir hata düzenlemesi olmadığından kaçınılabilirlik ve kaçınılamazlık ifadeleri hükme yabancıdır. Yazarın eleştirisi *kanımızca* doğrudan fıkranın haksızlığı etkilediği iddiasına değil, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatanın kastı kaldırdığı görüşüne yöneliktir. Fakat öğretilerde ilk fıkranın haksızlığı etkilediğini ileri süren her görüş, onun bir hata düzenlemesi olduğunda mütabık değildir.⁶⁹⁸ Bilakis, hata görüşü azınlıktır.

Yazar ayrıca, kastın çifte fonksiyonu olduğunu savunan görüşlerin TCK md. 27/1'deki kastın haksızlığa mı yoksa kusura mı dahil olan fonksiyonuna işaret ettiğini belirtmemelerini eleştirir. Ancak fıkra bir hata düzenlemesi olduğuna göre,

halde başvurulabilecek bir hüküm olmadığından aralarında genellik – özellik ilişkisi olduğu kabul edilemez.

⁶⁹⁵ *İba*, **a.g.m.**, s. 651.

⁶⁹⁶ *İba*, **a.g.m.**, s. 651.

⁶⁹⁷ Eğer bir sınır aşımı failin taksiri dahi olmadan gerçekleşiyorsa fail genel hükümlere göre beraat ettirilebilir, nitekim fiili tipik değildir. Detay için bkz. aşağıda: “2.4.2.3. Taksirli Aşım Hükümünün Uygulanamayacağı Diğer Haller”

⁶⁹⁸ Ersan, **a.g.e.**, s. 64.

burada da kusur kastının mevcut olmadığına savunulmasını bekler.⁶⁹⁹ Fakat öğretide fıkrada geçen kastın hangi fonksiyonunun geçerli olduğu hiç tartışılmadığı gibi, bunun için her şeyden önce kastın çifte fonksiyonu olduğunu kabul eden görüşün fıkrayı bir hata düzenlemesi olarak addetmesi gerekir.⁷⁰⁰

İba görüşü ile ilgili son olarak, öğretide sınır aşılmasının yalnızca kaçınılmazsa hukuka uygun sayılmaya devam edeceği veya kaçınılabilirliğe bakılmadan her halde kusuru etkileyeceği şeklinde fikir ayrılığı olduğu değerlendirmesine katılmıyoruz.⁷⁰¹ Söz konusu tartışmalar hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata için yapılmıştır. Öğretide yazarlar, ilk fıkranın hukuki nitelendirmesini gerekçelendiren izahatlara yer vermemişler, yalnızca (büyük çoğunluğu) kusuru veya nadiren haksızlığı etkilediğini belirtmişlerdir. Dolayısıyla fıkrayı bir hata düzenlemesi addedip ardında öğretideki hataya ilişkin görüşlere sanki bu fıkrayı değerlendiriyorlarmış gibi yer vermek *kanımızca* yerinde olmaz.

Kanaatimizce, bir hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde, kasten ve tam bir kusurla ancak hukuka uygun davranmak iradesiyle hareket eden failin, taksirle bir hukuka uygunluk nedeninin sınırını aşmasında kusurunun neden azalmış olacağı gerekçelendirilemez. Çünkü ancak hukuka uygunluk nedeni ekseninde hareket etmenin otomatik olarak failin kusurunu azaltıcı etkisi varsa bu nedenin sınırını aşmak kusurluluğu etkileyen bir hal olarak ele alınabilir. Yani ancak bir hukuka uygunluk nedeni içerisinde davranıyor olmak başlı başına kusuru azaltıcı kabul ediliyorsa TCK md. 27/1'in de kusuru etkilediği makul şekilde gerekçelendirilebilir.

⁶⁹⁹ *İba*, **a.g.m.**, s. 639.

⁷⁰⁰ Taksirin çifte fonksiyonu görüşünü TCK md. 27/1 fıkrasına uyguladığımızda, taksirle işlenen suçun cezasında indirim öngörülmesinde, suç tipik olarak taksirle işlendiği için haksızlık unsuru olan taksirin gerçekleştiği halde bu indirimin açıklanması taksirin bu ikinci kusura dair fonksiyonu ile yapılabilirdi. Böyle bir argümantasyon, söz konusu fıkranın gerçekten de neden kusuru azaltan bir hal olarak görülmesi gerektiğini izah edebilir-di-. Ancak taksirin çifte fonksiyonu bahsinde araştırılan ve kusura dahil olan ikincil fonksiyonu yönüyle taksir, tamamen fail ile ve failin kişisel özellikleri ile ilgilidir. Oysa TCK'nın genel hükümler kısmında yer verilmiş olan md. 27/1 fıkrasında, söz konusu durumdaki tüm failer bakımından bir indirim öngörülmektedir. Üstelik bu indirim takdiri değil, zorunlu bir indirimdir. Öncesinde hakimden failin duygu durumunun, bilgi ve bilinç düzeyinin veya kişiliğinin araştırılması istenmemiştir. *Kanaatimizce* burada gözetilen kusura değil, tipe dair manevi unsur olarak taksirdir. Ayrıca zaten kastın ve taksirin çifte fonksiyonları olduğu teorisini tatmin edicilikten yoksun bularak kabul etmiyoruz.

⁷⁰¹ *İba*, **a.g.m.**, s. 639.

Fıkranın menşei olan İtalyan hukukundaki düzenleme ayrı bir indirim öngörmemekte, doğrudan taksirli suça ilişkin hükümlere atıf yapmakta, hatta bu yüzden hükmün gerekliliği de bu hukukta tartışılmaktadır.⁷⁰² Dolayısıyla mehz düzenlemenin indirim içermemesini de göz önünde bulundurarak fıkranın orada da ‘kusur’ bağlamında ele alınmadığını bir kez daha vurgulamak isteriz.

Diğer kusurluluğu etkileyen nedenlerle kıyaslayarak bir değerlendirme yapmak gerekirse, örneğin haksız tahrikte failin gerçekten hiddete kapılıp kapılmadığı ya da suçu işlerken hala bu duyguların etkisi altında olup olmadığı, hatada hatasının fail bakımından kaçınılabilir olup olmadığı, zorunluluk halinde tehlikeye katlanmasının failden beklenebilirliği vb. değerlendirilir. Oysa TCK md. 27/1 fıkrası bakımından hakimden failin kusuru ile alakalı hiç bir tartım istenmemiş, duygu durumu veya bilinç düzeyinin araştırılması aranmamış, doğrudan bir indirim öngörülmüştür.

Fıkradaki indirimin takdiri değil, zorunlu olması; hukuka uygunluk nedeninin kendisinin, zorunlu olarak fail üzerinde kusuru azaltıcı etki yaptığını gösterdiği şekilde yorumlanmıştır.⁷⁰³ Oysa ne kanundan ne de sistematüğinden böyle bir çıkarım yapmak mümkün değildir. Buna ek olarak, *kanımızca* kanun koyucu hükmü bir kusurluluğu etkileyen neden olarak düşünmüş ve düzenlemiş olsaydı, o takdirde kastlı aşım için de az da olsa bir indirim öngörmesi beklenirdi.

Gerçekten de fıkrayı kusuru etkileyen hal olarak ele almak şunu iddia etmekle eşdeğerde olacaktır: Bütün hukuka uygunluk nedenleri aslında failin kusurunu da biraz azaltır. *Fikrimizce* bu son derece kabul edilemez ve de dayanaksız bir yargıdır. Bir an için kabul edilse bile, bu kez söz konusu aşımda indirimin neden yalnızca taksirli hallerle sınırlı tutulduğu açıklanamaz.

⁷⁰² Bozbayındır, **a.g.m.**, s. 114 vd.

⁷⁰³ Çiftçioğlu, **a.g.m.**, s. 536;

2.1.4. Haksızlığın Derecesini Etkileyen Neden

Her şeyden önce vurgulamak gerekir ki, bir fiil ya hukuka aykırıdır ya değildir. Hukuka aykırılık derecelendirilemez.⁷⁰⁴ Ancak haksızlık derecelendirilebilir.⁷⁰⁵ Fail sınır aştığı için fiili, hukuka aykırı alan içerisindedir. *Erem*'in deyişiyle sınırın aşılması hakkı haksızlığa dönüştürür.⁷⁰⁶ İşte TCK md. 27/1'değişen hukuka aykırılık değil, ancak haksızlığın içeriği ve ağırlık derecesi olabilir. Buna dair gerekçelerimiz ise şu şekilde sıralanabilir:

a. Öncelikle kabul ettiğimiz görüşe göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata kastı kaldırmaz. Kaçınılmaz hata kusuru kaldırırken kaçınılabilir hata ise yalnızca etkiler/azaltır. Dolayısıyla fıkra da açıkça kast olmaksızın dendiğine ve yanılmada da kast mevcut olmayı sürdürdüğüne göre, burada yanılığısından tamamen bağımsız olarak taksirle sınır aşan bir failden söz edilmektedir.

b. Eğer sınırın aşılması bir ölçüde hata düzenlemesi olsaydı, sınır kelimesi yalnızca ölçü şartına has okunamayacağından, diğer şartlarda yanılmaya göre bu şartta yanılmanın neden daha avantajlı bir indirimden yararlandırıldığı açıklanamazdı. Aksi halde, yani ölçü ile sınırlı olmayarak tüm maddi şartlar bakımından hata düzenlemesi olsaydı, bu takdirde yanılma böyle bir indirime layık görülüyorsa, TCK md. 27/1'in, TCK md. 30/3 karşısında müstakil varlığının bir anlamı olmazdı.

c. Hükmün kusuru azalttığını kabul etmek ise ancak, bir hukuka uygunluk nedeni içerisinde davranmanın başlı başına kusuru zayıflattığını iddia etmekle mümkündür. Yaptığımız araştırmalar çerçevesinde bunu gerekçelendiren bir çalışmaya rastlamadık. Gerçekten de, rıza çerçevesinde hareket eden ya da hakkını

⁷⁰⁴ Ozansü, **a.g.e.**, s. 115. Yazara göre bir fiil hukuka ya aykırı ya uygundur, üçüncü bir ihtimal olarak az aykırılıktan bahis olunamaz.

⁷⁰⁵ Örneğin adi yaralama ağır yaralamadan daha az haksızsa da daha az hukuka aykırı değildir, bkz., Özgenç, **GH**, s. 310. Ya da yağma suçu hırsızlıktan daha haksızsa da bu iki fiil aynı derecede hukuka aykırıdır, bkz., Keçelioğlu, "Haksızlık", s. 23.

⁷⁰⁶ Erem, "Hakkın Kullanılması", s. 12.

kullanan ve bunda taksirle sınır aşan bir failin, herhangi bir hukuka uygunluk nedeni mevcut olmaksızın, adi taksirle suç işleyenden neden daha az kusurlu sayılması gerektiği, kanaatimizce de açıklanamaz.

d. Eğer hüküm kusuru azaltan bir düzenleme ise, bu takdirde sınırın aşılmasını yalnızca taksirli fiillere hasretmek ve kastın varlığında indirimi uygulamamak, TCK'nın genel yapısı ve ilkeleri ile olduğu kadar, normatif kusur teorisi ile de uyumsuzluk arz edecektir. Zira tıpkı diğer kusuru etkileyen haller gibi bu halin de failin manevi unsurundan bağımsız olarak uygulanabilmesi gerekirdi.

e. Bir diğer gerekçe düzenlemenin objektif yapısıdır. İkinci fıkranın kusurluluğu etkileyerek subjektif alanda inceleme gerektiren bünyede olmasına rağmen ilk fıkranın objektif kriterlere göre yapılacak inceleme ile uygulanırlığının tespit edilmesi de⁷⁰⁷, aslında hükmün haksızlık alanına dair düzenleme içerdiğini göstermektedir. Taksir ve diğer şartlar tespit edilirse, olaydaki failin irade yeteneği araştırılmaksızın, ilgili indirim oranları uygulanır. TCK md. 27/1, kusur dereceleri ne olursa olsun, hukuka uygunluk nedeninde sınır aşan her faile uygulanabilen, objektif bir düzenleme olduğuna göre, ancak haksızlık üzerinde etkilidir. Nitekim kast ve taksir de haksızlığın manevi unsurları olarak kusurdan önce değerlendirilir.

f. Mevaz hükümden de fikrimize destek alabiliriz. Şöyle ki, İtalyan sınır aşılması hükmü İtalyan hukukunda taksirin özel bir türü olarak nitelendirilir. Yani orada hem kaçınılabilir hata ile ölçsüz hareket hem de manevi unsur anlamında taksirli hareket bu hükmün kapsamında olup, indirim öngörülmemiştir.⁷⁰⁸ Bu da kanaatimizce hükmün kaynak düzenlemede irade yeteneğini etkileyen bir nitelikte ele alınmadığını göstermektedir.

g. Her ne kadar Alman hukukunda ilk fıkranın muadili mevcut olmasa da, ikinci fıkranın niteliğine yönelik yapılan tartışmalarda haksızlık azalmasını gerekçelendiren görüşler burada fikir verici olabilir. Değersiz bir neticeye sebep olan

⁷⁰⁷ İnci, **a.g.m.**, s. 126.

⁷⁰⁸ Gigheci, **a.g.m.**, s. 130.

hareketin bir hukuka uygunluk nedeni içerisinde gerçekleştirilmesinin (ya da kısaca sınırın aşılmasının) tek başına haksızlığı azaltacağı yönünde pek çok eserde görüş dile getirilmiştir.⁷⁰⁹ Yine Alman Ceza Kanunu'nda TCK md. 27/2'ye karşılık gelen hükmü ele alan detaylı çalışmasında *Motsch*, ilgili hükmün haksızlığı değil kusuru etkilediğini savunurken şunu dile getirir: Eğer hüküm haksızlığın derecesini düşürme iddiasında olsaydı, bunun için meşru savunma ile sınırlı olmaz ve tüm hukuka uygunluk nedenlerini kapsamına alırdı ve ayrıca sınır aşılmasının herhangi bir duyguya dayanması aranmazdı.⁷¹⁰ Açıkçası bu ifadeleri ile tam da bizdeki ilk fıkraya işaret etmektedir. Keza Alman hükmünün tasarı aşamasında, failin duygularına dayanmayan bir sınır aşımı daha öngörülmüştü. Bunda da hâkima basamaklı indirime dayalı takdir hakkı öngörülmüştü. Açıklama olarak da meşru savunma çerçevesinde sınır aşan faillerin, bu halle hiç karşı karşıya gelmeyenlerden daha az haksız hareket ettiği belirtilmişti.⁷¹¹

h. Haksızlık azalması görüşümüze bir diğer dayanak, 765 sayılı ETCK'nın sınır aşımını düzenleyen 50. maddesinin o dönem şeriklere sirayet ettirilmesi mümkün görülen fiile ilişkin bir nitelikte kabul edilmesidir.⁷¹² Burada önemli olan, sınırın aşılmasına dair indirimin faile ilişkin ve kusurla ilintili değil, objektif, şeriklere sirayeti mümkün ve dolayısıyla haksızlıkla alakalı ele alınmış olmasıdır.

i. Güncel Türk ceza hukuku öğretisinde de hukuka uygunluk nedeni içerisinde ve hukuka uygun davranma iradesiyle hareket eden failin hareketinin daha az haksız olacağı, buradaki taksirli suçun haksızlık içeriğinin hukuka uygunluk nedeni olmaksızın işlenene göre daha az olacağı gerekçeleri ile hükmün haksızlığı etkilediği kabul edilmiştir.⁷¹³ Haksızlık azalmasına neden ise hukuka uygunluk

⁷⁰⁹ Sauren, **a.g.m.**, s. 569; Diederich, **a.g.e.**, s. 9.

⁷¹⁰ Motsch, **a.g.e.**, s. 59.

⁷¹¹ Diederich, **a.g.e.**, s. 11.

⁷¹² Majno, **a.g.e.**, s. 223.

⁷¹³ Ersan, **a.g.e.**, s. 64, Kılıç, **a.g.e.**, s. 217; Demirci, **a.g.e.**, s. 88-9; Keçelioğlu, **Taksir**, s. 164. Topçu'ya göre ise, bir hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde hareket ederken sınır aşan failin davranışının hem haksızlık hem de kınanabilirlik derecesinin daha düşük olduğu kabul edilmelidir, bkz., Topçu, **a.g.e.**, s. 672. Kanun koyucunun burada, ilgili maddeyi ceza sorumluluğunu azaltan hallerden sayarak, başlangıcında bir hukuka uygunluk nedeni yer alan taksirli fiili, alelade bir taksirli

nedeni kapsamında hareket etme amacının varlığıdır. Buna en önemli etken ise, taksirli sorumluluğa neden olan hareketin temelinde hukuka uygun bir fiilin bulunmasıdır.⁷¹⁴ Özbek'in TCK md. 27/2'nin, md. 27/1'in aksine objektif değil, sübjektif kriterlere göre belirleneceği, yani olaydaki konu veya araç yerine failin iç durumuna bakılacağını ifade eden görüşü, kendisinin ilk fıkranın haksızlığı etkilediği fıkırinde olduğunu göstermektedir.⁷¹⁵

j. Son bir dayanak olarak fikri içtima hükümleri gösterilebilir. Şöyle ki, çalışma içerisinde, sınıra dahil ve sınırı aşan fiiller arasında hukuki anlamda tek hareket bağıını izah ederken fikri içtima bahsindeki kriterlerden yararlanılmıştır. Örneğin, meşru savunma esnasında kendini savunurken, yanlışlıkla saldırgan olmayan birini daha yaralayan failin durumunda kişi bakımından taksirle sınır aşma vardır. Burada saldırganla yönelen kastlı yaralama fiili hukuka uygundur. Ancak aynı hareket bir de taksirli yaralama neticesine neden olmuştur. İşte bunların arasında adeta fikri içtimadakine benzer bir hareket tekliği görülmektedir. Fikri içtimada ise suçların cezaları toplanarak değil, ağır suç baz alınarak verilmekte, çoğunlukla cezası hafif olan suçun cezası bu ilk cezanın içerisinde adeta eritilmektedir. Üstelik fikri içtimada, içtimaa dahil ve her bir fiil hukuka aykırı iken sınır aşımı olaylarında, normal şartlarda cezası daha ağır olacak olan kastlı fiil hukuka uygundur. Fikri içtimada hafif suçtan ayrıca ceza verilmezken; ilk fiilin suça bile vücut vermediği sınır aşımı olaylarında evleviyetle ceza indirimi uygulanmalıdır. Bu indirimin gerekçesi ise, fikri içtimada da kusura ya da kusur azlığına dayanmaz. Hukuk düzenini ihlal eden hareketlerin tek suç işleme iradesinin ürünü olmalarına, haksızlığın harekete göre tek olmasına dikkat edilir.⁷¹⁶ Oysa sınır aşımında irade zaten hukuka uygun davranma yönündedir. Elbette bu noktada artık hükmün haksızlığı düşürdüğü kabul edilmelidir.

fiile nazaran farklı ve cezaya daha az layık gördüğü yönünde bkz., Zafer, **GH**, s. 322-3. Bu konuda fıkrada meşru savunma kapsamında hareket eden kişinin fiilinin haksızlık içeriğinin azaldığı vurgulanmaktaysa da (Gündüz, Sarıgül, **a.g.m.**, s. 419), ilk fıkra yalnız meşru savunmaya dair düzenlenmediğinden, haksız saldırılara karşı girişilen savunmalarda değil, her türlü hukuka uygunluk nedeninden yararlanmalarda sınırın aşılmasında haksızlığın azaldığını bütüncül olarak ifade etmek gerekmektedir.

⁷¹⁴ Kılıç, **a.g.e.**, s. 217.

⁷¹⁵ Veli Özer Özbek, "Suç Genel Teorisi Bakımından Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar ve Görüşlerimiz", **CHD**, Sayı: 15, Nisan 2011, s. 25; Özbek vd., **a.g.e.**, s. 420.

⁷¹⁶ Coşkun, **a.g.e.**, s. 48 vd; 61 vd.

Kanaatimizce bir hukuka uygunluk nedeninin mevcudiyeti, failden taksir noktasında beklenen ‘dikkat ve özen yükümlülüğü’nün derecesini azaltmaktadır. Failin buradaki dikkatsizliği bir nevi ‘o kadar da haksız’ sayılmamıştır.

Halihazırda istisnai olan taksirli suçlardan biri, bir de yine istisnai olan hukuka uygunluk nedenlerinde sınır aşılması çerçevesinde işlendiğinde, kanun koyucu bu iki istisnanın yer aldığı durumda son çare olarak başvurulana (*ultima ratio*) ceza hukukunun müdahalesinden tamamen vazgeçmese de indirimli ceza öngörür. Oysa sıkça görülebilen kasten aşımalar için herhangi bir indirime gerek duyulmamıştır.⁷¹⁷ Nasıl ki taksirli suçlar kastlı suçlardan daha az haksızdır, burada da hukuka uygunluk sınırını aşmak suretiyle işlenen bir taksirli suç da olağan taksirli suçlardan daha az haksız görünmektedir.

Altını çizmek gerekir ki, hafifleyen suçun manevi unsurlarından taksiri niteleyen dikkat ve özen yükümlülüğü olup, kusur bahsini ilgilendiren beklenebilirlik değildir. Bu veçheyle de hükmün hukuki temelini Alman ceza hukukunda geliştirilen kast ve taksirin çifte fonksiyonları teorileri ile izah edemiyoruz. Nitekim kusura dahil olan ikincil fonksiyonu yönüyle taksir, tamamen fail ile ve failin kişisel özellikleri ile ilgilidir. TCK md. 27/1 kabulümüze göre haksızlığı azaltan, objektif ve aynı durumdaki her faile istisnasız uygulanan bir neden olduğuna göre, taksirin çifte fonksiyonu açıklamaları burada bize yardımcı olmaz. Bu mesele ancak ve ancak TCK md. 61/1-f çerçevesinde ve md. 27/1’deki indirim aralığının belirlenmesinde, beklenebilirlik hususu tartışırken dikkate alınabilir.

2.2. 5237 Sayılı TCK md. 27/1 Düzenlemesinin Uygulama Alanı

Öğretide bir görüş, TCK md. 27/1’in hukuki niteliğinin haksızlığı etkileyen neden olarak tespiti halinde uygulama alanının yalnızca hukuka uygunluk nedenleri

⁷¹⁷ Bu hallerde bir tek, söz konusu aşım sınırda hata sonucu meydana gelmişse TCK md. 30/3 uygulanabilir.

ile sınırlı olacağı, ancak kusuru etkileyen bir neden olarak ortaya konması halinde zorunluluk ve cebir gibi mazeret nedenleri bakımından da genişletilerek uygulanabileceğini belirtmiştir.⁷¹⁸ Gerçekten de, hükmün hukuki niteliği, onun uygulama alanının tespitinde başrol oynamaktadır.

2.2.1. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde

Öncelikle belirtmek gerekir ki, fıkranın hukuka uygunluk nedenlerini kapsadığı yönünde bir tereddüt ve tartışma bulunmamaktadır. TCK md. 27/1'in hukuka uygunluk nedenlerine uygulanamayacağı, hukuka uygunluk nedenlerini kapsamadığı yönünde bir görüşe rastlanmamıştır. Aksine öğretide fıkranın hukuka uygunluk nedenleri yönünden uygulanması gerektiği yönünde bir mütabakat vardır. Burada asıl tartışma daha ziyade, maddenin salt hukuka uygunluk nedenleri yönünden mi uygulanması gerektiğine ilişkindir.

2.2.1.1. Salt Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Uygulanacağı Görüşü

TCK md. 27/1'in sadece hukuka uygunluk nedenlerinde uygulanabileceğini ifade eden görüş, ağırlıklı çoğunluk görüşü temsil etmektedir.⁷¹⁹ Görüşün en temel dayanağı da madde gerekçesinin açıkça 'hukuka uygunluk nedenleri' yerine 'ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler' ibaresinin bölüm başlığı ile paralellik sağlamak amacıyla tercih edildiğini ifade etmesidir.⁷²⁰ Hasılı 'ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler' ifadesi, kanundaki kavram bütünlüğünün sağlanması bakımından kullanılmıştır.⁷²¹ Fakat elbette öğretide, söz konusu belirlemenin düzenlenme yerinin gerekçe olmaması gerektiği de ifade edilmiştir.⁷²²

⁷¹⁸ İba, **a.g.m.**, s. 620.

⁷¹⁹ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi, 1. Cilt, Madde 1 – 50**, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s. 880; Özbek vd., **a.g.e.**, s. 356; Özgenç, **Gazi Şerhi**, s. 399; Koca, Üzülmüş, **a.g.m.**, s. 40 vd.; Ersan, **a.g.e.**, s. 60; Güler, **a.g.e.**, s. 100; Kartal, **a.g.e.**, s. 194; Turabi, **a.g.m.**, s. 277; Savaşçı Temiz, **a.g.e.**, s. 196; Şahin, **a.g.m.**, s. 322 vd.; Akbulut, **GH**, s. 607; Topçu, **a.g.e.**, s. 682; Değirmenci, "Yanılma", s. 180; Sucuoğlu, **a.g.m.**, s. 141; Öztürk, Erdem, **GH**, s. 304; Soyaslan, **GH**, s. 402 vd.; Zafer, **GH**, s. 321.

⁷²⁰ " (...) Bölüm başlığına paralel olarak, madde metnindeki 'hukuka uygunluk nedenleri' yerine, 'ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler' ibaresi konulmuştur. (...)"

⁷²¹ İnci, **a.g.m.**, s. 112.

⁷²² Donay, **TCK Şerhi**, s. 44.

Ayrıca maddenin hukuka uygunluk nedenlerinden hemen sonra düzenlenmiş olması da buna bir işaret olarak gösterilmektedir.⁷²³

Bir diğer gerekçeye göre ise, fıkarda kasıtlı aşım men edilerek taksirli aşım halinde indirim düzenlenmiş olup, suçun haksızlık alanına dahil olan manevi unsurlara dair değerlendirmeye yer verilmiştir.⁷²⁴ Yani aslında haksızlık alanına dahil olan ve bu alandaki diğer unsurları kapsamına alan kastın kalkması halinde taksirden cezalandırılabilirliğin sürmesi, kusurluluğu etkileyen nedenler için söz konusu olamaz. Zira kusurluluğu etkileyen nedenlerde yönlendirme yeteneği etkilense de fail hem kasıtlı⁷²⁵, hem de haksız hareket etmeye devam eder. Kusurluluğu etkileyen nedenler, haksızlık alanının dışında kalmaları nedeniyle kastın konusunu oluşturmazlar ve dolayısıyla taksirle aşmayı düzenleyen bu fıkra bakımından ortada kusurluluğu etkileyen nedenlerle ilgili bir durum bulunmamaktadır.⁷²⁶

Öbür yandan, kanun koyucunun kanunları tanzim ederken gösterdiği özensizliğin uygulamaya yansıtılmaması gerektiğinden bahisle de, TCK md. 27/1'in yalnızca hukuka uygunluk nedenlerine hasredilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Yani özensizce yazılan '*ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran*' ifadesine değer biçilmemeli, sonuç bağlanmamalıdır.⁷²⁷ Zira hukuka uygunluk nedenleri dışındaki diğer nedenler bakımından sınırın nerede olduğu ve nasıl aşılabacağı anlaşılmaz olduğundan, mantıksızlığa düşmemek için, maksadını aşan kanun metninin bu şekilde daraltılarak okunması elzemdir.⁷²⁸

⁷²³ Akbulut, **GH**, s. 607; Mehmet Tan, **TCK Genel Hükümler**, 1. Cilt, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, 2011, s. 959. Benze yönde bkz., Zafer, **GH**, s. 321.

⁷²⁴ Koca, Üzülmmez, **a.g.m.**, s. 40 -1; Akbulut, **GH**, s. 607; Demirci, **a.g.e.**, s. 88.

⁷²⁵ Güler, **a.g.e.**, s. 100; Artuk, Gökçen, Yenidünya, **TCK**, s. 880; Şahin, **a.g.m.**, s. 324; Özgenç, **GH**, s. 507.

⁷²⁶ Ersan, **a.g.e.**, s. 60; Koca, Üzülmmez, **a.g.m.**, s. 40 -1; Özgenç, **Gazi Şerhi**, s. 399.

⁷²⁷ Rojda Saman, "Yargıtay Kararları Işığında Meşru Savunma", **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 95, Sayı:2, 2021, s. 306.

⁷²⁸ Hafizoğulları, Özen, **GH**, s. 238.

Yine, kişinin kusur yeteneğini ilgilendiren yaş küçüklüğü ve akıl hastalığı gibi nedenlerde yapıları gereği bir sınır aşımı gündeme gelemeyeceğinden fıkayı hukuka uygunluk nedenlerine hasrederek okumak gerekir.⁷²⁹

Ayrıca, sınır aşılmasının ancak iki değer çatışması ya da birbirini sınırlayan hakların varlığı halinde söz konusu olabileceği için fıkranın bir tek hukuka uygunluk nedenlerine uygulanacağı şeklinde yapılmıştır.⁷³⁰

Yargıtay da, 2005 dönemi sonrası verdiği kararların çoğunda, haklı ve yerinde olduğu vurgusu yaparak, öğretideki çoğunluk görüşüne iştirak etmektedir: “‘ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması’ ibaresini ‘hukuka uygunluk hallerinde sınırın aşılması’ olarak anlamak gerekir”⁷³¹”

Öte yandan, baskın görüş içerisinde yer almakla beraber, zorunluluk halini bir hukuka uygunluk nedeni addederek bunu da TCK md. 27/1’in doğal olarak kapsamında gören görüşü de buraya eklemek gerekmektedir.⁷³² Özen ise, zorunluluk halini Alman hukukunda olduğu gibi hukuka uygunluk ve mazeret nedeni olan zorunluluk halleri olarak ayırarak incelemeyi ve bu çerçevede hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinde bir oran sınırı mevzubahis olduğundan fıkranın uygulanmasını önermektedir.⁷³³

Öğretide fıkayı yalnızca hukuka uygunluk nedenlerine hasreden görüşün gerekçeleri bir kaç yönden eleştiriye açıktır: Öncelikle madde gerekçeleri bağlayıcı değildir. Madem kanun koyucunun iradesi sınır aşılması maddesinin sadece hukuka uygunluk nedenlerine uygulanmasıdır, o takdirde bunu gerekçede belirtmektense fıkayı tasarıdaki haliyle bırakabilirdi. *Kanaatimizce* bırakması isabetli olurdu.

⁷²⁹ Ersan, **a.g.e.**, s. 60; İnci, **a.g.m.**, s. 112; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s. 617; Zeki Hafizoğulları, **Türk Ceza Hukuku Ders Notları**, 2008, <https://alikocubaba.files.wordpress.com/2013/12/cezahukuku-ders-notlari.pdf>, E.T.: 11.03.2024, 22:45, s. 334.

⁷³⁰ Akdağ Yüksel, **a.g.e.**, s. 137; Özen, **GH**, s. 613.

⁷³¹ Y.C.G.K., T. 16.4.2013, E. 2013/1-26, K. 2013/150.

⁷³² İçel, **GH**, s. 360 vd.; Demirbaş, **GH**, s. 322 vd.; Dönmezer, Erman, **II**, s. 359 vd.; Centel/ Zafer/ Çakmut, **GH**, s. 326 vd.

⁷³³ Özen, **GH**, s. 614.

Ayrıca, TCK'nın 27. maddeye kanundaki sıra bakımından hukuka uygunluk nedenleri düzenlendikten sonra yer verilmesi, maddeye yüklenen anlamları bağlayıcı olarak etkilememelidir. Zira kanun sistematigi de yorumda başvurulacak ancak yardımcı bir unsur olabilir. Kaldı ki, birer hukuka uygunluk nedeni olmayan zorunluluk hali ve amirin hukuka aykırı bağlayıcı emrini ifa da, 27. maddeden önce düzenlenmiştir.

İkinci olarak fıkranın, yalnızca taksirle hareketi düzenlediği, oysa kusurluluğu kaldıran nedenlerde failin kasten hareket ettiği sebebiyle, bu nedenler bakımından uygulanamayacağı savı *kanımızca* hem yersiz hem yetersizdir. Zira hukuka uygunluk nedenlerinde de fail zaten çoğunlukla kasten hareket etmektedir. Öte yandan, bu şekilde kusurluluğu etkileyen nedenlerin yalnızca kastlı suçlar bakımından uygulanabilirmiş gibi kabul etmenin *kanımızca* kanuni bir dayanağı yoktur. Örneğin cebir ya da zorunluluk halinden yararlanan fail, taksirle de hareket ediyor olabilir.⁷³⁴ Hasılı bu gerekçe tek başına fıkranın diğer ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlere uygulanmasına engel olamaz.

Üçüncü nokta, kanun koyucu özensiz dahi davranmış olsa bu durum, özenli değişikliğe kadar ceza kanunlarını kanunilik ve belirlilik ilkeleri gereği yazıldıkları şekilde yorumlanmalarına engel olamaz.

Devamla, kişinin kusur yeteneğine dair hususlar elbette nitelikleri gereği sınır aşımına konu olamaz. Ancak kusurluluğu etkileyen bir de mazeret nedenleri vardır. Zaten asıl tartışma onlar üzerinden yapılmalıdır. Yaş küçüklüğü ve akıl hastalığının sınır aşımı ile ilgisinin olmaması, fıkranın mazeret nedenleri bakımından da uygulanamaz olduğunu göstermez ve gerekçelendirmez.

⁷³⁴ Gülşen, **a.g.e.**, s. 147; Özgenç, **Gazi Şerhi**, s. 265.

2.2.1.2. TCK'da Yer Almayan Hukuka Uygunluk Nedenleri Bakımından

Türk hukukunda kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinde kıyas yapılamayacağı gerekçesi ile TCK'da yer verilmeyen hukuka uygunluk nedenleri bakımından TCK md. 27/1'in uygulanamayacağı ifade edilmiştir.⁷³⁵ Bu görüşe göre md. 27/1 yalnızca TCK'da yazan hukuka uygunluk nedenleri bakımından uygulanabilir.⁷³⁶

ETCK'nın 50. maddesinin açıkça 49. maddeye atıf yaparak uygulama alanını sadece 49. maddede düzenlenen hukuka uygunluk nedenleri bakımından kayıtlamış görüldüğü dönemde dahi bu husus tartışmalıydı. O zaman bile söz konusu sınır aşımına ilişkin indirimin tüm hukuka uygunluk nedenleri bakımından - kanunda yazmayanlar da dahil olmak üzere - uygulanması gerektiği ileri sürülmekteydi.⁷³⁷

Kanun hükmünün atıf yoluyla açıkça sadece bazı hukuka uygunluk nedenlerini zikrettiği 765 sayılı Kanun döneminde dahi bunun diğer nedenlere de sirayet ettirilebileceği görüşü baskınken⁷³⁸, bugün kanun maddesi hali hazırda bir kayıtlama yapmadığı halde, üstelik fıkrayı açıkça hukuka uygunluk nedenlerine bile hasretmediği halde bu görüşü izlemek, hakkaniyete aykırı olarak fıkra kapsamını daraltacaktır. Hasılı o dönem için yapılan tartışma, meri kanun md. 27/1 herhangi bir atıf içermediğinden artık anlamını yitirmiş sayılmalı ve fıkra tüm hukuka uygunluk nedenleri bakımından uygulanabilmelidir.⁷³⁹

Bundan başka, mesele özünde kıyasla alakalı da değildir. TCK md. 27/1 fıkrası, hükmün uygulama alanını 'TCK'da yer alan hukuka uygunluk nedenleri' şeklinde sınırlamamıştır. Kaldı ki ortada doldurulması gereken bir kanun boşluğu da yoktur. Mesele sadece 'hukuka uygunluk nedeni'nin tanımından ibarettir. Hukuk düzeninin birliği, çelişmezliği ve bir hukuk alanında izin verilen eylemin ceza

⁷³⁵ Öztürk, Erdem, **GH**, s. 304; Çiftçioğlu, **a.g.m.**, s. 533; Elif Er, "Türk Hukukunda Meşru Savunmada Sınırın Aşılması", **Fasikül Dergisi**, Sayı: 70; Eylül 2015, s. 14;

⁷³⁶ Toroslu, Toroslu, **GH**, s. 195; Yokuş Sevik, **a.g.m.**, s. 123.

⁷³⁷ Önder, **a.g.e.**, s. 265; İçel vd., **a.g.e.**, s. 197.

⁷³⁸ Önder, **GH**, s. 222; İçel vd., **a.g.e.**, s. 197.

⁷³⁹ Özbek, **İzmir Şerhi**, s. 480.

hukukunda yaptırıma tabi tutulamayacağı temel prensipleri gereğince, ‘hukuka uygunluk nedenleri’ TCK’da yer alanlarla sınırlanamaz. Dolayısıyla TCK md. 27/1’e kıyasa müsaade etmeyen görüşün, aynı anda hukuk düzeninin birliği ve bir hukuka uygunluk nedeninin hukukun herhangi bir alanından kaynaklanıp tüm alanlarına etkili olacağını savunması⁷⁴⁰ *kanımızca* çelişkilidir.

Özetle ifade etmek gerekirse, TCK md. 27/1’in, TCK’da yer almayan - diğer yazılı mevzuatta bulunsun veya örf adet hukukundan kaynaklansın - hukuka uygunluk nedenleri bakımından da uygulama alanı bulabileceği sonucuna varmaktayız.⁷⁴¹ Aslında 5237 sayılı TCK’da hakkın kullanılması ve kanun hükmünün icrası kurumlarının da birer hukuka uygunluk nedeni olarak yer alması karşısında bu tartışma anlamını yitirmiştir *kanaatindeyiz*. Nitekim diğer hukuk dallarından kaynaklanan haklar veya başka mevzuatlarda düzenlenen yetki ve görevler, bu çerçevede zaten artık, TCK’da yer alan birer hukuka uygunluk nedeni olarak anlamlandırılabilir.

2.2.2. Kusurluluğu Etkileyen Nedenlerde

Öğretide TCK md. 27/1’in sadece hukuka uygunluk nedenleri bakımından uygulanması ağırlıklı olarak savunulmaktaysa da, kimi yazarlarca fıkranın aynı zamanda kusurluluğu kaldıran nedenlere de uygulanabileceği ifade edilmiştir.⁷⁴² Kanun maddesinde açıkça ‘*ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler*’ yer aldığı ve gerekçede de bu ifade tekrar edildiği için fıkra uygulamasını sadece hukuka uygunluk nedenleriyle sınırlamanın, kanun koyucunun iradesine aykırılık teşkil edeceği de ileri sürülmüştür.⁷⁴³

⁷⁴⁰ Çiftçioğlu, **a.g.m.**, s. 532 vd.

⁷⁴¹ Aynı yönde bkz., Özen, **GH**, s. 614.

⁷⁴² Malkoç, **a.g.e.**, s. 342; Betül Karakoyun Berkyez, “Askerî Ceza Hukukunda Amirin Emrini İfa ve Sorumluluk”, Yalova Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Yalova, Mayıs 2021, s. 70; İba, **a.g.m.**, s. 641; Hakeri, **GH**, s. 415.

⁷⁴³ Kan, **a.g.e.**, s. 294; Karakoyun Berkyez, **a.g.e.**, s. 70; Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, **Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu – Cilt I Madde 1-44**, Adalet, Ankara, 2021, 798; Parlar, Hatipoğlu, **TCK**, s. 485

Hükmün, mazeret nedenlerine uygulanmasında bir engel olmadığına ilişkin ikinci bir gerekçe olarak hukuki niteliği öne sürülmektedir. Fıkranın hukuki niteliğinin kusuru etkileyen bir neden olarak kabul edilmesi halinde, kusurluluğu etkileyen nedenlerde de uygulanmasının önünde bir engel kalmaz.⁷⁴⁴

Öğretide *Tulay*, çoğunluk görüşün mazeret nedenlerinde kasten hareket edildiği için fıkrayı uygulamayı reddetmesine karşı çıkarak, zaten kastın kapsamının suçun maddi unsurları ile sınırlı olduğunu ve hukuka uygunluk nedenleri bakımından da failin pekâlâ kasten hareket ettiğini ifade eder.⁷⁴⁵ Buna ek olarak, TCK md. 27/1'nin kapsayıcı lafzına göre, şartları gerçekleştiği takdirde fıkranın zorunluluk halinde sınır aşan faile de uygulanması gerektiğini belirtir.⁷⁴⁶

Hakeri de hukuka uygunluk nedenleri dışında hem zorunluluk hali hem de hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin sınırının aşılmasında fıkranın uygulanabileceğini ifade etmektedir.⁷⁴⁷

Yargıtay ise mülga Kanun'dan farklı olarak yürürlükteki TCK düzenlemesinde hukuka uygunluk nedeni olarak yer almayan zorunluluk hali bakımından sınırın aşılması hükümlerinin uygulanamayacağını ifade etmektedir.⁷⁴⁸

Diğer yandan, söz konusu fıkra, düzenlenişinden dolayı hukuka uygunluk nedenlerine hasredilemese de, kusurluluğu etkileyen nedenlerde nasıl uygulanacağının belirsiz olması yönünden de eleştirilmektedir.⁷⁴⁹

⁷⁴⁴ İba, **a.g.m.**, s. 641.

⁷⁴⁵ Tulay, **a.g.m.**, s. 3184-5.

⁷⁴⁶ Tulay, **a.g.m.**, s. 3185.

⁷⁴⁷ Hakeri, **GH**, s. 415.

⁷⁴⁸ Y. C.G.K., T. 26.2.2008, E. 2007/281, K. 2008/37.

⁷⁴⁹ Ünver, "Kusurluluk", s. 60.

2.2.3. Değerlendirme ve Kanaat

Hukuka uygunluk nedenleri bakımından bir tartışma bulunmadığına göre asıl mesele kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler bakımından da fıkranın uygulanabilip uygulanamayacağına ilişkindir. Bu grup da kendi içinde ayrımlar barındırır.

Kanaatimizce kusur üzerinde etkili olan nedenlerin yapısı ve niteliğinin sınır aşmaya uygun olmaması gerekçesi⁷⁵⁰ bir tek kusur yeteneğini etkileyen yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve geçici nedenler ve de hata halleri için geçerli olabilir.

Failin kusur yeteneği ya yoktur, ya azalmıştır ya da vardır. Keza hatada da failin iradesi ile gerçeklik uyuşmamaktadır ve hatası ya kaçınılmazdır, ya kaçınılabildir ya da fail yanılmamıştır. Kusur yeteneğini etkileyen haller ile hata hallerinde failin fiili ile aşabileceği olgusal sınırlar yoktur. Bu tarz nedenlerin varlığı veya yokluğu objektif kriterlere göre belirlenir ve mevcudiyetleri failin zihnindeki tasavvurlardan ve failin hareketlerinden tamamen bağımsızdır. Söz konusu haller failin zihin dünyası ve yetileri ile ilgili olup, onun iradesi veya hareketleriyle aşılabilecek sınırlardan burada söz edilemeyeceğinden bu grup elenmelidir. Bu grup, sınır aşılması müessesesi ile ilgisizdir.

Haksız tahrik ise ceza sorumluluğunu kaldırmadığı, yalnız azalttığı için burada tartışılmayacaktır. Bir an için ceza sorumluluğunu yalnız kaldıran değil, azaltan nedenler için de tartışma yaptığımızı düşündüğümüzde bile haksız tahriği reddetmek gerekmektedir. Şöyle ki: *Kanımızca* haksız tahrik yalnızca kusuru değil, mazeret nedenlerine de benzer şekilde aslında fiilin haksızlık içeriğinin de azalmasının sonucu olan bir indirim getirdiği ve söz konusu haksızlık azalması da tahriğe neden olan mağdurun kusurlu davranışı olması nedeniyle, yalnızca tahrikçiye yönelen fiiller bakımından uygulanabilir.

Örneğin, kendisine küfreden mağdura bir tokat atmak isterken onun dengesini bozup yere düşmesine ve hayatını yitirmesine ya da ağır yaralanmasına neden olan

⁷⁵⁰ Savaşçı Temiz, **a.g.e.**, s. 196; Akdağ Yüksel, **a.g.e.**, s. 138.

fail, hâlâ haksız tahrik indiriminden yararlandırılmalıdır. Failin taksiri hâlâ bir nevi ‘sınır aşılması’ değil, haksız tahrik çerçevesinde değerlendirilen bir olgu olarak ele alınmalıdır. Öbür yandan taksirli fiil herhangi başka bir -tahrikçi olmayan- masum üçüncü kişinin zarar görmesine neden olsaydı burada artık haksız tahrik indiriminin uygulanamayacağı *kanaatindeyiz*.

Geriye teorik olarak aşılması mümkün olgusal sınırları olan mazeret nedenleri kalmaktadır:

Öncelikle ‘sınır’ kelimesini burada biraz ön plana çıkarmak gerekmektedir. Nitekim hukuka uygunluk nedenlerinde, hukuka uygun ve aykırı alan arasında ‘sınır’lar vardır. Bu sınırları genel olarak o hukuka uygunluk nedeninin şartları çizer. Bu sınırların, objektif olarak tespiti mümkündür. Sınırlar ise kişi, yer, zaman ve en çok da ölçü olarak gündeme gelebilir. Burada sınırın çizilmesi, mazeret nedenine nazaran hem görece daha kolaydır, hem de sınırın ifade ettiği anlam daha keskindir. Sınırın bir yanı hukuka uygun, öte yanı ise aykırıdır. Keza öğretide *Hafizoğulları* ve *Özen* de, sınır mefhumunun, *'bazı zorunluluklardan ötürü çatışma durumunda kalan iki değer varlığını'* gerektirdiğini ve kusuru etkileyen nedenlerde böyle bir sınırın nasıl aşılabildiğinin anlaşılmaz ve yapılmaya çalışılsa da mantıksız olduğunu belirtmektedirler.⁷⁵¹

Mazeret nedenlerinde, haksızlık ve kusur azalması beraber gerçekleşir. Kusur yeteneği ve haksızlık bilinci olan failin, iradesini etkileyen zorlayıcı dış faktörler yüzünden kusuru, ceza vermeyi gerektirmeyecek kadar azalmış kabul edilir.⁷⁵² Dolayısıyla kanun koyucunun bu kabulü, ancak ilgili mazeret nedeninin tüm şartları gerçekleşmişse mümkün olur. Şartlar gerçekleşmediyse, burada failin kusuru etkilenmiş kabul edilmez ve tam sorumlu olur. (TCK md. 61/1-f saklıdır.) Eğer şartlar gerçekleşti ise, bu takdirde faile hangi hallerde kusurlu hangi hallerde kusursuz sayılacağına dair bir liste verilemez. Bu biraz da, ilgili nedenin sınırlarının,

⁷⁵¹ Hafizoğulları, Özen, **GH**, s. 238.

⁷⁵² Meraklı, **a.g.m.**, s. 262, 266, 272; Dülger, **a.g.m.**, s. 149; Özbek vd., **a.g.e.**, s. 392 vd.; Öztürk, Erdem, **GH**, s. 320

yalnız haksızlık değil kusur alanını da ilgilendirmesi nedeniyle daha sübjektif ve daha muğlak olmasından ileri gelmektedir.

Mazeret nedenlerinde mevcut olan orantı, o oran aşıldığında failin artık kusurlu olduğunu gösterir.⁷⁵³ Zira bu nedenlerde fail hem kusur yeteneğine hem haksızlık bilincine sahiptir. Ancak olayın şartları, failden norma uygun davranışın beklenebilirliğini düşürmüştür ve bu da kanun koyucunun onu kusursuz addetmesine neden olmuştur. Dolayısıyla kanun koyucunun bu kabulü, orantı dışında geçerli değildir. Hasılı kanun koyucu, failin kusurunu ne ölçüde kalkmış sayacağını zaten kendi çizmiştir. Böylece, mazeret nedeninin şartları dışında kalan hallerde fail hem haksız hem de kusurlu hareket ediyor kabul edilir.

Eğer TCK md. 27/1, öğretide çoğunluk ve Yargıtay'ın kabul ettiği üzere, kusuru azaltan bir hal ise, yani failin kusuru azaldığı için taksirli suçunun cezası indiriliyor ise, bu takdirde zaten kusuru cezaya layık olmayacak kadar düşürdüğü kabul edilen mazeret nedenlerinde neden bir kez daha uygulanacağı ceza hukuku mantığı içerisinde izah edilemez. Yani mazeret nedenlerinde zaten kanun koyucu failin kusurunu son derece azalmış kabul ederek cezadan vazgeçmektedir.

Kusur üzerinde etkili bu hal üzerinde neden ve nasıl tekrar bir kusuru azaltan hal uygulaması yapılabilecektir? Diğer bir söylemle kusuru azaltan bir halde sınır aşmak nasıl hâlâ kusuru azaltmaya sebep olacaktır? Dolayısıyla, fıkranın kusuru etkileyen hallerin bünyesi müsaade ediyorsa kanunen onlara da uygulanabilmesi gerektiği fikrinde olan yazarların aynı zamanda fıkrayı bir kusuru azaltan hal olarak ele almaları da *kanımızca* çelişkilidir.⁷⁵⁴

Hükmün haksızlığı etkilediği kabul edildikten sonra, doğal olarak yalnızca bir hukuka uygunluk nedeninin sınırının aşılmasında uygulanabileceği ortaya çıkar. Mazeret nedeni içerisinde davranan fail zaten hukuka aykırı alanda ve haksız hareket

⁷⁵³ İba, **a.g.m.**, s. 625.

⁷⁵⁴ Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 799; İba, **a.g.m.**, s. 641.

etmektedir. Bu nedenin sınırını aşmak haksızlığı etkileyen bir neden olarak değerlendirilemeyeceğine göre, hüküm de mazeret nedenlerine uygulanamaz.

Mazeret nedenlerinde failin aynı zamanda kendisini de korumak gayesiyle hareket etmesi ve zorlayıcı dış etkenler dolayısıyla içinde haksızlık azalmasını da barındırdığı iddia edilebilir. Ancak bu takdirde de söz konusu haksızlık azalması zaten hali hazırda mazeret nedeni içerisinde değerlendirilmektedir. Kanun koyucunun failin kusurunu kalkmış farz etmesi biraz da bu haksızlık azalmasına dayanmakta ve sonuçta fail cezasızlıktan yararlanmaktadır. Bu durumda, hukuka aykırı davranan ve haksızlık içeriğinin azlığından zaten cezasızlık ile yararlandırılacak olan fail, bir de bu nedenin sınırını aşınca hâlâ haksızlık azalmasından bir nevi çifte şekilde yararlandırılmaz.

Dolayısıyla TCK md. 27/1'in haksızlık üzerinde etkili olduğunu kabul ettikten sonra artık fıkranın mazeret nedenlerine de uygulanabileceği iddia edilemez. Kaldı ki söz konusu aşım yalnızca taksirle yapılabilmektedir ve bu nedenlerde taksirli aşım gibi görünen hallerin, ya nedenin tamamen dışında kaldığı ya da aslında hâlâ mazeretten yararlanabilecek kapsamda olduğu göz önüne alındığında bu, mümkün de olmayacaktır. Bu da aslında hukuki nitelik ve gerekçelendirmenin dışında, olgusal olarak da böyle bir aşımın gündeme gelemeyeceğini izah etmektedir:

İlk örnek, yuvarlanan bir kayadan kaçmak isteyen failin yanındaki kişiyi itmesi, bunun sonucunda ise o kişinin failin görmediği bir kuyuya düşerek hayatını kaybetmesidir.⁷⁵⁵ Yine bir Yargıtay kararına konu olan olayda maktul, pencereden atlamak üzereyken, fail onu korumak amacıyla, ölümünü engellemek için üstüne atlamış ancak bu hareketiyle ölüm neticesine sebep olmuştur.⁷⁵⁶ Burada mazeret nedeni olan zorunluluk halinde oran sınırı taksirle aşılmış görünmektedir. Ancak öğretide açıkça, ölçülülüğün bu şekilde taksirli aşılması halinde, araç bakımından hâlâ bu ilkeye riayet edildiği için istenmeyen bu neticenin faile isnad edilmemesi gerektiği, yani failin zorunluluk halinden yararlanmaya devam ettirilmesi gerektiği

⁷⁵⁵ Örnek için bkz.: Kan, **a.g.e.**, s. 318.

⁷⁵⁶ Y. 1. C.D., T. 9.6.2004, 903/2268.

bizim de iştirak ettiğimiz şekilde ifade edilmektedir.⁷⁵⁷ Bir diğer söylemle bu gibi hallerin sınır aşımı olmadığı belirtilmektedir.⁷⁵⁸

Yargıtay da bir kararında bu görüş doğrultusunda failin sınır aşımı gibi görünen taksirli fiili için kusursuz addedilerek ceza almaması gerektiğine hükmetmiştir. Olayda fail, domuz saldırısına uğrayan kuzenini kurtarmak amacıyla domuza doğru ateş etmiş, ancak atışlardan kuzeni de isabet almış ve hayatını kaybetmiştir. Mahkeme bu hareketi de zorunluluk hali çerçevesinde değerlendirmiştir.⁷⁵⁹

Bu görüşümüzü destekleyen bir diğer husus kanunun zorunluluk haline ilişkin düzenlemesidir. TCK md. 25/2’de geçen “... tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasındaki orantı...” ifadesinde oran için sadece konular arası değer dengesinin tek başına yeterli olmayacağı, söz konusu orantılılığın tespitine kullanılan vasıtaların da katılması gerektiği hususuna dikkat edilmelidir. Dolayısıyla failin tehlikeden korunmak için taksirle gereğinden fazla zarara neden olduğu olaylarda, korunan ve zarar verilen değerler arasındaki denge belki sağlanamaz. Ancak fail bu zararı taksirle meydana getirdiğinden, vasıtadaki hafiflik bu orantılılığı genel olarak sağlamaya yetecektir.⁷⁶⁰

Ancak burada bir zorunluluk halinin gerçekten meydana gelmiş olmasına dikkat edilmelidir. Örneğin, yangından arabasını kurtarmaya çalışırken başkalarını taksirle ezen fail elbette mazur görülmeyecektir. Burada taksirle zorunluluk sınırını aşmaktan değil, zaten zorunluluğun dışında olmaktan söz edilecektir. Zira malvarlığı

⁷⁵⁷ Özen, **Meşru Müdafaa**, s. 158-9, Gölcüklü, **a.g.m.**, s. 211; Kan, **a.g.e.**, s. 318; 1. Hami Tahir Topaç, **Türk Hukukunda Taksir**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 200-1; Kaymaz, Gökcan, **a.g.e.**, s. 125. Aksi yönde bkz., Hafızoğulları, “Ders Notları”, s. 328’de, kast olmaksızın sınırı aşan failin söz konusu fiilinin artık zorunluluk hali kapsamında olmayacağını belirtmektedir.

⁷⁵⁸ Gölcüklü, **a.g.m.**, s. 211; Kan, **a.g.e.**, s. 318.

⁷⁵⁹ Y. 1. C.D., T: 24.5.2017, Sayı: 2017/1915. Benzer yönde daha eski bir karar için bkz. Y. 9. C.D., T: 6.12.1983, Sayı: 1983/3114. Bu gibi olaylarda failin zorunluluk halinin sınırının taksirle aştığı kabul edilerek taksirli suçun cezasının verilmesi ancak TCK md. 27/1 gereği de indirim uygulanması gerektiği şeklinde aksi yönde görüş için bkz., Tulay, **a.g.m.**, s. 3186.

⁷⁶⁰ Aksi yönde bkz., Özbek vd., **a.g.e.**, s. 418’de, vasıtanın önem taşımadığı, düzenlemenin hatalı olduğu ve aslında yalnızca konular arasında tartımın yapılması gerektiğini belirtmiştir.

değerlerine karşı başkalarının yaşam hakkı, zorunluluk halini gündeme getirecek bir denge teşkil etmez.⁷⁶¹

Benzer şekilde, çığdan kaçan failin, elinde de bir silah olduğu takdirde önünde yavaş yürüyen kişiye ateş etmesi, ancak kurşunun ona değil uzaktaki bir üçüncü kişiye de isabet ederek yaralaması halinde bu hareket mazur görülemez. Burada isabet alan üçüncü kişi bakımından her ne kadar kast yoksa da, failin bu taksirli suçu işlemesine neden olan ilk kastlı hareket zaten zorunluluk hali kurallarına uygun icra edilmemiştir. Tercih edilen araç - birisine doğrudan isabet alarak kasten ateş etme - en başından ölçülü değildir. TCK md. 27/1'in ilk ve temel şartı tüm koşulları ile gerçekleşmiş bir '*ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran hal*' olmalıdır. Burada ise zaten şartlar en başından sağlanmadığından, olayda zorunluluk hali hiç doğmamış olacaktır.

Benzer örnekler cebir ve tehdit için de verilip, benzer gerekçelendirme bu mazeret nedeni için de yapılabilir. Cebir veya tehdit kullanılarak bir otobüs şoförünün hız limitini aşmaya zorlanması halinde, kasten işlenmiş olan TCK md. 179/2'de düzenlenen trafik güvenliğinin tehlikeye sokulması suçu bakımından şoför, TCK md. 28 gereği kusursuz addedilecektir. Ancak bu sebeple şoför taksirle bir kazaya neden olsa, meydana gelen sonuçların da cebir kapsamında kalması gerekir.⁷⁶² Elbette bu halin de cebirde ve tehditte sınır aşımı değil, cebir ve tehdidin etkisi altında işlenen taksirli bir suç olarak ele alınması gerektiği *kanaatindeyiz*. Dolayısıyla mesele sınır aşma hükmüne varmadan çözülür.

Eser, Türk hukuku ile Alman hukukundaki sınır aşma maddelerini kıyaslayarak değerlendirdiği çalışmasında, AlmCK'da benzeri olmayan TCK md. 27/1 hükmü için verdiği örnekte hükmü cebir - tehdit nedeni açısından uygular: Bir

⁷⁶¹ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 581'de freni tutayan kamyonun kaçarken çocuk parkına direksiyon kırarak pek çoğunun ölme veya yaralanmasına neden olan failin de zorunluluk halinden yararlanamayacağını belirtmiştir.

⁷⁶² Gülşen, **a.g.e.**, s. 147; Özgenç, **Gazi Şerhi**, s. 265; Yasemin Filiz Saygılar, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Taksir", İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul, Aralık 2011, s. 200. Yine meydana gelen taksirli yaralama ve öldürmeler bakımından da TCK md. 28 gereği şoför kusursuz addedilecek, cebri uygulayanlar dolaylı faillik kurumunca asıl sorumlu sayılacaklardır. Bkz. Topaç, **a.g.e.**, s. 203.

adam, karşı konulmaz dereceye varmadığı için TCK md. 28'den yararlanamayacağı ölçüde tehdit edilmiş ve korkutulmuş olup da, bir kişiyi bu baskı altında öldürecek veya yaralayacak olursa, bu takdirde kanun koyucu onun cezasını taksire indirgeyerek vermeyi tercih etmektedir.⁷⁶³

Madde lafzı doğrudan çevrildiğinde, fıkranın yalnızca hukuka uygunluk nedenlerinde uygulanacağına dair bir kayıt içermemesi dolayısıyla, bu yorumun yapılması beklenebilir. Ancak burada kastlı bir fiil taksire 'indirgeniyor' (*Herabstufung*) değildir. Olayda baskı altında öldürme veya yaralama kasten işlendiğinden TCK md. 27/1 uygulanamaz, kanun koyucunun tercihi bu değildir.

Ayrıca, bir an için hükmün kusurluluğu etkileyen hallerde de uygulanabileceği varsayılsa dahi, eğer failin maruz kaldığı cebir veya tehdit, TCK md. 28'i harekete geçirecek ölçüde değildi ise bu takdirde zaten md. 27/1 hiç gündeme gelemmez. Zira bir ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran nedenin sınırının aşılmasından söz etmek için öncelikle o nedenin oluşmuş olması, içine girilmesi gerekmektedir.

Cebir veya tehdit karşı konulamayacak derecede olmadığı takdirde, sınır aşma maddesini uygulamaya kalkışmak, TCK md. 27/1'i, âdeta diğer ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler bir sebeple uygulanamadığında devreye giren alternatif yer doldurucu bir hüküm haline getirir. Ancak kanun koyucunun iradesi bu olmadığı gibi, kanunda bu yorumu çıkarmaya gerekçe olacak bir düzenleme de mevcut değildir.

Amirin bağlayıcı ve hukuka aykırı emri bakımından, eğer TCK md. 27/1 sadece hukuka uygunluk nedenlerine hasredilirse emrin yerine getirilmesinde hukuki denetim yükümlülüğüne uygun davranmasına rağmen emrin sınırını taksirle aşan

⁷⁶³ Albin Eser, "Das Überschreiten der Grenzen von Rechtfertigungsgründen - Notwerexzess aus Erregung, Furcht oder Schrecken", içinde: **Beiträge zum deutschen und türkischen Strafrecht und Strafprozessrecht**, Yayına Hazırlayanlar: Walter Gropp, Bahri Öztürk, Adem Sözüer, Liane Wörner, Baden-Baden, Nomos, 2010, s. 257.

faile uygulanacak yaptırım açısından kanunda boşluk olduğu görüşüne⁷⁶⁴ bu gerekçelerle katılmıyoruz.

Ayrıca burada dikkat edilmelidir ki, söz konusu yorum zorunluluk hallerinden yalnız mazeret nedeni olan bakımından geçerlidir. TBK md. 64'da yer alan hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali gündemde ise, artık TCK md. 27/1'in uygulanmasının önünde bir engel yoktur. Elbette olaydaki aşım, hali hazırda TCK md. 25/2'ye girebiliyorsa, failin bu gerekçelerle ceza almaması evleviyetle ve md. 27/1'e öncelikle mümkündür.

Örnek olarak, ayı saldırısından kaçmak için ormandaki kulübenin kapısını kıran failin, bu kırma hareketiyle kapının arkasındaki ev sahibinin de yaralanmasına neden olması verilebilir.⁷⁶⁵ Bu örnekte hukukumuzda var olan iki farklı zorunluluk hali müessesesi birden gerçekleşmiştir. Bunlardan ilki, TBK md. 64/2'de düzenlenen hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halidir. Fail, yaşam hakkına veya en azından vücut bütünlüğüne yönelik ağır ve acil bir tehlikeden kurtulmak için, bu değer kadar üstün nitelikte olmayan üçüncü kişinin malvarlığına zarar vermiştir. Kapıyı kırma olayı başlı başına bir hukuka uygunluk nedeni teşkil ettiğinden ve TCK md. 27/1'in uygulama alanı sadece TCK'da yer alan hukuka uygunluk nedenleriyle sınırlı olmadığından bu nedenin sınırının aşılmasında md. 27/1'in uygulanmasına imkan tanımak gerekmektedir.

Ancak bu, zorunluluk halinin burada hukuka uygunluk nedeni olmasından kaynaklanmaktadır, yoksa fıkranın mazeret nedenlerine uygulanabilmesinden değil. Kaldı ki, ev sahibinin taksirle yaralanmasına bakıldığında burada iki vücut bütünlüğü değeri karşı karşıya bulunmaktadır. Bunlar da denktir. Verilen zararın taksirle gerçekleştiği de göz önüne alındığında ilgili olayda failin doğrudan md. 25/2 gereği cezadan kurtulabileceğinden tekrar md. 27/1'e başvurmaya gerek görülmez.

⁷⁶⁴ Karakoyun Berkyez, **a.g.e.**, s. 70

⁷⁶⁵ Örnek için bkz.: Kan, **a.g.e.**, s. 308.

Sonuç olarak, hem olgusal ve teorik bazda ilgili mazeret nedenlerinin çerçevesinde meydana gelebilecek olay ihtimalleri dikkate alındığında, hem de söz konusu düzenlemenin mantığı göz önünde bulundurulduğunda TCK md. 27/1'in yalnızca hukuka uygunluk nedenleri ile sınırlı olarak uygulanmasının mümkün olduğu ortaya çıkmaktadır.

2.2.3.1. Bazı Hukuka Uygunluk Nedenlerine Dair Özellik Arz Eden Durumlar

Her şeyden önce belirtmek gerekir ki taksirin istisnai bir suç işleme biçimi olması, ceza kanunlarında çok az sayıda suç için taksirle işlemenin mümkün kılınmış olması ve bu suçların bir hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde davranılırken sınır aşılması suretiyle işlenmesi çok nadir görülebilecek hususlardır. Nitekim öğretide de sınır aşmaya dair verilen örneklerin hemen tamamını kasten aşımalar oluşturmaktadır.⁷⁶⁶ Genelde de söz konusu örnekler meşru savunma bakımındandır.

Meşru savunmadan yararlanırken işlenebilecek yaralama ve öldürme suçlarının taksirli hallerinin kanunda düzenlenmiş olması da TCK md. 27/1 gündeme gelme şansını son derece yükseltmektedir. Ancak fıkra meşru savunmaya münhasır olmadığı ve hatadan (TCK md. 30/3) farklı ve bağımsız bir düzenleme teşkil ettiğinden diğer hukuka uygunluk nedenleri bakımından da aşımın somut olarak nasıl gündeme gelebileceği ortaya konmalıdır.

Kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni bakımından öğretide verilen CMK md. 134/2 örneğinden yararlanılabilir. Fıkra uyarınca bir bilgisayara el koyan memurun gerekli dikkati göstermeyerek cihaza zarar vermesinde ya da sistemin işleyişini bozmasında aslında sınır taksirle aşılmış olmakla beraber mala zarar verme ve TCK md. 244'de düzenlenen suçların taksirle işlenmiyor olması md. 27/1'in uygulanmasına engel oluşturacaktır.⁷⁶⁷

⁷⁶⁶ Savaşçı Temiz, **a.g.e.**, s. 197.

⁷⁶⁷ Akbulut, **GH**, s. 608.

Devletin resmi görevlilerinin ya da makamlarının göreve ilişkin kurallara doğru şekilde riayet etmesi gerektiği, bunun aksi durumunun sınırın taksirle aşılması olarak yorumlanamayacağı ileri sürülmektedir.⁷⁶⁸ Örneğin sadece işyerinde arama emri düzenlenmişken dikkatsizlikle konutta arama yapılmasında amirin emrinin ya da kanun hükmünün icrası hukuka uygunluk nedeninin sınırın taksirle aşıldığı iddia edilemez, zira kolluk, mesleğin gereklerini bilmekle yükümlüdür.⁷⁶⁹

Aslında pek çok örnekte olabileceği gibi bu olay da, sınır aşımı değil, daha ziyade arama emrinin şartlarına ilişkin bir hata ile alakalıdır. Nitekim kolluk ya iş yeri aramasını konut araması zannetmiş, ya iş yeri aramasının konut aramasını da kapsayacağına inanmış, ya da fiilen kişinin konutunu iş yeri zannetmiştir ki her üç halde de hukuka uygunluk nedeninin şartlarına dair hata mevcut olup, işlenen fiiller özünde kasten gerçekleştirilmiştir.

Dolayısıyla diğer tüm hukuka uygunluk nedenlerinde olduğu gibi, hatalı da olsa fail tipik fiil bakımından zaten kasten hareket etmeyi sürdürmektedir. Eğer memurun kasten sorumluluğunun devam etmesi isteniyorsa yapılacak olan katı kusur teorisini benimsemek ve uygulamaktır; yoksa en baştan devlet görevlilerinin taksirle hareket edemeyeceklerini kabul etmek değil.⁷⁷⁰

Taksirin tanımlarından birinin ‘meslek ve sanatta acemiliği’ de içermesini de dikkate alarak, *kanaatimizce* resmi görevlilerin görev ifasında peşinen taksirin devre dışı bırakılmasını doğru değildir. Her somut olay üzerinde taksirin unsurlarının oluşup oluşmadığının ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Örneğin kaçmasına engel olmak için yakalanan şüphelinin kolunu büken memurun, istemeyerek kırığa neden olmasında pekâlâ TCK md. 27/1’in uygulanmasına imkan tanımak gerekir.⁷⁷¹

⁷⁶⁸ Kan, **a.g.e.**, s. 310.

⁷⁶⁹ Söz konusu örneği taksirle aşım için gösteren aksi kanaat için bkz., Özgenç, **Gazi Şerhi**, s. 401.

⁷⁷⁰ Kaldı ki bir an için söz konusu olayın sınır aşımı olduğunu kabul etsek ya da olaydaki suçların sınır aşımı çerçevesinde gerçekleştiği bir senaryo varsaysak bile, konut dokunulmazlığını ihlal ve haksız arama suçları taksirle işlenebilen suçlardan değildir. Dolayısıyla TCK md. 27/1’in bunlara teorik olarak uygulanabiliyor olması, olayda uygulanmaları sonucunu doğurmayacaktır.

⁷⁷¹ Topaç, **a.g.e.**, s. 198; Kaymaz, Gökcan, **a.g.e.**, s. 124.

Silah kullanma yetkisine dair olaylarda, ölçülülük değerlendirmesinin yanında, failin manevi unsuru da iyi tetkik edilmelidir. Yakalama amacına matuf olacak şekil ve ölçüde bacak hedef alınarak yapılan atışta hareketli mağdurun ölmesinde taksirli aşım uygulanabilir görünmektedir. Ancak somut olayın oluş şekli dikkate alınarak olası kast ihtimali de göz önünde bulundurularak değerlendirme yapılmalıdır.⁷⁷²

Hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni ile alakalı olarak, Yargıtay'ın bir kararına konu olan olayda sanık, komşu arazi sahibinin arazisi etrafını tel örgü ile çevirirken, bazı beton direkleri kendi arazisine koymuş olduğunu fark ederek, zilyetlik ve mülkiyet haklarını koruma amaçlı bunları sökmüştür. Yargıtay da burada beraat kararı verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.⁷⁷³

Olayı sınır aşımına uydurmak için bu beton direkleri çıkarırken dikkatsizlikle taksirle işlenebilen bir suçun neticesine sebep olsa (örneğin TCK md. 171 çerçevesinde toprak kayması veya sele neden olma), bu taksirli suç için mahkemenin takdir edeceği cezadan TCK md. 27/1 uyarınca indirim yapılması gerekecektir. Ancak hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninden yararlanılan hallerde genel olarak taksirle işlenmesi mümkün bir suç vuku bulmamakta, dolayısıyla da md. 27/1 gündeme gelmemektedir.⁷⁷⁴

Tedip hakkı bakımından taksirle sınır aşılmasına şu örnek verilebilir: Bir baba, otobanda oynamak isteyen çocuğunu, bu durum çok tehlikeli olacağından onu korumak için engellemeye çalışır. Bunun için fiziki güç kullanması sonucu çocuk düşerek yaralanmış veya ölmüştür.⁷⁷⁵ Burada da sınır taksirle aşılmıştır.

Son örnekler rıza bakımındandır: Evinin önündeki çeşmeden geçenlerin izinsiz su içmesine müsaade eden kişinin çeşmeden su alarak arabasını yıkayan fail rızanın

⁷⁷² Özgenç, **Gazi Şerhi**, s. 402.

⁷⁷³ Y. 23. C.D., T. 16.6.2016, E. 2015/15688, K. 2016/7883

⁷⁷⁴ Önceden kurulmuş otomatik savunma mekanizmalarının hakkın kullanılması çerçevesinde ele alındığı görüşler ve bu minvalde sınır aşımı değerlendirmeleri için bkz. aşağıda: 2.3.2.2.3. *Önceden Kurulmuş Otomatik Savunma Mekanizmaları (Offendicula)*

⁷⁷⁵ Artuk, Gökçen, Yenidünya, **TCK**, s. 881.

sınırını aşmış sayılabilir.⁷⁷⁶ Benzer örnek de rıza sadece bahçeden meyve yenmesine yönelik olmasına rağmen, failin bolca toplayıp eve de götürmesi halidir. ⁷⁷⁷Ancak sınır aşma hükmüne başvurmada önce bir kaç belirleme yapmak gerekmektedir. İlkın, eğer fail rızanın - rızanın buradaki hukuki niteliği önemli olmaksızın - sadece içmeyi, ya da yemeyi kapsadığını biliyorsa zaten kasten hareket etmiştir. İkinci ihtimalde fail rızanın kapsamını bilmiyor veya emin değilse tekrar bir ayrıma gitmek gerekir: eğer söz konusu rıza hukuka uygunluk nedeni olan rıza olarak kabul edilerek ele alındıysa, ki sınır aşmaya dair örnek verildiğine göre öyle düşünölmüş olmalıdır, fail rızanın içeriğinde yanıldığına göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata bahsine dönölüp uygulama yapılması gerekir.

Öte yandan, yukarıda rıza bahsinde de verildiği gibi, bu örneklerde (ister meyve toplama bakımından hırsızlık ister çeşmeden çok miktarda su alma şeklinde TCK md. 163/3 uyarınca karşılıksız yararlanma suçu olarak düşünölsün) rızanın yokluğu suçun bir unsuru olup, olayda hukuka uygunluk nedeni olan değil, tipikliği geri bırakan ya da engelleyen rıza söz konusudur. Suç unsuru olan rızada ise, TCK md. 27/1 gündeme gelemez. Fail unsur olan rızada veya içeriğinde yanıldığına ise kastı kalkar ve taksirle hareket etmiş sayılır (TCK md. 30/1). Son olarak olaylarda ihtimal dahilindeki suçların zaten taksirli halleri kanunda düzenlenmiş değildir. Dolayısıyla örnekler, hiç bir vecheden sınır aşmaya uygun değildir.

Diğer yandan, tedavi için bir hastaneye başvuran mağdurun rızası hatta bilgisi olmaksızın üzerinde deney yapılması rıza sınırlarının kasten aşılmasına örnek olarak verilmiştir.⁷⁷⁸ Oysa olayda kasten dahi olsa bir sınır aşımı söz konusu değildir. Hükmü doğru anlamak ve uygulamak için her şeyden evvel, manevi unsurdan da önce, ortada bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı ve bunun sınırının aşılmış olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Olayda deneye dair mağdurun rızası yoktur ki bunda sınır aşılmış olsun. Onun rızası yalnız tedaviye ilişkindir. Dolayısıyla TCK md. 27'yi gündeme getirebilecek bir 'sınır aşımı' vuku bulmamıştır. Özetle sınır

⁷⁷⁶ Örnek için bkz: Ersan, **a.g.e.**, s. 58

⁷⁷⁷ Koca, Üzülmöz, **a.g.m.**, s. 48.

⁷⁷⁸ Özgenc, **Gazi Şerhi**, s. 400; Benzer bir örnek, hastanın tedavisi için gerekli olmayan incelemenin yapılması şeklinde verilmiştir, bkz., Malkoç, **a.g.e.**, s. 348.

aşımı hükmünün uygulanmamasının nedeni sınırın kasten aşılmış olması değil, ondan da evvel, ortada herhangi bir sınır aşımı mevcut olmamasıdır. Fail, hukuka uygunluk nedeninin sınırını aşmamış, hukuka uygunluk nedeni olmayan bir alanda doğrudan ve kasten bir suç işlemiştir.

Öte yandan, hukuka uygunluk nedeni olan rıza bakımından, bilhassa da tıbbi müdahaleler veya vücut bütünlüğüne yönelik diğer hareketler için sınır aşılması, sayılanlar içinde gündeme gelmesi en olası ihtimaldir. Örneğin ameliyat yapan hekimin hastanın karnında makas unutması öğretide, bizim de iştirak ettiğimiz üzere, sınırın aşılması olarak nitelendirilmiştir.⁷⁷⁹

Özetle, ilk fıkra herhangi bir hukuka uygunluk nedenine hasredilmemiş olup, tüm hukuka uygunluk nedenleri bakımından uygulanabilme yeteneğini haizdir. Ancak taksir, suçun istisnai bir işlenme biçimi olup, TCK'da yer verilen taksirle işlenmesi mümkün suçlar son derece sınırlı sayıdadır. İlk fıkra da, söz konusu taksirli suçların bir hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde hareket edilirken sınırın aşılması şeklinde işlenmesi halini düzenlemektedir.

Dolayısıyla taksirle öldürme, yaralama ve diğer bir kaç suçun meşru savunma, tıbbi müdahale ve zor kullanma yetkisi kapsamında kanun hükmünü ya da amirin emrini yerine getirme dışındaki hukuka uygunluk nedenleri bakımından gündeme gelme olasılığı son derece düşük olacaktır. Ancak teorik olarak elbette mümkündür ve düşük de olsa bir ihtimalin varlığı uygulama alanının onu dışlamasını engeller.

2.2.3.2. Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması

Bir hukuka uygunluk nedeni olarak zor kullanma yetkisi, çoğu kez amirin emri veya kanun hükmünün icrası hukuka uygunluk nedenleri ile beraber bulunur.⁷⁸⁰ Söz

⁷⁷⁹ Soyaslan, **GH**, s. 404.

⁷⁸⁰ Abdurrahman Tekin, “Polisin Zor Kullanma Yetkisi”, **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:7, Sayı:1, Haziran 2017, s. 40-41.

konusu yetkiye ilişkin sınırın aşılması TCK'da münferit bir suç olarak düzenlendiğinden⁷⁸¹ ayrı değerlendirmeyi gerektirmektedir.

TCK'nın zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçunu düzenlediği 256'ncı maddesinde, bu yetkiyi haiz bir kamu görevlisinin, görevini yaptığı esnada görevinin gerektirdiği ölçünün ötesinde kuvvet kullanması durumunda, kasten yaralama hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir.⁷⁸²

Öğretide bir görüş, söz konusu maddenin kasten işlenebilen bir suç olduğunu, atıf yaptığı hükmün de kasten yaralamaya ilişkin olduğunu, dolayısıyla taksirle işlenen fiiller halinde gündeme gelebilecek TCK md. 27/1 ile bir ilişkisinin olmadığını ileri sürmüştür.⁷⁸³ TCK md. 22/1 açık hükmü gereği de taksirle işlenmesi mümkün olmayan bu suç için md. 27/1'in uygulanmasının gündeme gelemeyeceği ifade edilmiştir.⁷⁸⁴ Aynı görüş uyarınca, zor kullanmada sınır aşılması taksirle gerçekleşirse fail ceza almamalıdır.⁷⁸⁵

Bu görüş şu yönden eleştiriye açıktır: Zor kullanma yetkisi de özünde diğerleri gibi bir hukuka uygunluk nedenidir. Dolayısı ile bu yetki aşımı taksirle işlenebilen herhangi tipik bir suça vücut verdiği halde elbette TCK md. 27/1 gereği indirim uygulanabilecektir.⁷⁸⁶ Bu yetkinin kasten aşımını kanun koyucunun ayrıca düzenlemesi *kanımızca* ceza politikası gerekleri ve cezalandırma boşluklarını önleme gayesi ile açıklanabilir. Böyle bir düzenleme hiç olmasaydı da, pekâlâ kasten aşımında kasten yaralama veya öldürme, taksirle aşımında da yine TCK md. 27/1 uygulanabilecekti.

⁷⁸¹ Reşit Koparan, "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler", **Terazi Hukuk Dergisi**, Sayı: 2, Ekim 2006, s. 26.

⁷⁸² TCK md. 256: "*Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin, görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması halinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.*"

⁷⁸³ Engin Ulusoy, "Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması Suçu (Tck. Madde 256)", Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Ana Bilim Dalı, Kamu Hukuku Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011, s. 221.

⁷⁸⁴ Ulusoy, **a.g.e.**, s. 221.

⁷⁸⁵ Ulusoy, **a.g.e.**, s. 224

⁷⁸⁶ Artuk, Gökçen, Yenidünya, **TCK**, s. 883; Zafer, **GH**, s. 323; Yokuş Sevük, **a.g.m.**, s. 124.

*Zafer'e göre de hüküm mevcut olanı tekrarlamaktadır.*⁷⁸⁷ Bu maddenin düzenlenmesi bir anda taksirli aşımaların cezasız kalmasına sebep olmamalıdır. Zira normal şartlarda sivil vatandaşın bile taksirli sınır aşımalarını cezalandıran kanun koyucunun, dikkat ve özen yükümlülüğüne riayeti daha sıkı takip ettiği ve üstelik zor kullanma yetkisi tanıdığı kolluk için cezadan vazgeçmesi beklenemez. Nitekim gerekçe de kolluk görevlisinin kasten hareket ettiği takdirde maddenin uygulanacağını, taksirli hareketi halinde ise sorumluluğunun TCK md. 27 uyarınca belirleneceğini teyit etmektedir.⁷⁸⁸

Burada kanun koyucunun kendini doğru ifade edemediği, gerekçenin de bağlayıcı olmadığı belirtilerek, maddenin taksirle yaralanma, taksirle ve kasten öldürme suçlarını da kapsayacak şekilde düzenlenmesinin daha doğru olacağı şeklinde eleştiri getirilmektedir.⁷⁸⁹ Söz konusu maddenin uygulayıcıyı, taksirle sınır aşımı halinde kolluğu cezasız bırakmaya zorladığı ifade edilmektedir.⁷⁹⁰ Ya da bu görüşün aksine olarak, madde ile âdeta bir kast karinesi yaratıldığı da ileri sürülmüştür.⁷⁹¹ Hüküm memurların taksirle aşımları halinde de kasten yaralamadan sorumlu tutulmalarına imkan verecek niteliktedir, denmektedir.⁷⁹²

⁷⁸⁷ Zafer, **GH**, s. 323.

⁷⁸⁸ “Bazı kamu görevlileri, görevlerinin gereği olarak zor kullanma yetkisiyle donatılmışlardır. Örneğin emniyet görevlileri, suç şüphesi altında bulunan kişiyi yakalamak yetkisiyle donatılmıştır. Yakalanan kişi, gerekli soruşturma işlemlerinin yapılabilmesi için, emniyet görevlisinin görevinin gereği olarak ve mevzuattan kaynaklanan talimatlarına uygun davranmak yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülüğe aykırı davranan kişinin örneğin hâkim veya savcı huzuruna çıkarılmamak için direnmesi hâlinde, emniyet görevlileri zor kullanarak bu kişiyi hâkim veya savcı huzuruna çıkarabilirler. Keza, bir meydanda hukuka uygun olmayan, örneğin gece yarısı gösteri yürüyüşü yapmak isteyen kişilerin, dağılmaları hususunda çağrıda bulunan emniyet görevlilerinin bu çağrısına rağmen, dağılmasını sağlamak amacıyla kuvvet kullanılabilir. Kullanılan zorun, birinci örnekte suç şüphesi altında bulunan kişinin hâkim veya savcı huzuruna çıkmamak konusundaki direncini kırmaya yetecek ölçüde, ikinci örnekte ise hukuka aykırı gösteri yürüyüşü yapan kişilerin dağılmasını sağlamaya yetecek ölçüde olması gerekir. Bu ölçünün dışında kuvvet kullanılması durumunda, bunun ceza sorumluluğunu gerektireceği muhakkaktır. Örneğin hukuka aykırı gösteri yürüyüşü yapan kişilerin dağılmamakta direnmenin ötesinde, kamu görevlilerine karşı bir saldırıda bulunmamalarına rağmen, bu kişilere karşı vücutlarının yaralanmasını sonuçlayacak şekilde silâh kullanılması hâlinde, emniyet görevlileri açısından artık hukuka uygun bir davranışın varlığından söz edilemez. Bu durumda, zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlilerinin, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlere göre cezalandırılması gerekmektedir. Ancak, bunun için, emniyet görevlisinin kasten hareket etmesi gerekir. Aksi takdirde, sorunun hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılmasına ilişkin hükümler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.” (vurgu eklenmiştir)

⁷⁸⁹ Ulusoy, **a.g.e.**, s. 225; Savaşçı Temiz, **a.g.e.**, s. 204

⁷⁹⁰ Ulusoy, **a.g.e.**, s. 225; Savaşçı Temiz, **a.g.e.**, s. 204.

⁷⁹¹ Hafizoğulları, Özen, **GH**, s. 239.

⁷⁹² Hafizoğulları, Özen, **GH**, s. 239; Sucuoğlu, **a.g.m.**, s. 149.

Hafizoğulları ve *Özen* de, maddeyi eşitlik ve belirlilik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirirken, kasten yaralamaya atıf yapan metin ile TCK md. 27/1'e müsaade eden gerekçenin de çeliştiğini ve maddenin genel hüküm olan md. 27/1'in özel ve istisna hükmü olduğunu ifade etmektedirler.⁷⁹³ Ayrıca bu düzenleme hukuka aykırı ve zaten zor kullanma yetkisinin sınırını aşan memurun hareketi hangi kastlı suça vücut veriyorsa ondan cezalandırılacağı açık olduğundan gereksizdir.⁷⁹⁴

Soyaslan da düzenlemeyi karışık bulur.⁷⁹⁵ *Ünver* ise, maddenin sadece kasten yaralama hükümlerine atıf yapması sebebiyle taksirli yaralamaların cezasız kalabileceğini vurgulamakta, bunun için ya maddenin atıf içermeden doğrudan ceza miktarı belirlemesi yapmasını, ya da olduğu gibi maddenin kaldırılıp meselenin genel düzenlemelere bırakılmasını önermektedir.⁷⁹⁶

Ölüm neticesinin meydana geldiği hallerde ise failin kastı dikkate alınarak, ya kasten veya olası kastla öldürmelerde TCK md. 81, kasten yaralama sonucu ölümün meydana gelmesinde md. 87/4 ve taksirle ölümün meydana gelmesinde md. 85'den ceza tayin edilip md. 27/1'e göre indirim yapılacaktır.⁷⁹⁷

Öte yandan bir görüşe göre, hükümle kolluğun kasten sınır aşmaları halinde cezalandırılacakları kesin şekilde uygulayıcıya uyarılmış, böylece TCK md. 27/2'nin zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlileri tarafından uygulanamayacağı ifade edilmiştir.⁷⁹⁸ *Kanaatimizce*, TCK 256. maddesinin 27/2 fıkrasını elimine etmek gibi bir işlevi olmadığı gibi, genel olarak bu hükümle alakası da yoktur.

⁷⁹³ Hafizoğulları, *Özen*, **GH**, s. 238 -9.

⁷⁹⁴ Hafizoğulları, *Özen*, **GH**, s. 238 -9.

⁷⁹⁵ Doğan Soyaslan, "Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi", **Prof. Dr. Ali Naim İNAN'a Armağan**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 1280-1.

⁷⁹⁶ Yener Ünver, "TCK'nda Kamu İdaresine Karşı Suçlar", içinde: **Alman Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010. s. 576 - 7.

⁷⁹⁷ Ulusoy, **a.g.e.**, s. 228; Ersan Şen, **Yeni TCK Yorumu**, Cilt: I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, s. 74.

⁷⁹⁸ Şahin, **a.g.m.**, s. 352.

Her şeyden önce, kanun hükmünün, amirinin hukuka uygun emrinin yerine getirilmesi gibi görev ifasına dair hukuka uygunluk nedenleri bakımından zaten meşru savunmaya münhasır kaleme alınmış olan TCK md. 27/2 uygulanamaz. Bunun ötesinde, eğer somut olayda zor kullanma yetkisine sahip de olsa kolluk görevlisi meşru savunma hali içerisinde ise ve diğer şartlar da sağlanırsa, bu takdirde elbette kanun koyucunun öngörmediği bir yasaklama ile kamu görevlileri, TCK md. 27/2 avantajından mahrum bırakılamaz.

Burada kolluğun silah kullanma yetkisine ilişkin PVSİ md. 16/8'den yola çıkılarak, şartları oluştuğu halde ve takdirde polisin dur ihtarı yapmadan ve uyarı ateşi açmadan doğrudan mağdurları hedef alarak yaralaması veya öldürmesi olaylarında sınırın aşılması hükümlerinin uygulanması önerisi⁷⁹⁹ eleştirilmelidir. Nitekim bu halde ortada şartları oluşmuş bir hukuka uygunluk sebebinden bahsedilemeyecektir, zira kolluk kademeli güç arttırımına uymamıştır.

Söz konusu şartlar, örneğin dur ihtarı ile başlayıp ardından uyarı ateşi açmak ve âdetâ son çare (*ultima ratio*) olarak silaha başvurmak silah kullanma yetkisinin doğması için gereken şartlar olup bunlar sağlanmadığı takdirde henüz sınırı aşılacak bir hukuka uygunluk nedeni oluşmamıştır.⁸⁰⁰ Diğer yandan ateş etme ve hedef alma hareketleri zaten fail kolluğun kastını gösterdiğinden ortada taksir ve TCK md. 27/1'in değerlendirilmesini gerektirecek bir olay da yoktur. Tam aksine bu örnek sınırın aşılması hükmünün nerede kullanılamayacağına dair bir emsal teşkil edebilir.

Özetle TCK md. 256'nın kasten işlenebilen bir suç olarak düzenlendiğini, zor kullanmaya dair yetkinin sınırlarının kasten aşıldığı halleri kapsadığını, taksirle aşımalar için ise, TCK md. 27/1'e dönüleceği fikrine iştirak ediyoruz.⁸⁰¹ Gösterciyi

⁷⁹⁹ Demirel, **a.g.e.**, s. 188 vd.

⁸⁰⁰ Artuk, Gökçen, Yenidünya, **TCK**, s. 882. Aynı yönde ayrıca bkz., Y. 1. C.D., T. 4.6.2011, 6134/2092.

⁸⁰¹ Gökmen Avcı, "Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması", **Terazi Hukuk Dergisi**, Sayı: 52, Aralık 2010, s. 88; Devrim Aydın, "Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması Suçu", **Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan**, Ankara, 2015, s. 153.

polis aracına zorla bindirirken istemeyerek kolunu incitmek örneği bu yönde yerindedir.⁸⁰²

2.3. 5237 Sayılı TCK md. 27/1 Düzenlemesinin Objektif Şartları

2.3.1. Tüm Şartlarıyla Oluşmuş Bir Hukuka Uygunluk Nedeninin Varlığını Kaybetmesi

Öğretide neredeyse mütabakatla savunulduğu üzere, sınır aşımına dair TCK md. 27/1 fıkrasının uygulanabilmesi için ilk ve en temel şart, ortada tüm şartlarıyla oluşmuş ve mevcut bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmasıdır.⁸⁰³ Buna göre, bir hukuka uygunluk nedeni olmadığında onun bir sınırı da olmayacak ve bu halde sınır aşımından söz etmek mümkün olmayacaktır.⁸⁰⁴ Gerçekten de, bir hukuka uygunluk nedeninin mevcut olmadığı hallerde hata hükümlerinin tartışılması gerekir.⁸⁰⁵

Aksi görüş olarak Özen⁸⁰⁶, meşru savunmada sınır aşılmasında oran şartının mevcut olmadığını, bu yüzden de sınır aşımında ortada bir hukuka uygunluk nedeninin var olmadığını ifade etmektedir. Keza *İba* da, TCK md. 27’yi hata düzenlemesi olarak ele alarak, hata ile md. 27/1’in farkını, ikincisinde gerçekten bir hukuka uygunluk nedeninin mevcut olmasında gören çoğunluğa⁸⁰⁷ karşı çıkar.

Öğretinin çoğunluğuna göre ortada gerçekten bir cezayı kaldıran hal bulunup, fiilin sadece sınırı aşan kısmı hukuka aykırıdır.⁸⁰⁸ Oysa yazara göre bir fiilin hukuka

⁸⁰² Aydın, **a.g.m.**, s. 153.

⁸⁰³ Özen, **GH**, s. 614; Önder, **a.g.e.**, s. 265; Ersan, **a.g.e.**, s. 65; Savaşçı Temiz, **a.g.e.**, s. 197; Hakeri, **GH**, s. 415; Demirbaş, **GH**, s. 365.

⁸⁰⁴ Ersan, **a.g.e.**, s. 65; Önder, **a.g.e.**, s. 265.

⁸⁰⁵ Koca, Üzülmüş, **GH**, s. 309-10; Demirbaş, “Sınırın Aşılması”, s. 279.

⁸⁰⁶ Özen, **GH**, s. 614.

⁸⁰⁷ Özgenç, **GH**, s. 507, 542; Ersan, **a.g.e.**, s. 63; Kan, **a.g.e.**, s. 298; Toroslu, Toroslu, **GH**, s. 197; Erman, **a.g.e.**, s. 286; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s. 617; Düzenli, **a.g.e.**, s. 177; Sucuoğlu, **a.g.m.**, s. 142.

⁸⁰⁸ Şahin, **a.g.m.**, s. 325; Özgenç, **Gazi Şerhi**, s. 399; Nil Melek Gültekin Diken, “Ceza Hukukunda Taksire Dayalı Sorumluluk”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2018, s. 302; Gündüz, Sarıgül, **a.g.m.**, s. 413; Özen, **GH**, s. 614; Ersan, **a.g.e.**, s. 58; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 555; 1. Öztürk, Erdem, **GH**, s. 304. Görüşe göre işlenen fiil bütünü ile hukuka aykırı olmamakla birlikte, sınırın

aykırılığı kısımlara ayrılamaz ve fiil ya hukuka aykırı ya da uygundur.⁸⁰⁹ Fiil sınırı aşmışsa, oran şartı gerçekleşmediğinden, o takdirde ortada cezayı kaldıran bir sebep aslında yoktur.⁸¹⁰ Ancak ‘*potansiyel olarak*’ var olması, failin buradaki hatasını özellikli kılmış ve daha düşük cezalandırmayı gerektirmiştir.⁸¹¹

Ancak burada, bir cezayı kaldıran nedenin ‘potansiyel olarak’ var olması teorik olarak temellendirilmemiştir. Öte yandan, sınırı aşmanın özünde ontolojik olarak, sınırı aşılan mefhumun gerçekten var olmasıyla ilgili olması gerekmektedir. Bu da ‘bir şey yoksa, sınırı da yoktur ve aşılamaz’ sonucuna götürür. Dolayısıyla sınır aşmanın söz konusu olabilmesi için ilgili cezayı kaldıran neden, potansiyel değil aktüel olarak var olmalıdır. Son olarak, her ne kadar öğretilerde fiilin sadece sınırı aşan kısım bakımından hukuka aykırılığı iddia olunmuşsa da, bunun bir hukuka uygunluk nedeninin sınır aşmadan önce tüm şartlarıyla mevcut olmasının TCK md. 27/1 bakımından gerekliliği ile alakası yoktur.

Fiilin hukuka aykırılığının bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği noktasında ise görüş isabetlidir. Ancak, tokatın yeteceği meşru savunmada ateşli silah kullanılmışsa, bu hareket ölçüsüz ve kastlı olup tamamen ve baştan itibaren hukuka aykırıdır. Kola saplanması gereken bıçağın kalbe saplanmasında da durum böyledir. Hareket kastlı ve en baştan hukuka aykırıdır. Burada fail bir hata halinden de yararlanmıyorsa, suçun tam cezası ile cezalandırılacaktır.

Ancak kastlı hareketin ölçülü olup, dikkatsizlik yüzünden sınır aşan neticenin meydana geldiği halleri (TCK md. 27/1’in uygulama alanlarını) *kanaatimizce* aşağıdaki fikri içtima bahsinde başvurulana ‘fiil tekliği’ teorilerinden yararlanarak izah etmek mümkündür:

Türk ceza hukukunda ‘fiil tekliği’ tartışmaları ifadenin harekete mi neticeye mi matuf olduğu ekseninin dışına pek çıkamamış, bu konuda özgün bir teori ileri

dışında kalan hareketler böyledir. Bkz. Hasan Tahsin Keçeligil, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Aşılması (TCK md. 27)”, **Yargıtay Dergisi**, C. 44, S. 2, 2018, s. 382.

⁸⁰⁹ İba, **a.g.m.**, s. 640. *İba* ile aynı yönde bkz., Topçu, **a.g.e.**, s. 671.

⁸¹⁰ İba, **a.g.m.**, s. 640. *İba* ile aynı yönde bkz., Topçu, **a.g.e.**, s. 671.

⁸¹¹ İba, **a.g.m.**, s. 640.

sürülememiştir.⁸¹² Elbette söz konusu tartışmanın, ‘fiil’i TCK’nın yaptığı gibi ‘hareket’ olarak yorumlayan ve bu çalışmada da benimsenen görüşler bakımından bir anlamı ve gereği vardır. *Kanaatimiz* de TCK md. 44’de yer verilen ‘fiil tekliği’ ifadesinin ‘hareket tekliği’ anlamında kullanıldığı yönündedir.

Her ne kadar hareket tekliğinin, doğal anlamda (*Handlung im natürlichen Sinn*) değil, hukuki anlamda hareket (*Handlung im juristischen Sinn*) tekliğini ifade ettiğine dair bir mütabakat mevcutsa da, bir hareket grubunun hangi hallerde ve ne şartlarla hukuki anlamda tek hareketi ifade edeceğine dair ölçüt getirilmemiştir.

İşte bu noktada Alman İmparatorluk Mahkemesi’nce ortaya atılarak AFYM tarafından da benimsenen ve geliştirilen ‘doğal hareket tekliği’ (*natürliche Handlungseinheit*) öğretisi, doğal anlamda birden çok hareketin hukuki anlamda tek hareket ifade etmesi için belirli kriterler ortaya koymuştur.⁸¹³ Buna göre tek hareket içerisindeki tüm hareketler tek bir iradi karara dayanmalı, aralarında yer ve zaman bakımından sıkı bir bağlantı mevcut olmalı, tarafsız bir gözlemcinin nazarında doğal bir bakış açısıyla tek olarak addedilebilmeli ve tekrarlayan ve birbirini izleyen hareketler şeklinde tezahür etmelidir.⁸¹⁴

Söz konusu hareketleri bağlayan iradi karar, motivasyon birliği şeklinde de ifade edilebilir.⁸¹⁵ Sıkı zamansal ve mekansal birlik bakımından net bir kriter mevcut olmamakla beraber, somut olay, ihlal edilen hukuki değer de dikkate alınarak değerlendirilmekte ve hem AFYM hem de Türk Yargıtayı tarafından çok kısa aralıklı zamanlar da bu çatıda ‘aynı an’ sayılmaktadır.⁸¹⁶

⁸¹² Kılıç, “Fiil Tekliği”, s. 293.

⁸¹³ Neslihan Coşkun, “Fikri İctima”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara, 2009, s. 95-6; Koca, Üzülmüş, **GH**, s. 523.

⁸¹⁴ Coşkun, **a.g.e.**, s. 97 -116; Roxin, **a.g.e.**, §33, kn 31; Kühl, **a.g.e.**, §21, kn. 14; Koca, Üzülmüş, **GH**, s. 526; İnanç İştin, **Türk Ceza Hukukunda Suçların İctimai**, Ankara, Adalet, 2021, s. 43. Söz konusu kriterler ve genel olarak bu teorinin kanuni dayanağı yoksa da, içtihat ve öğretinin kanundaki ‘fiil tekliği’ ifadesini anlamlandırma serbestiyeti sebebiyle buna aslında gerek de yoktur, bkz. Kılıç, “Fiil Tekliği”, s. 172.

⁸¹⁵ Kılıç, “Fiil Tekliği”, s. 181.

⁸¹⁶ Kılıç, “Fiil Tekliği”, s. 189-93.

Doğal hareket tekliği teorisi hem tek suça hem de birden fazla suça vücut veren tek hareketi açıklamak için kullanılabilir.⁸¹⁷ Ancak tek suça vücut veren hareketler zaten tipik hareket tekliği ile, örneğin çok hareketli, seçimlik hareketli ya da mütemadi suçlarda olduğu gibi, normatif olarak da tespit edilebildiğinden, teorisinin daha ziyade fikri içtimanın hangi hallerde uygulanabileceğini izahta yararlı olduğu söylenebilir.

Konumuz bakımından meselenin en can alıcı noktası ise şurada düğümlenmektedir: Somut olayda tüm bu kriterlerden geçerek tek hareket addedilebilecek ve fikri içtima kapsamına sokulabilecek tüm hareketlerin bir bütün olarak hukuka uygun olması gerekmemektedir.⁸¹⁸ Yani, doğal hareket tekliği içerisinde tek görünüm arz ederek icra edilen hareketlerinin yalnızca bir kısmının ilgili hukuka uygunluk nedeni içerisinde kalması mümkündür. Teklik arzeden hareketlerin bir kısmı hukuka uygun iken, bir kısmı aykırı olabilir.⁸¹⁹

Ancak bu, fiilin dikey olarak hukuka uygun ve aykırı parçalara ayrılacağı ve sınırın içindekinin uygunken dışına taşanının aykırı olacağı şeklinde yorumlanamaz. Söz konusu tek hareket kendi içinde yatay olarak en baştan hukuka uygun ve en baştan hukuka aykırı hareketlere ayrılabilir. Örneğin bir saldırı esnasında failin saldırganı silahla yaralaması meşru olup fail dikkatsizlik sonucu mağdurun ölümüne neden olduysa, hareket hukuka uygun ve fakat netice hukuka aykırı şeklinde bir açıklama yapılamaz. Kastlı ateş etme ve yaralama hareketi bir bütün olarak hukuka uygun olduğu gibi, taksirle öldürme de bir bütün olarak hukuka aykırı kabul edilmelidir. Sonuç itibarıyla failin neticeye sebep olan dikkatsizliği ve öngörüsüzlüğü hareket anından mevcuttur. Dolayısıyla, teklik arz eden hareket içerisinden, taksirli fiil bir bütün olarak ayıklanmalı ve baştan sona hukuka aykırı olduğu tespiti yapılmalıdır.

⁸¹⁷ Kılıç, “Fiil Tekliği”, s. 202.

⁸¹⁸ Rönnau, Hohn, §32, kn. 160; Kılıç, “Fiil Tekliği”, s. 323. Dikkat etmek gerekir ki, burada fiil tekliği mefhumu için bu gerekliliğin olmadığı vurgulanır. Oysa doğal fiil tekliği içerisindeki hareketlerin her biri ancak hukuka aykırı olduğundadır ki fikri içtima hükümleri uygulanabilir. Bkz. Özgenç, **GH**, s. 712.

⁸¹⁹ Kılıç, “Fiil Tekliği”, s. 323.

Dolayısıyla bu sav, sınır aşma hükümlerinin uygulanabilmesi için her şeyden önce en baştan ortada gerçekten tüm şartlarıyla oluşmuş bir hukuka uygunluk nedeninin varlığını aramayı çelişkisiz olarak mümkün kılar.⁸²⁰ Hukuka uygunluk nedeni potansiyel olarak değil, gerçekten ve aktüel olarak vardır.

Hukuka uygunluğun mevcudiyeti ise üç halde sorgulanabilir: İlk halde hukuka uygunluk nedeni zaten hiç doğmamış, hukuk aleminde meydana dahi gelmemiştir. İkinci halde hukuka uygunluk nedeni sadece objektif olarak doğmuştur. Bu durumda objektif şartları olayda mevcut olan hukuka uygunluk nedeninden failin haberi yoktur. Bu yönde bilgisi olmaksızın hareket etmektedir. Son ve üçüncü halde ise hukuka uygunluk nedeni hem objektif ve hem de sübjektif tüm şartları bakımından doğmuştur. Ancak bu kez de söz konusu nedenin şartlarından birinde fail sınırı aşmıştır.

2.3.1.1. Hukuka Uygunluk Nedeninin Doğmaması

Burada her şeyden önce dikkat edilmesi gereken, hukuka uygunluk nedeninin hiç doğmadığı halin, var olan bir hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında alelade hata ile ayırdedilmesidir. Hiç var olmamış bir hukuka uygunluk nedeninin hatalı varsayılması ile, bir olayda gündeme gelen hukuka uygunluk nedeninin şartlarında yanılmak, hata hükümlerinin uygulanması bakımından değilse bile, sınırın aşılması bakımından son derece önemli farklı sonuçlara götürür.

Öğretide çoğunlukla, mefruz meşru savunma halinde sınır aşılması değil, yalnız hata hükümlerine başvurulması gerektiği ifade edilmektedir.⁸²¹ Hukuka uygunluk nedeninin hiç doğmadığı hallerde failin, gerçekten mevcut bir hukuka uygunluk nedeni içinde davranan failden daha avantajlı konuma getirilmemesi

⁸²⁰ Söz konusu doğal fiil teklifi açıklaması, aynı zamanda sapma ve neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç çerçevesinde gerçekleşen sınır aşımını ve de ahir zamansal aşımı izahta da yararlı bir araç olacaktır. Bkz. aşağıda: “2.3.2.3.4. *Sapma (Aberratio Ictus)*”; “2.4.3. *Neticesi Sebebiyle Ağırlaştırılmış Suçlar Bakımından*”; “3.3.2.2.2. *Ahir Zamansal Aşım*” Ayrıca bakınız: *Şekil 2: Fiil hukuka uygun ve aykırı kısımlara bölünemez*; *Şekil 3: “Doğal Fiil Teklifi”*; *Şekil 4: Sınır aşan hareketin baştan itibaren hukuka aykırılığı*

⁸²¹ Demirbaş, “Sınırın Aşılması”, s. 279.

gerekir.⁸²² Dolayısıyla olmayan bir hukuka uygunluk nedenini var saymak şeklinde bir maddi koşullarda hata ve hatalı varsayılmış bu nedenlerde bir de sınır aşımı beraber varsa, artık TCK md. 27/1 uygulanmamalıdır.⁸²³ 27. madde bakımından hem objektif hem sübjektif bakımdan ortada gerçekten bir hukuka uygunluk nedeninin olması gerektiği belirtilmektedir.⁸²⁴

Buna karşılık öğretide *Erman*, çok sınırlı bazı hallerde mefruz meşru savunmalarda da TCK md. 27/1'in uygulanabileceğini ifade eder.⁸²⁵ Şöyle ki, eğer mefruz meşru savunma halinde failin yanılmasaydı fiili hukuka uygun kabul edilebilecek sınırın içindeyse hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata hükmünden yararlandırılmalıdır. Eğer yanılmasaydı dahi hukuka uygun addedilemeyecek bir hata söz konusuysa, ki bu takdirde aslında mefruz meşru savunmada sınırın aşılmasından bahsedilmektedir, burada failin hukuki bir hata içerisinde olup olmadığı araştırılmalı ve kaçınılmaz hukuki hata halinde TCK md. 30/4'e başvurulmalıdır. Haksızlık bilinci de varsa, artık bu basamakta fail TCK md. 27/1'deki indirim veya duruma göre cezasızlıktan yararlandırılmalıdır.⁸²⁶ *Erman*'ınki gibi bir görüşü savunabilmek ancak; sınır aşımı maddesini uygulayabilmek için bir hukuka uygunluk nedeninin tüm şartlarıyla mevcut olmasını bir şart olarak aramamakla mümkün olacaktır.

Erman'ın görüşüne iştirak etmeyişimizin gerekçesi, öncelikle TCK md. 30/3 ve md. 27/1'in beraber uygulanamayacaklarını hukuki olarak ortaya konularak temellendirilmelidir. Bu da aslında sadece TCK md. 27/1'in düzenleniş amacı ve hukuki niteliği hatırlanarak mümkün olacaktır. Madem bir hukuka uygunluk nedeninin mevcudiyetinin sınır aşımı ile gerçekleşen hareketin haksızlığını azalttığı kabul edilmektedir, demek ki burada taksirle hareket eden failin cezasındaki indirimin nedeni çok az önce izin verilen alanda bulunmasıdır. Oysa mefruz meşru

⁸²² Abanoz Öztürk, **a.g.e.**, s. 36.

⁸²³ Demirbaş, **GH**, s. 365; Abanoz Öztürk, **a.g.e.**, s. 37. Aksi yönde ise, Alman hukukunda hata ya da AlmCK md. 33'e başvurulmamasının TCK md. 27/1 eksikliğinden kaynaklandığı ileri sürülmüştür. Bkz. Karaaslan, "Hata", s. 1681.

⁸²⁴ Uruşak, **a.g.e.**, s. 207.

⁸²⁵ Erman, **a.g.e.**, s. 289.

⁸²⁶ Erman, **a.g.e.**, s. 289; benzer yönde ayrıca bkz., Değirmenci, "Yanılma", s. 181.

savunma halinde ortada gerçek bir hukuka uygunluk nedeni yoktur, fail hukuka uygun hareket etmemektedir.

Tam da bu noktada sorulması gereken soru, failin kaçınılmaz olarak yanılmak suretiyle hareket ettiği halde hâlâ hukuka uygun hareket edip etmediğidir. Oysa öğretide hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata bahsinde çoğunluk görüş kaçınılmaz hatada failin hâlâ hukuka uygun hareket ettiğini savunmaktadır.⁸²⁷ Ancak bu halde, sınır aşımını hata hali ile beraber uygulamak mümkün hale gelir. Buna rağmen, öğretide hiç bir eserde sınır aşım bahsinde kaçınılmaz hata ile TCK md. 27/1'i beraber uygulamaya çalışıldığına rastlanmamıştır.

Kaçınılabilir hata halinde ise her teoriye göre failin hâlâ hukuka aykırı alan içinde bulunduğu açıkça kabul edildiğinden, sınır aşımıyla hukuka uygunluk nedenlerinin şartlarında hatanın beraber uygulanamayacağını savunmak daha kolay olacaktır. *Ersan*'ın ifadesi ile kaçınılabilir hata ile TCK md. 27/1'in beraber uygulanmasına 'gerek' ve 'imkan' bulunmamaktadır.⁸²⁸ *Akbulut* da, *kanımızca* çok yerinde bir ifade ile, hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hatanın bir hukuka uygunluk nedeni olmadığı gerekçesiyle bunda sınır aşılamayacağından burada yalnızca hata hükümlerinin uygulanmasını ve bir daha TCK md. 27/1'den indirim yapılmaması gerektiğini ifade etmektedir.⁸²⁹

Alman hukukunda, önce olmayan bir hukuka uygunluk nedeni somut olayda oldu zannedilip ardından failin bunun sınırında hukuki olarak yanılması, 'çifte hata' olarak adlandırılır ve bu gibi hallerde, haksızlığın da çifte katlı olacağını, eklenen her bir yanılma ile haksızlık puanının da bir değer artacağı ifade edilir.⁸³⁰ Örneğin

⁸²⁷ Bkz. yukarıda: "1.2.5.2.1. / ii. Sınırlı Kusur Teorisi" ve "1.2.5.2.2. / i. Fiili Hukuka Uygun Kabul Eden Görüşler"

⁸²⁸ Ersan, **a.g.e.**, s. 68.

⁸²⁹ Akbulut, **GH**, s. 617 vd.

⁸³⁰ Bkz. Frank Peter Schuster, "Der Doppelirrtum auf Rechtfertigungsebene", **JuS**, 2007, s. 619. Almanya'da bu çifte hataya örnek olarak son derece popüler olan 'Kedi Kral' - *Katzenkönig* - davası verilmektedir. Bkz., BGH 15.09.1988 - 4 StR 352/88 (BGHSt 35, 347). İlgili davada sanık öncelikle olmayan bir hukuka uygunluk nedenini (Kedi Kral'ın tüm insanlığı tehdit ettiğinden sebep zorunluluk hali) var zannederek fiili, ardından bu durumun kendisine tüm insanlığı kurtarmak için bir insanı kurban etmek yetkisi verdiğine dair hukuki yanılma içerisine düşmüştür. Bkz. Becker, Rönnau, a.g.m., s. 494. Dava değerlendirmesi için bkz., Stephan Pötters, "Strafrecht Classics – Der

bahçesindeki ağaçtan meyve çalan çocuklara ateş eden fail, aslında çocukların çıktığı ağacın kendi ağacı olmadığını duvarın ötesinde kaldığını fark etmemiştir.⁸³¹ Böylece ortada bir meşru savunma hali var zannetmiş, ardından da kendini bu hal çerçevesinde ateş etmeye yetkili bularak norm hatasına düşmüştür. Bu durumda Alman hukukunda baskın görüş izin hatası (AlmCK md. 17) hükmünün ve AlmCK md. 49/1'e göre uygun düşen indirimlerin uygulanması gerektiğini savunmaktadır.⁸³²

Türk hukuku bakımından bu gibi olayları değerlendiren *Abanoz Öztürk*, failin yanılmasaydı hareketinin hukuka uygun addedileceği ifade edilebiliyorsa TCK md. 30/3'e göre, ancak bu ortaya konamıyorsa yasak hatasının kaçınılmazlığına bakılarak md. 30/4'e göre uygulama yapılması gerektiğini belirtmiştir.⁸³³ Aksi kanaatiyle *Erman*, failin yanılığının hem hukuka uygunluk nedeninin doğumunu, hem de ölçüsünü kapsadığından bahisle, hatanın kaçınılmaz olması koşuluyla bu halde, fail gerçekten hukuka uygunluk nedeni içerisinde hareket etseydi de sınır aşacak olan fiili nedeniyle haksızlık bilinci kontrolü yapılmasını, eğer yoksa failin TCK md. 30/4'ten yararlandırılmasını, haksızlık bilinci de mevcutsa bu takdirde md. 27/1 gereği indirim yapılmasını önermektedir.⁸³⁴

Sınırın taksirle aşılmasında indirim yapılması hükmünün temeli, failin izin verilen norm içindeki hareketleriyle bağlantılı olarak dikkatsizlikle hukuka aykırı alana geçmesinin daha az haksız olduğu düşüncesine dayanmaktadır.⁸³⁵ Böylece ortada gerçekten tüm şartlarıyla mevcut bir hukuka uygunluk nedeni bulunmalıdır ve fail ilkin hukuka uygun alanda olmalıdır ki TCK md. 27/1 uygulanabilsin. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartları objektif olarak oluşmadan hareket eden failin hareketleri hukuka uygun değildir.⁸³⁶ Dolayısıyla hata kaçınılmaz da olsa, eğer bir hukuka uygunluk nedeni objektif olarak hiç oluşmamışsa, söz konusu hata hukuka

Katzenkönig (BGHSt 35, 347)", Juraexamen.info – Die E-Zeitschrift, <https://www.juraexamen.info/strafrecht-classics-der-katzenkonig-bghst-35-347/>, E.T. 21.12.2022.

⁸³¹ Walter Gropp, "Abschied vom Doppelirrtum", **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, Vol. 9, 2016, s. 607.

⁸³² Gropp, "Abschied", s. 607; Schuster, **a.g.m.**, s. 619 vd; Geppert, "Notwehr und Irrtum", s. 40; Rönnau, Becker, **a.g.m.**, s. 494.

⁸³³ Abanoz Öztürk, "Çift Taraflı", s. 274.

⁸³⁴ Erman, **a.g.e.**, s.289.

⁸³⁵ Bkz. yukarıda "2.1.4. Haksızlığın Derecesini Etkileyen Neden" başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁸³⁶ Schwabe, **a.g.e.**, s. 263; 278.

aykırılığı ortadan kaldırıcı etkide bulunmaz ve TCK md. 27/1'in indirimini gerekçelendiren bir nedenin yokluğunda faile bu hüküm uygulanamaz.

Örneğin, dalgın olduğu için kendisine bir aracın çarpmak üzere olduğunu ve bir yayanın onu kurtarmak için ittirdiğini fark etmeyen fail, kendisini kurtarmaya çalışan bu kişinin hareketine karşı savunmada bulunursa hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hata gündeme gelecek⁸³⁷, ancak burada mefruz meşru savunma söz konusu olacağından, hiç var olmamış bir hukuka uygunluk nedeninin sınırını aşan fail (eğer aşarsa) TCK 27'inci maddenin fıkralarından yararlanamayacaktır.

Yargıtay'ın bir kararına konu olan davada, sabaha karşı el fenerleriyle camiden dönen iki kişinin terörist zannedilerek öldürüldüğü olayda yerel mahkeme taksirli aşımından hüküm kurarken Yargıtay, fiilin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir.⁸³⁸ Bu olayda da herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin şartları hiç oluşmadığından, öldürme olayı ister hukuki hata sonucu failin kendini yetkili zannederek, isterse de böyle bir haksızlık hatasına düşülmeksizin ya da ister kastla, ister taksirle gerçekleşsin, TCK md. 27/1 hiç bir hâlükârda uygulanma alanı bulmamalıdır. Elbette fiil hukuka uygun olmayıp, yapılacak olan en fazla, hata hükümlerine başvurmalıdır.

2.3.1.2. Mevcut Hukuka Uygunluk Nedeninin Şartlarında Yanılma

TCK md. 27/1'in, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata düzenlemesi olmadığı izah edilmiştir.⁸³⁹ Burada, sınır aşımının temelinde hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında yanılma yatması olasılığı⁸⁴⁰ incelenecektir.

⁸³⁷ Abanoz Öztürk, **a.g.e.**, s. 68; Karaaslan, "Hata", s. 1678

⁸³⁸ Y. 1. C.D., E. 2007/5329, K. 2008/1382, **Aktaran**: Abanoz Öztürk, "Çift Taraflı", s. 275. Çok benzer bir Yargıtay kararına atıf yapan Özgenc'e göre burada gerçek bir saldırı mevcut olmadığından, sınırın aşılmasından değil, ancak kaçınılabilir hatadan söz edilebilir. Bkz. Özgenc, **GH**, s. 542.

⁸³⁹ Bkz. yukarıda: "2.1.1.1. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Şartlarında Hata ve Sınırın Kast Olmaksızın Aşılması"

⁸⁴⁰ Erman, **a.g.e.**, s. 287.

Meşru savunmada failin saldırganı olduğundan güçlü sandığı, olmadığı halde silahı var sandığı gibi hallerde failin gereğinden fazla ölçüde savunmada bulunmasında maddi şartlarda hata söz konusudur. Bir diğer örnekte ise bir kolluk görevlisinin, ateşleme sistemi hazır olmayan bombayı bedenine bağlamış şüpheliyi, birazdan patlatabileceği endişesi ile öldürmesinde de, sınır aşmanın temelinde bir hata yer almaktadır.⁸⁴¹ Elbette bu örneklerde yukarıdakinden farklı bir durum söz konusudur. Zira burada fail, bir hukuka uygunluk nedeninin genel olarak mevcudiyetinde değil, var olan nedenin sadece şartlarında yanıldığından TCK md. 27/1'nin ilk şartı olan 'bir hukuka uygunluk nedeninin tüm şartlarıyla mevcut olması' gerçekleşmiştir. Var olan oran aşılmıştır.⁸⁴²

Failin yanılarak gerçekleştirdiği hareketler de objektif anlamda birer sınır aşımıdır. Ancak bu kez de, failin hareketinin taksirli olmayıp kastlı olmasından ötürü TCK md. 27/1 uygulama alanı bulamayacaktır.⁸⁴³ Zira hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında yanılan fail hâlâ kasten hareket etmektedir. Nitekim oluşmuş bir hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hata ile md. 27/1'in birlikte uygulanamaması bir tek, söz konusu hatanın kastı etkilemediği görüşü kabul edildiğinde mümkün ve tutarlı olur.

Burada eğer hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında yanılan failin kastının kalktığı kabul edilirse, taksirle hareket ettiği farz edilen faile TCK md. 27/1'in uygulanmasının önünde teoride bir engel kalmaz. Nitekim söz konusu görüşler, kendi içinde tutarlı olarak, md. 27/1'i 'yanılmanın ötesine geçen bir düzenleme' addederek söz konusu indirimin yapılması gerektiğini savunmaktadır.⁸⁴⁴ Böylece *kanaatimizce*, zaten tipik kastla hareket ettiği halde taksirli suçun cezasını alması öngörülen fail, bir de bu cezasından md. 27/1 gereği indirimde layık

⁸⁴¹ Erman, **a.g.e.**, s. 287; Demirbaş, **GH**, s. 366.

⁸⁴² Düzenli, **a.g.e.**, s. 178.

⁸⁴³ Düzenli, **a.g.e.**, s. 177.

⁸⁴⁴ Erman, **a.g.e.**, s. 288; Karakurt, **a.g.m.**, s. 132; Bozbayındır, **a.g.m.**, s. 121. Bu açıdan hatanın kastı kaldırdığını kabul ettiği halde, yanılmayı sadece hukuka uygunluk nedeni hiç yokken var sanma şeklinde ele alan ve maddi şartlarda hata değerlendirmesi hiç yapmadan, TCK md. 30/3 ve md. 27/1'in beraber uygulanmasını reddeden *Ersan* görüşü eleştirilmelidir. Bkz. Ersan, **a.g.e.**, s. 68 vd.

görülürse⁸⁴⁵, bilhassa da tipik olarak taksirle hareket eden faillere karşı son derece avantajlı bir konuma getirilerek adaletsizlik yaratılmış olur.

Örneğin meşru savunma şartlarının olduğu bir halde fail, mağdur saldırganın elindeki bıçağı karanlıkta ateşli silah zanneder ve kendi de onu bacağından vurursa, taksirli yaralamadan ayrıca TCK md. 27/1 gereği indirim yapmak gerekir. Bu durumda kasten yaralama suçunu bu şekilde işleyen faile, alelade bir taksirle yaralama suçu işleyen failden çok daha az ceza verilmiş olmaktadır. Bu durum, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatanın kastı kaldırdığını kabul etmenin otomatik hakkaniyetsiz sonucu olarak meydana gelmektedir.

Burada bir de, hata ve taksirli sınır aşımının bu şekilde aynı anda değil, peş peşe meydana geldiği haller değerlendirilmelidir. Aynı örnekten devam etmek gerekirse, failin elindeki bıçağı ateşli silah zannettiği saldırganı bacağından değil, yanlışlıkla göğsünden vurmasında yanılğı dışında ekstra bir aşım vardır. Nitekim failin silahla savunması hali hazırda hataya dayalı ve ölçsüzken, bir de bunun ötesine geçilmiştir. Bu gibi hallerde TCK md. 30 ve md. 27'nin yarıştığı iddia edilmektedir.⁸⁴⁶

Hukuka uygunluk nedeninin maddi bir şartında yanılıp akabinde sınır da aşılması halini ifade etmek için 'çifte aşım' tabirini uygun gördük. Öncelikle fail, içinde bulunduğu hukuka uygunluk nedeninin maddi bir şartında yanılarak objektif manada ilk sınır aşımını gerçekleştirmiş, bunun üzerine zannettiği halin sınırını da aşmıştır. Nasıl ki çifte hatada eklenen her bir yanılma haksızlık puanını bir kat arttırmaktadır, aynı şekilde çifte aşım da eklenen her bir aşım hukuka uygunluk nedeninden bir o kadar uzaklaştırmaktadır.⁸⁴⁷

Hata sonucu oluşan ilk aşım ile fail zaten hukuka uygunluk nedeninden çıkmıştır, ikinci aşım, artık haksızlık derecesi hukuka uygunluk nedeninin

⁸⁴⁵ Erman, **a.g.e.**, s. 288.

⁸⁴⁶ Karakoyun Berkyez, **a.g.e.**, s. 81.

⁸⁴⁷ Çifte aşım da mazereti kabul eden bkz., Jakobs, **a.g.e.**, §20, kn. 31.

haklılığının sirayet ettirilerek düşürülemeyecek kadar hukuka uygun alandan uzaklaşmıştır.⁸⁴⁸

Oysa fıkranın tatbiki için sınır aştığı anda fail, düşüncesine göre değil, gerçekten bir hukuka uygunluk nedeni içinde hareket ediyor olmalıdır. Dolayısıyla bu gibi durumlar aslında yine ‘hukuka uygunluk nedeninin hiç doğmamış olması’ ile aynı sonuca götürür. Burada doğmuş, ancak fail yanılarak da olsa bu nedenin dışına çıkmıştır.⁸⁴⁹ Hukuka uygunluk nedeninin dışındayken, artık sınırı taksirle de aşsa, TCK md. 27/1 fıkrasından yararlanamaz.

Söz konusu çifte aşımı tespit için şu kontrol sorusuna başvurulabilir: Olay failin zannettiği gibi gerçekleşseydi veya fail yanılmasaydı hareketi hukuka uygun olacak mıydı?⁸⁵⁰ Cevap olumluysa fail hâlâ hata kapsamındadır. Ancak cevap olumsuzsa, yanılmasaydı da fiili hukuka uygun olmayacaktı ise artık çifte aşımın söz edilmektedir. Dolayısıyla bir yanılma ve onu takiben bir sınır aşımı gerçekleşmiştir ki, bu halde bir hukuka uygunluk nedeni hiç var olmamış gibi uygulama yapılmalıdır. Çünkü fail ikinci sınırı aşarken halihazırda hukuka aykırı alanda eylemektedir. Fiil burada âdeta hukuka aykırı olarak doğmuştur.

Burada çifte aşımın, isim ve durum benzerliği içinde olan çifte hatadan farkının ortaya konması gerekmektedir. Her ikisinde de fail öncelikle bir hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında fiili hataya düşmüştür. Çifte hatada fail, fiili hataya düşmesinden başka, aynı anda bir de hukuki bir hata içerisindedir. Bu ikinci hata kendini, ilgili hukuka uygunluk nedeninin sınırının olduğundan farklı / geniş zannedilmesi şeklinde dolaylı yasak hatası şeklinde gösterir. Örneğin, fail kendini

⁸⁴⁸ Bkz. aşağıda: *Şekil 1: Çifte Aşım*

⁸⁴⁹ Aynı yönde bkz., Ersan, **a.g.e.**, s. 68; Özen, **a.g.m.**, s. 165.

⁸⁵⁰ Murmann, **a.g.e.**, §26, kn. 91a; Rengier, **a.g.e.**, §30, kn. 2 vd. Söz konusu soru, Türk öğretisinde hatanın ‘esaslı’ olup olmadığını tespiti yarar. Yanılmasaydı dahi failin fiili hukuka uygun hale gelmiyorsa, ya da olaylar failin zihnindeki şekliyle dahi gerçekleşmiş olsa hukuka uygun sayılamıyorsa artık yanılma esaslı değildir. Bkz. Centel/ Zafer/ Çakmut, **GH**, s. 304. Esaslı olmayan yanılmada artık fiili yanılmaya ilişkin hükümler (olaylarımızda TCK md. 30/3 uygulanamaz) değil ancak hukuki yanılmaya dair olanlar uygulanabilir. Bkz. Abanoz Öztürk, “Çift Taraflı”, s. 274, Erman, **a.g.e.**, s. 289.

saldırıya uğruyor zannetmiş, akabinde aslında bedeni olması gereken savunmasını silah kullanarak yapmak için yetkisi olduğunu düşünmüştür.

Öte yandan çifte aşımında, maddi şartlarda hataya düşen fail, kendisini ölçüsüz savunmaya yetkili zannettiği için değil, dikkatsizliği yüzünden sınırı aşmıştır. Örneğin bedeni savunma yapması beklenen ve bunun farkında olan fail, bedeni savunma yaparken mağdurun kemiğinin kırılmasına sebep olmuştur.

Çifte hatada Türk ve Alman hukuklarında önerilen, failin içine düştüğü hatanın bir bütün olarak haksızlık hatası kabul edilmesidir.⁸⁵¹ Alman hukukunda AlmCK md. 17'ye göre yasak hatası kaçınılmaz ise fail cezadan kurtulacak, kaçınılabılır ise md. 49 doğrultusunda indirimden yararlanacaktır.⁸⁵² Türk hukukunda ise, kaçınılabılır dolaylı yasak hatası halinde bir indirim öngörülmediğinden, burada md. 27/1'in uygulanması önerilmiştir.⁸⁵³

Oysa çifte aşım halinde söz konusu ikinci aşım, failin normatif düzeydeki eksik veya yanlış bilgisine değil, olay esnasındaki dikkatsizliğine dayanmaktadır. Zira Türk ceza hukuku öğretisinde de neredeyse mütabakatla haksızlık hatasının kusur üzerinde etkili olduğu, bir diğer deyişle kastı kaldırmadığı kabul edilmektedir. Dolayısıyla savunmanın hukuki sınırlarını bilmeyerek aşım yapan fail, kasten hareket etmiş olacağından, yalnızca taksirli aşımelerde uygulanabilen TCK md. 27/1 hükmünden yararlandırılması düşünülemez.

2.3.1.3. Hukuka Uygunluk Nedeninin Fail İçin Mevcut Olmaması

Objektif olarak doğmuş bir hukuka uygunluk nedeninin fail için mevcut olmaması, bu nedenlerin manevi unsurları meselesi ile ilgilidir. Sınır aşma konusu bakımından, hukuka uygunluk nedenlerinin objektifliği görüşü benimsenecek olursa failin bilgisizliği, hareketinin objektif olarak hukuka uygun olmasına engel

⁸⁵¹ Kühl, **a.g.e.**, §13, kn. 80-1; Erman, **a.g.e.**, s. 289; Abanoz Öztürk, “Çift Taraflı”, s. 274.

⁸⁵² Kühl, **a.g.e.**, §13, kn. 80-1

⁸⁵³ Erman, **a.g.e.**, s. 289.

olmayacaktır. Bu yüzden de sınırı aşması halinde TCK md. 27/1'in uygulanmaması için makul bir sebep gösterilemeyecektir.⁸⁵⁴

Failin, hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarının gerçekleştiğinin de farkında olarak hukuka uygun hareket etme bilinci ile davranmasını arayan sübjektif görüş⁸⁵⁵ benimsenecek olursa, görüşün kendi içinde ayrışan teorileri bakımından fark etmeksizin TCK md. 27/1'in uygulanmasının reddedilmesi gerekecektir.⁸⁵⁶ Zira failin hareketi hem hukuka uygun görülmemektedir, hem de fail çoğu halde zaten kasten hareket ediyor sayılacaktır. Dolayısıyla şartları yerine gelmediğinden, fıkra da gündeme gelmeyecektir. *Ersan* bu görüşten yana olup, meşru savunma örneği üzerinden kişinin hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilmesi için savunma iradesi ile hareket etmesi gerektiğini, dolayısıyla bu irade yokken ortada ne meşru savunmanın ne de onun sınırının aşılmasının mevcut olabileceğini ileri sürmektedir.⁸⁵⁷

Hukuka uygunluk nedenlerinin yalnızca objektif mevcudiyeti halinde taksirle sınır aşımının değerlendirilmesi, sınır aşımını üçüncü kişilerin zarar görmesi hallerine de sirayet ettirmeyi kabul eden görüş bakımından özellikli sonuçlar doğuracaktır.⁸⁵⁸ Örneğin birine kızıp evinin camına taş atan fail, içerde gaz açık unutulduğundan uyumakta olan bebeğin canını kurtarmış ancak aynı anda attığı taş evdeki bir başka çocuğun başına isabet edip yaralamışsa ve - maksadı hasıl kılabilmek için - burada failin yaralamaya dair olası kastından söz edilemiyorsa ne yapmak gerekecektir?

Sübjektif görüşe göre burada hukuka uygunluk nedeni teşekkül etmiş sayılmadığından elbette ona bağlı olarak uygulanabilen TCK md. 27/1 de gündeme gelemez. Ancak iştirak ettiğimiz objektif görüşe göre, fiil hukuka uygun, çocuğun

⁸⁵⁴ Objektif görüşü benimseyerek bu hallerde de sınır aşımı maddesinin uygulanabileceğine ilişkin bkz., Demirci, **a.g.e.**, s. 92.

⁸⁵⁵ Güler, **a.g.e.**, s. 95. Bkz. yukarıda: "1.2.5.3.1. Sübjektif Görüş"

⁸⁵⁶ Ersan, **a.g.e.**, s. 68; Şahin, Özgenç, Kılıç, **a.g.m.**, s. 2312.

⁸⁵⁷ Ersan, **a.g.e.**, s. 69; Aynı yönde bkz. Engländer, "Die Verteidigungswille", s. 391.

⁸⁵⁸ Bkz., aşağıda: "2.3.2.3. Mekanda / Kişide Sınır Aşımı"

yaralanması da bir nevi taksirli aşım olduğundan tam da TCK md. 27/1'in uygulanacağı bir örnek söz konusudur.

2.3.1.4. Hukuka Uygunluk Nedeninin Varlığını Kaybetmesi

Bir hukuka uygunluk nedeninin tüm şartlarıyla teşekkülünün gereğinden ve bu yüzden mefruz hukuka uygunluk nedenlerinde hükmün uygulanamayacağını belirledikten sonra aşım vücut veren taksirli suç bakımından ortada yararlanılacak bir hukuka uygunluk nedeni kalmadığının da ayrıca vurgulanması gerekmektedir. Zira TCK md. 27/1 fıkrasının ilk şartı 'bir hukuka uygunluk nedeninin tüm şartları ile teşkili' değil; 'tüm şartları ile teşekkül etmiş bir hukuka uygunluk nedeninin varlığını kaybetmesi' dir.

Nitekim hukuka uygunluk nedeni var olmayı sürdürseydi, zaten doğrudan o uygulanarak fail beraat ettirilecek ve md. 27/1'e gerek kalmayacaktı. Bu, söz konusu taksirli fiilin de aslında ilgili hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde kalacağını ifade ederdi. Dolayısıyla 'bir hukuka uygunluk nedeninin mevcudiyeti' doyurucu ve doğru bir şart olmaz.

Ancak hukuka uygunluk nedeni aşım öncesinde tam anlamıyla vücut bulamasa da veya bir kaç şartı eksik kalsaydı da bu kez bir sınır aşan değil, hukuka aykırı alanda fiil işleyen failden söz edildiğinden yine md. 27/1 hükmü uygulanamayacaktı. Dolayısıyla aşım olduğu için bir hukuka uygunluk nedeni mevcudiyetinden söz etmenin doğru olmayacağı görüşü de yerinde değildir.

Yargıtay'ın da bir kararında, doğru şekilde bu belirlemede yerli ifadeleri tercih ettiğini düşünüyoruz: *"Savunmanın meşru müdafaa koşullarında başladığı, fakat ölçülülük ilkesinin ihlal edilmesi nedeniyle meşru müdafaa'nın kabul edilmediği durumlarda 'sınır aşılmasından' bahsedilebilir."*⁸⁵⁹

⁸⁵⁹ Y. C.G.K., T. 26.2.2008, E. 2007/1-281, K. 2008/37.

Öncelikle şartın bu şekilde kabulü sayesinde, somut olarak gözlenen bir olayda ilgili hukuka uygunluk nedeninin şartlarına riayet edilmediği tespit edilip burada TCK md. 27/1 uygulanmasından otomatik olarak vazgeçilemez. Örneğin, savunmanın şartlarının md. 25'e uygun olmadığı müddetçe sınırın aşılması hükümlerinin de uygulanamayacağı⁸⁶⁰ iddia edilemez. Olaya iyice bakılıp o esnada olmasa da, hemen öncesinde bir teşekkül söz konusu olup olmadığı incelenmelidir. Dolayısıyla hiç olmayan bir hukuka uygunluk nedeni ile, varlığını kaybetmiş bir hukuka uygunluk nedeni burada ayırt edilmelidir.

Bir hukuka uygunluk nedeninin varlığını kaybetmesi tabiri, ortada hiç bir hukuka uygunluk nedeninin doğmadığı hallerde sınır aşımına başvurulamayacağını ifade ederken, aynı zamanda, yukarıda 'çifte aşım' olarak izah edilen durumlarda da, TCK md. 27/1'in uygulanamayacağını izaha yardımcı olacaktır. Çünkü orada gerçekten de bir hukuka uygunluk nedeni mevcut olmuş, tüm şartlarıyla teşekkül etmiş olmasına rağmen, fail ilk aşım da bunu geride bırakarak ikinci aşım da artık hukuk dışı hareketiyle tam sorumlu olacağı alana geçmiştir.

Öte yandan bir hukuka uygunluk nedeninin varlığını kaybetmesi, aşımın zaman ve kişi şartları bakımından da mümkün olabileceği sonucuna götürür. Oysa öğretide mütabakat halinde sınır aşılmasından maksadın, ilgili nedenin oranında aşma olduğu kabul edilmektedir.⁸⁶¹ Oysa oran, mekan ya da zaman şartlarının her biri bakımından ortada bir hukuka uygunluk nedeni öncelikle doğmuş, akabinde varlığını yitirmiştir ya da aşım ile bitmiştir. Böylece bu şart, tek başına oranda sınır aşımını kabul edip zamanda ya da kişide aşımı reddetmeye gerekçe olamayacaktır.

⁸⁶⁰ Barış Çetin, "Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma", Kırşehir Ahi Evran Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Kırşehir, 2020, s. 43. İlgili hukuka uygunluk nedeninin şartları oluşmadığı sürece sınır aşılmasından da bahsedilemeyeceği öğretide tekrarla ifade edilmiştir, bkz. Şahin, **a.g.m.**, s. 324; Gündüz, Sarıgül, **a.g.m.**, s. 413; Önder, **a.g.e.**, s. 265.

⁸⁶¹ Öztürk, Erdem, **GH**, s. 305; Akbulut, **GH**, s. 611; Zafer, **GH**, s. 321; Koca, Üzülmüş, **a.g.m.**, s. 49; Çiftçi, **a.g.m.**, s. 533; İnci, **a.g.m.**, s. 121; Cengiz Apaydın, **Meşru Savunma**, Ankara, Seçkin, 2020, s. 259; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s. 621; Ersan, **a.g.e.**, s. 85; Ertugrul Ünal, "Heyecan, Korku Veya Telaş Sebebiyle Meşru Savunmada Sınırın Aşılmasının Türk Ve Alman Hukukundaki Uygulaması", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 12 (2), 2021, s. 676; Şare, **a.g.m.**, s. 44; Muhammet Yakut, "Türk Ceza Kanununda Meşru Savunma", **İKÜHFD**, Sayı: 15, Cilt: 1, 2016, s. 938; Topçu, **a.g.e.**, s. 671; Savaşçı Temiz, **a.g.e.**, s. 197; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 553 vd.

Örneğin meşru savunma saldırı ile bittiğine göre, devam eden hareketler aşım sayılamaz, denilemeyecektir.

2.3.2. Sınır Aşımının Belirli İhtimallere Göre Değerlendirilmesi

2.3.2.1. Yoğunlukta Sınır Aşımı

Sınır aşılması hükümlerinin uygulanacağı noktasında tartışma bulunmayan ihtimal failin hukuka uygunluk nedeninin oranını aşması halidir.⁸⁶² Hatta çoğunluk yazarlar sınır aşımını, meşru savunma tabirleriyle ifade etmek gerekirse, gerekli ve zorunlu olanın ötesinde savunma şeklinde özetleyerek sadece oranda aşım hasrederler.⁸⁶³ Kimi yazar ise söz konusu meseleyi ele alırken sınırın ne olabileceği şeklindeki tartışmaya dahi girmez.⁸⁶⁴ 765 sayılı TCK döneminde de sınırın araçlar bakımından aşılmasının, 50. madde bakımından muhakkak olduğu ifade edilmiştir.⁸⁶⁵

Bu hususa Alman hukukundaki isimlendirmeden de yola çıkılarak, yerinde olarak ‘yoğunlukta aşım’ da denilmektedir. Alman ceza hukukunda sınır aşımı sadece meşru savunma çerçevesinde (o da sadece TCK md. 27/2 anlamında) ele alındığından yoğunlukta meşru savunma sınır aşımı (*intensiver Notwehrerzess*) ifadesi kullanılmaktadır.⁸⁶⁶ Dolayısıyla yoğunlukta aşım, oranda aşım veya ölçüde aşım şeklindeki karşılıklar doğru olacaktır. Söz konusu tabirin Türk ceza hukukunda ‘yoğun haklı savunma aşımı’⁸⁶⁷ olarak aktarıldığını da gözlemlemekteyiz.

⁸⁶² Koca, Üzülmüş, **a.g.m.**, s. 49; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 553 vd.; Savaşçı Temiz, **a.g.e.**, s. 197.

⁸⁶³ Yakut, **a.g.m.**, s. 938; Mahmutoglu Karadeniz, **a.g.e.**, s. 621; Topçu, **a.g.e.**, s. 671.

⁸⁶⁴ Hakeri, **GH**, s. 415 vd.; İçel, **GH**, s. 408 vd.; Özbek vd., **a.g.e.**, s. 357 vd.; Hafizoğulları, “Ders Notları”, s. 334.

⁸⁶⁵ Özen, **Meşru Müdafaa**, s. 156.

⁸⁶⁶ Gropp, Sinn, **a.g.e.**, §6, kn. 158; Kühl, **a.g.e.**, §12, kn. 135 vd.; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §13, kn. 703 vd.; Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, **a.g.e.**, §18, kn. 52. Ölçüde aşım ‘Exzess im Mass’ şeklinde kullanım için bkz. Seeberg, **a.g.e.**, s. 180.

⁸⁶⁷ Heinrich, **I**, para. 393. (Her bölümün bir başka hukukçu tarafından Türkçe’ye aktarıldığı kitabın söz konusu bölümün *Yener Ünver* tarafından çevrilmiş olması dolayısıyla kavramı kendisine atfedeceğiz.)

Orantılılıktan maksat, hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde hareket edilirken, en hafif aracın tercih edilerek bu aracın hareketin muhatabına en az zarar verecek şekilde kullanılmasıdır.⁸⁶⁸ Elbette, hafif aracın zararsız kullanımı etkili olacak şekilde olmalıdır.⁸⁶⁹ Örneğin saldırıyı defedecek, suçluyu yakalayacak, hastanın iyileşmesini sağlayacak operasyonun gereklerini yapacak etkililikte olmalıdır.

Özellikle de meşru savunma hukuka uygunluk nedeni bakımından oran çok önemli bir ilke teşkil eder.⁸⁷⁰ Öyle ki, orana uygun bir davranış hukuk düzenince onaylanan ve tüm hukuk dallarınca hukuka uygun alanda icra edilmiş bir fiil sayılırken, oranın biraz aşılması halinde hukuka aykırı alanda suç işlemiş bir fail bulunur.⁸⁷¹

Meşru savunmada saldırı ve savunmanın yöneldiği haklar ile kullanılan araçlar⁸⁷² arasında olay öncesi (*ex ante*)⁸⁷³ yapılacak değerlendirme sonucu orantılılık ilkesinin ihlal edildiği anlaşılıyorsa sınır ölçü ya da bir diğer deyişle yoğunluk yönünden aşılmış demektir.⁸⁷⁴ Burada araçlar ya da yönelinen hukuki menfaatler arasında eşitlik, tam bir denklik ya da mutlak orantılılık aranmayacaktır.⁸⁷⁵ Yalnızca olay akışı içerisinde yapılan savunmanın, tüm etkenlerin beraber dikkate alınması ile ölçülü olup olmadığına bakılacaktır.⁸⁷⁶

Saldırıyı başka türlü defetme olanaksızlığı, savunmada zorunluluk sınırı olarak addedilebilir.⁸⁷⁷ Alman hukukunda da, seçilen daha hafif araçların etkisiz kalacağının düşünüldüğü hallerde failin o anın şartlarına göre saldırıyı kesin olarak

⁸⁶⁸ Schwabe, **a.g.e.**, s. 60; Kühl, **a.g.e.**, §12, kn. 135; Herzog, §33, kn. 8.

⁸⁶⁹ Schwabe, **a.g.e.**, s. 60.

⁸⁷⁰ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 506-7; Topçu, **a.g.e.**, s. 206.

⁸⁷¹ Özen, **GH**, s. 614; Topçu, **a.g.e.**, s. 671; İba, **a.g.m.**, s. 640.

⁸⁷² Önder, **a.g.e.**, s. 265-6; Dönmezer, Erman, **II**, s. 356-7.

⁸⁷³ Y. C.G.K., T. 18.2.1991, E. 1991/1-4, K. 1991/39; Duttge, §33, kn. 3; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 504.

⁸⁷⁴ Sulhi Dönmezer, “Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi ve İnsan Hakları”, **Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi**, Ceza Hukuku Derneği Yayınları, No. 6, 2005, s. 25.

⁸⁷⁵ Kartal, **a.g.e.**, s. 195; Özgenç (Nuri Berkay), **a.g.m.**, s.252.

⁸⁷⁶ Frank Zieschang, **Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar: Großkommentar, Band III, §32-37**, Yayına Hazırlayanlar: Thomas Rönau, Kristian Hohn, Frank Zieschang, Andreas Grube, Christian Klie, 13. neubearbeite Auflage, Berlin, DeGruyter, 2019, § 33, kn. 2.

⁸⁷⁷ Ersan, **a.g.e.**, s. 72; Kartal, **a.g.e.**, s. 56.

def edebilecek nitelikteki aracı kullanması hukuka uygun addedilmelidir.⁸⁷⁸ Yani daha hafif ve etkili bir yöntemin saldırıdan kurtulmak için kullanılma olanağının olayda mevcut olması, sınırın aşıldığının bir göstergesi olarak karşımıza çıkar.⁸⁷⁹

Örneğin Yargıtay'ın da bir kararına konu olan olayda, failin saldırganı sendeleterek elinden bıçağı aldığı halde sonra bir de saldırganı saptaması sınır aşımı olarak değerlendirilmiştir.⁸⁸⁰ Oysa burada, bıçaklı saldırıya uğrayan failin bıçağı aldıktan sonra kullanmayarak saldırganla eşit şartlarda bedeni güçle savaşıması beklenemez.⁸⁸¹ Dolayısıyla, sınır aşım bahsini tartışırken öncelikle söz konusu hukuka uygunluk nedeninin kendi sınırlarının doğru çizildiğinden emin olunmalıdır ki aslında hukuka uygun davranan faile, hakkaniyete yaraşmayan bir hüküm giydirilmesin.

Araçlar nitelik bakımından aynı olmadığı, savunma aracının daha güçlü olduğu durumlarda bunun kullanılış şekli zorunluluk sınırını aşmamışsa hareket hâlâ meşru savunma içinde kalmış olur. Saldırganın balta ile harekete geçtiği olayda fail tabancasını bir kez ateşlemek suretiyle bunu önlemişse bu hareketi ölçülü saymak gerekecektir.⁸⁸² Ancak bir aikido ustasının çok basit bir teknikle saldırıyı önleyebilecekken kesici alet kullanması ölçülülüğe aykırılık teşkil edecektir.⁸⁸³

İşte özellikle de 'zorunlu savunma', 'en hafif aracın seçilmesi' gibi tabirlere, ölçülülüğü tayin bakımından sıkça rastlanması vakidir.⁸⁸⁴ Ancak tüm bu tabirler, söz konusu hukuka aykırı saldırıyı durdurmak, kesin şekilde sona erdirmek veya

⁸⁷⁸ Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, **a.g.e.**, §15, kn. 39; Kühl, **a.g.e.**, §7, kn. 88; Krey, Esser, **a.g.e.**, §14, kn. 512; Roxin, **a.g.e.**, §15, kn. 43.

⁸⁷⁹ Tahir Taner, "Meşru Müdafanın Genişliği ve Mala Karşı Yapılan Tecavüzlerde Meşru Müdafaa", **Ebül'ula Mardin'e Armağan**, İstanbul, Kenan Matbaası, 1994, s. 633; Rönnau, Hohn, §32, Kn. 175.

⁸⁸⁰ Y. C.G.K., T. 17.04.1972, 1/204-200

⁸⁸¹ Erb, §32, kn. 160; Kartal, **a.g.e.**, s. 195; AFYM'nin benzer kararı için bkz., BGH 26.11.2013- 3 StR 331/13 (StV 2014, 337). Söz konusu kararda Mahkeme, saldırganın elinden beyzbol sopasını aldıktan sonra onun başına vurarak etkisiz hale getiren sanığın hareketini orantılı bulmuş ve meşru savunma kapsamında değerlendirmiştir.

⁸⁸² Y. C.G.K., T. 5.2.1990, E. 1989/1-366, K. 1990/5.

⁸⁸³ Ersan, **a.g.e.**, s. 77.

⁸⁸⁴ Kartal, **a.g.e.**, s. 53 vd.

engellemek için gereken ‘zorunlu savunma’ veya ‘en hafif araç’tır.⁸⁸⁵ Dolayısıyla burada ‘saldırıyı durdurmak’ tabirine de ışık tutmak gerekmektedir.

Adli tıp çalışmaları, olayların çoğunda saldırganın saldırma kapasitesini sonlandıran ‘durdurucu’ gücün, sanıldığığının aksine çoğu kez ‘durduruculuktan’ uzak olduğunu ortaya koymaktadır. Bundan maksat, saldırganların yaralandıklarını bazen anlamadıkları, olay esnasında ağrıyı hissetmedikleri veya umursamadıkları için, öldürücü yaralanmalarda bile saldırılarına devam edebildikleridir.⁸⁸⁶

Bu noktada Yargıtay’ın, baltalı ve bedenen daha güçlü mağdurun, öldürücü olmayan bölgeler yerine göğsünün hedef alınarak dört el ateş edilmesini sınırın aşılması olarak değerlendirmesi⁸⁸⁷ eleştirilmiştir.⁸⁸⁸ Nitekim Yargıtay kararında, ne öldürücü olmayan ancak etkisiz hale getirebilecek bölgeleri belirtmiş, ne de saldırganın kol veya bacağından vurulması halinde nasıl etkisiz hale geleceğini göstermiştir. Öte yandan, hayatın olağan akışında baltayla yaklaşan fiziksel üstün saldırganın, hareketli ve küçük organlar olarak isabeti zor kol ve bacaklarından yaralanıp durdurulması beklentisi gerçekçi bulunmamıştır.⁸⁸⁹ Burada sanık savunmasının orantılı sayılıp kendisinin meşru savunmadan yararlandırılması gerektiği ifade edilmiştir.⁸⁹⁰

Devamla, meşru savunma çerçevesinde saldırgana birden fazla kez atış yapılmasının Yargıtay tarafından otomatik olarak sınır aşılması olarak değerlendirilmesi de eleştirilmiştir. Burada mesele pek çok olayda isabet alan bir atışın bile saldırıyı durdurmaya yetecek olması değildir. Aksine, savunmacı failin atışın kendi ve hedef vücut üzerinde sebep olduğu kinetik enerji yüzünden isabet

⁸⁸⁵ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 507; Önder, **GH**, s. 231.

⁸⁸⁶ Erdem Okdemir, Semra Savaş Ketten, Abdullah Avşar, Hakan Öney, “Meşru Savunmada Orantılılık ve Durdurucu Güç Kavramı”, **TAAD**, Yıl: 6, Sayı: 22, Temmuz 2015, s. 126 – 7.

⁸⁸⁷ Y. C.G.K., T. 3.12.1984, 93/402.

⁸⁸⁸ Okdemir vd., **a.g.m.**, s. 129.

⁸⁸⁹ **A.g.m.** Öğretide ise ateşli silahlı savunmanın önce kol ve bacaklara yönlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır, bkz., Şare, **a.g.m.**, s. 36.

⁸⁹⁰ Okdemir vd., **a.g.m.**, s. 129.

ettirdiğini çoğu kez bilebilecek durumda olmaması⁸⁹¹ ve de isabet sağlanması halinde dahi bunun saldırıya son vereceğine dair bir garantinin olmamasıdır.⁸⁹² Bu görüşten çıkardığımız, isabet olsa bile, saldırganın yere düşmesine veya bayılmasına kadar saldırının bitmesinden emin olunamayacağıdır.

Gerçekten de, bu açıdan bakıldığında vücudun başka bölgesine yapılacak atışın ya da daha az sayıdaki atışın yeterli gelebileceği şeklindeki değerlendirmeler aslında olay sonrası (*ex post*) yapılmaktadır. Bu yüzden, saldırganın saldırmaktaki sebatı ve olayın diğer tüm özelliklerinin titizlikle ele alınarak, her şeyden önce ve tüm değerlendirmenin başında, savunmanın gerçekten oranı aşıp aşmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Aksi halde, beraat edebilecek failin bu hakkı elinden alınmış olur.

Öte yandan çoğu kez saniyeler içerisinde olup biten meşru savunma hallerinde, failin durum ve koşullara göre elindeki silahın ölçülü olduğunu hakkaniyete uygun tartabilmesi her zaman beklenemeyecektir.⁸⁹³ Ancak bu tartımı yapamamak duruma göre hata hükümlerine vücut verecektir. Oysa silah kullanma noktasında tecrübesizliği ve beceriksizliği üzerinden taksirle sınır aşılmasında diğer şartlar da mevcutsa elbette TCK md. 27/1 uygulanabilecektir.⁸⁹⁴

TCK md. 27/1 fıkrasını hukuka uygunluk nedenlerinin sınırında hata olarak ele alan görüş, yoğunlukta aşım şöyle bir örnek vermektedir: Bir kişi bahçesinden yalnızca meyve toplanıp yenmesine izin vermiş olmasına rağmen, fail eve de götürebileceğini zannetmişse sınırı ölçü yönünden aşmıştır.⁸⁹⁵ Dikkat edilirse burada ‘rıza’ bahsini alakadar eden bir olay örneklenmektedir. Her şeyden önce, hırsızlık suçu bakımından rıza bir hukuka uygunluk nedeni değil, tipikliği geri bırakan, tipe dair olumsuz bir unsur olduğundan, zaten meselenin sınır aşılması hükümlerine gitmeden halli gerekmektedir. Evine meyve götüren failin durumu, tipin

⁸⁹¹ Ki *kanımızca* bu durumda hata hükümlerini de göz önünde bulundurmak gerekmektedir. Zira failin bir hususu ‘bilebilecek durumda olmaması’ kaçınılmaz hatayı çağrıştıran bir ifadedir.

⁸⁹² Okdemir vd., **a.g.m.**, s. 129.

⁸⁹³ Aynı yönde bkz., Dönmezer, **a.g.m.**, s. 24.

⁸⁹⁴ Dönmezer, **a.g.m.**, s. 25.

⁸⁹⁵ Koca, Üzülmüş, **a.g.m.**, s. 48.

unsurlarında yanılan fail olarak TCK md. 30/1 gereği kastı kaldıran hata çerçevesinde ele alınmalıdır.

Bir an için bunun hukuka uygunluk nedeni olan rıza olduğu düşünülse bile, örnek hâlâ sınır aşımı için uygun değildir. Zira burada tam anlamıyla bir ‘sınırdaki hata’ mevcut olup çözüm TCK 27. değil, 30. maddede aranmalıdır. Dolayısıyla her şeyden önce olayda gerçek bir hukuka uygunluk nedeninin hatasız şekilde mevcudiyetinin tespitinin ardından sınır aşılması incelemesine geçilmelidir.

Ancak her orantılılık ihlali elbette TCK md. 27/1’nin uygulanabileceği anlamına gelmez. Bir de failin bu aşımı gerçekten taksirle mi icra ettiğine bakmak gerekmektedir. Öğretide kendisine sopayla saldırana, korktuma amaçlı ateş edilirken, kurşunun sekerek mağdurun ölmesi olayı sınırın taksirle aşılmasına örnek olarak verilmektedir.⁸⁹⁶

Taksirli aşımı sınırdaki hata ile karıştırmayan, sapma ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç çerçevesinde meydana gelen aşımın dışında verilebilecek güzel bir örnek, savunma esnasında failin boş zannettiği silahı saldırganı durdurmak için tehdit amaçlı kullandığı, ancak içinde kalan bir kurşunun ateş ve isabet aldığı olaydır.⁸⁹⁷

Burada AFYM’nin önüne gelen bir pilot davayı ele alarak orantılılık tespitinin öneminin altı çizilebilir: Olayda fail, rakip bir grubun kendi evine baskına geldiğini ve ona zarar vereceklerini düşünerek ve bundan korkarak, uyarı ateşinde bulunmaksızın kapıya doğru ateş etmiş, kapının arkasında bulunan polis memurunu öldürmüştür. Burada olmayan bir meşru savunma halini var zanneden fail aslında sınır da aşmıştır. Mahkeme, sınır aşma hükümlerine hiç başvurmadan, failin mefruz meşru savunmasında orantılılık değerlendirmesi yaparak, failin elindeki imkanlar içinde kendi düşüncesine göre saldırıyı defedecek tek araç olan ateşli silahı

⁸⁹⁶ Gündüz, Sarıgül, **a.g.m.**, s. 419.

⁸⁹⁷ Akbulut, **GH**, s. 506.

kullandığını, uyarı atışı yapmamasını da o anda failin bu kararı alması için yeterli zamanı olmadığını belirtmiştir.⁸⁹⁸

Dolayısıyla mefruz meşru savunma halinde dahi aslında sorulacak soru öncelikle şu olmalıdır: Fail hataya düşmeseydi hareketi hukuka uygun olacak mıydı? Bu sorunun cevabı da ancak orantılılığa verilecek cevapla doğrusal orantılı (*korelatif*) olacaktır. Olayda da failin seçtiği araç mahkemece en hafif olarak kabul edildiğinden, tepkisi, olay zannettiği gibi olsaydı meşru savunma içinde kalacağından, hata hükümlerinden yararlandırılmış ve sınır hükümlerine gidilmemiştir.⁸⁹⁹

Alman hukukunda ise meşru savunmanın orantılılık şartı, gereklilik (*Erforderlichkeit*) ve uygunluk (*Gebotenheit*) şeklinde iki ayrı kriterin araştırılması ile ortaya konulmaktadır. Bunlardan ilki savunmada en hafif aracın tercih edilmesine yönelik iken, ikincisinde daha ziyade sosyal etik düşüncelerle ortaya konmuş birtakım sınırlandırmalar söz konusudur.⁹⁰⁰ Yoğunlukta sınır aşımı ifadesinin ise her ikisini kapsadığı belirtilmektedir.⁹⁰¹

Türk hukuka yabancı bu ‘uygunluk’ kriteri altında, aşırı orantısızlık halleri, kişinin saldırıyı provoke ettiği ya da ona kusuru ile neden olduğu haller⁹⁰² veya mağdurdan kaynaklanan birtakım özellikler meşru savunmanın bir nevi sosyal - etik sınırlamaları addedilir. Örneğin bir çocuk veya akıl hastası söz konusuysa, ya da

⁸⁹⁸ BGH 02.11.2011 - 2 StR 375/11 (BeckRS 2012, 00743).

⁸⁹⁹ Prensibe ve gerekçeyle iştirak etmekle beraber, olay özelinde failin evi baskına uğrasaydı dahi uyarı ateşinde bulunması hatta bunun öncesinde elinde silah olduğu için derhal terketmeleri gerektiğini bildirmesi gerektiği *kanaatindeyiz*. Ancak bunu yapması failin elini kaçınılmaz derecede zayıflatarak savunmasını çok zorlaştıracaktı ise, o takdirde mahkeme kararına iştirak etmek gerekmektedir.

⁹⁰⁰ Rönnau, Hohn, §32, kn. 225; Gropp, Sinn, **a.g.e.**, §5, kn. 153 vd. Söz konusu gereklilik şartı ve kapsamı yukarıda meşru savunma bahsinde incelenirken ele alınmıştı. Burada hukuka uygunluk nedenlerinde yoğunlukta sınırın taksirle aşılması halinde, söz konusu neden meşru savunma ise, gerekliliğin aşılmasının nasıl değerlendirileceği ortaya konmaya çalışılacaktır.

⁹⁰¹ Kindhauser, §33, kn. 2; Motsch, **a.g.e.**, s. 18; Erb, §33, kn. 11; Kühn, **a.g.e.**, §12, kn. 152; Rogall, **a.g.m.**, s. 541.

⁹⁰² Detayları aşağıda: “3.4.3.2.6. Duyguların Kaynağı”

ailevi veya diğer kişisel yakın ilişkili olunan saldırganlara karşı failin savunmaya katlanması, kaçınması, kendini savunurken saldırganı da koruması beklenebilir.⁹⁰³

Türk ceza hukuku bakımından ise ölçülülük ilkesi yalnızca en hafif savunma aracı olarak değil, fail ve mağdurun özellikleri ile olayın tüm şartları dahil edilerek yapılacak değerlendirme ile geniş bir açıdan ele alınarak tespit edilir. Dolayısıyla mağdur veya saldırgan eksenli değerlendirmeler zaten halihazırda orantılılık içerisinde gözetilmiş olur. Aşırı orantısızlık ve provokasyon hallerine ise, hukukumuzda sınır aşma müessesini ilgilendirdikleri ölçüde kısaca değinilmelidir.

Alman hukukunda uygunluk şartlarından biri olarak aşırı orantısızlık hallerinde sınır aşılması hükümlerinin uygulanamayacağı kabul edilmektedir.⁹⁰⁴ Meşru savunmanın unsurlarından biri gerçekleşmediğinden burada AlmCK md. 32'nin sınırlanması değil, tamamen ortadan kalkması söz konusu olduğu için, ona bağlı olarak gündeme gelen sınır aşılması hükümleri de devreye giremez.⁹⁰⁵ Ayrıca bazı yazarlara göre burada AlmCK md. 33'ün uygulanabilmesi için gerekli olan haksızlık azalması gerçekleşmemiştir.⁹⁰⁶

Türk öğretisinde de çok bariz / aşırı / çarpıcı⁹⁰⁷ / net⁹⁰⁸ orantısızlıkların / büyük nispetsizliklerin⁹⁰⁹ bulunması halinde hukuk düzeninin bunu koruyamayacağı zira bu hallerde failin fiilinin haksızlığının hukuk düzenince mazur görülebilecek kadar azalmış sayılamayacağı gerekçesiyle sınır aşma hükümlerinin uygulanamaması gerektiği ifade edilmektedir.⁹¹⁰ Söz konusu orantısızlıklar halinde meşru savunmanın hiç oluşmamış sayılması gerekeceğinden, sınır aşılmasından da bahsedilemeyeceğini

⁹⁰³ BGH 17.05.2018 - 3 StR 622/17 (NStZ RR 2018, 272); BGH 27.10.2015 - 3 StR 199/15 (NStZ 2016, 333); OLG Düsseldorf 02.06.2016 – III-1 Ws 63/16 (BeckRS 2016, 14622), BGH 12.04.2016 - 2 StR 523/15 (NStZ 2016, 526); BGH 25.09.1974 - 3 StR 159/74 (NJW 1975, 62).

⁹⁰⁴ Perron, Eisele, §33, Kn. 7; Kühl, **a.g.e.**, §12, kn. 150; Roxin, **a.g.e.**, §22, kn. 79; Klaus Rogall, **Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch**, Band I, Yayına Hazırlayan: Jürgen Wolter, 9. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2017, §33, kn. 24; Wessels/ Beulke/ Satzger, **a.g.e.**, §13, kn. 704; Rogall, §33, kn. 24.

⁹⁰⁵ Kühl, **a.g.e.**, §12, kn. 150.

⁹⁰⁶ Kindhäuser, §33, kn. 14; Herzog, §33, kn. 14; Wessels/ Beulke/ Satzger, **a.g.e.**, §13, kn. 704; Rogall, §33, kn. 24.

⁹⁰⁷ 'Çarpıcı' ifade tercihi için bkz., Dölger, "Hukuka Uygunluk", s. 162.

⁹⁰⁸ 'Net' tabiri için bkz., Sucuoğlu, **a.g.m.**, s. 145.

⁹⁰⁹ 'Nispetsizlik' tabir tercihi için bkz., Bozbayındır, **a.g.m.**, s. 123.

⁹¹⁰ Bozbayındır, **a.g.m.**, s. 122-3; Düzenli, **a.g.e.**, s. 182.

ifade ederek bu görüşü gerekçelendirir.⁹¹¹ Yazarlar bir nevi sınır aşmanın da bir sınırı olması gerektiğini ileri sürerler.⁹¹²

Kanaatimizce burada TCK md. 27/1 bakımından dikkat edilmesi gereken yine kastın olmamasıdır. Eğer ortada kast yok ve taksirle işlenen bir sınır aşımı söz konusuysa bunun aşırı orantısızlıklarda da uygulanabilmesi gerekir. Örneğin bahçesinden meyve çalan hırsız korkutmak için havaya doğru tek el ateş eden ev sahibinin hırsız öldürmesinde aşırı orantısızlık vardır. Ancak hareket kastlı değildir. Kaldı ki, hangi hallerde sınır aşımının ‘aşırı’ hangilerinde ‘olağan’ ölçüde olduğunun tespiti somut olaylarda imkânsıza yaklaşabilir. Dolayısıyla ölçü bakımından sınır aşımı aşırı da olsa, kast olmadığı yerde md. 27/1 fıkrasının uygulanması gerektiğine inanıyoruz.

Nitekim Alman hukukunda da azınlığı teşkil eden karşıt görüş tam da sınırı aşan bu gibi haller için AlmCK 33. maddenin düzenlendiğini ifade eder.⁹¹³ Bundan başka, orantılılık şartında olduğu gibi gereklilik şartında da sınırın aşılması halinde maddenin pekâlâ uygulanabileceği ve aşırı orantısızlıkların da aslında birer gereklilik aşımı addedilmesi gerektiği ve hükmün ne lafzının, ne de dayandığı hukuki temellerinin buna engel teşkil ettiği belirtilmiştir.⁹¹⁴ Zira gereklilik meşru savunmanın yani AlmCK 32. maddenin sınırını teşkil eder, münferit bir hüküm olan md. 33’ün değil.⁹¹⁵

Örneğin, spor salonundan çıkan siyah kuşak kareteci gencin, cebinden cüzdanını almaya yeltenen tinerci çocuğu darp etmesinde kasten aşım olduğu için TCK md. 27/1 gündeme gelemmez. Ancak tinercinin elinden cüzdanını geri alarak onu hafif bir hareketle itmesi üzerine zaten yalpalayan çocuk yere düşer ve kafası taşa çarparak ölürse artık doğrudan md. 27/1 reddedilmemelidir. Zira ölüm sonucu aşırı orantısız da olsa, öncesinde bir meşru savunma varken ve taksirle gerçekleştirilmiştir.

⁹¹¹ Sucuoğlu, **a.g.m.**, s. 145.

⁹¹² Bozbayındır, **a.g.m.**, s. 122-3; Düzenli, **a.g.e.**, s. 182.

⁹¹³ Zieschang, § 33, Kn. 3; Kühl, **a.g.e.**, §12, kn. 150.

⁹¹⁴ Diederich, **a.g.e.**, s 69-72;

⁹¹⁵ Diederich, **a.g.e.**, s 73.

Failin kendini meşru savunma haline sokmasında kusuru olması ihtimallerinde, eğer fail bu provoke edici hareketiyle kendi meşru savunma hakkını tamamen bertaraf etmişse (maksatlı provokasyon), bu takdirde artık sınır aşılması hükümlerinden (TCK md. 27 ve AlmCK md. 33'ten) yararlanamaz.⁹¹⁶ *Kanaatimiz* de bu görüşle paralel doğrultuda olup, meşru savunmanın suça kılıf olarak kullanıldığı hallerde ortada aslında gerçek anlamda bir meşru savunma olmayacağından, sınır aşma hükümlerinden de söz edilemeyeceğine inanıyoruz.

Maksatlı olmaksızın savunmacının saldırganı provoke ettiği hallerde de meşru savunma hakkı sürdüğünden, Alman ceza hukukunda sınır aşma hükümlerinin uygulanmasına bir engel olmadığı belirtilmiştir.⁹¹⁷

Aynı şekilde bu hallerde, TCK md. 27/1'in de uygulanmasına bir engel olmadığını dile getirmek gerekir. Bir an için, provokatif savunmalar bakımından failin önceki haksız hareketinin saldırının haksızlığını azaltacağı iddia olunabilir. Bu hallerde artık savunmanın sınırının yegâne dayanağı ahlaki ölçütler olmayacaktır. Ancak hukukumuzda bu gibi haksız provokasyonlar için (hatta ilgili haksız fiilin provokasyon niteliğinde olması, yani muhatabı saldırmaya teşvik ettiğinin öngörülebilir olması dahi aranmaksızın) düzenlenmiş bir haksız tahrik müessesesi mevcuttur.

Bu düzenleme genel hükümlerde yer alır ve zaten (meşru savunma halinde olmasa dahi) tüm faillere uygulanabilir. Dolayısıyla saldırganın alacağı ceza böylece düşürülür. Ama bu, söz konusu saldırının haksız olma niteliğini ve failin kendini savunma hakkını azaltmaz ve sınırlamaz. Somut olayın şartlarına göre hakim tahrikte bulunan savunmacı ve sınır aşan failin indiriminin daha az orandan

⁹¹⁶ BGH 01.08.1961 - 1 StR 197/61 (NJW 1962, 308, 309); BGH 15.05.1975 - 4 StR 71/75 (NJW 1975, 1423, 1424); Duttge, §33, kn. 3.

⁹¹⁷ Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §13, kn. 704. Örneğin fail korumacı savunma ile başlaması gerekirken bunu atlayıp doğrudan saldırgan savunmaya geçtiyse (Schutzwehr / Trutzwehr) gereklilik ilkesinde (Gebotenheit) sınırı aşmış olur ve bu da bir yoğunlukta aşım teşkil eder. Bu halde de elbette AlmCK md. 33 uygulanır. Bkz. Geppert, "Notwehr und Irrtum", s. 39. Ayrıca detaylar için teorinin irdelendiği başlığa bakınız yukarıda: "1.2.2.4.2. Savunmaya İlişkin Şartlar"

verilmesini uygun görebilir. Ancak zaten TCK md. 29 gereği saldırgana da gerekli indirimlerin yapılması uygun hakkaniyeti sağlayacaktır *kanaatindeyiz*.

2.3.2.2. Zamanda Sınır Aşımı

Alman hukukunda kapsamda meşru savunma sınır aşımı (*extensiver Notwehrexzess*) en doğru tanımıyla meşru savunmada zamansal veya mekansal (*räumlich*) açıdan sınırın aşılmasıdır.⁹¹⁸ Burada en baştan ‘meşru savunma halinin objektif olarak varlığını devam ettirdiği süreç dışında savunma fiilinin sürdürülmesi’⁹¹⁹ tanımının yerinde olmadığını belirtelim. Zira her şeyden önce ölçüde sınırın aşılmasında da orantısız bir savunma olduğu için objektif olarak meşru savunma varlığını sürdürmez ve fail aslında hukukun dışında hareket etmektedir.

İkincil olarak da bu tabir menşei olan Alman hukukunda sadece zamansal aşımına hasredilmiş olmayıp aynı zamanda mekansal aşımını karşılamak için de kullanılmaktadır.⁹²⁰ Keza Türk hukukuna da kavramın sadece zamansal aşım olarak değil, ‘yaygın aşım’⁹²¹ ve ‘kapsamda aşım’⁹²² şekillerinde de aktarıldığı görülmektedir. Bu çalışmada, tüm hukuka uygunluk nedenleri bakımından zamanda sınır aşımını karşılamak üzere ve ‘zamanda sınır aşımının’ daha kısa ifadesi olarak ‘zamansal aşım’ tabiri kullanılacaktır.

Alman hukukunda zamansal aşım, tercih ettiğimiz tercümeyle ‘evvel’ (*vorzeitig*) ve ‘ahir’ (*nachzeitig*) olarak ikiye ayrılıp incelenmektedir.⁹²³ Bunlardan ilki henüz bir hukuka uygunluk nedeni başlamadan *önceki*, diğeri ise hukuka uygunluk nedeni sona erdikten *sonraki* aşımını ifade etmek için kullanılmaktadır.

⁹¹⁸ Motsch, **a.g.e.**, s. 23; Murmann, **a.g.e.**, §26, Kn. 80; Duttge, §33, kn. 7-9.

⁹¹⁹ Ersan, **a.g.e.**, s. 81.

⁹²⁰ Bkz., dipnot: 1024.

⁹²¹ Heinrich, **I**, (çev. Ünver), para. 393. Aynı eserin devamında, *extensiver Notwehrexzess*’in bu kez sayın Erman tarafından ‘sınırın zaman bakımından aşılması’ şeklinde çevrildiğini görmekteyiz, bkz., **A.g.e.**, para. 581.

⁹²² Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s. 620.

⁹²³ Erman söz konusu iki aşım hali için ‘sınırın önceden aşılması’ ve ‘sınırın sonradan aşılması’ tabirleri tercih etmiştir bkz., Heinrich, **I**, (çev. Barış Erman), para. 584.

Bir diğ er ifadeyle, hukuka uygunluk nedeninin başlangıç ve bitiş sınırlarını aşmış olmayı karşılamaktadırlar. Ancak dilimizdeki ‘ nceki’ ve ‘sonraki’ tabirleri yeterince özelleşmiş olmadığı ve daha pek çok şeyi izah etmek için kullanıldığından, kavram kargaşasını önlemek ve açıklanan mefhumlara öznel başlık atamak maksadıyla, söyleniş kolaylığı da dikkate alınarak ‘evvel’ ve ‘ahir’ ‘zamansal aşım’ veya ‘zamanda aşım’ tamlamaları önerilmiştir.

Zamansal aşımı doğru incelemek için her şeyden önce bir hukuka uygunluk nedeninin ne zaman başladığı ve ne zaman sona erdiğinin ortaya konması gerekmektedir. Böylece, buradaki sınırlar net bir şekilde çizildikten sonradır ki zamansal aşım tartışmasına geçilebilecektir.

Burada meşru savunmanın yayıldığı zaman, kanunda açık olarak gösterildiği için diğ er hukuka uygunluk nedenlerine nazaran özellik arz etmektedir. Bir saldırı g ncelse savunma da zamansaldır. Dolayısıyla burada dikkat edilmesi gereken, saldırının gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olduğu hallerde zamansal aşımdan değil, doğrudan meşru savunmanın uygulanmasından söz edilmesi gerektiğidir.⁹²⁴

Evvel zamansal aşımdan maksat saldırının henüz (*noch nicht*) güncel olmadığı yani gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olmaktan da evvel bir noktada bulunulması, ahir zamansal aşımdan ise saldırının artık (*nicht mehr*) güncel olmadığı hallerdir.⁹²⁵

Alman hukuku bakımından zamansal aşıma ilişkin görüşleri üç başlıkta incelemek mümkündür. Bunlardan ‘daraltıcı / kısıtlayıcı teori’ye göre (*restriktive Theorie*) zamansal hiç bir aşımda AlmCK md. 33 uygulanamaz. Çünkü hak ya daha doğmamış, ya da çoktan sona ermiştir. Dolayısıyla AlmCK md. 32’nin gündeme gelmediği yerde, md. 33’ten de söz edilemez. ‘Genişletici / yaygınlaştırıcı teori’ ise (*extensive Theorie*), tüm zamansal aşımlarda md. 33’ n uygulanabileceğini, zira kanun koyucunun aksi iradesinin madde metninden anlaşılmadığını, yoğunlukta

⁹²⁴ Ersan, **a.g.e.**, s. 82; Artuk/ Gökçen/ Aşahin/  akır, **GH**, s. 500; Koca,  z lmez, **GH**, s. 28; Güler, **a.g.e.**, s. 68-9;

⁹²⁵ Kindh user, §33, kn. 8.

aşım ile zamansal aşımın arasında ortada bir meşru savunmanın olması ve mazur görülebilirlik bakımından fark olmadığını ileri sürer. Son olarak ‘ayırım yapan / gözetken teori’⁹²⁶ (*differenzierende Theorie*) yalnızca ahir zamansal aşımını kabul eder ve meşru savunmanın başlamadığı evvel alandaki aşımları reddeder. Saldırının tam olarak bittiği anın tespitinin zorluğu ve istisnai pozisyondaki aşım failinin yoğunluk veya zamanda aşım yapmasında hukuki benzerlik olmasını da gerekçe gösterir.⁹²⁷

Türk öğretisinde, sınır aşılması hükümlerinin zamansal aşımarda hiç uygulanmayacağını ileri süren daraltıcı teori hakimdir. Genişletici teori ise Türk hukukunda hiç taraftar bulamamış ve zaten Alman hukukunda da son derece azınlıkta kalmıştır.⁹²⁸

2.3.2.2.1. Evvel Zamansal Aşım

Alman öğretisinde azınlıkta kalan görüşçe - hatta bazı yazarlar tarafından bu görüş ‘radikal / aşırı (*ekstremist*) karşıt görüş’ olarak da adlandırılmaktadır -⁹²⁹ savunulan evvel zamansal aşım da muhtemel saldırı öncesi bir savunma hali söz konusudur.⁹³⁰ Aslında evvel zamanal aşımı kabul eden görüşler zaten ahir zamansal aşımı da kabul etmektedir. Yani bu grup bir nevi, tüm zamansal aşımları kucaklayan görüş olarak adlandırılabilir.

Görüş, meşru savunma haline henüz girilmediğinden ortada ona bağlı bir savunmanın da olamayacağı ve bunun sınır aşımı olarak görülemeyeceği fikri ile eleştirilmektedir.⁹³¹ Eleştiriyi getiren aksi kanaate göre, saldırının doğrudan doğruya başlamak üzere olduğu hallerde zaten meşru savunma içine girilmiş olur.⁹³²

⁹²⁶ Teori adlandırmalarının ikinci türkçe karşılıkları ‘kısıtlayıcı’, ‘yaygınlaştırıcı’ ve ‘ayırım gözetken teori’ için bkz, Heinrich, I, (çev. Barış Erman), para. 585 vd.; Apaydın, **a.g.e.**, s. 260-1.

⁹²⁷ Tüm teorilerin özet bilgilendirmesi için bkz., Eryıldız, **a.g.m.**, s. 108.

⁹²⁸ Bozbayındır, **a.g.m.**, s. 123; Eryıldız, **a.g.m.**, s. 105;

⁹²⁹ Rengier, **a.g.e.**, §27, kn. 27.

⁹³⁰ Roxin, **a.g.e.**, §22, kn. 88-90; Jakobs, **a.g.e.**, §20, kn. 31; Perron, Eisele, §33, kn. 7; Burada söz konusu görüşün aslında TCK md. 27/2’nin karşılığı olan AlmCK md. 33 bakımından yürütüldüğü hatırlanmalıdır.

⁹³¹ Ersan, **a.g.e.**, s. 82

⁹³² Rengier, **a.g.e.**, §27, kn. 18.

Dolayısıyla evvel zamansal aşımı savunmayı, suça teşebbüsü cezalandıran bir hukuk sisteminde, bununla yetinmeyip cezalandırılabilirliği hazırlık hareketleri aşamasına da yansıtma tavrına benzetebiliriz. Fark; bu tutumlardan birinin cezalandırmayı, birinin ise cezalandırmamayı kanun aleyhine genişletme çabasında olmasıdır. Nitekim meşru savunma düzenlemesi, başlamak üzere olan yakın ve muhakkak saldırılara karşı zaten faillere savunma selahiyeti vermektedir. Sınır aşılması hükmünü bunun da evveline uygulamak kanun koyucunun iradesiyle uyumsuz. Burada eğer şartları oluşmuşsa zorunluluk hali gündeme gelebilir.⁹³³

Kanaatimizce de, ahir zamansal aşımından farklı olarak evvel zamansal aşımında henüz ortada bir hukuka uygunluk nedeni hiç mevcut olmadığından, bu hal TCK md. 27/1 kapsamında sayılamaz. Ayrıca fiiliyatta böyle bir kabulün uygulanma kabiliyetinin olmadığını, zaten muhakkak başlayacak veya tekrar edecek saldırıya karşı girişilen savunmaların halihazırda kanunlarda ‘meşru’ addedildiğini, bunun da öncesinde olan fiilin sınır aşma olarak addedilemeyeceğini düşünüyoruz.

Öte yandan, TCK md. 27/1 yalnızca meşru savunmaya hasredilmiş de değildir. Rıza ya da kanun hükmünü yerine getirme gibi nedenler bakımından evvel zamansal aşımı değil savunmak, gündeme gelme örneği vermek bile son derece zorlaşmaktadır. Oysa md. 27/1’in en temel şartı, ortada tüm şartları ile teşekkül etmiş bir hukuka uygunluk nedeninin olmasıdır.

2.3.2.2.2. Ahir Zamansal Aşım

765 sayılı TCK döneminde ise bazı kaynaklarda, vasıtaların mütenasip kullanılmaması ile birlikte, sona eren saldırıda da savunmanın hâlâ (lüzumsuz) devam etmesi sınırın aşılması başlığında beraber ele alınmaktadır.⁹³⁴ Her ne kadar bugün Türk öğretisinde büyük ölçüde reddedilen görüş de olsa⁹³⁵, Alman hukukunda

⁹³³ Perron, §32, kn. 16.

⁹³⁴ Gözübüyük, **TCK**, s. 197; Erem, **TCK**, s. 402; Erem, Danışman, Artuk, **a.g.e.**, s. 579.

⁹³⁵ Demirbaş, “Sınırın Aşılması”, s. 280; Taner, **a.g.m.**, s. 237.

gittikçe taraftar toplayarak ağırlaşan fikir, ahir zamansal aşımın prensipte oransal aşımından farklı olmadığını ileri sürmektedir.⁹³⁶

Her ne kadar Alman hukukunda ilk fıkranın benzeri bir düzenleme mevcut olmasa da, ikinci fıkranın muadil düzenlemesi değerlendirilirken ortaya konan görüşler bu noktada aydınlatıcı olabilir. Her şeyden önce yazarlar zamanda aşım halinde ortada meşru savunmanın olmadığı yorumuna karşı çıkarak, yoğunlukta aşım halinde de savunmanın artık meşru olmadığını ortaya koyarlar.⁹³⁷ Nasıl ki ölçü bir sınır ise, güncelliğin de bir sınır olduğu ve ikisinin de aşılabilir mefhumlar olduğu dile getirilir.⁹³⁸ Ayrıca AlmCK md. 33 lafzı zamansal aşımları dışlamamış ve sınır aşımını orana hasretmemiştir.⁹³⁹

Bunun da ötesinde, sınır aşan ile sınırın içinde kalan hukuka uygun hareket arasında dolaysız ve doğrudan zamansal bağlantı olmalıdır. Öyle ki, olay doğal bir gözlemci için teklik arz etmelidir⁹⁴⁰ ve savunmayla aşım âdeta iç içe geçmiş olmalıdır.⁹⁴¹ Yani âdeta ortada tek bir hareket varmış gibi olmalıdır.

Ahir zamansal aşımında AlmCK md. 33'ün ortada bir hukuka uygunluk nedeni olmadığı için devre dışı kaldığı da iddia olunamaz zira hukuka uygunluk nedeni aşım esnasında mevcut olmasa da meydana gelmiştir, vuku bulmuştur (-*stattgefunden*).⁹⁴²

⁹³⁶ Demirbaş, "Sınırın Aşılması", s. 280 – 1; Düzenli, **a.g.e.**, s. 181-2; Claus Roxin, "Über den Nehrexzess", **Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag, Göttingen**, Verlag Otto & Schwarz Co., 1975, s. 111; Perron, Eisele, §33, kn. 7; Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, **a.g.e.**, §18, kn. 56; Spindel, §33, kn. 5 vd.; Herzog, §33, kn. 11; Timpe, **a.g.m.**, s. 121; Kühl, **a.g.e.**, §12, kn. 139 vd.; Erb, §33, kn. 14, Geppert, "Notwehr und Irrtum", s. 38; Otto, **a.g.m.**, s. 605; Zieschang, §33, kn. 9 vd.

⁹³⁷ Heuchemer, §33, kn. 10. 1.

⁹³⁸ Heuchemer, §33, kn. 10. *Spendel* de zaman sınırının aşılabilir bir mefhum olduğu kanısındadır. Oranda aşım için 'überschreiten' ve zaman için 'ausschreiten' tabirlerinin uygunluğunu vurgular. Bkz. Spindel, §33, kn. 6.

⁹³⁹ Zieschang, §33, Kn. 9; Heuchemer, §33, kn. 8.

⁹⁴⁰ Otto, **a.g.m.**, s. 604; Werner Beulke, "Die fehlgeschlagene Notwehr zur Sachverteidigung", **JURA**, 1988, s. 643; Friedrich – Christian Schroeder, "Notstandslage bei Dauergefahr", **JuS**, 1980, s. 341; Gerhard Timpe, "Grundfalle zum entschuldigenden Notstand (§35/1 StGB) und zum Notwehrexzess (§33 StGB)", **JuS**, 1985, s. 120 vd.; Zieschang, §33, Kn. 9.

⁹⁴¹ Motsch, **a.g.e.**, s. 33.

⁹⁴² Kindhäuser, §33, kn. 11.

Oysa evvel zamansal aşımında konu hiç bir zaman meşru savunmaya gelmemiştir; fail hareketini yaparken meşru savunma doğmamış, varolmamıştır. Sınırın aşılması sınırı aşılma mefhumunun varlığını zorunlu kıldığından evvel aşım kabul edilebilir değildir.⁹⁴³ Dolayısıyla haksızlık azalması da gündeme gelmeyeceğinden evvel zamansal aşımında AlmCK 33. maddesi kıyasen dahi uygulanamaz.⁹⁴⁴

Türk hukukunda görüşün temsilcisi olan *Demirbaş*'a göre, zamansal sınırı aşan bu fiili yeni bir saldırı hareketi olarak değil, savunmanın devamı ve sonucu olarak yorumlamak gerekir.⁹⁴⁵ Söz konusu iki fiil birbirinden net bir şekilde ayrılabilir ve ikinci fiilin bağımsız olduğu ileri sürülebiliyorsa, bu takdirde artık zaman aşan bir fiilden değil, münferit ikinci bir fiilden söz edilecek ve mesele sınır aşımı hükümlerine göre çözülemeyecektir.⁹⁴⁶ Nitekim bazı kaynaklarda zaman fasılası çok açılmadığı ve sınır ötesindeki hareketlerin savunmanın devamı olarak addedilebildiği müddetçe ahir zamansal aşımın kabul edildiğine de rastlanmaktadır.⁹⁴⁷

Bu nokta oldukça önemlidir, çünkü saldırganın saldırısını bitirip arkasını dönüp uzaklaşmaya başladığı anda failin onu öldürmesinde söz konusu bağlantıdan söz edilmez. Burada hukuka uygunluk nedeni ile alakası olmayan, ancak haksız tahrik indiriminin duruma göre uygulanabileceği yeni ve ikinci bir münferit fiil söz konusudur.⁹⁴⁸ Sınırın içinde bulunan ve aşan fiiller arasında 'dar ve doğrudan bağlantı' vurgusu önemlidir. Öyle ki bu gibi hallerde hukuki olarak tek hareketten söz etmek mümkün olacaktır.⁹⁴⁹

Her iki hukuk bakımından ağırlıklı görüş ise, zamansal tüm aşımaları reddeder. Her şeyden önce bu görüşte, yasa lafzının ahir zamansal aşımaya engel olmaması, yasa

⁹⁴³ Motsch, **a.g.e.**, s. 33, 36.

⁹⁴⁴ Kindhäuser, §33, kn. 12; Kühl, **a.g.e.**, §12, kn. 142; Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, **a.g.e.**, §18, kn. 57; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §13, kn. 705. Farklı yönde bkz., Otto, **a.g.m.**, 606.

⁹⁴⁵ Demirbaş, "Sınırın Aşılması", s. 281.

⁹⁴⁶ Demirbaş, "Sınırın Aşılması", s. 281; Düzenli, **a.g.e.**, s. 182.

⁹⁴⁷ Kaymaz, Gökcan, **a.g.e.**, s. 142.

⁹⁴⁸ Fatih Birtek, **Tamamı Örnek Olaylarla Açıklanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s. 244.

⁹⁴⁹ Perron, Eisele, §33, Kn. 7.

koyucunun bu şekilde sınır aşımı uygulamasını ihtimal dahilinde dahi görmeyerek bunu ayrıca zikretme gereği duymamış olmasına dayandırılmaktadır.⁹⁵⁰ Zamansal aşımelerde hukuka uygunluk nedeninin henüz ya da artık mevcut olmadığı için bu nedeninin varlığına bağlı TCK md. 27/1'in de, saldırının güncel olmadığında uygulanamayacağı ifade edilmektedir.⁹⁵¹ Ayrıca, zaman sınırının aşılmasında 27. maddenin uygulanmasının, '*hükümün varlık gayesiyle bağdaşmayacağı*' ifade edilmiştir.⁹⁵² Bu gibi durumlarda, şartları varsa alternatif olarak hukuka uygunluk nedenlerinde hata ya da haksız tahrik hükümlerine başvurulması önerilmektedir.⁹⁵³

AFYM prensip olarak AlmCK md. 33'ü sadece oransal aşımelerde uygulasa da, aslında 'güncellik' ilkesini geniş yorumlayarak ve olay bazında ahir zamansal aşım olan fiilleri oransal aşım kabul ederek mazur saymaya meyletmiştir.⁹⁵⁴ Buradaki geniş yorumlamaktan maksat, saldırının somut olayda ne zaman sona erdiğinin âdeta bir kronometre ile milimetrik olarak hesaplanması mümkün olmadığından, kesin ve nihai olarak saldırı tehlikesinin bertaraf edilmesi anına kadar savunmaya oyun alanı tanıyarak, bu aşımeleri de yoğunluk aşımı addededip md. 33'ten yararlandırmaktır.⁹⁵⁵

Yargıtay ise, tekrar eden içtihadında, yalnızca oran ilkesinin ihlal edildiği durumları sınırın aşılması olarak tanımlamaktadır.⁹⁵⁶ Ancak bir kararında PVSK md. 16 yetkisi çerçevesinde bu yetkinin şartlarına uygun olarak bir polis memurunun, kaçan mağdura yönelik peş peşe bacaklarına doğru iki atışta bulunduğu, ancak ilk atışın etkisi ile düşerken, mağdurun ikinci atışı hayati bölgesine aldığı olayda ölüm sonucunun sınır aşılması şeklinde vuku bulduğundan, olayın TCK md. 27/1

⁹⁵⁰ Paeffgen, Zabel, §32, kn. 290.

⁹⁵¹ Koca, Üzülmöz, **a.g.m.**, s. 49; Çiftçioğlu, **a.g.m.**, s. 533; İnci, **a.g.m.**, s. 121; Apaydın, **a.g.e.**, s. 259; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s. 621; Ersan, **a.g.e.**, s. 85; Ünal, **a.g.m.**, s. 676; Şare, **a.g.m.**, s. 44; Akbulut, **GH**, s. 611.

⁹⁵² Topçu, **a.g.e.**, s. 692.

⁹⁵³ Ersan, **a.g.e.**, s. 87; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s. 621; Kartal, **a.g.e.**, s. 190; Çiftçioğlu, **a.g.m.**, s. 533; Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 493; Akbulut, **GH**, s. 611.

⁹⁵⁴ BGH 18.09.1991 - 2 StR 288/91 (NJW 1992, 516 vd.).

⁹⁵⁵ Paeffgen, Zabel, §32, Kn. 291; BGH 18.09.1991 - 2 StR 288/91 (NJW 1992, 516 vd.); BGH 12.01.1978 - 4 StR 620/77 (NJW 1978, 898).

⁹⁵⁶ Y. 6. C.D., T. 17.11.2020, E. 2018/622, K. 2020/4126; Y. C.G.K., T. 31.3.2009, E. 2008/201, K. 2009/81.

çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir.⁹⁵⁷ Ayrıca saldırganın elinden silah alınıp etkisiz kılındıktan sonra devam eden savunmada aşım maddesini uygulamamasının⁹⁵⁸ sebebi onun zamansal aşım görüşünü reddetmesi⁹⁵⁹ ile değil, söz konusu olaylarda aşımın kasten gerçekleşmesi ile yorumlamak mümkündür. Nitekim md. 27/1, ancak taksirli aşımelerde gündeme gelebilir.

Kanaatimize göre, teorik olarak TCK md. 27/1 ahir zamansal aşımada da uygulanabilir. Baskın görüşün bunu reddetmesi, her şeyden evvel kimi zaman açıkça⁹⁶⁰ çoğu zaman da ifadelerinin içeriğinden anlaşılabilecek şekilde 'sınır' tabirini 'oran' şartına münhasır kullanması ile alakalıdır. Meşru savunma hali sona erdiğine göre ortada aşılabilecek herhangi bir sınır kalmadığı görüşünde⁹⁶¹ bu yüzden isabet yoktur. Nitekim meşru savunma saldırı bittiğinde ya da saldırgan etkisiz hale getirildiğinde sona erdiği gibi, tamamen aynı şekilde, saldırı ölçülü olmayı bıraktığı anda da bitmiştir.⁹⁶² Zira 'meşru savunma' hukuka uygunluk nedeninin zamansal olduğu gibi bir de oransal şartı bulunmaktadır ve o oranın ötesine geçildiğinde, orada artık bir meşru savunmadan söz edilemez. Zaten sınır aşma hükümleri ilgili hukuka uygunluk nedeninin bittiği anı düzenler. Aşılan sınır saldırı bittiği anda çizilmiş zamansal sınırdır. Bunun oransal sınırdan tek farkı zamanla ölçüldüğü için 'an' olarak teşhisinin mümkün olmasıdır.

Keza bu hallerde hata hükmüne başvurulması önerisi de yerinde olmaz. Zira hata, münferit bir müessese olup, sınır aşımına alternatif değildir. Kendi koşulları varsa hem oran hem zaman hem de diğer şartlar bakımından uygulanabilir. Kaldı ki, sınır aşımını maddi şartlarda hata olarak ele alan görüşün, zamanda aşımı ancak zamanda yanılma ile mümkün görmesi ve orada artık sınır aşma değil, hatanın söz

⁹⁵⁷ Y. 1. C.D., T. 6.4.2021, E. 2020/1279, K. 2021/6088. Kararda Yargıtay'ın taksirle aşım ile ilişkin 'taksir' ve 'kast'a dair değerlendirmelerine iştirak etmemekteyiz.

⁹⁵⁸ Y. 1. C.D., T. 17.9.2003, E. 2003/3103, K. 2003/1962.

⁹⁵⁹ Bu iddia için bkz. Ersan, **a.g.e.**, s. 88.

⁹⁶⁰ Topçu, **a.g.e.**, s. 692; İba, **a.g.m.**, s. 626.

⁹⁶¹ Ersan, **a.g.e.**, s. 86; Koca, Üzülmüş, **GH**, s. 310; Christian Jäger, **Examens - Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil**, 8. Auflage, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2017, §5, kn. 196.

⁹⁶² Aynı yönde bkz., Michael Heuchemer, **BeckOK Strafrechtsgesetzbuch**, Yayına Hazırlayan: Bernd von Heintschel – Heinegg, 60. Auflage, München, C.H. Beck, 2024, §33, kn. 10.1.

konusu olacağını vurgulaması⁹⁶³ da kendi içinde çelişkilidir. Oranda hatada TCK md. 27/1'i önerirken, zamanda hatada neden md. 30/3 ile sınırlı kalınması gerektiğini açıklamak için aralarındaki fark öncelikle ortaya konmalıdır.

Öte yandan uygulamada taksirle ahir zamansal aşım gerçekleştiren faile rastlamak pek mümkün olmayacaktır.⁹⁶⁴ Olaylar ya gerçekten de savunmanın bittiği konusunda hataya düşme şeklinde vuku bulacak ve bu durumda hata hükmüne gidilecektir. Ya da saldırgan yere düşer düşmez failin elindeki bıçağı kenara atarken yanlışlıkla saldırganı yaralaması gibi çok istisnai bir olay gerçekleşecektir.

Örneğin, CMK md. 118/1'e göre gece vakti arama yapılmasının yasak olması, ancak hukuka uygun ve öğlen vakti arama işlemine başlayan kolluğun, kanundaki gece tanımına girmeyen sürede başlamış olmasına rağmen tamamen dalgınlıkla bunu fark etmeyerek geçirmeleri taksirle sınır aşmaya güzel bir emsal niteliğindedir. Öğretide Özgenç de, kolluğun CMK md. 91'deki yakalanan şüphelinin hakim önüne çıkarılma süresini özenli davranmadığı için geçtiğinde sınırı taksirle aştığını belirtmektedir.⁹⁶⁵

Ancak TCK'ya göre haksız arama ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçları taksirle işlenemediğinden, zaten faile md. 27/1'den bir daha indirim gerektirecek herhangi bir ceza yüklenemez.⁹⁶⁶ Yine de teoride de kalacak olsa, md. 27/1'de sözü edilen sınır aşımının kapsamına ahir zamansal aşımı da katmak gerekmektedir,

⁹⁶³ Akbulut, **GH**, s. 611; Koca, Üzülmüş, **a.g.m.**, s. 49; Ünal, **a.g.m.**, s. 676.

⁹⁶⁴ Almanya'da görüşün Türkiye'ye nazaran daha çok taraftar bulmasının sebebi sınır aşımının duygusal zaafiyet nedeniyle işlendiği ve failin kasten de hareket edebildiği TCK md. 27/2 fıkrasının mehazı olan maddeden ibaret olmasıdır. Dolayısıyla o başlıkta örnekler çeşitlendirilebilir, bkz. aşağıda: "3.3.2.2.2. Ahir Zamansal Aşım"

⁹⁶⁵ Kanımızca yazarın bu örneği vermesi açıkça kabul edilmese de, ahir zamansal aşımı fikren kabul ettiğini göstermektedir bkz., Özgenç, **Gazi Şerhi**, s. 401.

⁹⁶⁶ Aynı yönde bkz., Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 802. Burada Malkoç'un, TCK md. 109 taksirle işlenemediğinden artık kolluğun md. 257'den sorumlu tutulabileceğini ifade eden görüşünü eleştirmek isteriz. Her şeyden önce görünüşte içtima kuralları gereğince yardımcı norm olarak md. 257'nin gündeme gelebilmesi için asli norm olan md. 109'un uygulanamıyor olması gerekmektedir. Buradaki uygulanamıyor oluş, suçun taksirli halinin düzenlenmemiş olmasından kaynaklanır. Oysa md. 257 de zaten kanunda açıkça öngörülmediğinden taksirle işlenmesi mümkün olmayan bir suçtur. Dolayısıyla kolluğun yeterli dikkat ve özen göstermediği için kişiyi fazla tutması, buna yönelik kastı mevcut olmadığından md. 257 de uygulanamaz. Bkz., Malkoç, **a.g.e.**, s. 344.

çünkü uygulamada pek sık gündeme gelmeyecek olması, teorik olarak bu imkanın reddedilmesini gerektirmemektedir.

2.3.2.2.3. Önceden Kurulmuş Otomatik Savunma Mekanizmaları (*Offendicula*)

Offendicula, daha ziyade mal varlığını korumak amacıyla saldırıdan önceki bir zamanda tesis edilmiş, ancak saldırı anında devreye giren otomatik mekanizmalara verilen genel isimdir.⁹⁶⁷ Söz konusu cihazlar daha basit düzeyde sayılabilecek yüksek voltajlı akım verilen elektrik telleri, bubi tuzakları, kaltroplar gibi mekanik düzenekler olabileceği gibi, yapay zekâya sahip, hırsız veya diğer kötü niyetleri kişileri tanıyacak, tam zamanında ve uyarısını yaptıktan sonra harekete geçecek ve ölçülülüğü de kendisi ayarlayıp her seferinde tecrübesinden öğrenerek kendini geliştirecek bilgisayarlar da olabilir.^{968 969}

Söz konusu düzeneklerin kurulması öğretide pek çok yazarca hakkın kullanılması olarak değerlendirilmektedir. Özellikle de 765 sayılı TCK döneminde baskın olan görüşe göre bir ülkede yasak olmayan her şey prensip olarak izinlidir ve bu mekanizmalar da, ‘zilyetliğin korunması’ çerçevesinde bir hak kullanımı teşkil eder.⁹⁷⁰ Sistemlerin hak ihlaline karşı alınmış önlemler olması ve kurulum anında ortada bir saldırı olmaması nedeniyle TCK md. 26/1 çerçevesinde ele alınması gerektiği belirtilmiştir.⁹⁷¹

⁹⁶⁷ Karl-Ludwig Kunz, “Die automatisierte Gegenwehr –Zur Zulässigkeit der Offensivverteidigung mit selbsttätigen Schutzvorrichtungen-,” **GA**, Heidelberg, R.v. Decker’s Verlag, 1984, s. 539; Hakan Hakeri, Recep Gülşen, “Offendicula Ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: IX, Sayı: 1-2, 2005, s. 41.

⁹⁶⁸ Christian Trentmann, “Digital antizipierte Notwehr Problemlagen und Haftungsfragen am Beispiel einer computergesteuerten Selbstschussanlage”, **JuS**, 2018, s. 944-5.

⁹⁶⁹ Mekanizmalar ilk kez 1820 yılında Almanya’da yaşanan, hırsızlara engel olmak için kapı açılınca ateşleme sistemi devreye giren bir tüfek kuran *Leopold* adlı sanığın davası ile gündeme gelmiştir. Yerel mahkemenin cezalandırdığı sanığı İstinaf Mahkemesi beraat ettirmiştir. Bkz., Demirbaş, **GH**, s. 343; Hakeri, Gülşen, **a.g.m.**, s. 41.

⁹⁷⁰ Dönmezer, Erman, **II**, s. 273; Demirbaş, **GH**, s. 343; Centel/ Zafer/ Çakmut, **GH**, s. 345; İçel, **GH**, s. 375; Soyaslan, **GH**, s. 370-1; Özgenç (Nuri Berkay), **a.g.m.**, s. 264.

⁹⁷¹ Dönmezer, Erman, **II**, s. 273; Demirbaş, **GH**, s. 343; İçel, **GH**, s. 374-5; Soyaslan, **GH**, s. 370-1; Özgenç (Nuri Berkay), **a.g.m.**, s. 264.

Bu şekilde ele alınınca da, mekanizma kurulurken baştan ölçüsüz olması onun hukuka uygunluktan yararlanmasına engel olacaktır. Örneğin tavuk hırsızına engel olmak için otomatik silah tertibatı kurulmasında olduğu gibi. Ancak devlet sırlarının saklandığı dolapları korumak için köpeklerin serbest bırakılması ve bu konuda uyarı levhâlarının asılmasında söz konusu tedbir ölçülü hale gelir ve hakkın icrası hukuka uygunluk nedeni burada uygulanabilir.⁹⁷²

Mesele olası saldırıya karşı savunma ile alakalı olduğundan *offendiculayı* meşru savunma ekseninde değerlendiren görüş isabetlidir.⁹⁷³

Mekanizmalarla alakalı ilk sorun, söz konusu techizatın, herhangi bir saldırının varlığından çok daha önce kurulmuş olmasıdır.⁹⁷⁴ Ancak, sadece mevcut veya muhakkak bir saldırı halinde harekete geçerek saldırıyı etkisiz kılan mekanizmalar bakımından meşru savunmanın uygulanmasında bir sakınca olmadığı dile getirilmektedir.⁹⁷⁵ Ayrıca, meşru savunma hükümleri zaten, saldırgan ile saldırıya maruz kalan savunmacı kişinin mekansal birlikteliğini veya yakınlığını da şart koşmuş değildir.⁹⁷⁶

Saldırı ile aynı anda harekete geçen savunma mekanizması söz konusu olduğu takdirde burada sınır aşılmasından söz edilemez. Yani cihazların önceden kurulması, kuranın evvel zamansal aşım yaptığına işaret etmez. Zira savunma, cihaz kurulduğunda başlamamaktadır.⁹⁷⁷ Bu mekanizmalar, kesinlikle saldırının muhakkak

⁹⁷² Örnekler için bkz., Hakeri, Gülşen, **a.g.m.**, s. 46-7.

⁹⁷³ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 507; Erem, Danışman, Artuk, **a.g.e.**, s. 576; Hakeri, Gülşen, **a.g.m.**, s. 51 vd.; Akbulut, **GH**, s. 563. Öğretide mekanizmaların önleyici meşru savunma başlığında da ele alınmış ve zamanı kesin olarak belirlenemeyen saldırılardan korunmak için, kolluğun da etkisiz kaldığı veya kalacağı somut olay bakımından söylenebiliyorsa, ölçülülük ilkesine de riayet edildiği takdirde bu gibi önlemlerin hukuka uygun addedilmesinin hakkaniyetli olacağı ifade edilmiştir. Bkz. Şen, Şahin, **a.g.m.**, s. 350.

⁹⁷⁴ Bernd Müssig, “Antizipierte Notwehr -Das Prinzip der Abwehr rechtswidriger Angriffe als Kriterium objektiver Zurechnung-”, **ZStW**, 115. Band Heft 2, 2003, s. 240.

⁹⁷⁵ Müssig, **a.g.m.**, s. 241; Eva Grünhagen, **Antizipierte Notwehr –Ein Beitrag zur Frage der Zulässigkeit automatisierter Verteidigung im deutschen, englischen und französischen Recht-**, Druckerei Schwarz Bonn, 2005, s. 29; Hakeri, Gülşen, **a.g.m.**, s. 52; Öztürk, Erdem, **GH**, s. 274.

⁹⁷⁶ Grünhagen, **a.g.e.**, s. 28.

⁹⁷⁷ Bu cihazların meşru savunmanın güncelliği noktasında problem yaratmadığına dair bkz., Martin Heger, **Strafgesetzbuch Kommentar**, Yayına Hazırlayanlar: Karl Lackner, Kristian Kühl, Martin Heger, 30. Auflage, München, C.H. Beck, 2023, §32, kn. 4.

olduğu anda aktive olacak şekilde ayarlanıyorsa problem güncellik değil ölçülülük bahsinde ortaya çıkacaktır.⁹⁷⁸

Elbette olağan bir savunmaya göre bu mekanizmaların ölçsüzlük tehlikesi barındırdığı âşikardır. Polise haber verilmesinin gerekli ve yeterli olduğu veya meşru savunmanın daha sınırlı olması gereken hallerde techizat çoğu kez bunu tespitten aciz olacaktır.⁹⁷⁹ İşte bu yüzden gerek sembollere dayanan, gerek sesli uyarıların mekanizmanın harekete geçmesinden önce sağlanmış olması gerektiği belirtilmektedir.⁹⁸⁰ Bu tarz mekanizmalar göründüklerinin ötesinde tehlike arz etmekte ise, örneğin dikenli tellerle çevrili bir bahçe duvarında bu tellere elektrik akımı da veriliyorsa veya avluda saldırganı bekleyen avcı köpeği varsa bunlar uyarı levhâlâriyle bildirilmelidir.⁹⁸¹

Böylece aslında savunmaya bir nevi ‘uyarı’ ile, yani ölçülülük skalasında daha hafif bir vasıtayla başlanmış olur. Ancak her hâlükârda doğrudan öldürmeye veya ağır yaralamaya odaklanan mekanizmaların ölçülü sayılamayacağı ve hukuka uygun addedilemeyeceği baştan kabul edilmektedir.⁹⁸² Nitekim Yargıtay da bir kararında çiçeklerini korumak için çevresine elektrikli tel geçirerek küçük bir çocuğun yaralanmasına neden olan failin kastından sorumlu tutulması gerektiğine hükmetmiştir.⁹⁸³

Diğer yandan, mekanizmaların saldırgan olmayan kişiler bakımından da tehdit arz etmesi de problemlidir.⁹⁸⁴ Zira bu cihazların kurulumu ile izin verilen riskin dışında bir risk yaratılmış olur.⁹⁸⁵ Saldırıda bulunmayan mağdurlar açısından failin

⁹⁷⁸ Aynı yönde bkz., Öztürk, Erdem, **GH**, s. 274; Fischer, §32, kn. 20; Erb, §32, kn. 177.

⁹⁷⁹ Grünhagen, **a.g.e.**, s. 28.

⁹⁸⁰ Rönnau, Hohn, **a.g.e.**, §32, kn. 201.

⁹⁸¹ Ellen Schlüchter, “Antizipierte Notwehr”, **Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag**, München, C.H. Beck, s. 320-323; Rönnau, Hohn, §32, kn. 200.

⁹⁸² Rogall, §32, kn. 61; Hakeri, Gülşen, **a.g.m.**, s. 55; Erb, §32, kn. 180; Dilber, **a.g.e.**, s. 109. Cihazların kurulumu çoğu kez sınır aşmaların da göze alınması anlamına gelecektir yönünde bkz., Fischer, §32, kn. 19.

⁹⁸³ Y. 2. C.D., T. 11.10.1989, E. 7613, K. 8764.

⁹⁸⁴ Roman Lauth, **Antizipierte Notwehr**, Berlin, Logos Verlag, 2004, s. 77 vd.

⁹⁸⁵ Trentmann, **a.g.m.**, s. 945.

meşru savunmadan yararlanamayacağı açıktır. Bu gibi durumlar için öğretide sınırın aşılması hükümlerine başvurulması önerilmiştir.⁹⁸⁶

Ancak söz konusu mekanizma hareketi sırasında failin bir heyecana vs kapılmasından söz edilemeyeceğinden burada TCK md. 27/2'yi elemek gerekmektedir. Failin taksiri var ise, yani mekanizmayı kurarken ya da uyarıları asarken daha dikkatli davranıyorsa öngörülebiyecek bu üçüncü kişilere zararı öngörüp engelleyebilirdi denilebiliyorsa md. 27/1'den söz edilebilir. Benzer yorum, saldırgan olduğu halde ölçüsüzce zarar gören mağdurlar bakımından da yapılabilir. Yani gerçekten saldırgan da olsa, fail bu kişilere karşı sadece korkutma, hafif bir vuruş şeklinde mekanizmanın çalışmasını arzuluyor ama bunu bir nedenle becerememiş ve ağır yaralanma sonucu doğmuşsa, yine md. 27/1 devreye girebilir.⁹⁸⁷ Failin sistemi gerekli tedbirleri alarak ve oran ilkesine riayetle kurmadığı hallerde failin kasten sorumlu tutulacağı da savunulmaktadır.⁹⁸⁸

Üçüncü kişiyi isabet alan sistemler açısından özellikle failin olası kastla hareket etmiş olabileceği ihtimaline dikkat edilmelidir. Ancak ve ancak failin olası kastla hareket ettiği ortaya konulamıyorsa taksir incelemesine geçilmelidir. Özen yükümlülüğüne tamamen uygun davranıldığı hallerde ise taksir dahi devreden çıkacak, fail hiç ceza almayacaktır.

Bu noktada bir diğer önemli husus, riski bilerek ve sonuçları öngördüğü halde kendini tehlikeye atan mağdur bakımından ortaya çıkan neticelerin, genel objektif isnadiyet kuralları çerçevesinde mekanizmayı kuran savunmacıya atfedilemeyeceğidir.⁹⁸⁹ Örneğin evine bacadan hırsız girmesini engellemek için bir mekanizma kuran (A)'ya, mekanizmadan ve sonuçlarından haberdar olarak eve oradan girmeye çalışan hırsızın zarar görmesinden sorumluluk yüklenemez.⁹⁹⁰ Bu gibi olayları, ortada saldırı olmadığı için failin hakkın kullanılması hukuka uygunluk

⁹⁸⁶ Hakeri, Gülşen, **a.g.m.**, s. 55.

⁹⁸⁷ Hakeri, Gülşen, **a.g.m.**, s. 57.

⁹⁸⁸ Tan, **TCK**, s. 873.

⁹⁸⁹ Trentmann, **a.g.m.**, s. 946; Grünhagen, **a.g.e.**, s. 12; Rönnau, Hohn, §32, Kn. 200.

⁹⁹⁰ Örnek için bkz. Erb, §32, kn. 176.

nedeninden yararlanmasına örnek ve *offendiculanın* bu niteliğine gerekçe olarak gösteren görüş de bulunmaktadır.⁹⁹¹

Kanaatimiz burada failin hukuka uygunluktan yararlandığı için değil, mağdurun riski üstlenerek objektif isnadiyete engel olmasından dolayı sorumlu olmayacağı yönündedir. Ancak riskin üstlenilmesi ile açıklanamayacak olaylar da gündeme gelebilir. Örneğin elektririk verilmiş tellere dinlenmek için yaslanan bir yayanın yaralanmasında fail, ne meşru savunma (zira saldırı yoktur) ne de hakkın kullanılması (zira oran yoktur) nedenlerinden yararlanamayacaktır.⁹⁹²

Alman hukukunda da cihazın meşru savunmanın sınırını aşması halleri ve bu hallerdeki cihaz kurucusunun veya cihazın koruduğu mülk sahibinin sorumluluğunun nasıl olacağı ele alınmıştır. İlk ihtimalde, cihaz örneğin sadece tarlaya girmeye çalışan domuzları vurmaya programlanmış ancak bir insanı vurmuşsa, burada cihaza ceza hukukunda herhangi bir statü yüklenemeyeceği, herhangi bir araçtan farklı olamayacağı ve doğrudan faillik söz konusu olacağı için, bu hata cihaz kurucusu veya mülk sahibinin hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hatası olarak yansıyacaktır. Yanlış kurulduğu veya gerekli bakımları yapılmadığı için cihazın oranda vs sınır aşması halinde de kurucusu fiili hata hükümlerine tabi olacaktır.⁹⁹³

Cihazın programlamasında bir hata yapıldı ve bu yüzden birileri zarar gördüyse, programlayıcı bu noktada kaçınılabilir hukuki hata hükümlerine göre azalan kusuru oranında sorumlu addedilecektir. Zira bu durum hukuka uygunluk nedeninin sınırında hata - dolaylı haksızlık yanılığı - sayılmaktadır.

Hakeri ve *Gülşen* de, mekanizmaların kurulurken gerekli tüm tedbirlerin alınmasına rağmen saldırgan olmayan üzerinde sonuç doğurmasını hukuka uygunluk

⁹⁹¹ Vincenzo Cavallo, **Lesercizio Del Diritto Nella Teoria Generale Del Reato**, Napoli, 1939, s. 153. **Aktaran:** Hakeri, Gülşen, **a.g.m.**, s. 51.

⁹⁹² Schlüchter, **a.g.m.**, s. 314.

⁹⁹³ Detaylı bilgi ve söz konusu değerlendirmeler için bkz., Trentmann, **a.g.m.**, s. 949 – 50; Erb, §32, kn. 180.

nedeninde kaçınılmaz hata olarak nitelendirip failin ilgili nedenden yararlanmaya devam ettirilmesini savunmaktadırlar.⁹⁹⁴

Koyunlarının çalınmasını engellemek için ağılın duvarındaki tellere gece geç saatlerde elektrik veren ve bu yüzden bir koyun hırsızına elektrik çarparak ölümüne neden olan failin durumunu değerlendirirken Yargıtay, *offendicula* tartışmasına hiç girmeden, tellere elektrik akımının verilmesinin savunma amacıyla olduğunu ve failin durumu komşularına önceden duyurduğunu belirlemiş ancak tehlikeyi önleyici gerekli önlemleri almadığı için sanığı taksirle öldürmeden sorumlu tutmuştur.⁹⁹⁵ Bir başka kararında ise, çiçeklerini korumak için çevresine elektrik teli geçirerek üç yaşında bir çocuğun yaralanmasına neden olan faili kasten yaralamadan sorumlu görerek taksirle yaralamadan karar veren ilk derece mahkemesinin hükmünü bozmuştur.⁹⁹⁶

Kanaatimizce burada sisteme dair uyarılar ve levhâlâr büyük önem arz etmektedir. Zira madem *offendicula*'nın amacı saldırıya karşı savunmadır, burada en hafif araçtan başlanmalıdır. Dolayısıyla bir failin uyarılara yer vermemesi doğrudan en aşırı savunmadan başladığını göstereceğinden, ölçüsüz ve kastlı bu savunmadan tam sorumluluk gerekecektir. Nitekim mekanizmanın saldırının şiddetini tespit ve ona uygun en hafif aracı tercih yeteneksizliği de bu noktada mekanizmayı kuran savunmacıya yüklenecektir.⁹⁹⁷ Keza mekanizmanın saldırgan veya kusursuz üçüncü kişi arasında ayırt etme yeteneği olmaksızın kurulmuş olması, en baştan ölçülü addedilmez⁹⁹⁸ ve elbette doğacak neticeler bakımından fail sorumlu olur. Her tür neticeyi göze aldıysa olası kasttan, hatta yerine göre teşebbüsten bile sorumluluk gündeme gelebilecektir.⁹⁹⁹

⁹⁹⁴ Hakeri, Gülşen, **a.g.m.**, s. 67.

⁹⁹⁵ Y. C.G.K., 03.03.1986, 86, **Aktaran: Kartal, a.g.e.**, s. 123.

⁹⁹⁶ Y. 2. C.D., T.: 11.10.1989, 7613/8764, **Aktaran: Özgenç (Nuri Berkay), a.g.m.**, s. 266.

⁹⁹⁷ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 507; Önder, **GH**, s. 169-70; Hakeri, **GH**, s. 316; İcel, **GH**, s. 375; Perron, §32, kn. 37a; Rönnau, Hohn, §32, kn. 201; Meseleyi zilyetliğin korunması çerçevesinde ele alan *Demirbaş*'a göre de, mekanizmanın saldırgan dışındaki kişiler üzerinde sonuç doğurması halinde sınır aşılmış olur ve yine korunmak istenen değere göre oran ilkesine de riayet edilmesi gerekir. Bkz. *Demirbaş*, **GH**, s. 343.

⁹⁹⁸ Hakeri, Gülşen, **a.g.m.**, s. 61.

⁹⁹⁹ Erb, §32, kn. 180. Failin kastı olmadığı hallerde hukuka uygunluktan yararlanacağı görüşü bu noktada isabetsizdir. Bkz. Güler, **a.g.e.**, s. 85.

Ancak failin üçüncü kişilere zarar verme ya da saldırganı gereğinden fazla yaralama isteği yoktuysa ve mekanizmanın bunu yapacağını öngöremediye artık taksirinden söz edilebilecek ve TCK md. 27/1 gündeme gelebilecektir.

Bu konuda ilgi çekici olarak, özellikle de ileride daha da geliştirilecek yapay zekâlı bilgisayarlar kullanılacak olursa, mevzubahis savunma cihazlarının bir insandan daha hassas ve daha doğru şekilde savunmanın ölçülülüğünü hesaplayabilecekleri, oranı aşma ihtimallerinin bir insandan daha az olacağı da savunulmuştur.¹⁰⁰⁰

2.3.2.3. Mekanda / Kişide Sınır Aşımı

2.3.2.3.1. Genel Olarak

Alman hukukunda kapsamda sınır aşımının (*extensiver Exzess*) bir türü olarak mekanda sınır aşımı denilen (*räumlicher Exzess / Exzess in der Richtung*), örneğin meşru savunma kapsamında olayla ilgisi bulunmayan üçüncü kişinin zarar görmesi durumunda ne yapılacağı sorusu da sorulmuştur.¹⁰⁰¹ *Spendel* ve *Zieschang* bu aşımı savunmanın ‘yönünde’ (*Richtung*) aşım olarak ifade etmektedirler.¹⁰⁰²

Sınır tabirini, hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarından her birinin varabileceği son noktası, bu şartların bir nevi had çizgisi olarak tanımladıktan sonra, sınır aşımı tartışmalarında herhangi bir şartı dışarda bırakmamak gerekmektedir. Dolayısıyla mekansal sınır aşımının da oransal ve zamansal aşımlardan farklı değerlendirilmesi için bir sebep yoktur.

Ne 765 sayılı Kanun, ne de 5237 sayılı güncel TCK dönemlerine ilişkin çalışma ve eserlerde, hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde üçüncü kişiler nezdinde

¹⁰⁰⁰ Trentmann, **a.g.m.**, s. 946, 949.

¹⁰⁰¹ Murmann, **a.g.e.**, §26, kn. 80; Kühl, **a.g.e.**, §12, kn. 145; Sauren, **a.g.m.**, s. 573.

¹⁰⁰² Zieschang, §33, kn. 1, 13; Spendel, §33, kn. 1. Öğretide de kullanılmaktadır, bkz., Motsch, **a.g.e.**, s. 23.

meydana gelen zararların, sınır aşılması bahsinde değerlendirildiğine rastlanmıştır. Oysa Kara Avrupası ceza hukuk sistemlerini etkileyen Carolina Ceza Kanunu'nda tarafsız üçüncü kişilerin meşru savunma esnasında taksirle zarar görmesi sınır aşımı çerçevesinde mazur görülmekteydi.¹⁰⁰³

TCK md. 27/1, tüm hukuka uygunluk nedenleri bakımından uygulanabilen ve haksızlığı etkileyen bir nedendir. Haksızlığın etkilenmesinin sebebi, hukuka uygunluk nedeninin kendisinin zaten kastlı fiile göre hayli düşük olan taksirli fiilin haksızlık içeriğine sirayet ederek bunu azaltmasıdır. Hukuka uygunluk nedeni içerisinde başlayan taksirli fiil, sonuçları itibariyle gerek zamanda, gerek oranda gerekse kişide aşım yapsın, özünde alelade bir taksirli fiilden daha az haksızdır.

2.3.2.3.2. Yaşam Hakkı ve Vücut Dokunulmazlığına Yönelmeyen Fiiller Bakımından

Failin, üçüncü kişinin vücut dokunulmazlığına yönelmeyen aşım fiillerinden özellik arz edenler şu şekilde sıralanabilir:

- a. Saldırıda kullanılan araç üçüncü kişiye aittir.
- b. Savunanın savunmada kullandığı aracı üçüncü kişi kendi iradesi ile vermiştir.
- c. İlk iki ihtimalin haricinde üçüncü kişinin vücut dokunulmazlığı dışındaki menfaatleri zarar görmüştür. Bu da büyük çoğunlukla mal varlığı şeklinde gündeme gelecektir.
- d. Hukuki varlık kamuya aittir ya da suçun mağduru genel olarak toplumdur.

Her ne kadar uygulamada bu gibi haller büyük ölçüde meşru savunma çerçevesinde hareket edilirken meydana gelebilecek nitelikte olsa da, diğer hukuka uygunluk nedenleri bakımından da ihtimal dahilinde oldukları unutulmamalıdır. Kaldı ki TCK md. 27/1 yalnızca taksirli aşımları düzenlediğinden, vücut

¹⁰⁰³ Diederich, **a.g.e.**, s. 8.

dokunulmazlığına yönelmeyen zararlar bakımından kanunda taksirli suçların son derece sınırlı sayıda olduğu da göz önünde bulundurulmalıdır. Hasılı yukarıdaki hallerde gündeme gelen sınır aşımı teşkil eden fiiller, çoğu durumda zaten tipik dahi olmayacaklardır.

Meşru savunma fiilinin saldırgana yöneltmesi gerektiği hem Türk hem Alman hukukunda mütabakatla kabul edilmektedir.¹⁰⁰⁴ Dolayısıyla eğer sınırı aşıl原因 hukuka uygunluk nedeni meşru savunma ise, yukarıdaki hallerin meşru savunma kapsamında hukuka uygun sayılması mümkün olmaz.¹⁰⁰⁵

Aslında sıralanan tüm ihtimaller bakımından, kendini veya başkasını açık veya yakın zarar tehlikesinden korumak için davranan bir fail, verdiği zarar malvarlığı değerleri olduğundan TBK'da düzenlenmiş bulunan ve hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinden yararlandırılacaktır.¹⁰⁰⁶ Yine şartları sağlanmak kaydıyla kanunlardaki diğer hukuka uygunluk nedenleri de olaya uygulanabilecektir.¹⁰⁰⁷

Nitekim kategorilendirilen her bir durum bakımından Alman hukukunda AlmMK'nın maddelerine başvurulmaktadır. Saldırgan ve savunmacı (md. 904 ve 228) zorunluluk hallerini düzenleyen hükümlere göre fail, kendisine veya başkasına yönelen tehlikeyi def için zorunlu olan ölçülü hareket ile bir malvarlığı değerine zarar verdiği takdirde hukuka aykırı hareket etmiş sayılamayacaktır. İki düzenleme arasındaki temel fark, md. 228 yalnızca tehlikenin kaynağını teşkil eden mallar için iken, md. 904, tehlikenin nedenini oluşturmayan mala müdahaleyi de hukuka uygun saymaktadır.¹⁰⁰⁸ Dolayısıyla ihtimallerden yalnızca saldırı silahının zarar görmesi

¹⁰⁰⁴ Koca, Üzülmmez, **GH**, s. 283 vd.; Özbek vd., **a.g.e.**, s. 320; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 506; Demirbaş, **GH**, s. 321; Demirci, **a.g.e.**, s. 74; Ersan, **a.g.e.**, s. 32 vd.; Özgenç (Nuri Berkay), **a.g.m.**, s. 250; Roxin, **a.g.e.**, §15, kn. 124; Hilgendorf, Valerius, **a.g.e.**, s. 119; Rönnau, Hohn, §32, kn. 161.

¹⁰⁰⁵ Aksi yönde bkz., Önder, **a.g.e.**, s. 265; İnci, **a.g.m.**, s.127; Dönmezer, Erman, **II**, s. 355.

¹⁰⁰⁶ Türk öğretisindeki zarara uğrayan hak yönünden ayırım yapılmadan toplu olarak bu hallerde zorunluluk halinin uygulanması gerektiğini dile getirilmekteyse de (bkz., Koca, Üzülmmez, **GH**, s. 307; Özgenç, **GH**, s. 522; Hakeri, **GH**, s. 317-8; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 506, Akbulut, **GH**, s. 619) bu görüşlerin zorunluluk halini bir mazeret nedeni olarak ele aldıkları vurgulanmalıdır.

¹⁰⁰⁷ Örneğin TBK md. 63 ve 64'de yer verilen nedenlere bu halde başvurulabilir, bkz., Koca, Üzülmmez, **GH**, s. 287.

¹⁰⁰⁸ Hilgendorf, Valerius, **a.g.e.**, s. 141.

md. 228 kapsamında kalacak, diğer haller ise md. 904 çerçevesinde hukuka uygun addedilebilecektir.¹⁰⁰⁹

İlk ihtimal bakımından fail çoğu halde zaten silahın saldırgana ait olduğunu dahi bilebilecek durumda olmayacaktır. Ancak ortada münferit bir hukuka uygunluk nedeni mevcut olduğundan (TBK’da düzenlenen zorunluluk hali), failin kaçınılmaz hataya gidilmesine bile gerek bulunmamaktadır.

İkinci ihtimalde ise üçüncü kişinin rızası kapsamında hareket edildiğinden o hukuka uygunluk nedeni devreye girecektir. Silah faile ‘*kendini savun ama sonra aynı şekilde iade et*’ ya da ‘*kırma, bozma*’ uyarısı ile teslim edildi ve fail taksirle silaha zarar verdiyse, bu kez bu hal, rıza hukuka uygunluk nedeninin sınırının taksirle aşılması olacaktır. Teorik olarak TCK md. 27/1’in uygulanmasının önünde bir engel olmayacak, ancak ilgili suçun taksirli halinden cezalandırılması kanunda düzenlenmediğinden buna gerek kalmayacaktır. Ancak söz konusu zarar verme, orantılı ve zorunlu savunma kapsamındaki fiiller sonucunda meydana gelmişse, artık sınır aşımı değil, doğrudan TBK’daki hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali hükümlerini uygulamak gerekecektir.

Alman Hukuku’nda saldırı aracını üçüncü kişi bilerek yani saldırıda kullanılması amacıyla vermişse onun meşru savunma kapsamında kalacağını, aksi takdirde meşru savunma dışında değerlendirilmesi gerektiği de savunulmuştur.¹⁰¹⁰ Böyle değerlendirilmeseydi dahi bu durum, gerek ceza kanuunda gerek medeni kanunda düzenlenen hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hallerinden bir veya birkaçının kapsamında zaten ele alınabilecekti.

Son iki ihtimal için ise aslında hukuki değer prensip itibarıyla üçüncü kişiye ya da kamuya ait olması konumuz açısından farklılık arz etmez. Örneğin bir dükkan vitrininin camı taksirle kırılmışsa, dükkan bir şahsa ya da belediyeye ait olabilir. Ancak burada da hem TBK zorunluluk hali hükümleri gereği fiiler hukuka uygun

¹⁰⁰⁹ Bu halleri AlmCK md. 35’de ele alan görüş için bkz., Zieschang, §35, kn. 17.

¹⁰¹⁰ Rönna, Hohn, §32, kn. 163; Erb, §33, kn. 25.

addedilebilir, hem de bunun şartları olayda yoksa bile, taksirle aşım çoğu kez cezalandırma sonucunu doğurmaz. Fakat yine de kanunda mağdurun kamu olduğu taksirle de işlenmesi mümkün olan suçlar dikkate alınmalıdır.

Örneğin, eğimli ve karlı bir yamaçta meşru savunmada bulunurken çılgılık atan kişi - eğer bu refleks sonucu oluşmamışsa -, taksirle çılg düşmesine sebep olarak, TCK md. 171'i işlemiştir. Bu örnekte kendisini md. 27/1'den yararlandırmamak için bir gerekçe yoktur. Ya da bir laboratuvarında meşru savunmada bulunurken bir yerlere çarparak ya da dokunarak taksirle atom enerjisini serbest bırakmışsa, yine TCK md. 173/2¹⁰¹¹'deki cezasından md. 27/1 gereği indirim yapılmalıdır. Elbette burada da md. 27/1'e, fiil halihazırda mazeret nedeninden yararlanmıyorsa gerek duyulacaktır.

Dolayısıyla, en baştan ifade edildiği gibi vücut bütünlüğüne yönelmeyen ve taksirle neden olunan neticeler her şeyden önce TBK'daki zorunluluk hali gereğince hukuka uygun addedilebilecektir.¹⁰¹² Ancak bu kapsamda addedilemiyor ve şartlar sağlanamıyorsa, devreye TCK md. 27/1 girebilecek ve failin cezası indirilebilecektir. Tabii bundan önce indirim yapılacak bir cezanın mevcut olması, yani söz konusu taksirli fiilin tipik olarak kanunda yer alması gerekecektir. Bu halde dahi, failin ilgili taksirli fiilden kusurlu olup olmadığı araştırmasında bu kez TCK md. 25/2'de düzenlenen zorunluluk hali gereği fail mazur da görülebilir.

¹⁰¹¹ **Atom enerjisi ile patlamaya sebebiyet verme**

Madde 173- "(1) Atom enerjisini serbest bırakarak bir patlamaya ve bu suretle bir başkasının hayatı, sağlığı veya malvarlığı hakkında önemli ölçüde tehlikeye sebebiyet veren kişi, beş yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Yukarıdaki fıkrafta tanımlanan fiilin taksirle işlenmesi halinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur."

¹⁰¹² Bu durumda verilen zararlar için failin ödeyeceği denkleştirme tazminatının saldırgana rücu edilmesi önerilebileceği gibi, doğrudan saldırganın da sorumlu tutulabilmesi gerekir. Bkz. Ersan, **a.g.e.**, s. 100. Zira saldırganın olası ödeme güçlüğü halinde ortada gerçek bir sorumlu mevcutken failin daha da mağdur edilmesi uygun olmaz.

2.3.2.3.3. Şahısta Hata (*Error in Persona*)

Şahısta hatayı kısaca mağdurun kimliğinde yanılma olarak izah etmek mümkündür.¹⁰¹³ Alman hukukunda da şahısta hatada, suç konuları eşdeğerde olduklarından kast bakımından dikkate alınmaz (*unbeachtlich*), yani kastı etkilediği kabul edilmez.¹⁰¹⁴ Nitekim kişinin örneğin silahını ateşlediği sırada hedeflediği (*anvisierte*) kişi ya da gözünün önünde somutlaştırdığı (*individualisierte*) kişi ile ölen kişi aynıdır.¹⁰¹⁵ Fail gördüğü insanı öldürme kastıyla harekete geçmiştir. Gördüğü insanın düşündüğü insan olmaması suça dair kastı ortadan kaldırmaz.¹⁰¹⁶ Burada artık suçun unsurlarından birinde değil, mağdurun kimliğinde yanılma (*Irrtum über die Identität*) söz konusudur.¹⁰¹⁷ Kimlikler ise tipe dahil değildir.

Hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde hareket eden failin şahısta hataya düşmesi ise bundan farklıdır. Öğretide bir görüşe göre, hem şahısta hata hem de sapma hallerinde fail kusursuzsa hukuka uygunluk nedeninden yararlanmaya devam edecektir.¹⁰¹⁸ Burada, fail yanılmasaydı ne yapılacaktıysa onun yapılması önerilir.¹⁰¹⁹ Diğer yandan bu durumun bir maddi şartlarda hata olarak değerlendirilmesi gerektiği de ifade edilmektedir.¹⁰²⁰

Bir üçüncü görüşe göre, bu mesele hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hataya gelmeden çok daha önce tipikliğe ilişkin unsur yanılışı içerisinde çözümlenmelidir. Meşru savunma ancak saldırgana yönelebileceğinden şahısta hata durumunda hukuka uygunluk nedenlerinde hata hükümleri işletilmemelidir.¹⁰²¹

¹⁰¹³ Güler, **a.g.e.**, s. 98. Yazar şahısta hata hallerinde birden fazla neticenin gerçekleşmesi ihtimallerini değerlendirmiş, ancak *kanaatimizce* bu değerlendirme daha ziyade hedefte sapma konusu için ele alınmalıdır. Bkz., Güler, **a.g.e.**, s. 99-100.

¹⁰¹⁴ Schwabe, **a.g.e.**, s. 249; Hans Kudlich, Jennifer Koch, “Tatbestandsirrtum – error in persona – aberratio ictus”, **JA**, 2017, s. 827.

¹⁰¹⁵ Schwabe, **a.g.e.**, s. 249.

¹⁰¹⁶ Kudlich, Koch, **a.g.m.**, s. 827.

¹⁰¹⁷ Toprak, **a.g.m.**, s. 34.

¹⁰¹⁸ Güler, **a.g.e.**, s. 99; Demirbaş, **GH**, s. 321; İçel, **GH**, s. 326 ; Yakut, **a.g.m.**, s. 925. Görüş söz konusu hatanın kaçınılmaz olması gerektiğini de belirtmektedir.

¹⁰¹⁹ Taner, **a.g.m.**, s. 241

¹⁰²⁰ Abanoz Öztürk, **a.g.e.**, s. 73-4; Koca, Üzülmüş, **GH**, s. 306; Gündüz, Sarıgül, **a.g.m.**, s. 408.

¹⁰²¹ Karaaslan, “Sapma”, s. 267.

Ancak bu görüş de, hukuka uygunluk nedenlerinde hatanın kastı kaldırdığı fikrine iştirak ettiğinden bu teorik ayrılığın neticeyi değiştirmeyeceğini kabul eder.¹⁰²²

Kanaatimize göre ise, burada aslında teknik olarak hukuka uygunluk nedeninin şartlarında hata hali mevcuttur ve o hükümler gereği uygulama yapılmalıdır.¹⁰²³ Her ne kadar objeler eşdeğer nitelikte ise de bunun tipte yanılmadan farkı, mağdurun kimliğinin hukuka uygunluk nedeninin şartlarında yer alması ve saldırgana verilen zarar hukuka uygun iken, aksi durumun hukuka aykırı olmasıdır. Gündeme gelebilecek ihtimaller şu şekildedir:

- a. (A), (B)'ye saldırmıştır. (B) savunmasını yaparken (C)'yi (A) zannetmiştir. (A'ya benzetmiştir.)
- b. (A), (B)'ye saldırmıştır. (B) kendisine saldırıyı (C) zannetmiştir. (C)'ye karşı savunma yapmıştır.

Bir hukuka uygunluk nedeninin şartı olarak şahısta hata yalnızca vücut bütünlüğüne yönelik fiiller bakımından değil, kapkaççı (A)'yı yakalamak için kovalayan (P)'nin, kendisi de (A)'yı yakalamak için koşan (B)'yi (A) zannederek tutuklaması örneğinde olduğu gibi başka değerler bakımından da gündeme gelebilir.¹⁰²⁴

Yargıtay bir kararında, bir terör örgütü saldırısına dair ihbar alan jandarmanın sabaha karşı karanlıkta lojmana yaklaşan kişileri saldırmaya gelen teröristler sanarak vurması ve aslında bunların namaza giden köylüler olduğunun sonradan anlaşılması olayında, meşru savunma halinin var olduğunu ve hukuka uygun hareket edildiğini ifade etmiştir.¹⁰²⁵ Kararı değerlendiren *Ersan*, kişide hata halinde sınır aşılması düzenlemesine gidilemeyeceği çıkarımında bulunmuştur.¹⁰²⁶

¹⁰²² Karaaslan, "Sapma", s. 267.

¹⁰²³ İçel vd., *a.g.e.*, s. 92.

¹⁰²⁴ Tunç, *a.g.e.*, s. 210.

¹⁰²⁵ Y. 1.C.D., T. 8.6.1999, 565/2223, *Aktaran*: Ersan, *a.g.e.*, s. 96.

¹⁰²⁶ Ersan, *a.g.e.*, s. 96. Özgenç de bu kararı ortada tüm şartlarıyla teşekkül etmiş bir hukuka uygunluk nedeni mevcut olmadığından, sınırın aşılması çerçevesinde ele almayı reddetmekte ve Yargıtay'ı eleştirmektedir, bkz. Özgenç, *GH*, s. 542.

Her ne kadar şahısta hata hallerinde sınır aşılması hükmünün uygulanamayacağı görüşüne iştirak etsek de, karara konu olaydaki hata şahısta değil, doğmamış bir hukuka uygunluk nedenini var zannedildiğinden hukuka uygunluk nedeninin bütününe yöneliktir. Son olarak hata her ne kadar kaçınılmaz da olsa fiil hukuka aykırı kalmaya devam eder.

Özetle *kanaatimizce*, şahısta hatanın da hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatanın bir görünümü olduğu ve hatada da kast sürdüğünden mesele sınır aşılması hükmünü (TCK md. 27/1) ilgilendirmez.¹⁰²⁷

2.3.2.3.4. Sapma (*Aberratio Ictus*)

765 sayılı Kanun döneminde hem hata hem sapma kurumları 52. maddede düzenlenmişti.¹⁰²⁸ O dönem, hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde hareket eden failin iradesi sadece kendini savunmak ise şahısta hata ve sapma hallerinde de hukuka uygunluk nedeninden yararlanmaya devam etmesi görüşü hakimdi.¹⁰²⁹ Ancak bu madde, hem sadece tek neticeli sapmalarda uygulanabiliyor hem de isabet alan obje itibarıyla oluşan neticenin başka suça vücut vermesi hallerinde de devre dışı kalıyordu.¹⁰³⁰

Bugün artık şahısta hata ve sapma, ayrı kurumlar olup, ayrı değerlendirilmelidir. Dolayısıyla her şeyden önce sapma kurumunun hatadan neden farklı olduğunun ortaya konması ve tanımlanması gerekmektedir.

Alman hukukunda sapma, eşit değerdeki hukuki konular arasında failin somut olarak bireyselleştirdiği yerine başka eşdeğer konu üzerinde neticenin gerçekleşmesi

¹⁰²⁷ Aynı yönde bkz., Karaaslan, “Sapma”, s. 264-5.

¹⁰²⁸ “Bir kimse bir hata veya sair bir arıza yüzünden cürmü kast ettiği şahıstan başka bir şahsın zararına işlemiş olursa cürümden zarar gören kimsenin sıfatından neşet eden ve cezayı şiddetlendiren esbap faile tahmil olunmaz. Belki cürüm kast olunan şahsa karşı işlenmiş gibi telakki olunarak fail, cürmün tazammun edebileceği esbabı muhaffefeden istifade eder.”

¹⁰²⁹ Önder, *a.g.e.*, s. 333; İçel vd., *a.g.e.*, s. 277.

¹⁰³⁰ Özar, *a.g.m.*, s. 237.

olarak tanımlanmaktadır.¹⁰³¹ Hata ve sapmanın ayırdedilmesi noktasında ise temelde iki teori geliştirilmiştir. Bunlardan ilki olan eşdeğerlik teorisi (*Gleichwertigkeitstheorie*), prensip itibarıyla şahısta hata ve sapma arasında bir fark görmez ve failin sapmada da hâlâ tamamlanmış suçtan kasten sorumlu tutulması gerektiğini iddia eder.

Çoğunluğu temsil eden somutlaştırma teorisi (*Konkretisierungstheorie*) ise, hedeflenen mağdur yönünden kasten öldürme veya yaralamaya teşebbüs ile, neticenin gerçekleştiği mağdur açısından tamamlanmış taksirle öldürme veya yaralama olmak üzere iki suç arasında fikri içtima uygulanmak suretiyle failin cezasının belirlenmesini önerir.¹⁰³²

İlk teori, tipin belirli bir mağdur kimliğini içermemesi nedeni ile, yapısal olarak şahısta hata (*error in persona*) ile sapma (*aberratio ictus*) arasında fark görmez ve özellikle de taksirle işlenemeyen suçlar bakımından cezalandırma boşluklarını engellemeyi amaçlar.¹⁰³³ Somutlaştırma teorisi ise, kastın kanunda yazılı soyut objelerin değil, gerçek hayattaki kişilerin üzerinde yoğunlaştığını iddia eder.¹⁰³⁴ Örneğin fail, o gün bir insan öldürmek istemez, Hans'ı öldürmek ister. Şahısta hata halinde failin kastı bir bireyde somutlaştığı için kalkmış kabul edilmez. Oysa sapmada netice failin kastının somutlaştığı bireyden başkası üzerinde gerçekleşmektedir.^{1035 1036}

¹⁰³¹ Rengier, **a.g.e.**, §15, kn. 27-30.

¹⁰³² Rengier, **a.g.e.**, §15, kn. 31; Kudlich, Koch, **a.g.m.**, s. 827. Çalışmada ele alınmayacak olan azınlıkta kalan teorilerin başlıca iki tanesi zikredilebilir: Maddi eşdeğerlik teorisi (*materielle Gleichwertigkeitstheorie*), yaşam hakkı ve vücut bütünlüğünün söz konusu olduğu hallerde eşdeğerlik, diğer tüm hallerde somutlaştırma teorisinin uygulanmasını önerir. Suç planı teorisi (*Tatplantheorie*) ise, failin suç işleme planını mağdurun kimliğine göre yapmadığı sürece, somutlaşmış kastının önemli olmayacağını ifade eder.

¹⁰³³ Ulrich Loewenheim, "Error in Obiecto ve Aberratio Ictus (Mahkeme Kararı Kroniği)", Çev: Kayıhan İçel, **Journal of Istanbul University Law Faculty**, Cilt: 36, Sayı: 1-4, Yıl 1970, 2011, s. 431-2: Bu teoriye göre, madem ki kastın varlığı için mağdurun cins özelliklerine ilişkin bilgi yeterlidir ve şahısta hata halinde, ortada hâlâ bir insan öldürme bulunduğundan kasten öldürmeden ceza verilir, o takdirde şahısta sapmanın da bundan farklı değerlendirilmesine gerek yoktur. Ayrıca Rengier, eşdeğerlik teorisinin özellikle de hukuka uygunluk nedenlerinde sapma düşünüldüğünde inandırıcılıktan uzaklaştığını ileri sürer. Örneğin, kendini savunan fail saldırgan yerine başkasına isabet ettirse, onu hâlâ kasten öldürmeden sorumlu tutmak adil olmaz. Bkz. Rengier, **a.g.e.**, §15, kn. 35

¹⁰³⁴ Rengier, **a.g.e.**, §15, kn. 34.

¹⁰³⁵ Schwabe, **a.g.e.**, s. 250.

Türk hukukunda sapma, failin kastettiğinden başka veya onunla birlikte bir başka neticenin daha ortaya çıkması şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁰³⁷ Şahısta hata ve sapmanın aynı maddede değerlendirildiği 765 sayılı Kanun döneminde dahi Yargıtay, iki mefhumu farklı değerlendirmekte, sapmanın failin iradesi ile değil, eylemi ve hedefiyle alakalı olduğunu vurgulamaktadır.^{1038 1039}

Sapma bugünkü öğretide hatadan ayrı olarak, iradenin sağlıklı tezahür ettiği ancak failin beceriksizliğinin kastettiğinin dışında bir neticenin gerçekleşmesine sebep olduğu hal olarak ifade edilmektedir.¹⁰⁴⁰ Yine sapmanın tek veya çok neticeli, ya da ancak tek neticeli olabileceğine dair öğretide görüşler mevcuttur.^{1041 1042} Bir de, farklı hukuki konuların ihlal edilmesini ‘hedefte sapma’ dan farklı olarak, ‘suçta sapma’ olarak adlandırıldığı da görülmektedir.¹⁰⁴³

Sapma halinde nasıl bir yol izleneceğine dair fikir birliği bulunmamaktadır. Bu durum, fikri içtimayı düzenleyen hükümlerin ‘bir fiil’ ifadesine yüklenen anlamların farklılığından ileri gelmektedir. Neticeye üstünlük veren görüş birden fazla neticenin

¹⁰³⁶ Ancak uygulamada somutlaşmayı ya da bir diğer ifadesiyle dolaylı somutlaştırmayı (*mittelbare Individualisierung*) tespit etmek her zaman kolay olmamaktadır. AFYM, popüler ‘Zehir Davası’nda (*Giftfalle*), kısaca failin hazırladığı zehirli içeceği, umduğu kişiden başkasının içmesi olayında ‘sapma’ gerçekleştiğini kabul ederek, faili taksirle öldürmeden sorumlu tutmuştur. (Bkz. BGH 12.8.1997 – 1 StR 234/97, (BGHSt 43, 177) Bomba konulan arabayı o gün sahibinin değil eşinin, komşusunun veya ödünç verdiği birinin kullanıp ölmesi olayları da sık verilen örnekler arasındadır. (Bkz. Rengier, **a.g.e.**, §15, kn. 42-9; Kudlich, Koch, **a.g.m.**, s. 829-30) AFYM, bireyselleştirmenin mevcut olup olmadığını inceler ancak olayların çoğunda şahısta hata kararı vermiştir, çünkü fail başkalarının da mağdur olma riskini yaratmıştır. (Bkz. BGH 07.10.1997 - 1 StR 635/96 (NSTZ 1998, 294, 295))

¹⁰³⁷ Duygu Merki, “Türk Ceza Hukukunda Sapma”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:8, Sayı:2, Aralık 2013, s. 516.

¹⁰³⁸ Y. C.G.K., T. 10.12.1990, E. 1990/1-310, K. 1990/333.

¹⁰³⁹ Eski kanun döneminde bir de, Alman hukukundaki eşdeğerlik teorisine benzer şekilde, hedefte tek neticeli sapma halinde, eğer sadece suçun konusu değişmiş ise, şahısta hata gibi uygulama yapılması, yani failin tamamlanmış kasten öldürme veya yaralamadan ceza alması da savunulmuştur. Bkz. Özar, **a.g.m.**, s. 239; Aynı görüşün yeni kanun dönemi bakımından da savunan yazar bkz., Soyaslan, **GH**, s. 489-90. Kanununun bunu önerdiği yönünde bkz. Önder, **GH**, s. 322; Dönmezer, Erman, **II**, s. 568-9.

¹⁰⁴⁰ Hafizoğulları, Özen, **GH**, s. 300; İştin, **a.g.e.**, s. 200.

¹⁰⁴¹ Çok neticeli sapma kavramının yerinde olmadığını belirterek bu kapsama sokulan hallerde fikri içtima uygulanması gerektiği yönünde bkz., Demirbaş, **GH**, s. 478.

¹⁰⁴² Öğretide tek ve çift neticeli sapmayı ayırdeden görüşler dahi, sonuç itibarıyla fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiğini ifade etmektedirler. Bkz. Apaydın, “Fiili Hata”, s. 59.

¹⁰⁴³ Toroslu, Toroslu, **GH**, s. 377 vd.; Demirbaş, **GH**, s. 477; Özar, **a.g.m.**, s. 250; Soyaslan, **GH**, s. 491 vd.

meydana geldiği olaylarda fikri içtima uygulanmasını reddeder.¹⁰⁴⁴ Ancak ağırlıklı görüş¹⁰⁴⁵ ve Yargıtay¹⁰⁴⁶, ‘bir fiil’ ifadesini ‘bir hareket’ olarak okuyarak, tek hareketle bir ya da birden fazla neticenin doğduğu sapmalarda fikri içtima uygulanmasını uygun bulur.¹⁰⁴⁷

Çalışma konusu bakımından önem arz eden husus ise, sapmanın hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde meydana geldiğinde nasıl değerlendirileceğidir. Sapma bir hata olmadığına göre hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hata hükümlerine başvurulamayacağı açıktır. Öğretide bu konuda ileri sürülen görüşlerden ilkinde göre, hukuka uygunluk nedenleri failin fiilini bir bütün olarak hukuka uygun hale getirdiğinden, sapma halinde de, saldırgan olmayan ve etkilenen kişi bakımından failin fiili hukuka uygun kalmaya devam eder.¹⁰⁴⁸ Bu görüşe dahil olan *Taner*, bunun için ayrıca açık bir kanuni düzenleme yapılması gerektiğini de ekler.¹⁰⁴⁹

Aksi görüşe göre, hukuka uygunluk nedenlerinin ancak muhatabı kişilere, örneğin meşru savunmada ancak hak ihlal etmeye yönelik saldırgana karşı yapılan savunmalar hukuka uygun sayılabilir.¹⁰⁵⁰ Böylece sapmada bir hatanın bulunmadığından bahisle, hedeflenmeyen ancak sonuçtan zarar gören kişi

¹⁰⁴⁴ Görüşe göre fikri içtima, maddi dünyada meydana gelen neticenin tek olup bu neticenin birden fazla ceza hükmünü ihlal etmesi halinde uygulanabilir. Bkz. İçel, **GH**, s. 584 vd.; Dönmezer, Erman, **II**, s. 571-2; Güler, **a.g.e.**, s.98-9.

¹⁰⁴⁵ Özbek vd., **a.g.e.**, s. 586; Koca, Üzülmüş, **GH**, s. 521; Ali Hacıfazlıoğlu, **Teori ve Uygulamada Suçların İctimai**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2014, s. 287. Görüş aksi halde fikri içtima hükmünün hemen hiç uygulanamayacağını ileri sürer. Bkz. Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 803-4.

¹⁰⁴⁶ Y. 9. C.D., T. 8.12.2020, E. 2020/3089, K. 2020/2532; Y. 9. C.D., T. 10.3.2021, E. 2020/8713, K. 2021/1259; Y. 11. C.D., T. 7.7.2021, E. 2018/3711, K. 2021/6256; Y. C.G.K., T. 8.12.2020, E. 2019/44, K. 2020/510.

¹⁰⁴⁷ Yargıtay’ın, aynı olayda birden fazla kasten öldürme ve / veya yaralamaların meydana geldiği durumlarda fikri içtimaya gitmemesinin sebebi, ‘fiil’i netice olarak benimsemesi değil, TCK md. 43/3’de yer alan düzenlemedir. Bkz. Y. C.G.K., T. 10.12.2013, E. 2012/1-1572, K. 2013/600; Y. C.G.K., T. 8.7.2008, E. 2008/1-99, K. 2008/185. Söz konusu kararları örnek göstererek Yargıtay’ın netice sayısının suç meydana geldiği hallerde fikri içtimayı uygulamayı reddettiğini ileri süren görüşe katılmıyoruz, bkz. Güler, **a.g.e.**, s. 98.

¹⁰⁴⁸ İçel, **GH**, s. 328; Demirbaş, **GH**, s. 321; Özbek vd., **a.g.e.**, s. 320; Tuğçe Hacıfazlıoğlu, “Meşru Savunmanın Şartları”, **Fasikül**, Sayı: 86, Ocak 2017, s. 20; Ermeýdan, **a.g.m.**, s. 147.

¹⁰⁴⁹ *Taner*, **a.g.m.**, s. 241.

¹⁰⁵⁰ Toroslu, Toroslu, **GH**, s. 166-7; Abanoz Öztürk, **a.g.e.**, s. 72

bakımından failin sorumluluğunun kastı veya taksirine göre belirlenmesi gerekir.¹⁰⁵¹ Dolayısıyla sapma halinde genel hükümlere göre failin kast ve taksiri belirlenip işlem yapılmalıdır, elbette taksiri dahi yoksa beraat etmeli;¹⁰⁵² zorunluluk halinin şartları mevcutsa da mazur görülerek cezasız kalmalıdır.¹⁰⁵³ ¹⁰⁵⁴ Zorunluluk halinin, tehlikeye bilerek sebebiyet vermeme şartını da içerdiği gözetilerek, failin saldırganı kusurlu olarak provoke ettiği durumlarda, artık üçüncü kişi üzerinde doğan sonuçlar için onu TCK md. 25/2'den yararlandırmamak gerektiği de önerilmiştir.¹⁰⁵⁵

Hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde taksirle meydana gelen ve üçüncü kişinin üzerinde etki doğuran sapmalar bakımından TCK md. 27/1'nin uygulanması Türk hukukunda neredeyse hiç tartışılmamıştır.¹⁰⁵⁶ Öğretide rastladığımız kadarı ile bir tek Özgenç, meşru savunma çerçevesinde sapma sonucu doğan ölüm ve yaralanmalar için md. 27/1'e başvurulmasını önermiştir.¹⁰⁵⁷ *Kanaatimiz*, bu hallerin de fıkra uygulamasına dahil olduğu yönündedir.

Kanaatimizin gerekçesini izahtan önce bu kabul ile üçüncü kişinin saldırgan olmadığını ve tam da bu yüzden ilgili hukuka uygunluk nedeninin kişi şartında aşım

¹⁰⁵¹ Koca, Üzülmüş, **GH**, s. 306; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 506; Akbulut, **GH**, s. 619. Madem ki normal şartlar altında faili hedeflediği kişi bakımından kastlı suça teşebbüsten ve isabet alan kişi bakımından taksirli suçtan sorumlu tutmaktayız, hukuka uygunluk nedeninin söz konusu olduğu halde hedeflediği kişi bakımından her hangi bir kastlı suçtan sorumluluk elbette düşünülemez, ancak masum ve tarafsız üçüncü kişi bakımından taksirli suçtan sorumluluk gündeme gelebilecektir minvalinde bkz., Karaaslan, "Sapma", s. 265 vd., 270; Topaç, **a.g.e.**, s. 199.

¹⁰⁵² Şare, **a.g.m.**, s. 38; Güngör, **a.g.e.**, s. 98. *Toroslu* ise buna örnek olarak saldırganın ani şekilde yer değiştirmesini ya da savunmacının tam ateş ederken itilmesi gibi durumlarda üçüncü kişinin isabet aldığı hallerde taksirin söz konusu olamayacağına işaret eder. Bkz. *Toroslu*, *Toroslu*, **a.g.e.**, s. 167. *Kanımızca* da burada birinci halde öngörülebilirlik ikincisinde isnad edilebilirlik ortadan kalkmış olduğundan artık taksirli sorumluluğa gidilemez.

¹⁰⁵³ Topçu, **a.g.e.**, s. 902; *Toroslu*, **Zaruret**, s. 87; Koca, Üzülmüş, **GH**, s. 307; Gündüz, Sarıgül, **a.g.m.**, s. 409; Özgenç, **GH**, s. 522; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 506; Şahin, Özgenç, Kılıç, **a.g.m.**, s. 2315 – 7; Hakeri, **GH**, s. 317; Kartal, **a.g.e.**, s. 191. *Toroslu*, kişinin kendini savunmak için muhakkak üçüncü kişiye zarar vermesinin zorunlu olmadığını vurgulayarak *kanımızca* bu değerlendirmenin titiz olması gerektiğinin altını çizmektedir. Bkz. *Toroslu*, *Toroslu*, **GH**, s. 166.

¹⁰⁵⁴ Alman hukukunda da fail, saldırgan nezdinde doğmayan neticeler bakımından duruma göre diğer hukuka uygunluk nedenlerinden, ya da mazeret nedeni olarak zorunluluk halinden yararlanır. Ancak bu hareket meşru savunma kapsamında addedilmez. Bkz. Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, **a.g.e.**, §15, kn. 33; Jakobs, **a.g.e.**, §12, kn. 28.

¹⁰⁵⁵ Topçu, **a.g.e.**, s. 903.

¹⁰⁵⁶ Koca ve Üzülmüş ise, meşru savunmada sapma ile başkasının zarar görmesini 'kast olmaksızın sınırın aşılması' olarak değerlendirmiş ancak bunu detaylandırmamıştır. Bkz. Koca, Üzülmüş, **GH**, s. 287. Son olarak *Kaymaz* ve *Gökcan* da, sapma hallerinde TCK md. 27/1'in uygulanabileceğini kabul etmektedirler. *Kaymaz*, *Gökcan*, **a.g.e.**, s. 125.

¹⁰⁵⁷ Özgenç, **GH**, s. 513.

teşkil ederek hükmün uygulamasına dahil olabildiğini tekrar vurgulamamız gerekmektedir. yine bu hallerin kusur aşamasında zaten zorunluluk hali mazeret nedeni çerçevesinde ele alınarak faili cezadan kurtarabileceğini, ancak istisnai de olsa zorunluluk şartlarını sağlayamayan taksirle kişide sınır aşım hallerinde teorik de olsa haksızlık azalmasının belirlenmesi ve bunun kusurdan önceki basamakta ele alınması gerektiği için kişide sınır aşımını ayrıca değerlendirdiğimizi hatırlatmak icap etmektedir.

İlk olarak, tıpkı oran ve zaman gibi saldırganın kimliği de meşru savunmanın şartıdır. Meşru savunmada sınır aşılmasının üçüncü kişiyi kapsayamayacağını ifade eden görüşler, meşru savunmanın yalnızca saldırgana yönelik yapılabileceğini, yalnızca saldırgana yönelen fiiller bakımından ortada meşru savunma ve dolayısıyla bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu ileri sürmektedirler.¹⁰⁵⁸ Bu ifadeler tartışmasız doğru olmakla birlikte, üçüncü kişinin zarar gördüğü halleri neden sınır aşma hükmü dışında tutmak gerektiğini açıklamaktan uzaktırlar. Üçüncü kişiye yönelen hareketler bakımından ortada bir hukuka uygunluk nedeni olmadığını dolayısıyla ortada bu neden yokken bir sınır aşılmasından da bahsedilemeyeceğini iddia ederler.¹⁰⁵⁹ Oysa oran da savunmanın bir şartı olup, orantısız bir savunma da meşru değildir.

Elma çalmakta olan çocuğu silahla vurarak engellemekteki hareket sadece oran şartına aykırı olmakla beraber meşru savunma dışındadır ve de hukuka aykırıdır. Tıpkı savunma amaçlı ama ölçülü kullanılan ateşli silahın mermisinin üçüncü kişiye isabet etmesinde olduğu gibi. Birinde aşılın oran, diğerindeyse saldırganın kimliğidir. Gerçekten var olan bir hukuka uygunluk nedeni içerisinde davranırken eğer fail kastı da olmayarak üçüncü kişiye zarar vermişse, onu TCK md. 27/1'den yararlandırmamak için ortada hiç bir hukuki gerekçe bulunmamaktadır.

¹⁰⁵⁸ Ersan, **a.g.e.**, s. 90.

¹⁰⁵⁹ Kartal, **a.g.e.**, s. 191; Ersan, **a.g.e.**, s. 90; Demirci, **a.g.e.**, s. 97.

İkinci olarak, sapma sonucu meydana gelen neticelerin de hukuka uygun sayılmasını öneren görüş¹⁰⁶⁰ ve söz konusu sapmalarda faili taksirli suçtan sorumlu tutmak gerektiği yönündeki görüş¹⁰⁶¹ ele alınmalıdır. İkinci görüş sapma halinde üçüncü kişi bakımından ortada bir hukuka uygunluk nedeni mevcut olmadığından burada sınırın aşılması hükümlerinin uygulanamayacağını belirtir.¹⁰⁶²

‘Bir fiil’ kapsamında kalarak ortada hukuka uygunluk nedeni olmasa fikri içtimaya vücut verecek olan bu gibi hareketlerin, tek hareket arz etmelerinin, içeriğindeki tüm hareketler ve bu hareketlerin neden olduğu sonuçlar bakımından hukuka uygunluğu zorunlu kılmayacağından söz edilmişti.¹⁰⁶³ Bu gerekçeyle meşru savunma çerçevesinde yapılan hareket sonucu üçüncü kişinin gördüğü zararı da hukuka uygun addetmek gerektiğini ileri süren ilk görüş reddedilmelidir. Zira bu tutum, üçüncü kişinin haklarını ve devletten korunma beklentisini göz ardı etmektedir.

Öte yandan, hukuka uygunluk nedeninin hiç mevcut olmadığı hallerde dahi fikri içtima çerçevesinde failin meydana getirdiği iki suçtan ayrı ayrı değil, tek sefer ve dolayısıyla daha hafif cezalandırılması söz konusudur. Hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde meydana gelen sapmalar bakımından ise, ortada ilk suç ve dolayısıyla fikri içtima bile bulunmamasına rağmen faili taksirli suçun tam cezasıyla cezalandırmak bu noktada hakkaniyetli bir yaklaşım olmayacaktır. Bu da ikinci görüşün temel zayıf yönüdür. Dolayısıyla kişide taksirle aşım yapan faile TCK md. 27/1’in uygulanması bu iki görüş içerisinde en adil olanıdır.

Üçüncü olarak, madem şahısta hatanın tipin veya hukuka uygunluk nedeninin şartına ilişkin olması halleri öğretide ayırt edilmekte ve ilkinde kastın kalkmadığı kabul edilmesine rağmen ikincisinde TCK md. 30’un uygulanması

¹⁰⁶⁰ Özbek vd., **a.g.e.**, s. 320; Demirbaş, **GH**, s. 321; Taner, **a.g.m.**, s. 241.; İzzet Özgenç, “Kast-Taksir Kombinasyonları”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Süleyman Arslan Armağanı, Cilt: 6, Sayı: 1-2, 1998, s. 359; Ermeydan, **a.g.m.**, s. 147.

¹⁰⁶¹ Kartal, **a.g.e.**, s. 191; Karaaslan, “Sapma”, s. 269.

¹⁰⁶² Koca, Üzülmüş, **GH**, s. 306.

¹⁰⁶³ Bkz . yukarıda. : “2.3.1. Tüm Şartlarıyla Oluşmuş Bir Hukuka Uygunluk Nedeninin Varlığını Kaybetmesi” Ayrıca bkz., Kılıç, “Fiil Tekliği”, s. 323.

önerilmektedir¹⁰⁶⁴, demek ki üçüncü kişiye yönelen fiillerin meşru savunmayla hiç alakası olmadığı ön kabulü yerinde değildir.

Dördüncü noktada, Alman hukukunda ezici çoğuk görüşün aksi kanaatte olması ele alınmalıdır. AlmCK'nın 33. maddesinin hukuki niteliği gereği sadece saldırgana yönelen sınır aşımı fiillerinde haksızlık azalmasının söz konusu olabileceği, kusursuz ve tarafsız üçüncü kişi bakımından, ceza indiriminin gerekçelendirilemeyeceği sebebiyle, öğretide mütabakat halinde üçüncü kişilere yönelen fiillerin mazeret nedeninden yararlanamayacağı kabul edilmektedir.¹⁰⁶⁵ AlmCK md. 33'nın temel dayanaklarından birini, aşım mağdurunun olaydaki sorumluluğu kusurlu hareketiyle taşıyan saldırgan olması oluşturduğundan bu örneklerde failer hükümden yararlanamaz.¹⁰⁶⁶ Ancak bu, AlmCK'da TCK md. 27/1 muadili bir hüküm bulunmaması ile alakalı bir durumdur.

Bir mazeret nedeni olmayan ve mağdurun kusuru ile alakası bulunmayan TCK md. 27/1, hukuka uygunluk nedeni içerisinde dikkatsizlikle davranan failin fiilinin taksirine ilişkin haksızlığının söz konusu hukuka uygunluk nedeni ile düşürülmesi prensibine dayanmaktadır.¹⁰⁶⁷ Söz konusu hukuka uygunluk nedeninin hakkın kullanılması, rıza, meşru savunma ya da bir başkası olması önemli olmaksızın failin taksirli aşımının fıkradan yararlanması önünde bir engel yoktur.

Yargıtay oldukça eski tarihli bir kararında “*Sanığın, babasına karşı yapılan toplu saldırı sırasında, onu bu saldırıdan kurtarmak amacıyla, elindeki keser saldırganlardan birine vurmaya isterken, yanlışlıkla babasının başına vurarak ölümüne sebep olması olayında, sanık yararına (ağır tahrik) hükmünün uygulanması gerekir*”¹⁰⁶⁸ şeklinde hüküm kurmuştur. Görüldüğü üzere burada Yargıtay da taksirli hareketinden dolayı faile bir indirim yapmak istemiş, ancak sınır aşma hükmü bu şekilde yorumlanmadığı için, ve belki de sapma ve hata aynı hükümde düzenlendiğinden, meşru savunmaya da gidilemeyeceğinden tahrik indiriminde

¹⁰⁶⁴ Ersan, **a.g.e.**, s. 94-5.

¹⁰⁶⁵ Murmann, **a.g.e.**, §26, Kn. 80.

¹⁰⁶⁶ Köhl, **a.g.e.**, § 12 kn. 145; Motsch, **a.g.e.**, s. 104-5.

¹⁰⁶⁷ Bkz. yukarıda: “2.1.4. Haksızlığın Derecesini Etkileyen Neden”

¹⁰⁶⁸ Y. 1. C.D., T. 19.02.1979, 4873/4821.

karar kılmıştır. Oysa haksız tahrik indirimi, taksirli dahi olsa, yalnızca ilgili tahrik fiilini yapan kişiye yönelmelidir.¹⁰⁶⁹

Olayda aslında, meşru savunma çerçevesinde hareket eden fail, taksir ile sınır aşmıştır. Aşılan sınır oran ve zaman değil, saldırgan bakımındandır. Dolayısıyla bu dava bugün Yargıtay'ın önüne gitse, yapılması gereken önce taksirle öldürme ve TCK md. 22/5 fıkrası gereği gerekli ceza belirlemelerini yapmak, ardından bunun üzerinden md. 27/1 indirimini uygulamaktır. Nitekim son derece isabetli ve güncel bir diğer kararında ise, polis memurunun ölçülü meşru savunma çerçevesinde saldırgan olmayan kişiyi isabet alan atışı taksirle öldürme olarak değerlendiren yerel mahkeme kararını, bu cezadan md. 27/1 indirimi de yapılması gerektiği gerekçesi ile bozmuştur.¹⁰⁷⁰

Sonuç itibariyle tüm şartlarının sağlanmış olması halinde, bir hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde üçüncü kişiyi isabet almış taksirli sapma hallerinde TCK md. 27/1 uygulanmalıdır. Öğretide *Soyaslan* da, göstericileri dağıtmak için havaya ateş edip balkondaki vatandaşı vuran polisin sınırı taksirle aşmış olduğunu haklı şekilde ifade etmiştir.¹⁰⁷¹ Ameliyat yapan hekimin kesici bir aleti dikkatsizlikle ameliyat ekibinden bir hemşirenin eline geçirerek onu yaralaması veya arama emriyle bir evin kapısını kıran kolluk görevlilerinin kapının arkasında kimse olmadığını önceden teyit etmeyerek bir çocuğu yaralamaları gibi meşru savunma dışındaki hukuka uygunluk nedenleri bakımından da mesele örneklendirilebilir.

Bu konuda ilgi çekici bir diğer örnek olarak üçüncü kişi lehine yapılan meşru savunmalarda, saldırıya uğrayan kişinin de dikkatsizlikle zarar görmesi verilmektedir. Örneğin öldürülmek üzere olan bir çocuğu kurtarmak için saldırgana ateş açan fail, çocuğu da bacağından yaralarsa nasıl çözüme varmak gerekecektir?

¹⁰⁶⁹ Demirbaş, **Haksız Tahrik**, s. 98; Koca, Üzülmüş, **GH**, s. 366; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 597. *Kanaatimizce* haksız tahriğin kanunlarda yer almayan yalnızca saldırgana yönelebileceği şartını kabul, ancak kurumun sadece kusuru değil, haksızlığı da azalttığı kabul etmekle mümkündür. Aksi halde eğer failin yalnızca kusuru etkilenecekse, tarafsız kişiler nezdinde doğan neticeler bakımından da indirimi uygulamak gerekirdi. Yalnızca kastlı suçlar bakımından haksız tahriğin uygulanabileceği (çoğunluğun) aksi yönde bkz., Kangal, “Haksız Tahrik”, s. 54, 62.

¹⁰⁷⁰ Y. 6. C.D., T. 17.11.2020, E. 2018/622, K. 2020/4126.

¹⁰⁷¹ Soyaslan, **GH**, s. 404.

Bir görüş çocuğun kurtarılma rızasının var sayılması gerektiğini bu yüzden bu hareketin de hukuka uygun olacağını ileri sürer.¹⁰⁷² Diğer görüş ise, burada mağdur çocuk bakımından risk azalması gerçekleştiğinden yaralanmanın faile objektif isnad edilmesinin mümkün olmadığını iddia eder.¹⁰⁷³

Kanaatimizce de meselenin halli için rıza hükümlerine gitmek uygun olmayacaktır. Nitekim çocuğun rızası olmasaydı veya aksi yönde iradesi olsaydı dahi yaşam hakkı veya vücut bütünlüğü üzerinde serbestçe tasarruf edilemeyen haklardan olduklarından, buna rağmen savunma meşru olacaktı. Dolayısıyla risk azalması gerekçesiyle bu fiilin faile isnad edilemeyeceği görüşüne prensip olarak iştirak etmekteyiz. Ancak dikkat edilmelidir ki, olayın akışında netice riski azaltılmayıp yerine yeni bir tehlike yaratılmışsa artık riskin azaltılmasından söz edilemeyecektir.¹⁰⁷⁴

Örneğin olayda çocuk ölseydi bu halde *kanaatimizce* bu durumun olağan meşru savunmada sapma halinden farklı değerlendirilmesi için sebep olmayacaktı. Failin daha dikkatli olsaydı çocuğa isabet ettirmeyebilirdi denilebilen hallerde, yine taksirle yaralama cezasından TCK md. 27/1 gereği indirim uygulanabilecektir.

Öğretide, burada kişide sınır aşılması olarak değerlendirilen hallerde zorunluluk halinin de uygulanabileceği ileri sürülmüştür.¹⁰⁷⁵ Fikirde isabet bulunmakla beraber, kusur aşamasına geçmeden önce, henüz haksızlık basamağında inceleme yapılırken de cezanın azaltılması imkanlarının dikkate alınması gerekmektedir. Yoksa fail, en hafif aracı ve yöntemi tercih etmiş ve onu da yapmasaydı saldırıyı engelleyemeyeceği savunma yöntemini icra ederken zorunlu olarak üçüncü kişi zarar görmüşse, onu artık mazur görmek gerekir.¹⁰⁷⁶

¹⁰⁷² Rönnau, Hohn, §32 kn. 195.

¹⁰⁷³ Kartal, **a.g.e.**, s. 116

¹⁰⁷⁴ Zehra Başer Doğan, “Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı ve Objektif İsnadiyet”, Bahçeşehir Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Kamu Hukuku Doktora Programı, Doktora Tezi, İstanbul, 2020, s. 166.

¹⁰⁷⁵ Kartal, **a.g.e.**, s. 191; Koca, Üzülmüş, **GH**, s. 306.

¹⁰⁷⁶ Kişinin tehlikeden kaçmayarak savunma yoluyla bertaraf etmeye çalıştığından, failin yaşam hakkı ile olayla ilgisiz üçüncü kişinin yaşam hakkının burada adil bir ordan teşkil etmediğinden bahisle aksi yönde kanaat için bkz. Şare, **a.g.m.**, s. 39.

2.3.2.3.5. Dolaylı Faillik ve Azmettirme Halinde

Meşru savunmaya sebebiyet veren ilk saldırı hareketini icra eden saldırganın arkasında bir dolaylı fail veya azmettiren bulunması ve savunmadan bu kişilerin de zarar görmesi halinde savunmacı failin cezasının TCK md. 27/1 uyarınca düşürülüp düşürülemeyeceği önem arz eder.

Olayla ilgisi olmayan, bağımsız, tarafsız ve kusursuz üçüncü kişiler için bile uygulanan sınır aşılması indirimi, azmettirene veya dolaylı faile yönelen aşımalar bakımından elbette ve evleviyetle uygulanabilir. Kaldı ki bir görüşe göre saldırıya iştirak eden kişiler artık üçüncü kişi görülmemeli, onlar da meşru savunmanın muhatabı addedilebilmelidirler.¹⁰⁷⁷ Ancak en nihayetinde savunmanın yalnız saldırgana yönelik yapılması meşru olduğundan, saldırıya aktif olarak katılmayan dolaylı fail veya azmettirene yönelen fiiller *kanımızca* hukuka uygun addedilemez, ancak haksız tahrik çerçevesinde değerlendirilebilir.¹⁰⁷⁸ Dolayısıyla burada hiddet ve şiddetli elem varsa, TCK md. 27/1 ve md. 29'un ikisi de aynı anda uygulanabilir olacaktır.

Eğer dolaylı failin kusursuz saldırganın hemen yanı başında olup da, örneğin bir akıl hastasını bütün acılarının sebebinin fail olduğuna inandırmış ve onu hâlâ vurmaya, durmamaya vs teşvik ediyorsa, bu gibi istisnaen gündeme gelebilecek durumlarda dolaylı failin kendisini de saldırgan addedip savunmayı ona da yöneltmek meşru sayılabilir. Ancak aksi hallerde, meşru savunma bir intikam değil var olan saldırıyı durdurarak kendini savunma yolu olduğundan prensip itibarıyla aktif saldırgana yönelmesi gerekmektedir. Nitekim çoğu halde dolaylı fail ve azmettirenin hareketleri saldırı anında zaten sona ermiş olacaktır.

¹⁰⁷⁷ Demirci, **a.g.e.**, s. 97.

¹⁰⁷⁸ Bunun da nedeni, yukarıda da ilgili yerde belirttiğimiz üzere haksız tahriğin temelinde haksızlık azalması da olmasından sebep yalnızca tahriği yapana yönelen fiiller bakımından uygulanabilmesi yatar ki, azmettiren ve dolaylı failin ve yerine göre de yardım edenin tahrikte payı vardır. Bkz. *Dipnot: 367*. Bizim *kanaatimize* göre bu gerekçeyle tahrikçilere yönelen fiiller bakımından taksirli halde de TCK md. 29 indirimi mümkündür. Bkz. *Dipnot: 1188*.

Savunmacı pozisyonundaki failin işlediği fiile iştirak eden bir dolaylı fail ya da azmettirenin olması durumunda ise, söz konusu fiil ancak taksirli olabildiği ve taksirli fiillere de iştirak hukukumuzda mümkün olmadığından, hüküm özellik arz etmez.

2.4. 5237 Sayılı TCK md. 27/1 Düzenlemesinin Sübjektif Şartları

2.4.1. Sınırın Kasten Aşılması

765 sayılı TCK döneminde sınır aşılmasını düzenleyen madde metni, hem kastlı hem taksirli aşım halinde uygulanmaya müsait görünmekteydi. Kanun koyucunun kasten aşımaları dışlamaması hem içtihadın bu yönde şekillenmesine neden olmuş, hem de failin amacının ayrıca tetkiki önem kazanmıştır. Zira kasten hareket eden iki failden hangisinin indirimden yararlanamayacağı ancak savunma amaçlarına bakılarak tayin edilebilirdir. Hal böyle olunca da söz konusu aşmaların amaca değil araca yönelik olması gerektiği yönünde bir kayıtlamaya ihtiyaç duyulmuş olmalıdır.

5237 sayılı TCK'ya geçişle md. 27/1'de artık açıkça taksirle aşımın aranması, 765 sayılı TCK döneminde Yargıtay'ın sahip olduğu kasten aşımelerde da 50. madde gereği indirim uygulamak eğilimine bir son getirdiği¹⁰⁷⁹, böyle bir indirim uygulamanın artık mesnetsiz kaldığı¹⁰⁸⁰ ifade edilmektedir. Yine TCK md. 27/1 ile önceki kanun döneminde öğretide yorum yoluyla ulaşılan sonucun, açıkça kanun metni haline getirildiği de dile getirilmektedir.¹⁰⁸¹ Öğretide bu kayıtlamanın bir yenilik olduğu da ifade edilmektedir.¹⁰⁸² Bugün artık diyebiliriz ki, 765 sayılı Kanun dönemindeki hangi manevi unsurun varlığı halinde indirimin uygulanabileceği ve uygulanamayacağına yönelik tartışmalar bu fıkra ile giderilmiştir, tereddütler aşılmıştır.¹⁰⁸³

¹⁰⁷⁹ Köksal Bayraktar, "Yeni Türk Ceza Kanununda Hukuka Uygunluk Nedenleri", **Erdoğan Teziç'e Armağan**, İstanbul, Beta Yayınları, 2007, s. 21; İnci, **a.g.m.**, s. 125.

¹⁰⁸⁰ Taner, **a.g.m.**, s. 238.

¹⁰⁸¹ Taner, **a.g.m.**, s. 238.

¹⁰⁸² Süheyl Donay, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, İstanbul, Beta, 2007, s. 43.

¹⁰⁸³ Kılıç, **a.g.e.**, s. 219; Özen, **Meşru Müdafaa**, s. 155-165; Mahmutoğlu, Karadeniz, **a.g.e.**, s. 625.

Yargıtay 5237 sayılı TCK'nın kabulünü takip eden kararlarında, 01.06.2005 tarihinden önce işlenmiş suçlar bakımından lehe kanun uygulaması yoluna gitmiştir. Yani, sınır aşımı failin kastına dayanmaktaysa 765 sayılı Kanun'un 50., taksirine dayanmaktaysa güncel TCK'nın 27. maddesini uygulamıştır.¹⁰⁸⁴ Zira meri Kanun, sınırın kasten aşılması hallerinde indirim uygulamamaktadır.

Güncel öğretide hemen her yazar, 'kastan aşma halinde kasten gerçekleştirilen haksızlıktan sorumlu olunacağı' ve bu halde TCK md. 27/1'in devre dışı olduğunu muhakkak belirtmektedir.^{1085 1086} Buna rağmen farklı sonuçlara varılabilmektedir. Bu sebeple meseleyi çözmek için öncelikle sınırın kasten aşılması ile kanun koyucunun ne demek istediği ve öğretinin bundan ne anladığı ortaya konmalıdır. Bir diğer ifade ile söz konusu kastın sınır aşılmasına mı, yoksa sınır aşılarak gerçekleştirilen suç tipine mi ilişkin olduğu sorusu sorulmalıdır.¹⁰⁸⁷

2.4.1.1. Kavramsal Sorunlar

Kavramsal açıdan meseleye yaklaşıldığında, kastın ceza hukukunda bir anlamı olması ve bir hukuka uygunluk nedeninin sınırının herhangi bir suç tipi teşkil etmemesi –ve kastın yalnızca suç tipine dair unsurları kapsamaması- nedeniyle, kanun koyucunun kavram tercihini yerinde buluyoruz. Nitekim maksadı hasıl eder şekilde, 'taksirle aşma' yerine 'kast olmaksızın aşma' diyerek *kanaatimizce* yerinde bir tabir

¹⁰⁸⁴ Şahin, **a.g.m.**, s. 333; "... Sanığın eylemi sınırın kast olmaksızın aşılması olarak değerlendirildiğine göre, 765 ve 5237 sayılı yasalardan her biri açısından madde ve fıkra gösterilerek yapılacak uygulamanın somut ve denetime elverişli biçimde tespiti ile hangi yasadaki kurulan hüküm daha lehe ise, o yasa gereğince hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde genel ve soyut karşılaştırma ile yetinilmesi ... hükmün ... Bozulmasına ...", bkz., Y. 1. C.D., T. 17.07.2007, E. 2006/3977, K. 2007/5896; "... 765 sayılı Türk Ceza Yasası uygulanarak verilmiş ve kesinleşmiş olan hükmün, ... , lehe olan yasanın belirlenmesi ve uygulanması sırasında 5237 sayılı TCK'da aynı saik altında öldürme suçu düzenlendiğinden ve meşru savunmada sınırın aşılması konusunda yeniden değerlendirme yapılmasında zorunluluk bulunması nedeniyle ...", bkz., Y. 1. C.D., T. 02.04.2007, E. 2007/2541, K. 2007/2205.

¹⁰⁸⁵ Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s. 622; Akbulut, **GH**, s. 607; Koca, Üzülmüş, **GH**, s. 311; Özgenç, **GH**, s. 510; Özbek vd., **a.g.e.**, s. 357; Demirbaş, **GH**, s. 369-70; İçel, **GH**, s. 411 vd.; Hakeri, **GH**, s. 417; Ersan, **a.g.e.**, s. 57 vd.; İnci, **a.g.m.**, s. 124 vd.; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 553 vd.

¹⁰⁸⁶ Elbette burada kastın bir türü olarak olası kast da, fıkra uygulamasından dışlanmaktadır. Aynı yönde bkz., Kangal, "Kanun Hükmü", s. 56.

¹⁰⁸⁷ Kılıç, **a.g.e.**, s. 215.

tercihinde bulunmuştur. Böylece hem sadece taksirli bir tipik fiille sınırın dışına çıkılması hallerinde uygulanacağını kestirme biçimde ifade etmiştir, hem de suçun manevi unsurunu betimleyen kast ve taksir tabirini, sınır aşma eylemi için kullanma yanlışlığına düşmekten kaçınabilmiştir.

Sınırın kasten aşılması halinde artık ortada sınır aşılması değil, yeni bir suç olduğu fikri¹⁰⁸⁸ de tam olarak doğru sayılamaz. Zira, sınır taksirle de kastla da aşılsa ortada hem yeni bir suç hem de sınır aşılması vardır. Kastla sınır aşılması halinde TCK md. 27/1 uygulanamaz, md. 27/2'nin şartlarının oluşup oluşmadığının incelenmesine geçilir. Sınır taksirle aşılması halinde md. 27/1 uygulanabilir, ama burada da fail sınırı aştığından, taksirli de olsa ortada 'artık' bir hukuka uygunluk nedeni değil, yeni bir suç vardır.

Öğretide faillerin sınırı kasten aşarak işlediği suçlar bakımından yerine göre meşru savunma veya haksız tahrikten söz edilebileceği ifade edilmiştir.¹⁰⁸⁹ Bu fikre tamamen katılmakla birlikte şu eksikliği tamamlamak isteriz: Fail sınırı taksirle de aşsa, artık hukuka aykırı bir alanda bulunup haksızlık işlediğinden, taksirle aşımın da pekâlâ aşım mağdurları için yerine göre meşru savunma ve / veya haksız tahriğe vücut verebilecektir.

Öte yandan *İnci*, Yargıtay'ın da bir kararına atıf yaparak, TCK md. 27/1 gereği yapılacak indirimin, md. 29'a göre yapılan indirimden fazla olması gerektiğini iddia etmektedir.¹⁰⁹⁰ İki hüküm birbirinden tamamen farklı kurumlar olduğu için böyle bir ayrımı anlamlı ve gerekli bulmuyoruz. Birinde bir hukuka uygunluk nedeni söz konusuyken diğesinde değildir. Birinde hareket taksirli iken ikincisinde (büyük çoğunlukla) kastlıdır. Birinde fail haksız bir fiilin etkisinde kalarak iradesini etkileyen duygulara kapılmıştır diğesinde bundan bağımsız, kusur aşamasından çok önce yapılan ve haksızlık alanını ilgilendiren bir değerlendirme söz konusudur.

¹⁰⁸⁸ Soyaslan, **GH**, s. 404; Kan, **a.g.e.**, s. 307.

¹⁰⁸⁹ Şen, Aksüt, **a.g.m.**, s. 123; Savaşçı Temiz, **a.g.e.**, s. 218; Meran, **a.g.e.**, s. 162.

¹⁰⁹⁰ *İnci*, **a.g.m.**, s. 127. İlgili Yargıtay kararının bölümü: "Haklı savunmanın sınırını aşarak işlenen suçlara, ağır kıskırtma altında işlenmiş suçlardan daha az ceza verilmesi gerekmektedir." Y. C.G.K., T. 19.09.1979, E. 1979/2189, K. 1979/3367.

Bir başka açıdan ise kasten aşılma aslında ortada aşılma bile olmadığı fikri eleştirilmelidir.¹⁰⁹¹ Zira kasten dahi olsa ortada bir sınır aşımı mevcuttur. Sınır aşımını her şeyden önce objektif olarak tespit etmek ve akabinde değerlendirmeler ekleyerek uygulanacak hükmü bulmak gerekir. Kastin meşru savunmanın sınırını aşan fail de elbette sınır aşmıştır. İçinde bulunduğu duygu, mazur görülebileceği seviyede bir korku ise yine bir sınır aşma hükmü olan ikinci fıkradan yararlanacaktır.

Son olarak, Yargıtay'ın önceki kanun dönemindeki bazı kararlarında rastlanan ve öğretide de bir kısım yazarlarca takip edilen meşru savunmada 'zorunluluk sınırının' yani oranın aşılmasında failin ruh halinin de göz önünde bulundurulması gerektiği fikrinin¹⁰⁹² de isabetli olmadığı belirtilmelidir. Bu görüş aslında sınırın kasten aşılmadığının tespitinde failin psikolojik durumunun da değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.¹⁰⁹³ Bizim de katıldığımız aksi görüş ise, failin subjektif durumunun bu aşamada dikkate alınmayacağı, somut olayın özellikleri içinde, seçilen araçlar gibi objektif kriterlere bakılması gerektiğini savunmaktadır.¹⁰⁹⁴

Söz konusu inceleme ancak cezalandırmaya giden sonraki basamakta, kusurluluk altında yapılabilir. İlk fıkra tamamen haksızlık ekseninde, haksızlık unsurunu alakadar eden ve objektif değerlendirmeler içeren bir hüküm olup, failin ruh hali bir tek ve ancak ikinci fıkra bakımından incelenir ve incelenmelidir de.¹⁰⁹⁵

¹⁰⁹¹ Özbek vd., **a.g.e.**, s. 357. Öğretide bu husus genelde ya bu şekilde açıkça, ya da kasten aşımında sınır aşılmasının değil, kasten işlenmiş suçun söz konusu olduğu şeklinde ifade edilmiştir. Öztürk, Erdem, **GH**, s. 305.

¹⁰⁹² Erkan Şenses, "Yargıtay Kararları Işığında Türk Ceza Kanunu'nda Meşru Savunma", **TBB Dergisi**, Sayı: 112, 2014, s. 407. Örnek olarak bkz., Y. C.G.K., T. 10.10.1995, 1-213/271.

¹⁰⁹³ İçel, **GH**, s. 413.

¹⁰⁹⁴ İnci, **a.g.m.**, s. 126.

¹⁰⁹⁵ Hatta bu fıkra bakımından dahi, öncelikle objektif olarak sınırın aşıp aşılmadığı tespit edilir, ardından failin ruh hali tetkik edilip hükümdeki cezasızlıktan yararlanabilip yararlanamayacağının incelenmesine geçilir. Bkz. aşağıda: "3.4.2. Manevi Unsur Ekseninde İki Fıkranın Uygulanmasında Kontrol Listesi"

2.4.1.2. Amaçta Aşma Meselesi

Öğretide sınırın kasten aşıldığı hallerde failin ne meşru savunma ne de TCK md. 27/1 hükmünden yararlanabileceği ileri sürülmüştür.¹⁰⁹⁶ Dolayısıyla genel olarak kasten aşım halinde aslında ortada bir sınır aşması dahi olmadığı, doğrudan kasten bir suç işlenmesinin söz konusu olduğu ve failin neticeden tam sorumlu olacağı ifade edilmektedir.¹⁰⁹⁷

Fakat burada dile getirilen kastın savunma fiilini gerçekleştirirkenki kast değil, sınırı aşarkenki kast olarak anlaşılması gerektiği de belirtilmiştir.¹⁰⁹⁸ Diğer bir söylemle savunma fiiline dair değil, sınırın aşımına yönelen iradenin esas alınması gerektiği iddia edilmiştir.¹⁰⁹⁹ Buna benzer doğrultudaki bir diğer görüşe göre de, kanun maddesinin aradığı savunma fiiline yönelik kastın olmaması değil, failin meşru savunmanın şartlarında yanılarak oran yönünden sınırı aşma halleridir.¹¹⁰⁰ Fail saldırıdan kurtulmak amacı ile hareket ettiği sürece sınır aşılma hükmünün uygulanmasına bir engel görülmemektedir.¹¹⁰¹ Nitekim *İçel* ve *Evik* de, ceza genel kitaplarının yeni kanundan kısa süre sonra çıkan baskısında açıkça, kasten aşmayı amaçta aşma olarak yorumlamışlardır.¹¹⁰²

Sınırın taksirle aşılması ya da bir diğer deyişle ilk fıkranın uygulama alanı pek çok görüşçe şu şekilde tanımlanmaktadır: ‘sınırın amaçta değil, ölçüde aşılması’.¹¹⁰³ Bu ifadelerle kastedilen, sınır ölçüde aşıldığında otomatik olarak failin kasten

¹⁰⁹⁶ Adem Sözüer, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Uygulanması Sorular ve Cevaplar – Türk Ceza Kanunu’nda Öngörülen Mazeret Sebeplerine İlişkin Sorular ve Cevaplar”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S. 6, Mayıs 2006, s. 232; Mahmutoglu, “Hukuka Uygunluk”, s. 57.

¹⁰⁹⁷ Özen, **GH**, s. 614; İçel, **GH**, s. 411; Özgenç, **GH**, s. 507; Özbek vd., **a.g.e.**, s. 357.

¹⁰⁹⁸ Ersan, **a.g.e.**, s. 102; Kan, **a.g.e.**, s. 304; Uruşak, **a.g.e.**, s. 215. Bu şekilde açıkça ifade edilmese de, kastın teknik anlamıyla değil, sınırın aşılma istenmemesi şeklinde okunduğu örnekler için bkz., Öztürk, Erdem, **GH**, s. 305; Hakeri, **GH**, s. 418; İçel, **GH**, s. 411, 413-4.

¹⁰⁹⁹ Aşım fiilinin ‘taksirle işlendiğinde de ceza alması’ halinde, söz konusu taksirli suç için öngörülen cezadan indirim yapılması gerektiği belirtilerek bu yönde bkz. Centel/ Zafer/ Çakmut, **GH**, s. 355, 358.

¹¹⁰⁰ Koca, Üzülmüş, **GH**, s. 307 vd.; Er, **a.g.m.**, s. 17.

¹¹⁰¹ Keçelgil, **a.g.m.**, s. 378; Özbek vd., **a.g.e.**, s. 357

¹¹⁰² Kayıhan İçel, A. Hakan Evik, **İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Kitap, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul, Beta, 2007, s. 163; Özbek vd., **a.g.e.**, s. 357; İçel, **GH**, s. 411.

¹¹⁰³ Gültekin Diken, **a.g.e.**, s. 303-4; Özen, **GH**, s. 615; Öztürk, Erdem, **GH**, s. 305; Dönmezer, Erman, **Cilt:II**, 1997, s. 140; Hakeri, **GH**, s. 417-9.

hareket etmediğinin kabul edileceği, ya da taksirle hareket etmiş gibi ceza alması gerektiğidir. Bir diğer ifadeyle, savunmaya yönelik davranışın amacı saldırıdan kurtulmak ise âdeta ortada kast yokmuş gibi yorum yapılmaktadır.¹¹⁰⁴

Öğretide çoğunluk tarafından taksirli aşım verilecek örneklerin aslında savunma amacına matuf kasten aşım olduğunu ve sırf faildeki saik nedeniyle kastın taksire indirgenir şekilde yorumlandığını gözlemlemek mümkündür. Nitekim zaten söz konusu çoğunluk görüşün, kast veya taksirle aşım tabirlerini sınır mefhumuna hasrettiği, bu noktada failin tipik suç bakımından manevi unsurdan ayrı değerlendirme yapıldığı, eylemin ‘taksirle işlenmiş sayılması’ gerektiği ifadelerinden de anlaşılmaktadır.¹¹⁰⁵

Örneğin *Birtek*, kendini savunurken saldırıyı aşırı şekilde yaralamayı taksirli aşım örnek vermektedir.¹¹⁰⁶ Keza *İnci* de, orantısızlığın vasıtada olduğunu izah sadedinde önce havaya uyarı ateşi yapılması gereken hallerde doğrudan mağdurun hedef alınmasını ve yumrukla saldırıyı yapanın ateş edilerek savuşturulmasını örnek getirmektedir.¹¹⁰⁷ Özetle failin gereğinden fazla savunmada bulunduğu tüm haller tipe dair manevi unsura bakılmaksızın taksirle sınırın aşılması addedilmektedir.¹¹⁰⁸ Görüş aslında failin sınırı bilinçli olarak, yani sınırı aştığını bilerek ve isteyerek aşmasını kasten aşım olarak tanımlamaktadır.¹¹⁰⁹

Kastın bu şekilde taksire indirgeneceği görüşü bazı yazarlarca o kadar benimsenmektedir ki, TCK md. 30/3’ü değerlendirirken *Güngör*, madem md. 27/1, sınırın aşılması hallerinde failin taksirle cezalandırılmasını öngörmektedir, o takdirde hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata eden failin de suçun

¹¹⁰⁴ Bkz. Özbek vd., **a.g.e.**, s. 357; Keçeligil, **a.g.m.**, s. 389-90.

¹¹⁰⁵ Yazarlara göre örneğin araçlarda oranı aşan failin, hukuka uygunluk nedeni ekseninde işlediği kastlı suçlar ‘taksirle işlenmiş sayılacak’tır. Bkz. Dönmezer, Erman, **II**, s. 382, İçel, **GH**, s. 414.; Keçeligil, **a.g.m.**, s. 396.

¹¹⁰⁶ *Birtek*, **a.g.e.**, s. 247.

¹¹⁰⁷ *İnci*, **a.g.m.**, s. 120.

¹¹⁰⁸ Keçeligil, **a.g.m.**, s. 391.

¹¹⁰⁹ Toroslu, Toroslu, **GH**, s. 196; Zafer, **GH**, s. 322; Yokuş Sevük, **a.g.m.**, s. 123. Bu ifadenin barındırdığı tehlike kendi doğruluğunda değil, mefhumu muhalifinin, bilmeden aşım halinde kastın mevcut olmayacağı şeklinde çıkarıma müsait olmasıdır.

kastlı versiyonundan cezalandırılmasının adil olmayacağını ileri sürmektedir.¹¹¹⁰ Yazar burada açıkça, kaçınılabılır hatada failin artık kastından sorumlu tutulamaması gereğine dair görüşüne, md. 27/1'nin özünde kasten hareket eden faili orandaki dikkatsizliği yüzünden yalnız taksirinden cezalandırdığını gerekçe yapmaktadır.

Bu yönde bir başka görüş de, sınırı kasten veya taksirle aşma ile suçun manevi unsuru arasında ilişki kurulamayacağını ifade etmektedir.¹¹¹¹ Buna göre manevi unsur bakımından hareket ve neticeyi bilme ve isteme, sınırı taksirle aşan failde de vardır. Söz konusu görüş açıkça, TCK md. 27/1 çerçevesinde sınır aşan failin tipik suç bakımından kasten hareket ettiğini, buradaki taksirin sınır bakımından okunması gerektiğini ve kendini savunarak kastlı davranan, ancak dikkatli davranıyorsa aşım yapmayacaktı denilebilen failin de sınırı taksirle aştığını belirtmektedir.¹¹¹² Yalnız bu fail, alelade kasten suç işleyen faile göre cezaya daha az müstehak olduğundan, cezasında indirim yapılmaktadır.¹¹¹³

Tezcan ve Erdem de, kavramlar teknik anlamlarıyla okunursa, örneğin bir atışla saldırının bertaraf edilebilmesi kabil olaylarda bir kaç atış yapan ve böylece manevi unsur bakımından kasten hareket eden failin bu fıkradan yararlanamayacağını ve bunun adil olmayacağını vurgulayarak madde metninde kast ve taksir kelimelerine başvurmaksızın genel olarak sınır aşan her failin indirimden yararlandırılması gerektiğini ifade ederler.¹¹¹⁴

Neden kastlı hareket eden faile taksir hükmünden ceza verip akabinde ilk fıkra gereği indirim yapıldığına dair izahata ise *Gökcan ve Artuç*, hazırladıkları TCK Şerhi'nde yer vermiştir. Buna göre, eğer ilk fıkra sadece taksirle işlenen suçlara hasredilse uygulama imkanı bulamayacaktır. Failler de hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde örneğin savunma veya rıza gereği davranma ya da kanun hükmünü yerine getirme bilinç ve iradesi ile ancak kasten hareket etmektedirler. İşte failler bu kasten hareketlerini ilgili hukuka uygunluk nedeninin oran ilkesine uydurmakla da

¹¹¹⁰ Güngör, **a.g.e.**, s. 72.

¹¹¹¹ Uruşak, **a.g.e.**, s. 215.

¹¹¹² Öztürk, Erdem, **GH**, s. 305.

¹¹¹³ Uruşak, **a.g.e.**, s. 215.

¹¹¹⁴ Tezcan, Erdem, **a.g.m.**, s. 344-5.

yükümlüdürler. Dolayısıyla, tepkisinin boyutunda özenli davranmayan fail sonucu ya öngörmemiş ya da istememiş olacak ve dolayısıyla bu bakımdan taksirli hareket ettiğini kabul etmek gerekecektir. Benzer şekilde, oranlı hareket etmemek failin dikkatsizliği değil bilinci ile gerçekleşmişse bu kez kasten sınır aşmış sayılmalıdır.¹¹¹⁵ Görüldüğü gibi aslında yazarlar da çoğunluk gibi kasten aşma yasağını amaçta aşma olarak yorumlamaktadır. Ancak oranlı davranmak noktasındaki dikkat ve özene riayetsizliği taksir olarak yorumlamışlardır.

Öte yandan, *Topçu*, söz konusu TCK md. 27/1 düzenlemesinin, tipik olarak kasten hareket etse de, sınırı bilerek değil, dikkatsizlikle aşmış failleri kastlı tam ceza ile cezalandırmanın hakkaniyete uygun olmayacağı düşüncesi ile getirildiğini ifade etmektedir.¹¹¹⁶

Kimi görüşler ise, doğrudan ‘amaçta aşma’ ifadesine başvurmuştur.¹¹¹⁷ Örneğin, şüpheliyi yakalayıp getirmek üzere görevlendirilmiş polis memurunun yakaladıktan sonra onu dövmesinde artık amaç hukuka uygun davranmak olmadığından, TCK md. 27/1 uygulanamaz.¹¹¹⁸

Son olarak azınlıkta kalan fikirlere değinmek gerekirse; bir görüş TCK md. 27/1’in yeniden düzenlenerek kastlı aşımın da buna dahil edilmesinin önerirken¹¹¹⁹, bir diğeri sınır aşımının amaçta aşmayı da kapsadığını ileri sürmektedir.¹¹²⁰ Görüşüne iştirak ettiğimiz *Tulay* ise, kastın kapsamının hukuka uygunluk nedenlerinin değil, tipin unsurlarını kapsaması gerektiğini ifade eder.¹¹²¹

Yargıtay’ın da, her ne kadar içtihadı yeknesak olmasa da, kasten aşımı yalnız ‘amaçta aşım’ olarak okuduğu ve manevi unsur bakımından kasten hareket etse de,

¹¹¹⁵ Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 801.

¹¹¹⁶ Topçu, **a.g.e.**, s. 732.

¹¹¹⁷ İçel, **GH**, s. 411; Soyaslan, **GH**, s. 403; Güler, **a.g.e.**, s. 104; Parlar, Hatipoğlu, **TCK**, s. 488; Özbek, **İzmir Şerhi**, s. 481.

¹¹¹⁸ Savaşçı Temiz, **a.g.e.**, s. 206; Dönmezer, Erman, **II**, s. 382.

¹¹¹⁹ Ersan Şen, Ertekin Aksüt, “TCK md. 27 kapsamında Sınırın Aşılması ve Haksız Tahrik”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 113, Ocak 2016, s. 123.

¹¹²⁰ Kan, **a.g.e.**, s. 292-3.

¹¹²¹ Tulay, **a.g.m.**, s. 3184.

failin ölçüde dikkatsizlik göstererek bir nevi ‘sınırı taksirle aştığı’ hallerde fıkrayı uyguladığını görmek mümkündür. Örneğin bir davada hayati olmayan bölgelere ateş edilme imkanı olan ve bunun saldırıyı engellemek bakımından yeterli olacağı olayda sanığın maktülün göğsünü hedef almasında, TCK md. 27/1’i uygulanmış ve taksirli öldürmeden alacağı cezanın indirilmesi gerektiğine karar verilmiştir.¹¹²² Bir diğerinde, polisin maktulün kafasını isabet aldığı olayda kastının varlığı sabit olmadığından sınırı taksirle aştığına hükmedilmiştir.¹¹²³

Bir başka olayda ise, kendisine saldırıda bulunana karşı daha az atış yeterli olacakken arka arkaya altı el ateş eden sanık, ‘kast olmaksızın’ sınırı aştığı için md. 27/1 delaleti ile md. 85’den yararlandırılmıştır.¹¹²⁴ Bu ve benzer kararlarında Yüksek Mahkeme’nin de ‘amaçta aşma’ söz konusu olmadığı sürece hükmü uygulamak yönünde eğilim gösterdiğini ifade etmek mümkündür.¹¹²⁵

Ancak çoğunluk kararları bakımından bir değerlendirme yapmak gerekirse, Yargıtay’ın, öğretideki baskın görüşün aksi yönünde kanaat geliştirdiğini ve kanunun lafzından yola çıkarak maddeyi dar biçimde yorumladığını belirtmek gerekir.^{1126 1127} Buna örnek bir kararında, kastı amaçtan bağımsız okumuş ve

¹¹²² Y. 1. C.D., T. 19.2.2014, E. 2013/5103, K. 2014/898.

¹¹²³ Y. 1. C.D., T. 18.6.1981, 199/419.

¹¹²⁴ Y. 1. C.D., T. 30.5.2007, E. 2006/5834, K. 2007/4280. Aynı yönde bkz. Y. 1. C.D., T. 6.4.2021, E. 2020/1279, K. 2021/6088. Arka arkaya yapılan atışlarda tartışma kast üzerinden yürütülmemelidir. Tipik yaralama (hatta olaya ve duruma göre öldürme) bakımından failin kastı açıktır. Ya birden fazla atış orantılı sayılarak failin savunması meşru addedilmeli, ya da fail bir atışın yetmeyeceğini düşünerek böyle hareket ediyor ise, hata hükümlerine (TCK md. 30/3) başvurularak gerekli -kusura dayanan- indirimlerden yararlanılmalıdır. Ancak her hâlükârda kast süreceğinden md. 27/1 gündeme gelemez.

¹¹²⁵ Öte yandan, hiç anlam veremediğimiz ve benzerine de rastlamadığımız bir kararında ise, polis memurlarının bir şüpheliyi kovaladığı ve hukuka uygun şekilde silah kullandıkları olayda taksirle öldürme suçunun unsurları gerçekleşmiştir. Yerel mahkeme taksirle öldürme ve TCK md. 27/1 gereği indirim uygulamış ancak Yargıtay, taksirle öldürme yönünden olayı kabul etmesine rağmen, açıkça “(t)aksirli suçlarda uygulanma olanağı bulunmayan TCK’nın 27. maddesinin sanık hakkında uygulanması(nı)” kanuna aykırı bularak kararı bozmuştur. (Bkz. Y. 12. C.D., T. 30.6.2016, E. 2015/13169, K. 2016/11050) Aynı kararında özellikle de kasten işlenen suçlarda uygulanmadığını vurgulamasını da beraber düşünerek, üstelik son derece de yakın tarihli olan bu dosyada Yargıtay’ın fıkranın uygulama alanını âdeti taksiri de dışlayarak, yalnız kasten ancak amaçta aşma hali ile sınırlı tuttuğunu hayret içinde izlemekteyiz.

¹¹²⁶ Y. C.G.K., T. 31.3.2009, E. 2008/1-201, K. 2009/81; Y. C.G.K., T. 31.3.2009, E. 2008/201, K. 2009/81; Y. C.G.K., T. 5.10.2010, E. 2010/1-170, K. 2010/182; Y. C.G.K., T. 28.5.2013, E. 2012/1286, K. 2013/264; Y. C.G.K., T. 6.5.2014, E. 2012/1557, K. 2014/233; Y. C.G.K., T. 13.10.2015, E. 2013/208, K. 2015/314.

hırsızlık yaparken suçüstü görülen ve akabinde kaçan zanlıyı yakalamak amacıyla aracına ateş edilmesinde failin sınırı kasten aşmasından sebep, TCK md. 27/1'i uygulamayı reddetmiştir.¹¹²⁸ Yargıtay'ın genel uygulaması kasten aşımı gördüğü hallerde md. 27/1'in uygulanamayacağını belirtip md. 27/2 incelemesine geçmesidir.¹¹²⁹

Kanaatimiz de, 'kast olmaksızın' ifadesinin sınırın ötesindeki tipik fiile dair kast olarak anlaşılması gerektiği, bunun evleviyetle amaçta aşmaları da kapsayacağı ancak bununla sınırlı olmayacağı yönündedir. Nitekim 'kast' ceza kanunlarında tanımlanmış teknik anlama sahip bir kavram olup, bir suç tipini betimlemeyen 'hukuka uygunluk nedenlerinin sınırının aşılması' eyleminin kasten icra edilmiş olup olmadığını tespit, hukuken mümkün ve yerinde değildir. Kaldı ki buna gerek de yoktur.

Yakalama için emir alan kolluğun mağduru dövmesinde amaçta aşma vardır denilerek verilen zahmetsiz bir örnek üzerinden her ne kadar her amaçta aşma kasten aşmaysa da¹¹³⁰, cinsel saldırıya uğrayan kadının saldırganın bacağı yerine göğsüne bıçak saplaması örneğinde olduğu gibi her kasten aşma muhakkak amaçta aşma anlamına gelmez. Fail hâlâ savunma amacıyla hareket ettiğinden, amaçta aşma olmayan halleri kasten aşımından dışlamak TCK md. 27/1'i kanun koyucunun amacından daha geniş uygulamaya götürecektir. Dolayısıyla kasten aşmayı tespit için amaç incelemesi yapılması isabetsizdir.

Failin savunma iradesi ile hareket etmesi, kastı taksir yapmaz. Kast, tanımı ve fonksiyonu gereği, herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin ölçülülük ilkesinin

¹¹²⁷ Öğretide Ünver de, hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde kasten hareket eden kişinin taksirle sınırı aşmasında taksirli suçtan cezalandırma yapmanın yanlış olacağını belirterek, *kanımızca* kastın taksire indirgenmesi fikrine karşı çıkmaktadır. Bkz., Ünver, "Kusurluluk", s. 60.

¹¹²⁸ Y. 1. C.D., T. 18.5.2011, E. 2010/7262, K. 2011/3239. Aynı yönde bkz., Y. 1. C.D., T. 6.4.2011, E. 2010/6134, K. 2011/2092.

¹¹²⁹ Y. C.G.K., T. 5.10.2010, E. 2010/1-170, K. 2010/182; Y. C.G.K., T. 28.5.2013, E. 2012/1286, K. 2013/264; Y. C.G.K., T. 6.5.2014, E. 2012/1557, K. 2014/233; Y. C.G.K., T. 13.10.2015, E. 2013/208, K. 2015/314.

¹¹³⁰ Günel, *a.g.e.*, s. 165; Akman, *a.g.e.*, s. 258.

bilinmesi veya buna riayet edilmesinin istenmesini kapsamaz.¹¹³¹ Kast ancak, o hukuka uygunluk nedeni içerisinde davranan failin işlediği suçun tipik unsurlarına yönelik olabilir. Aksi durum, ‘kendini saldırıdan kurtarmak için’¹¹³² gerçekleştirilen fiilleri, bunlar amaçta aşma olmayacağından, kastlı da olsa TCK md. 27/1’den yararlandırmak sonucuna götürür. Bu da her orantısız savunmada md. 27/1’in otomatik uygulanmasına sebep olacaktır ki bu durum, hukuka uygunluk nedenlerinin ‘ölçülülük’ şartı içermesini anlamsız kılacaktır.

Çoğunluk görüşü takip edilirse, failin aracı en hafif olarak seçmediği her olayda, TCK md. 27/1 açıkça kasten aşımaları dışlamasına rağmen, kasten yapılmış bir hareket, md. 21’deki tanım âdetâ göz ardı edilerek, kanuni bir gerekçeye dayanmaksızın taksire indirgenecektir. Kanun koyucunun özellikle de teknik anlamı olan bir tabiri, kanunun farklı yerlerinde farklı anlamlara gelecek şekilde kullandığına inanmak için elde haklı bir sebep yoktur. Bunun da ötesinde, sınır aşmadaki kast ve taksir tabirlerinin manevi unsurlarla alakası olmadığı yönündeki iddia, kanun lafzından çıkan bir anlamı değil, hükmün yorumlanmasıyla varılan bir görüşü ifade eder.

‘Amaçta aşma’ ifadesinden anlaşılan aslında savunma iradesi olmaksızın aşmadır. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere, savunma iradesi hukuka uygunluk nedenlerinin bir şartı olmadığı gibi, haksızlık bilinci de kastın bir unsuru değildir. Dolayısıyla haksızlık bilinci olsun ya da olmasın, yani savunma iradesiyle veya olmaksızın hareket eden failin kastı etkilenmez. Hasılı fail, savunma iradesi mevcut dahi olsa, bir diğer söylemle haksızlık bilinci eksik de olsa, hâlâ kasten hareket etmektedir. TCK md. 27/1 ise açıkça kasten aşımı – tamamını – uygulama alanından dışlamaktadır.

Bundan başka, sınırı bilmeyerek aşan faillerin bilerek aşan faillerden daha az cezalandırılması gerektiği düşünülüyorsa, burada yapılması gereken konuyu TCK

¹¹³¹ Kast ve taksir hukuka uygunluk nedenlerinin şartlarına dair olmayıp, yalnızca tipe ilişkin unsurlar bakımından araştırılırlar. Aynı yönde bkz., Kunter, **a.g.e.**, s. 152; Önder, **GH**, s. 159; Dönmezer, Erman, **II**, s. 257; İçel, **GH**, s. 325; Zafer, **GH**, s. 325; Katoğlu, **a.g.e.**, s. 87-8.

¹¹³² Özbek, **İzmir Şerhi**, s. 481.

md. 27/1 alanına dahil etmeye çalışmak değil, hata hükümlerini uygulamaktır. Failin sınırda hatası mevcutsa ve bu kaçınılmazsa zaten md. 30/3 gereği cezası ortadan kaldırılır. Hatası kaçınılabiliirse failin kastı kalkmadığından, taksirli suçlara uygulanabilecek olan md. 27/1 hükmü uygulanmaz.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatanın kastı kaldırdığı iddiasında olan görüş, kendi içinde tutarlı olarak bu hallerde failin taksirle hareket ettiğini savunarak fıkradaki indirimi uygulayabilir. Ancak bu durumda, özünde kasten davranan fail zaten taksirli suçun cezasını almışken bir de bundan indirim yapmak, özellikle de adi bir taksirli suç işleyen, ya da ilgili hukuka uygunluk nedeninin sınırını gerçekten de taksirle aşan faillere karşı, *kanımızca* son derece hakkaniyetsiz olacaktır.

Örneğin silahlı bir operasyonda kolluk görevlisinin ‘araçta’ yeterli özeni göstermeyerek ancak tipik olarak kasten yaralama işlediği bir halde, bu fiilin manevi unsurunun önce taksire indirgenip ardından bir de bunun cezasından da indirim yapılması adalete aykırı olur.

Nitekim, öğretide fıkranın aslında tipik suçun kasten işlendiği ancak sınırın dikkatsizlikle aşıldığında uygulanacağını ifade eden görüş dahi, örneğin kasten öldürme işlemiş failin TCK md. 85’den sorumlu tutulup bunun üstünden indirim yapılmasını hakkaniyetli bulmamakta ve bunun yerine kanunun doğrudan ilgili suçun cezasından indirim yapılabileceği şeklinde yeniden düzenlenmesini önermektedir.¹¹³³ Özellikle de ilgili suçun taksirli halinin kanunla öngörülmediği hallerde kasten bir suç işlemiş fail tamamen cezasız bırakılmaktadır ki bu da kabul edilemez.¹¹³⁴

¹¹³³ Topçu, *a.g.e.*, s. 733.

¹¹³⁴ Aynı yönde bkz., Ünver, “Kusurluluk”, s. 60: “Bu hüküm karşısında öncelikle sınır aşıl原因 olarak işlenen eylemin kastlı veya taksirli olup olmadığı göz ardı edilerek ve somut olaydan uzaklaşılarak, genel olarak kanunda o eylemin taksirle işlendiğinde cezalandırılıp cezalandırılmadığına sonuç bağlanmaktadır. (...) Diğer taraftan kastlı bir eylem, hukuka uygunluk nedeni içerisinde gerçekleştirilirken sınır taksirle aşılmış ise bu madde metnine göre o eylemin kasten gerçekleştirildiği (taksirle sınırın aşılmaması bununla karıştırmamak gerekir) taksirle işlendiğinde hangi suç tipine vücut vereceği tespit edilerek o taksirli suçun cezasının indirilerek verilmesi kastlı bir eyleme taksirli bir suçun cezasını vermek anlamını taşır ki yerinde değildir. (...) Kaldı ki, sırf kanun koyucunun o

Kasten aşım çoğunluk görüşü gibi okunmaz ve araçta aşım yapılan her halde hükme başvurulmazsa, TCK md. 27/1'in son derece nadir uygulanabileceği iddiası da isabetsizdir. Her şeyden önce bir hükmün uygulama alanının dar olması, onun kanun koyucunun iradesi aleyhine genişletilmesine gerekçe olamaz. Öte yandan zaten düzenleme amacının tam da bu nadir meydana gelme ihtimaliyle alakalı olduğu kanaatindeyiz.

Kanun koyucunun her zaman değil, sadece istisnaen cezalandırmayı tercih ettiği taksirli hareketler, bir de bir hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde meydana gelirse, haksızlık azalması cezada indirimi gerektirir. Fıkra, kastlı fiilin haksızlığını azaltan bir etken göstermez. Kaldı ki gerek meşru savunma gerekse görevin ifasında silah kullanmada sapma fiilleri, dikkatsizlikle öldürme ve yaralamalar azımsanmayacak sayıda olduğu gibi, tıp hukuku alanındaki *malpraktisler* de göz önüne alındığında hükmün uygulama alanının çok nadir olduğu da iddia edilemez.

Her ne kadar eski kanundaki maddenin manevi unsura dair kayıt içermemesi nedeniyle içtihatla kasten aşım halinde de madde uygulanmaktaysa da, ETCK 50. madde gereği ceza indirimi failin kasten işlediği suçun cezası üzerinde tayin edilmekteydi.¹¹³⁵ Oysa bugün cezanın taksirli suç üzerinden tayin edilmesi önceki kanun dönemine göre bile daha adaletsiz bir uygulamaya işaret eder.

Öğretide aksi kanaatte olduğumuz çoğunluk görüşünün gelişmesinde madde gerekçesinin katkısı da düşünülebilir. Nitekim “*saldırımı defetmek için saldırganı öldürmenin şart olmadığını bile bile ve sırf tecavüze uğramış olması fırsatından yararlanarak*” şeklinde ifadeler, sanki kasten aşım ile kastedilenin, amaçta aşım olduğu izlenimini yaratmaktadır. Oysa ‘fırsattan istifade’ diye düşünmese bile failin, o anda bacak mı göğüs mü hesap edemeyip rasgele bıçağı sallamasında da kasten aşım söz konusudur. Dolayısıyla öğretide kasten aşımın sınıra mı yoksa aştıktan

eylemin taksirle gerçekleştirilmesi halini suç olarak düzenlememesi halini hukuka uygunluk alanı dışına (taksir kusur türüyle) taşınmış olsa bile, kişiye bir ceza verilememektedir ve bu kabul edilemez.”

¹¹³⁵ Topçu, **a.g.e.**, s. 684.

sonraki suçun manevi unsuruna mı işaret ettiğine dair tartışmaya biraz da bu kolayca kaçarak kaleme alınmış gerekçenin neden olduğu düşüncesindeyiz.¹¹³⁶

TCK md. 27/1, eğer hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde hareket etme amacıyla ve kasten işlenen sınır aşan tüm fiilleri taksire indirgemek için getirilmiş olsaydı hükmün, “*Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın aşılması halinde, fail kasten hareket etmiş sayılmaz, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altıda birinden üçte birine kadar indirilerek hükmolunur*” şeklinde düzenlenmesi gerekirdi. Kaldı ki bu hal, hukuka uygunluk nedenlerini hakkaniyete aykırı olarak genişletir ve oran ilkesini anlamsız kılar.

2.4.1.3. Farkında Olmadan Aşma Meselesi

Öğretide İba, TCK md. 27/1’i hukuka uygunluk nedenlerinde hatanın bir görünümü olarak ele almaktadır. Ancak bunun yanında, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatanın kastı değil yalnızca kusuru kaldırdığına dayanan katı kusur teorisine taraftardır.¹¹³⁷ Yazara göre maddedeki ‘kast’ aslında günlük dildeki anlamıyla ‘farkında olarak’ manasında kullanılmış, ‘taksir’ ise yalnızca ilgili hata halinde cezalandırmanın hangi hükümlerden yapılacağına dair bir ölçü ifadesi olarak ele alınmıştır.¹¹³⁸ Yani fıkarda kast ve taksir, haksızlığın subjektif unsurları olarak ceza hukukundaki teknik anlamları ile kullanılmamıştır.¹¹³⁹ Bunun için şu gerekçeleri getirmektedir:

1. Kastın kapsamı nedir sorusuna öncelikle yanıt aranmalıdır. Yanıt ya kanunda ya da teorik tartışmalarda bulunabilir. TCK 21. maddeye göre kapsam yalnızca suçun tipe dair unsurlarıdır. Bir hukuka uygunluk nedeninin sınırı da başlı başına bir suç olmadığına ve hukuka uygunluk nedenlerinin şartları kast kapsamında

¹¹³⁶ Gerekçenin inandırıcı ve gerçekçi olmayan bir örneği temel aldığı ve meşru savunmanın normalde bir fırsat olarak düşünülmemeyeceğine dair eleştiri için bkz., Bayraktar, **a.g.m.**, s. 22.

¹¹³⁷ Hasan İba, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Unsurlarında Hata”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Erzincan, Aralık 2022, s. 309 vd.

¹¹³⁸ İba, **a.g.m.**, s. 642 vd.

¹¹³⁹ İba, **a.g.m.**, s. 642 vd.

olmadığına göre demek ki md. 27/1 de yer verilen kast, teknik manada kast olamaz.¹¹⁴⁰

2. Ayrıca TCK md. 27/1'deki 'kast' ifadesinin md. 21 ve md. 30/1'deki kastla aynı anlama gelmesi, ancak ve ancak hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarının da kast kapsamında olduğunun kabulü ile mümkündür.¹¹⁴¹

Kanaatimizce, hukuka uygunluk nedenlerinin şartlarının kast kapsamında olmadığı doğru olmakla birlikte, hükmün bu şekilde okunmasını yerinde değildir. Şöyle ki, hükümde geçen kast ceza hukuku anlamında haksızlığın sübjektif unsuru olan ve TCK md. 21'de tanımlanan kasttır. Söz konusu hüküm, belirli bir suç işlenmesi halinde bu suçun cezasından indirim önermektedir. Ortada bir suç ve ceza vardır ki kanun indirim önerebilmektedir.

İşte hükümdeki kast ve taksir tabirleri bu suça izafe edilmelidir. Yoksa sınıra değil. Tam da bu sebeple kast kelimesi 'farkında olmak' şeklinde okunamaz. Sınır farkında olmadan da aşılsa, ilgili suç kasten işlenmişse hükümden yararlanılamaz. Fail burada sadece kendini savunmak amacıyla ancak (ittirmek yetecekken bunu fark etmeyerek bıçak saplayan kişi) hâlâ kasten hareket etmektedir.

Üstelik *İba* da katı kusur teorisine taraftar olup hukuka uygunluk nedenlerinin şartlarında yanılan failin kastının kalkmayacağını kabul eder. Hem yanılmanın kastı kaldırmadığı kabul edilip hem de fıkrayı bir yanılma düzenlemesi olarak ele almak için elbetteki hükümdeki kasta olduğundan başka anlam yüklemek gerekecektir. Hasılı *kanaatimizce* yazar, hükmü teorize etmemiş, bilakis kendi teorisine uydurarak yorumlamıştır. Hükme hata değerlendirmesi yapılmış, ardından bir hata düzenlemesi addedilen hükümdeki 'kast' kavramının, ceza hukuku kastı olamayacağı düşüncesiyle tersten bir argümantasyon kurulmuştur. Değerlendirmenin kendisi aynı değerlendirme için gerekçe olamaz. Zira hükmü hata düzenlemesi olarak ele alıp, hatanın kastı kaldırdığını kabul ettiği için buradaki kastı tam da teknik anlamıyla

¹¹⁴⁰ *İba*, a.g.m., s. 644; 647-9.

¹¹⁴¹ *İba*, a.g.m., s. 646 vd.

kabul eden görüş de mevcuttur.¹¹⁴² Kaldı ki *kanımızca* bu yönden bu ikinci görüş daha tutarlıdır

Buna ek olarak, fıkra ve içinde geçen tabirler, her şeyden önce tüm hukuki temellendirmeden bağımsız ele alınmalıdır ve böylece hukuki temele ulaşılmalıdır. Oysa yazar, suçun negatif unsurları ve hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurları değerlendirmesi de yapar ve bunları reddettiği için de bir kez daha hükümdeki kastın ceza hukuku kastı olmadığı sonucuna varır.¹¹⁴³ Hukuki temeli en baştan kesin şekilde belirledikten sonra, elbette hükümde geçen kasta ‘farkında olmak’ anlamını vermek zorunda kalınmasına ve bütün değerlendirmelerin aynı sonuca çıkmasına şaşdırmamak gerekir.

Öte yandan şöyle çelişki de gündeme gelmektedir: katı kusur teorisi benimsendiği için hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında kaçınılabilir olarak yanılan failin kastı kalkmayacaktır ve taksirli değil, kastlı suçun cezasını alması gerekecektir. Dolayısıyla TCK md. 27/1’e göre sınırdan, -yani yazara göre sadece oranda¹¹⁴⁴ - yanılan failin kastı sürmesine rağmen kusuru öyle azalacaktır ki, taksirli suçun cezasından altıda birden üçte birine kadar da indirilecektir. Bir hukuka uygunluk nedeninin diğer şartlarından birinde hata ile oranda hata arasında birini kastlı suçun, diğerini ise taksirli suçun dahi indirimli cezasından sorumlu tutacak kadar hakkaniyetsiz bir ayırım yapmanın hukuki gerekçesi ne olabilir?

Her şeyden önce TCK md. 21’de kastı tanımlayan kanun koyucunun bu tanımlara yer verdikten sonra 27. maddede bu tabire ceza hukuku anlamıyla değil, günlük dildeki karşılığıyla ele aldığına inanmak bakımından kanunda haklı bir gerekçe yoktur. Kanun koyucunun kavram tercihlerini bilinçli yaptığını ve aynı kavramı kanun boyunca aynı anlamda kullandığını esas almak gerekmektedir.¹¹⁴⁵

¹¹⁴² Bkz. Koca, Üzülmüş, *GH*, s. 307 vd.; Koca, Üzülmüş, *a.g.m.*, s. 47-8.

¹¹⁴³ İba, *a.g.m.*, s. 646.

¹¹⁴⁴ İba, *a.g.m.*, s. 660.

¹¹⁴⁵ “... kanun koyucunun kavram kullanımında bilinçsiz bir tercihte bulunmayacağı ve bir kavramı gelişi güzel değil aynı anlama gelecek şekilde kullanması asıldır.” Bkz. Erdin, *a.g.e.*, s. 307. Özellikle de sözünü ettiğimiz kavramlar bir başka hükümde tanımı verilmiş ve ceza hukukunun çekirdeğinde yer alan kast ve taksir gibi çok teknik kavramlarsa bu ilke evleviyetle geçerli olmalıdır kanaatindeyiz.

Nitekim hükmün pekâlâ, ‘bilmeyerek’ veya ‘farkında olmayarak’ ve hatta ‘kaçınılabılır’ aşma şeklinde de düzenlenmesi mümkündür. Ayrıca hükümde ‘kast olmaksızın’ ifadesinin hemen ardından fiilin taksirli halinin de cezalandırılabilir olması yer almaktadır. Bu ifadelere böyle peş peşe yer verilmesi de sübjektif haksızlık unsurları olarak ele alındıklarını göstermektedir. Hasılı, hem madde lafzını hem de 765 sayılı TCK’daki 50. madde hükmünü kastı elimine ederek güncellemek şeklinde bir amaçla maddenin kaleme alındığını, yani hükmün tarihsel gelişimini göz önünde bulundurduğumuzda maddedeki kastın apaçık ‘kast’ olduğunu kabul etmek gerekir.

2.4.2. Sınırın Taksirle Aşılması

5237 sayılı TCK sınırın aşılmasını sadece taksirle mümkün görmüş ve 765 sayılı Kanun’un hakime tanıdığı kast veya taksirine göre belirlenen hayli geniş takdir yetkisini de son derece daraltmıştır.¹¹⁴⁶ Kanunun manevi unsura ilişkin sınırlama yapmadığı dönemde dahi öğretide kasten aşımarda indirim uygulanmaması önerilirken¹¹⁴⁷, bugünkü TCK açıkça ‘kast olmaksızın’ demesine rağmen, hâlâ kastı sınıra hasredip amaçta aşım dışı maddeyi uygulamak kanun koyucunun iradesi aleyhine maddenin geniş yorumlanması anlamına gelecektir. Dolayısıyla fıkranın tek uygulama alanı olan taksirli aşımın ne olduğunu doğru tanımlamak gerekmektedir.

Önemle vurgulamak gerekmektedir ki, bir olayda kastın yokluğunun tespiti, otomatik olarak taksirin varlığına işaret etmez. Kast ve taksir birbirinin derecelendirilmiş halleri olmayıp, taksir kendi başına tamamen başka (*aluid*) bir mefhumdur.¹¹⁴⁸ Kastın yokluğunda ona ikame olamayacağından, taksirin şartlarının ayrıca araştırılması gerekir.¹¹⁴⁹

¹¹⁴⁶ Şen, Aksüt, **a.g.m.**, s. 123.

¹¹⁴⁷ Ayrıca o dönemin Askeri Yargıtay Daireleri Kurulu, 8.1.1971 tarih ve 5/2 sayılı kararında açık seçik “*Sınır kasten aşıldığında, TCK m.50 tatbik edilemez*” ifadesine yer vermiştir. Önder, **a.g.e.**, s. 265; Erem, **TCK Şerhi**, s. 386; Toroslu, **Zaruret**, s. 162-3; Dönmezer, Erman, **II**, s. 379.

¹¹⁴⁸ Heinrich, **II**, para. 984; Keçelioğlu, **Taksir**, s. 35-7.

¹¹⁴⁹ Keçelioğlu, **Taksir**, s. 38. Ancak ceza mahkemelerinin failin kastı mı taksiri mi olduğu noktasında düştüğü şüpheyi *in dubio pro reo* ilkesine dayanarak taksir lehine çözmelerinde bu yönde

Bugün, yapısı ve sonuçları itibariyle hâlâ üzerinde mütabakata varılamamış bir başlık olarak taksir¹¹⁵⁰, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak failin, öngörmesi gereken neticeyi öngöremeyerek haksızlığın gerçekleşmesine neden olmasıdır.¹¹⁵¹ Öğretide bazı görüşlere göre, dikkat ve özen yükümlülüğünün varlığı, başlı başına neticenin öngörülebilir olduğunu da ortaya koymaktaysa da¹¹⁵², biz iki unsurun her olayda ayrı ayrı aranması gerektiğinden yanayız.

Burada şu belirleme de yapılmalıdır ki, bir neticenin öngörülemez olması o neticenin kaçınılmaz olduğunu da gösterir ve tek başına failin taksiri olmadığını tespiti yeterlidir. Ancak netice öngörülebilir ise bu tek başına taksirin varlığına yetmez, ayrıca özen yükümlülüğüne riayete de bakılmalıdır. Bir netice öngörülebilir olduğu halde ne kadar özen gösterilse de kaçınılamıyorsa, yine taksirden söz edilemez.¹¹⁵³ Zira taksir, hem özensizlik hem öngörülebilirliğin beraber varlığını gerektirir.

Öğretide ağırlıklı olarak hem dikkat ve özen yükümlülüğünün hem de öngörülebilirliğin objektif kriterlerce tespit edileceği savunulmaktadır.¹¹⁵⁴ Bir yandan özen yükümlülüğünün tamamen objektif kriterde olduğu, haksızlığın objektif yönüne işaret ederek bu ihlalin zaten kastlı suçlarda da gerçekleştiği ve taksirde asıl incelenmesi gerekenin bu olmadığı savunulurken¹¹⁵⁵, gittikçe yoğunluk kazanan görüşler, özen yükümlülüğünün sağduyulu ortalama bir insana göre değil, söz konusu suçu işleyen failin nitelikleri ile donatılmış model bir ajana göre yapılması

bu iki unsur arasında basamaklandırma yapılmasında sakınca olmadığına dair bkz., Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, **a.g.e.**, §28, kn. 26.

¹¹⁵⁰ Johannes Kaspar, “Grundprobleme der Fahrlässigkeitsdelikte”, **JuS**, 2012, s. 16; Kühl, **a.g.e.**, §17, kn. 7; Alman öğretisinde taksirli suçlarda manevi unsurun mevcut olmadığı, yani taksiri manevi unsur değil, yalnız suçun işleniş şekli olarak gören fikir için bkz, Heinrich, **II**, para. 1018.

¹¹⁵¹ TCK, md. 22/2; Keçelioğlu, **Taksir**, s. 69 vd.

¹¹⁵² Fatih Birtek, “Tibbi Uygulama Hataları Bakımından Taksir - Bilinçli Taksir Ayrımı (Komplikasyon - İzin Verilen Risk Ayrımı Bağlamında)”, **ERÜHFD**, C. X, S. 1, 2015, s. 83; Koca, Üzülmüş, **GH**, s. 214

¹¹⁵³ Bkz. Öztürk, Erdem, **GH**, s. 463

¹¹⁵⁴ Akbulut, **GH**, s. 501; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 435, 443; Özgenç, **GH**, s. 262; Öztürk, Erdem, **GH**, s. 458-60. Dikkat ve özen yükümlülüğünün kaynağını gerek mevzuat gerekse genel hayat tecrübeleri teşkil eder. Bkz., Akbulut, **GH**, s. 502; İçel, **GH**, s. 462; Özbek vd., **a.g.e.**, s. 498; Koca, Üzülmüş, **GH**, s. 207 vd., 213 vd.

¹¹⁵⁵ Akbulut, **GH**, s. 498

gereğini savunmaktadır.¹¹⁵⁶ Nitekim taksirli suçların çeşitliliği karşısında tek bir model ajanla yetinmek de mümkün olmayacaktır.¹¹⁵⁷ Failin özel bilgi ve kabiliyetleri de bu noktada göz önünde bulundurulur.¹¹⁵⁸ Örneğin, uzman bir hekimin meslektaşlarına nazaran bir konuda hususi bilgisinin olması onun özen yükümlülüğünü yukarı çekebilir.¹¹⁵⁹

Keza, öngörülebilirliğinin tespitinin objektif olması gerektiği noktasındaki görüş de hâlâ öğretilde ezici üstünlüktedir. Bu unsur ortalama insana göre olay öncesi (*ex ante*) tespit edilmelidir.¹¹⁶⁰ Buna göre, genel hayat tecrübelerinden çok da sapmayan her neticeyi öngörülebilir addetmek mümkündür.¹¹⁶¹ Öte yandan, kimi görüşler doğrudan model ajan önermesinde bulunmasa da, failin ek bilgi ve yeteneğinin öngörülebilirliğin tespitinde de dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir.¹¹⁶² Örneğin o muhitte oturan ve belirli bir kavşakta hep kazalar olduğunu bilen failden olası bir kazayı öngörmesi beklenecektir.¹¹⁶³

Öğretilde sübjektif görüşten yana fikrini beyan eden *Hakeri*'ye göre, öngörülebilirliğin tespitinde herhangi bir ortalama kişi değil, elbette failin kabiliyetleriyle donanmış kişi baz alınmalıdır.¹¹⁶⁴ Ancak öte yandan, özen yükümlülüğünün sübjektif belirlenmesi kesinlikle hekimin uzmanlığı arttıkça kendisinden beklenen özenin de artacağı şeklinde yorumlanmamalıdır. Pratisyen hekim uzman hekime göre daha az özen göstermekle yetinebilir şeklinde bir çıkarım yapılamaz. İkisinden de beklenen son derece özenli davranışlarıdır. Fark yalnızca,

¹¹⁵⁶ Özenbaş, **a.g.e.**, s. 215-6; Cengiz Topel Çiftçioğlu, "Türk Ceza Hukuku'nda Taksir", **Ankara Barosu Dergisi**, Cilt: 3, 2013, s. 328-9; Toroslu, Toroslu, **GH**, s. 237 vd.

¹¹⁵⁷ Keçelioğlu, **Taksir**, s. 75.

¹¹⁵⁸ Hilgendorf, Valerius, **a.g.e.**, s. 324; Kaspar, "Fahrlässigkeitsdelikte", s. 20; Keçelioğlu, **Taksir**, s. 111.

¹¹⁵⁹ Koca, Üzülmüş, **GH**, s. 208-9.

¹¹⁶⁰ Akbulut, **GH**, s. 501.

¹¹⁶¹ Heinrich, **II**, para. 1013; Nolden, **a.g.m.**, s. 2.

¹¹⁶² Herald Langels, **Strafrecht AT 2, Allgemeine Lehren der Straftat**, 6. Auflage, Bonn, Abels&Langels, 2017, s. 76; Hakeri, **Tıp Ceza**, s. 104; Öztürk, Erdem, **GH**, s. 461; Akbulut, **GH**, s. 501. Aksi yönde bkz., Meraklı, "Kusur", s. 211 vd.

¹¹⁶³ Langels, **AT 2**, s. 76.

¹¹⁶⁴ Hakeri, **Tıp Ceza**, s. 104.

uzman hekimin tıbbi standartları noktasında daha fazla bilgiye sahip olması ve bu bilgisini kullanmasının beklenmesinde ortaya çıkar.¹¹⁶⁵

Taksirin bir de sübjektif yönü olduğunu iddia eden psikolojik kusur görüşü yazarları ise, failden kendi yetenekleri dikkate alınmayarak beklenecek özenin adil olmayacağını ve bu halde ceza normunun ayıplama işlevini yerine getiremeyip anlamsızlaşacağını ileri sürerler.¹¹⁶⁶ Bu ekolün ayrıldığı nokta, zaten taksiri doğrudan kusurun unsuru görmelerinden ötürü, failin kusuruna ilişkin özellikleri de özen yükümlülüğü ve öngörülebilirlik bakımından değerlendirmeye katmalarıdır.

Alman hukukunda ise çoğunluk görüşü, taksirin çifte fonksiyonu öğretisini takip ettiğinden, failin şahsı ile alakalı sübjektif özeni ve öngörülebilirliğin incelenmesini kusur aşamasında gerçekleştirir.¹¹⁶⁷

Kanaatimizce, dikkat ve özen yükümlülüğü ile öngörülebilirliğin objektif tespit edilmesi ile kast edilen, söz konusu kriterlerin kusura dair unsurlardan arınmış şekilde ele alınmasıdır, yoksa haksızlığın kör nedensel illi seri ve faile dair her özelliğin kusur aşamasında ele alındığı pür bir nesnellik aranıyor değildir. Tam da bu sebeple öğretilde bağımsız ve makul üçüncü kişi yerine, failin özelliklerine, bilgi ve yeteneklerine sahip model ajan önerilmektedir.¹¹⁶⁸

Nitekim, öngörülebilirliğin tamamen nesnel olarak tespiti, zaten nedensellik bağı aşamasında, yani haksızlığın maddi unsurları irdelenirken, objektif isnadiyet teorisi çerçevesinde yapılır. Atipik neticelerin elenmesi ve isnad edilmemesi maddi aşamada gerçekleşir. Taksirin unsuru olan ‘objektif öngörülebilirlik’te ise hali

¹¹⁶⁵ Hakeri, **Tıp Ceza**, s. 110.

¹¹⁶⁶ *Hippel*’in görüşü için bkz. Keçelioğlu, **Taksir**, s. 42. Aynı yönde bkz., İçel, **GH**, s. 462.

¹¹⁶⁷ Kaspar, “Fahrlässigkeitsdelikte” (2), s. 116; Susanne Beck, “Fahrlässiger Umgang mit der Fahrlässigkeit! – Teil 1”, **JA**, 2009, s. 114, Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, **a.g.e.**, §12, kn. 66-70. Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §18, kn. 1148; Kühl, **a.g.e.**, §17, kn. 90-2; Rengier, **a.g.e.**, §52, kn. 83 vd.; Heinrich, **II**, para. 1022-4.

¹¹⁶⁸ Çiftçioğlu, “Taksir, s. 328; Gültekin Diken, **a.g.e.**, s. 121; Hakeri, **GH**, s. 233-6; Centel/ Zafer/ Çakmut, **GH**, s. 386-8.

hazırda objektif isnad edilebilen fiillerin, somut olay faili bakımından da öngörülebilir olup olmadığıdır, ki çoğu halde bu iki sonuç örtüşecektir.¹¹⁶⁹

Örneğin bir fail trafikte önünde giden bisikletlinin daha önceden sarhoş olduğunu bilmekte ise, sürüş ve sollama mesafesini arttırarak normale göre daha yüksek özen göstermesinin beklenmesinde¹¹⁷⁰ özen yükümlülüğü yazılı hukuk kuralları ve genel hayat tecrübelerine göre ortaksa bile¹¹⁷¹, öngörülebilirlik ortalama kişiye göre değil, model ajana göre tespit edilmektedir. Keza hayatı boyunca köyünden hiç çıkmamış bir ebeveynin, şehirde bir otomatik kapıya çocuğunu yanlışlıkla sıkıştırıp yaralamasında¹¹⁷², ortalama kişi özensiz davranmış sayılacaksa da, babanın ortalamanın altındaki bilgisi onun neticeyi öngörmesine de set vurmakta ve taksirin subütuna engel teşkil etmektedir.¹¹⁷³

Yargıtay'ın bir kararına konu olmuş olaya benzer bir örnek kurgulayacak olursak, çocuklu bir evde misafir olan failin kullandığı ilacı ortada bırakması ve küçüğün bunu içerek hastalanması veya ölmesi olayında *kanımızca* faile göre yapılan özen ve öngörülebilme değerlendirmeleri gerçekleşmediği için fail neticeden

¹¹⁶⁹ Taksirde dikkat ve özen yükümlülüğünün tamamen objektif ele alınması, ancak öngörülebilirliğin, haksızlığın manevi unsuru olmasından sebep, subjektif olarak tespit edilmesi gerektiği yönünde bkz., Meraklı, **Kusur**, s. 210-20. Ancak yazar, failin üçüncü kişiye nazaran ek bilgi ve yetenekle donandığı özel hallerde özen yükümlülüğünün de faile göre tespitini (s. 216-7) ve objektif özenin tespitinin somut olay özeninde ve objektif öngörülebilirliği objektif özen yükümlülüğünün unsuru addederek bu mefhumlar arasında kurduğu sıkı bağlantı (s. 219-20) ile *kanımızca* aslında ne özen yükümlülüğünü pür nesnel görmekte, ne de taksirin bu iki unsurunu tamamen bağımsız ele alabilmektedir.

¹¹⁷⁰ Örnek için bkz. Meraklı, **Kusur**, s. 217.

¹¹⁷¹ Keyman, **a.g.m.**, s. 79.

¹¹⁷² Detlev Sternberg-Lieben, Frank Schuster, **Strafgesetzbuch: StGB Kommentar**, Yayına Hazırlayanlar: Adolf Schönke, Horst Schröder, 30. Auflage, München, C.H. Beck, 2019, §15, kn. 198.

¹¹⁷³ Meraklı, **Kusur**, s. 218. Nitekim yazar, bizim de iştirak ettiğimiz şekilde, Alman hukukunda verilen örneğin hakim olan taksirin çifte fonksiyonu öğretisi doğrultusunda, babanın bilgisizliğinin subjektif isnad edilebilirlik altında ve taksirin kusur içindeki işlevine has değerlendirilmesini eleştirmektedir. Buna göre, babanın aslında haksızlığı işlediği, yani haksızlık anlamında taksirinin mevcut olup yalnız kusurunun olmadığı ve örneğin bu yüzden güvenlik tedbirine vs maruz kalacağı savunulursa, hukuk devletinde bu adil olmaz. **A.g.e.**, s. 218. Bizim de failin özelliklerinin taksir değerlendirilmesinde dikkate alınmasından kastettiğimiz ve öğretide pek çok yazarın model ajandan anladığı da budur. Failin dikkate alınması ve bir hususun fail tarafından öngörülebilirliğinin araştırılması kusur incelemesini haksızlık aşamasında yapmak demek değil, bilakis, taksirin de bir manevi unsur olmasından sebep failin birey olarak dikkate alınarak, objektif sorumluluğun kabul edilmediği modern ceza hukukuna uygun şekilde hükme varmaktır.

sorumlu tutulamamalıdır.¹¹⁷⁴ Dolayısıyla çifte fonksiyon görüşlerinin aksine biz de, failin zekâ, eğitim, tecrübe, cinsiyet ve sosyal çevreye dayalı özelliklerinin bir manevi unsur olarak taksirin şartlarının teşhisinde göz önünde bulundurulmasını doğru ve gerekli buluyoruz.¹¹⁷⁵

Dolayısıyla özet olarak diyebiliriz ki, eğer bir kriter, failin irade ve algılama yeteneğini etkiliyor ve ilgilendiriyorsa, buna ilişkin yapılacak özen veya öngörme değerlendirmeleri artık kusur kapsamında ele alınmalıdır. Ancak bunun dışında kalan faile ilişkin bilgi ve yetenekler, taksirin de - kabülümüz ve Türk öğretisindeki genel kabule göre - haksızlığın manevi unsuru olması yönünden, taksir değerlendirmesinde pek tabii ele alınabilir. Somut olayda failin kendisinden beklenen özeni yerine getirdiğinde veya neticeyi öngörmesi beklenemediğinde, pekâlâ taksirin yokluğundan suçun oluşmadığı söylenebilecektir.¹¹⁷⁶

2.4.2.1. Taksirli Suçlarda Hukuka Aykırılık

Taksirli suçların kendine has niteliği ve çalışma konusu ile yakından bağlantısı bu suçlarda hukuka aykırılık unsurunun münferit değerlendirilmesini gerektirmiştir. Her şeyden önce ortaya koymak gerekmektedir ki, taksirli suçlarda da, kastlı suçlarda olduğu gibi, tipiklik hukuka aykırılığa karine olmaya devam etmektedir.¹¹⁷⁷ Yani genel kural, hukuka uygunluk nedenlerinin taksirli suçlar bakımından da uygulanabilirliğidir.¹¹⁷⁸

¹¹⁷⁴ Keçelioğlu da, söz konusu sorumsuzluğu failin kusuruna değil, objektif isnadiyetin vuku bulmamasına dayandırmaktadır, bkz. Keçelioğlu, **Taksir**, s. 71. Ancak ilgili kararda Yargıtay sanığın sonucu öngörmesinin onun yaşı, içinde bulunduğu ortam ve sosyal yapısı dikkate alındığında beklenemeyeceğini vurgulayarak, *kanımızca* pür objektif isnadiyet kriterlerine göre değil, sanığı dikkate alan öngörülebilirliğe göre belirleme yapmıştır. Bkz. Y. 9. C.D., T. 5.11.2008, 5242/11946.

¹¹⁷⁵ Aksi yönde bkz. Keçelioğlu, **Taksir**, s. 180.

¹¹⁷⁶ Böylece, özen yükümlülüğünün tespitinde model ajan ya da öngörülebilirliğin sübjektifliği tabirleriyle özetlenen görüşler, failin sorumluluğunu kusur aşamasına gelmeden çok önce, tipiklik basamağında reddetmiş olurlar. Bkz. Kühl, **a.g.e.**, §17, kn. 89.

¹¹⁷⁷ Gültekin Diken, **a.g.e.**, s. 244.

¹¹⁷⁸ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 451; Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 588. Bununla beraber yazarlar, taksir için daha ziyade meşru savunma, hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali ve rızanın söz konusu olabileceğini ifade etmişlerdir. Bkz. **A.g.e.**, s. 589.

Diğer altı çizilmesi gereken önemli husus ise, taksire dair dikkat ve özenin hukuka uygunluk nedeni içerisinde davranan failer bakımından da hâlâ bir yükümlülük olarak mevcudiyetini sürdürmesidir. Yani bir kimsenin hukuka uygunluk çerçevesinde davranıyor olması, onu genel hayat tecrübelerinin belirlediği dikkat yükümlülüğünden muaf kılmaz.¹¹⁷⁹

Türk ve Alman hukuklarında kabul edilen en temel prensip, failin hareketinin kastlı olduğu varsayımında da meşru savunma dahilinde kalacağı hallerde, taksirli fiilin evleviyetle hukuka uygun olacaktır.¹¹⁸⁰ Dolayısıyla taksirli suçların hukuka aykırılık unsuru değerlendirilirken veya somut bir hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde failin taksirli hareketi incelenirken uygulanacak ilk kriter budur.

İkinci basamakta, yani failin taksirli hareketini kasten yapmış olsaydı hukuka uygun olmayacağı hallerde bir değerlendirmeye daha gerek duyulacaktır. Alman hukukunda getirilen belirlemeye göre, eğer failin öngöremediği ve istemediği netice ölçülü savunma hareketine bağlı ve onun âdeti zorunlu bir sonucu olarak meydana gelmiş ise o takdirde onu da hukuka uygun saymak gerekmektedir.¹¹⁸¹ Buna gerekçe olarak meşru savunmada ölçülülük kıstasının netice değil hareket üzerinden yapıldığı, hareketin zaten içinde belirli riskler taşıdığı ve bu tipik risklerden birinin gerçekleşmesine aslında ilgili hukuka uygunluk nedeninin izin verdiği şeklindedir.¹¹⁸²

Örneğin, failin saldırganın bacağına bıçak saplaması ve bunun ölçülü olması halinde, kanama sonucu mağdur ölecek olursa ya da failin saldırganın gerçekten de ayağını veya kolunu hedef aldığı ancak kurşunun sekerek onu göğsünden isabet aldığı olaylarda taksirle öldürme meydana gelmiştir. Yine uyarı amaçlı ateşlenen

¹¹⁷⁹ Heinrich, II, kn. 1039 vd.; Rengier, a.g.e., §52, kn. 74.

¹¹⁸⁰ Bu değerlendirme hipotetik olarak yapılır, bkz., Kühl, a.g.e., § 17, kn. 78; Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, a.g.e., §12, kn. 62 vd. Yazarlar bunu izah ederken ‘çok azı kapsar’ (*a maiore ad minus*) kadim ilkesine de referans vermişlerdir.; Wessels, Beulke, Satzger, a.g.e., §18, kn. 1145; Rengier, a.g.e., §52, kn. 73; Kretschmer, a.g.m., s. 115; Gültekin Diken, a.g.e., s. 246; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, GH, s. 451

¹¹⁸¹ Langels, AT II, s. 86; BGH 21.12.1977 - 2 StR 421/77 (BGHSt 27, 313); Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, a.g.e., §64; Perron, Eisele, §32, kn. 38; Frister, a.g.e., §14, kn. 41.

¹¹⁸² Langels, AT II, s. 86. Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, a.g.e., §12, kn.64; Perron, Eisele, §32, kn. 38; Wessels/ Beulke, Satzger, a.g.e., §18, kn. 1145.

silahın isabet almasında da taksirle yaralama ya da ölüm gerçekleşmiştir. Bakıldığında tüm örneklerde netice, ölçülü hareketin tipik risk alanı içerisinde meydana gelmiştir ve kasten işlenmesi halinde artık meşru savunma kapsamında değerlendirilemeyecek mahiyettedir.

Bu gibi durumlarda Alman öğreti ve içtihadında önerilen, bu sonuçlardan da failin yararlandırılmasıdır.¹¹⁸³ Buna gerekçe olarak ise, hareketin ölçülü olmasından sebep değersizliğinin düşmesi, neticenin ise, ölçülü hareketin zorunlu tehlike alanı içerisinde gerçekleşerek fiilin haksızlığının düşmesi gösterilmektedir.¹¹⁸⁴

Benzer örnek rıza hukuka uygunluk nedeni bakımından da verilmekte, kişinin riski öngörerek verdiği rızanın en nihayetinde netice haksızlığını kompanse etmeyeceği fikrinin doyurucu olmadığı, nitekim taksirli suçların çekirdeğini hareket haksızlığının oluşturduğu, bu da rıza ile ortadan kalktığından tek başına neticenin gerçekleşmesinin cezaya temel alınamayacağı savunulmaktadır.¹¹⁸⁵

Burada önemli bir bakış açısı olarak, hali hazırda hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde gerçekleştirilen hareketin, özünde özen yükümlülüğüne aykırı olamayacağı, bu yüzden de taksirli aşım teşkil edebilecek olaylarda hukuka aykırılık değerlendirilmesi yapılamayacağı dile getirilmiştir.¹¹⁸⁶ Aslında bu görüş de, aynı hareketin hem hukuka uygun, hem de özene aykırı olamayacağı fikrinden yola çıkmaktadır.

Keza ortada bir hukuka uygunluk nedeninin mevcut olması, taksirle hareket eden failin tehlikeli hareketlerin izin verilen risk sahasını genişlettiği de iddia

¹¹⁸³ Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, a.g.e., §12, kn. 64; Perron, Eisele, §32, kn. 38; Kindhäuser, Zimmermann, a.g.e., §33, kn. 68; Roxin, a.g.e., §15, kn.45; Nolden, a.g.m., s. 4; Kretschmer, a.g.m., s. 114.

¹¹⁸⁴ Langels, AT II, s. 86; Roxin, a.g.e., §15, kn. 45.

¹¹⁸⁵ Kaspar, "Fahrlässigkeitsdelikte" (2), s. 115.

¹¹⁸⁶ Özen yükümlülüğüne aykırılık olmayacağından taksirin de olmayacağı ve daha tipiklik aşamasında fiilin suç olmaktan çıkacağına dair bu görüş için bkz., Heinrich, II, para. 1040; Hans Kudlich, BeckOK Strafrecht, Yayına Hazırlayan: Bernd von Heintschel – Heinegg, 60. Auflage, München, C.H. Beck, 2024, §15, kn. 62.

edilmiştir.¹¹⁸⁷ Yine kişinin rızası dahilinde tehlikeli bir hareket gerçekleştirilmesinde yerine göre failin dikkat ve özen yükümlülüğünün derecesinin azalacağı ve hatta durumun tamamen izin verilen risk alanında değerlendirilerek objektif isnadiyete bile engel olmaya varabileceği ifade edilmektedir.¹¹⁸⁸

Örnek vermek gerekirse, tehlikeli sosyal faaliyetlerden olan spor müsabakalarında tüm oyuncuların oyunun belirli risklerini göze alarak dahil oldukları kabul edilir. Bu halde, örneğin bir topa aynı anda yükselen iki futbolcunun tokuşması ve birisinin yaralanması halinde, söz konusu taksirle yaralama bakımından mağdurun rızası geçerli addedilecektir.¹¹⁸⁹ Zira bu netice, izin verilen risk alanı içerisinde gerçekleşmiştir.

Kanaatimizce, her şeyden önce, taksirli suçların hukuka uygunluk incelemesinde yapılan iki basamaklı teoriye bir ön merhale eklenmelidir. Bu öncü kritere göre, failin öngörmesinin beklenemeyeceği, öngörülemez ya da öngörülse de gerekli özen gösterilmesine rağmen önlenemez neticeleri en baştan elemek gerekecektir.¹¹⁹⁰ Zira bir olayda kastın olmaması otomatik olarak taksirin olduğu sonucuna götürmemelidir.¹¹⁹¹ Taksir, ayrı şartları bulunan bir manevi unsur olup onun şartları da kendi içinde ayrıca ispat edilmelidir.¹¹⁹² İzin verilen risk aşıldıktan sonradır ki taksirden bahsolunabilir.¹¹⁹³

Örneğin, failin saldırganın çenesine yumruk attığı ve bu yumruğun olayda ölçülü olduğu bir halde, yumruğun bir sinir ucuna denk gelmesi sonucu failin felç kalmasında, bu sonuç öngörülebilir olmadığından *kanımızca* ne taksirli suç, ne de neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç değerlendirmesi yapılabilir. Burada felcin öngörülemezliği, failin tipik kast veya taksirle hareket etmediğini ortaya

¹¹⁸⁷ Langels, **AT II**, s. 86

¹¹⁸⁸ Kühl, **a.g.e.**, § 17, kn. 83.

¹¹⁸⁹ Gültekin Diken, **a.g.e.**, s. 253.

¹¹⁹⁰ *Kanaatimizle* bire bir aynı doğrultuda bkz., BGH 21.03.2001 - 1 StR 48/01 (NStZ 2001, 591.)

¹¹⁹¹ Akbulut, **GH**, s. 488; Koca, Üzülmöz, **GH**, s. 192; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 431. (Taksir, kastın hafifletilmiş şekli olmayıp aralarında nitelik farkı bulunur.)

¹¹⁹² Koca, Üzülmöz, **GH**, s. 192; Önder, **a.g.e.**, s. 316.

¹¹⁹³ Kretschmer, **a.g.m.**, s. 114. İzin verilen riske uyan, yani öngörülemez olan veya öngörülebilirse de tüm özene rağmen önlenemez olan neticeler bakımından hareketler zaten tipe uygun dahi olmayacaktır. Bkz. **A.g.m.**, s. 114.

koyduğundan, suç teşkil etmeyen bu fiilin hukuka aykırılığının değerlendirilmesine hacet kalmaz.¹¹⁹⁴

Dolayısıyla inceleme şu sırada olmalıdır: Teşekkül etmiş bir hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde hareket eden failin istemediği ölçüsüz bir netice meydana geldiğinde ilkin, neticenin fail bakımından öngörülebilir olup olmadığına bakılır.¹¹⁹⁵ Eğer öngörülebilir netice yoksa, taksir de mevcut olamayacağından failin işlediği fiil, tipik bir suça vücut vermez ve inceleme burada sona erer. Ancak netice öngörülebilir idi ise bu kez söz konusu neticeye kasten sebep olunsaydı hukuka uygun sayılıp sayılmayacağına - *hipotetik* olarak - bakılır.¹¹⁹⁶ Cevap olumluysa, fiil evleviyetle hukuka uygun addedilir. Asıl tartışma cevabın olumsuz olduğu haller bakımından yürütülmelidir:

Alman hukukunda dile getirilen, hukuka uygunluk nedenlerindeki ölçülülük ilkesinde failin hareketinin baz alındığını, neticenin bu ölçülülük değerlendirmesinin dışında kaldığı görüşüne¹¹⁹⁷ iştirak etmek mümkün değildir. Zira nasıl ki bir fiil hukuka uygun ve aykırı olan kısımlara ayrılamaz, madem ölçüsüz bir netice meydana gelmektedir ve madem fail dikkatsizliği yüzünden bu öngörülebilir neticeye taksirli hareketiyle neden olmuştur, zaten fiilin bir bütün olarak hukuka aykırı olduğu ortaya çıkmaktadır. Yani her ne kadar bu gibi olaylarda hareket zahiren ölçülü gibi görünse de, aslında ölçüsüz neticeye sebep olmakla hareketin dikkatsiz icrası da ölçüsüz addedilmelidir. Nitekim faillerin hukuka uygunluk nedeni

¹¹⁹⁴ Örneğin failin hareketinin zorunlu sonuçlarından olan ve hareketinin yarattığı tipik risk içerisinde gerçekleşen neticeden sorumlu tutulamayacağı argümanına değil, öngörülemezlik şartına uygun olduğunu düşünüyoruz. Aksi yönde bkz., Gültekin Diken, **a.g.e.**, s. 246. Örneğin alıntılandığı kaynakta yazar söz konusu sonucun hukuka uygunluktan yararlanacağını ifade etmektedir. Bkz. Roxin, **a.g.e.**, §24, kn. 100.

¹¹⁹⁵ Bir önceki başlıkta yer verilen özen yükümlülüğü ve öngörülebilirliğin faille göre belirlenmesinin konumuz açısından önemi burada daha iyi gözlenebilir. Örneğin kalp hastası bir mağdurun kavga esnasında çok üzülerek ve üzüldüğü görülerek hâlâ üzerine gidilmesinde, failin bu hastalıktan haberdar olup olmaması ölüm sonucu bakımından öngörülebilirlik ve dolayısıyla taksirin varlığı açısından fark taşır ve büyük önem arz eder.

¹¹⁹⁶ Köhl, **a.g.e.**, §17, kn. 78.

¹¹⁹⁷ Langels, **AT II**, s. 86; Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, **a.g.e.**, §12, kn. 64; Perron, Eisele, §32, kn. 38

çerçevesinde hareket ederken dikkat ve özen yükümlülüklerinin ortadan kalktığına yönelik bir düzenleme de yoktur.¹¹⁹⁸

Öte yandan ‘taksirli neticeye yol açan kastlı meşru savunma davranışı’ ifadesi¹¹⁹⁹ *kanaatimizce* yanlıştır. Nitekim, aynı fiilin hareketini kastlı neticesini taksirli addetmek fiili parçalara bölmek anlamına gelir ve kabul edilemez. Bir fiil tek ve bütün olarak, hareketi ve neticesiyle birlikte hukuka aykırı veya uygundur. Dolayısıyla kastlı hareketin ölçülü olması o hareketin ilgili hukuka uygunluk nedeni içinde kalacağını ifade eder. Ancak bu hareketle teklik arzeden fiilin içinden doğan taksirli hareket, özünde ve en başından itibaren özensiz olduğundan dolayıdır ki öngörülebilir netice doğmuştur ve başından beri hukuka aykırı olan bu hareketten fail sorumlu tutulmalıdır. Ancak cezası da TCK md. 27/1 gereği indirilmelidir.¹²⁰⁰

Burada fikri içtimada dile getirilen açıklamalardan yardım alınabilir. Nasıl ki failin bir hareketiyle hedeflediği kişiyi öldürüp kurşun sapmasıyla onun yanındakini de yaraladığı olayda, kasten tamamlanmış veya teşebbüste kalan öldürme ve taksirli yaralama ayrı ayrı ancak birlikte mevcuttur ve nasıl ki mala zarar verme amaçlı atılan taş birini yaraladığında kasten mala zarar verme ve taksirli yaralama 'doğal fiil tekliği' içerisinde gerçekleşmesine rağmen ayrı ayrı mevcudiyetini korur ve 'beraber gerçekleşmiş' kabul edilirler¹²⁰¹ öyle de burada kasten yaralama ve taksirle ağır yaralama veya öldürme fiilleri ayrı ayrı mevcut olup bunlardan ilki hukuka uygunken, ikincisi bir bütün olarak hukuka aykırıdır.

İçtima değerlendirmelerinden yararlanarak diyebiliriz ki aynı harekete, sebep olduğu neticeler bakımından iki ayrı hukuki nitelik yüklenebilir. Hatta aynı hareketin iki suça vücut vermesi halinde kanun koyucu cezaların toplanmasından

¹¹⁹⁸ Ancak Alman öğretisinde bir kısım yazarlar, hareketin hukuka uygunluk çerçevesinde hukuka uygunluk niyetiyle gerçekleştirilmesinin, özen yükümlülüğüne aykırılığa dayanan hareket değersizliğini telafi (*kompense*) edeceğini ve böylece faili sorumluluktan kurtaracağını da savunmuştur. Bkz. Sternberg-Lieben, Schuster, §15, kn. 188.

¹¹⁹⁹ Keçelioğlu, **Taksir**, s. 165.

¹²⁰⁰ *Şekil 3: “Doğal Fiil Tekliği”*; *Şekil 4: Sınır aşan hareketin baştan itibaren hukuka aykırılığı*

Alman hukukunda *Jakobs* da, taksirli suça ilişkin özensiz davranışın, fail hukuka uygunluk çerçevesinde de hareket ediyor olsa meydana gelebileceği ve netice öngörülebilir ise taksir sorumluluğunun doğabileceğini ifade etmektedir. *Jakobs*, **a.g.e.**, §11, kn. 30.

¹²⁰¹ *İşten*, **a.g.e.**, s. 207.

vazgeçmiştir. Demek ki ilk kastlı hareketin hukuka dahi uygun olduğu taksirli aşım hallerinde evleviyetle fail bir indirimden yararlandırılmalıdır.¹²⁰²

Dolayısıyla netice fail bakımından olay şartları içerisinde öngörülebilir idi ise, bu halde bu neticeleri, ölçülü savunma hareketinin izin verilen risk alanı içerisinde gerçekleşen zorunlu sonuçları olarak ele alamıyoruz. İzin verilen riskte kilit nokta, tehlikenin zaten öngörülebilir olmasına rağmen, toplum hayatında gerekli ve vazgeçilemez olduğu ya da yararı daha yüksek görüldüğü için bu öngörülebilir neticenin göze alınarak ilgili harekete müsaade edilmesidir. Trafik, tıbbi müdahaleler, spor müsabakaları ve inşaat gibi diğer teknolojinin gerektirdiği fiiller bu alanın başında gelmektedir.

Öğretide taksirin bizatihi ‘izin verilen riskin sınırlarının dışına çıkılması’ şeklinde tanımlandığı da vakidir.¹²⁰³ Bu durumda ortada fail bakımından öngörülebilir bir netice var ise, failin dikkatli ve özenli davranıp davranmadığına bakılmalıdır. Fail özen yükümlülüğüne de uygun davranmışsa hareket izin verilen riskin içinde kalır ve tipik olmadığı için fail suç işlemiş olmaz ve hukuka uygunluk değerlendirmesine gerek kalmaz.

Eğer öngörülebilir neticenin gerçekleşmemesi için fail özenli davranmamışsa, taksirli sorumluluk hâlâ ihtimal dahilindedir. Örneğin tıbbi müdahaleler bakımından, kural olarak kişinin vücut bütünlüğü, üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği haklarından olmadığından, verilen rıza sınırının taksirle aşılması halinde, bunun izin verilen risk alanına dahil olduğu kabul edilemez. Zira kişi dikkat ve özen yükümlülüğüne uyulacağını düşünerek müdahale hareketine rıza göstermektedir, yoksa - bu yükümlülüğe uyulmayarak sebep olunmuş - neticeye değil.¹²⁰⁴ Bu yönüyle aydınlatılmış rıza ancak özenli hareketin engel olamadığı riskleri kapsar.¹²⁰⁵

¹²⁰² İkinci, yani aşım ile ortaya çıkan suçun da kastlı olması durumunda ise TCK md. 43/3’teki istisna hatırlanarak diyebiliriz ki, öldürme ve yaralamaların kastlı gerçekleşmelerinde zaten gerçek içtima uygulayan kanunun, kasten aşımarda indirim öngörmesi beklenemezdi.

¹²⁰³ Bkz. Koca, Üzülmüş, **GH**, s. 203.

¹²⁰⁴ Gültekin Diken, a.g.e., s. 247; Keçelioğlu, **Taksir**, s. 168.

¹²⁰⁵ Hakeri de uygulamada hekimler arasında hakim olan ‘hastanın aydınlatılmış rızasının hekimin sorumlu tutulmasına engel olacağı’ düşüncesinin hatalı olduğunu vurgulamakta ve rızanın ancak özenli müdahaleler için verildiğini belirtmektedir, bkz. Hakeri, **Tıp Ceza**, s. 101.

Bir meşru savunma örneğinde ise fail, kendisine bedeni kuvvetle saldıran kişiyi, silahını sadece doğrultarak korkutup savuşturmak istemektedir. Ancak silah bir anda patlar ve mağdur yaralanır. Burada, elbette tipik yaralama hareketi taksirle gerçekleşmiştir. Ancak ölçüsüzdür. Dolayısıyla sınır taksirle aşılmıştır.

İşte, gerek meşru bir savunma gerek tıbbi müdahale olsun, hukuka uygun kılınmış bir eylem çerçevesinde hareket ediyor olmak, faili dikkat ve özen yükümlülüğünden azade kılmaz. Dolayısıyla failin hareketinin ölçülü olması başlı başına savunma fiilini bir bütün olarak ölçülü hale getirmez ve hukuka uygun alanda olduğunu ispata tek başına yeterli gelmez. Nitekim *Jescheck* ve *Weigend* de, meşru savunma çerçevesinde hareket eden failin meydana gelen netice eğer özen yükümlülüğüne aykırılığa dayanmıyorsa hukuka uygun hareket etmiş sayılabileceğini, aksi halde kendini taksirli suçtan sorumlu kılacağını açıkça ifade etmişlerdir.¹²⁰⁶

Sonuç itibariyle hukukumuz açısından failin ölçülü kastlı hareketinin neticesinde doğan öngörülebilir neticelerin götürü olarak hukuka uygun sayılması yerinde değildir. Örneğin sadece yumruklarıyla saldıran birinin ölmesi veya ağır yaralanmasını kategorik olarak hukuka uygun addetmek hakkaniyetli olmaz. Ya da, detaylı şekilde aydınlatılan hastanın riskleri bilerek rızasını verdiği tıbbi müdahalede, hekimin dikkatsizliği yüzünden kızlık zarına zarar vermesinde hekim, taksirli yaralamadan sorumlu tutulmalıdır.¹²⁰⁷

Dikkat ve özen yükümlülüğünün kaynakları arasında yasal normlar bulunduğu gibi, genel hayat tecrübelerine dayanan yaşam kuralları da yer almaktadır.¹²⁰⁸ *Kanımızca* TCK md. 27/1 ile bir hukuka uygunluk nedeni içinde davranan (örneğin kendini haksız bir saldırıya karşı savunan ya da tedavi amaçlı aydınlatılmış rıza ile operasyon yapan) failin özen yükümlülüğü yine bu tecrübeler doğrultusunda azalmış

¹²⁰⁶ Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s.590.

¹²⁰⁷ Hakeri, **Tıp**, s. 381. Krş. Y. 4. C.D., 21.11.2003, 28434/12096.

¹²⁰⁸ Toroslu, Toroslu, **GH**, s. 235 vd.; Koca, Üzülmöz, **GH**, s. 205; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 434.

sayılmaktadır. Ancak elbette, tamamen de ortadan kalkmış değildir, aksi takdirde hukuka uygunluk nedenlerinin bir sınırı olmasının anlamı kalmazdı.

Hasılı, taksirli suçlarda hukuka uygunluğun değerlendirilirken öncelikle söz konusu taksirli suç, ‘doğal fiil tekliği’ teorisi çerçevesinde teklik arzettiği hukuka uygun kastlı hareketten ayrı değerlendirilmelidir. Eğer netice öngörülemez ise veya öngörülebilir olup da fail dikkat ve özen yükümüne uygun davranmışsa (izin verilen risk) tipiklik gerçekleşmiş olmaz ve netice faile atfedilemez. Öngörülebilirlik ve dikkatsizlik aynı anda var yani taksir mevcut ve fakat kastlı olsaydı bile hukuka uygun olacaktı ise fail evleviyetle haksız davranmış olmaz.

Fiilin kastlı halinin hukuka uygun olamayacağı hallerde ise artık fail taksirinden sorumludur, ancak kanun koyucu hareketin hukuka uygunluk içerisinde doğması veya hukuka uygun bir harekete bitişik olmasından sebep bu hallerde failin cezasından indirim öngörmüştür. İşte bu aşamada artık TCK md. 27/1 uygulanır.

2.4.2.2. Taksirle Aşma ve Hukuka Uygunluk Nedeninin Maddi Şartlarında Hata

Söz konusu fıkra, manevi unsur yorumlanırken, ‘ölçüde dikkatsiz davranmak’ şeklinde özet bir ifadeyle ele alınmaktadır.¹²⁰⁹ Bu da aslında tipik fiil bakımından kasten davranan, ancak orantılılığa dikkatsizliği yüzünden riayet etmeyen failin bu fıkradan yararlandırılacağı yönünde neredeyse bir mütabakat olduğuna işaret etmektedir.¹²¹⁰

Sınır aşma hükmünü, *hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatanın bir görünüm şekli* olarak yorumlayan görüşe göre, fail ölçüde yanılığa düşerek sınır aşmış sayılmaktadır. Buna göre, fıkradaki ‘kast olmaksızın aşma’ tabiri, fail gereğince dikkatli ve özenli davranmış olsaydı, savunmasının ölçüyü

¹²⁰⁹ Topçu, **a.g.e.**, s. 682; Koca, Üzülmüş, **GH**, s. 287; Gündüz, Sarıgül, **a.g.m.**, s. 417.

¹²¹⁰ Özbek vd., **a.g.e.**, s. 357; İçel, **GH**, s. 414; Hakeri, **GH**, s. 418 -9; Koca, Üzülmüş, **GH**, s. 311; Öztürk, Erdem, **GH**, s. 305; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 554; İnci, **a.g.m.**, s. 125 vd.; Bozbayındır, **a.g.m.**, s. 130 vd.

aştığını öngörebileceği halleri ifade eden taksirle aşmayı karşılamaktadır.¹²¹¹ Ancak *kanaatimizce* sınır tipik bir suçu ifade etmediğinden, dikkatsizlik ve özensizlik sonucu sınırı doğru tayin edememe veya öngörememe taksirli bir suça vücut vermemelidir.

Sınırı olduğundan farklı zannetme, failin yeterince dikkatli davranmadığı hallerde kaçınılabılır hataya vücut verebilir. Fakat bu, failin ilgili suçu işlemekteki kastını kaldırmaz. Kast olmaksızın sınır aşımı hükmünün uygulanması için, failin sınırı aşma teşkil eden ve taksirli bir suça vücut veren davranışının gerçekten kastsız ve aslında hatadan arınmış olarak işlemesi gerekmektedir.

Oysa hukuki nitelik bahsinde de izah edildiği üzere, failin çıkış noktasında gerçek bir hukuka uygunluk nedeninin mevcut olması, hareketine hukuka uygun davranma iradesiyle başlaması, hukuka uygun fiilini icra ederken kendisinden beklenen dikkat ve özen yükümlülüğünü gösterememesinin daha az haksız olarak yorumlanması¹²¹² sonucunda cezası TCK md. 27/1'e göre indirilmektedir. Zira buradaki taksirin ortaya koyduğu haksızlık, herhangi bir hukuka uygunluk nedeni olmaksızın bir fiilin taksirle işlenmesine nazaran daha düşüktür.¹²¹³

Dolayısıyla failin sınırı taksirle aşması izah edilirken, sınıra dair dikkat ve özenden bahsedilmesine¹²¹⁴ karşıyız. *Kanaatimizce* doğru ifade: 'Fail dikkatli ve özenli davransaydı işlemiş olduğu taksirli suçu işlemeyecekti ve böylece hukuka uygunluk nedeninin sınırını da aşmamış olacaktı' şeklinde olmalıdır. Keza benzer doğrultuda, taksirli savunmanın failin içinde bulunduğu durumun etkisi ile gerekli olandan fazla tepkisi şeklinde tanımlanması¹²¹⁵ da hatayı çağrıştırmakta ve *kanımızca* taksirle aşmayı doğru izah edememektedir.

¹²¹¹ Koca, Üzülmüş, **a.g.m.**, s. 49-50.

¹²¹² Kılıç, **a.g.e.**, s. 217.

¹²¹³ Keçelioğlu, **Taksir**, s. 164.

¹²¹⁴ Bozbayındır, **a.g.m.**, s. 130; Gündüz, Sarıgül, **a.g.m.**, s. 417. Yazarlar, failin kendini hukuk düzeninin izin verdiği sınırın içinde davrandığını zannettiğini vurgulamaktadır.

¹²¹⁵ Parlar, Hatipoğlu, **TCK**, s. 486.

Buna ek olarak, sınırın aşılması hükmü için hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında yanılmadan, bir diğer deyişle ve çoğunluk kabulünce fiili hatadan farklı olduğuna dair görüş benimseyip, ardından sınır aşma örnekleri olarak tam da fiili hata örnekleri ileri sürmek anlaşılabilir değildir.¹²¹⁶ Örneğin, cebinden cüzdanını çalanın küçük bir çocuk olduğunu karanlıktan dolayı göremeyen ve gereğinden fazla savunmada bulunan kişi¹²¹⁷, taksirle sınır aşmış olmaz. Burada bir hukuka uygunluk nedeninin şartlarında yanılma mevcuttur. Fail saldırının ağırlığı ve yapması gereken savunmanın şiddeti konusunda - ki bu da aslında ölçü yönünden sınırdır - yanılmıştır. Bir diğer örnek, yakalama emri alan kolluğun şüpheliye çok benzeyen bir başka kişiyi yakalayıp getirmesi olayıdır.¹²¹⁸

Sonuncu bir örnekte ise fail gerekli dikkati göstermediği için savunmasını ölçülü zannetmiştir.¹²¹⁹ Her bir örnek tam olarak TCK md. 30/3'e götürecek cinstendir. Eğer bu olayları failin taksirle sınır aşmasına örnek olarak verilecek olursa, ki fiil burada kastlıdır, sınır aşımının aslında hukuka uygunluk nedenlerinin sınırında hata ile bir tutulduğu anlamına gelir.

Benzer şekilde TCK md. 27/1'i açıkça hata hükmü olarak ele almadığı halde, taksirle aşmayı, 'sınır aştığını bilmeyerek' dikkat ve özeni göstermeyip sınırı aşmak olarak tanımlamak¹²²⁰ da aslında onu hata ile bir tutmakla aynı kapıya çıkmaktadır. Alman Hukuku'nda md. 27/1'e tekabül eden durumların hukuka uygunluk nedenlerinin şartlarında hataya dair hükümlerle çözüldüğünü zikretmekteki yanılğı da tam da buradan kaynaklanmaktadır. Bu örnek bir yanılma örneğidir. Taksirle sınır aşılmış değildir. Fail, kasten hareket etmektedir. Bu olayda kastın kalktığı iddiası her şeyden önce hukuka uygunluk nedenlerinin şartlarında hatada benimsenmiş bir görüşü ifade etmektedir.

Aslında bu noktada, hukuka uygunluk nedenlerinde kasten aşmayı yalnızca amaçta aşma olarak sınırlandırarak yorumlayan, ya da söz konusu 'kast'ı suça değil

¹²¹⁶ Bkz. Hakeri, **GH**, s. 418 – 9.

¹²¹⁷ Örnek için bkz. Ersan, **a.g.e.**, s. 105-6.

¹²¹⁸ Artuk, Gökçen, Yenidünya, **TCK**, s. 882.

¹²¹⁹ İnci, **a.g.m.**, s. 126.

¹²²⁰ Toroslu, Toroslu, **GH**, s. 196; Zafer, **GH**, s. 322; Yokuş Sevrük, **a.g.m.**, s. 123.

sınıra hasreden görüş ile, taksirle aşmayı hataya yaklaştıran görüş temelinde aynı noktadan hareket etmektedir. Örneğin: ‘(A), (B)’ye sözle sataşmıştır. (B) de (A)’nın hürriyetini tahdit etmiştir.’¹²²¹ (B), (A)’yı tutmasının ölçülü olduğunu düşünüyorsa TCK md. 30/3, kendisinin bunu yapmaya yetkili olduğunu düşünüyorsa md. 30/4 gereği kusuru kalkmalı, bu hata kaçınılabilirse de azalmalıdır. Ancak bu harekete taksirli denemez. Ancak örneğin suç işlemiş (A)’yı polis gelene kadar, polise teslim etmek üzere tutmak maksadıyla eve kiltleyen (B), evin anahtarını kaybederek bir sınır aşma yapsa idi ancak o zaman taksirden söz edecek ve bu suç taksirle işlenemediğinden cezasızlık önermek gerekecekti.

Erman’ın ileri sürdüğü sınır aşılmasının temelinde hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında yanılma yatıyor olabileceği görüşüne¹²²² ise ilk fıkra bakımından katılamıyoruz. Zira ya ortada hiç bir yanılma olmaksızın taksirle sınır aşılmıştır ki bu takdirde meselenin hata bahsi ile alakası yoktur. Ya da maddi şartlarda yanılma aynı zamanda ilgili hukuka uygunluk nedeninin sınırını aşma teşkil ediyordur ki burada fail tipik fiil açısından kasten hareketini sürdürdüğünden TCK md. 30/3 gereği kaçınılmazsa kusuru kalkar, kaçınılabilirse cezasından takdiri indirim uygulanabilir. Bu kez de ancak taksirli aşımında gündeme gelebilen md. 27/1 tatbik edilemez.

Son ihtimalde ise fail ya hiç olmayan bir hukuka uygunluk nedenini var sayıp bir de bu farazi nedenin sınırını aşmıştır, ya da bir hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında yanılıp bu yanılışına ek olarak taksirli bir aşımında daha bulunmuştur. Bu takdirde ise, md. 27/1’in uygulanabilmesi için ilk şart olan, failin bir hukuka uygunluk nedeni içerisinde davranıyor olup onun sınırını aşması vuku bulmamıştır.

Burada *Özen*’in verdiği örnekten giderek izah etmeye çalışalım. Asker kaçağını yakalamakla görevli bir er, kaçağı görüp ‘dur’ ihtarına rağmen durduramamış ardından ateş etmiş ve bunun sonucu kaçak ölmüştür. Yazara göre,

¹²²¹ Artuk, Gökçen, Yenidünya, **TCK**, s. 883.

¹²²² Erman, **a.g.e.**, s. 288 vd.

silah kullanma yetkisinin şartları oluşmuşsa da ölüm sonucu sınır aşma niteliğindedir ve fail taksirle öldürmeden dolayı TCK md. 27/1'den yararlandırılmalıdır. Eğer şartlar oluşmamış ancak fail oluşmuş sanmışsa bu kez hata hükümleri devreye girer ve fail kastı olmadığından gene taksirle öldürmeden sorumlu olur.¹²²³

Bize göre ise, erin öldürmeye yönelik kastı yoktuysa (- örneğin bacağından yaralayarak durdurmak istemişse -) o takdirde elbette suç taksirle işlendiğinden TCK md. 27/1 indirimi uygulanacaktır. Keza, taksirle öldürmedeki taksir fiilin kendiliğinden olup, hatanın kastı taksire indirmesi söz konusu da değildir. Öte yandan olayda silah kullanma şartları oluştuğunu hatalı olarak farz eden faile ise, artık ortada gerçek bir hukuka uygunluktan bahsedilemeyeceğinden md. 27/1 hiç devreye girmeyecek, taksirli öldürme suçunun cezasına, md. 30/3 yönlendirmesiyle md. 61 uyarınca indirim uygulanacaktır. Bu denklemde sorun yoktur.

Ancak eğer erin kastından söz edilebiliyorsa, bu takdirde silah kullanma şartlarının oluştuğu halde dahi, bunu görevi yerine getirmek için yapması bir şeyi değiştirmez, kastlı suçlara md. 27/1 uygulanamaz. Şartları hatalı var zannetmesinde ise yine hata hükümlerine dönmek gerekir.

Öte yandan, öğretide ve Yargıtay içtihadında kendisini korumak maksadıyla silah çekip ateş eden sanığın silahından çıkan kurşunun elektrik direğinden sekerek bir kişinin ölümüne veya yaralanmasına neden olması gibi olayların sınırın taksirle aşılması olarak değerlendirilmesi¹²²⁴, *kanaatimizce* de yerinde olup aynı zamanda aşımın hatadan farklı olduğunu göstermeye de elverişlidir.

Yine bir başka kararında ise, polis olan sanığın hırsızlık yaptıkları anlaşılan kişileri durmaları yönünde uyardığı, mağdurların aracı geri sürerek sanığı yaraladıkları, sanığın kalkarak aracı kovaladığı ve durdurmak amaçlı araca ateş ettiği ve bu hareketle şoför koltuğundaki kişiyi yaraladığı olayda TCK md. 27/1

¹²²³ Özen, **GH**, s. 617.

¹²²⁴ Şahin, **a.g.m.**, s. 332.

uygulanmadığı için yerel mahkeme hükmünü bozmuştur.¹²²⁵ Burada gerçekten de hırsızlık zanlılarını durdurmak polisin yakalama yetkisi çerçevesinde bir hukuka uygunluk nedeni olup, polisin atışını tekere isabet ettirememesi de taksirli sorumluluğunu gündeme getirir. Yargıtay'ın bu yöndeki kararı bizce de yerindedir.

Failin, bahçesine giren hırsızı korkutup kaçırma amacıyla karanlıkta rasgele atışlar savurup isabet aldığı olay veya saldırgan ve fail boğuşurken, failin elinden silahın alınmaya çalışılması sırasında silahın patlaması sınırın taksirle aşılmasına doğru birer örnek teşkil etmektedir.¹²²⁶ Yakalama yetkisini kullanan polis özenli davranmadığı için kelepçeli yakalananın yere düşmesine sebep olmuşsa bu da taksirli aşım oluşturur.¹²²⁷ İşte failin yanılmadığı ve kasten işlediği eylem hukuka uygunluk sınırında kaldığı bu gibi hallerde, aşım teşkil eden fiil taksirli ise, orada kendisine bir indirim öngörülmüştür. TCK md. 27/1'i bu şekilde sınırlı algılamak gerekir.

Nitekim uygulamada failer hukuka uygunluk nedeni kapsamında genellikle kasten hareket ediyor olacaklarından, bu fıkranın gündeme gelmesi son derece nadir olacaktır. Yine öğretilde rasladığımız kadarıyla bir tek Özgenç tarafından taksirli aşım verilecek örneklerin tamamı hatayı çağrıştırmayan – bize göre – yerinde örnekler olup, kendisinin kasten ve taksirle aşımı teknik anlamlarıyla okuduğu ve görüşümüzü paylaştığı *kanaatindeyiz*.¹²²⁸

Diğer yandan, hukuka uygunluk nedeninin hiç var olmadığı haldeki yanılğı ile var olup derecesine dair failin düştüğü yanılğının farklı değerlendirilmesi, ikinci halde sınır aşma hükmünden de yararlandırılması gerektiği görüşüne katılamıyoruz.¹²²⁹ Zira öncelikle her ikisi de hukuka uygunluk nedenlerinde fiili yanılmaya dayanan haller olup farklı muamele gerektirdiklerine dair gerekçe gösterilmemiştir. İkinci failin ölçüde yanılması onun sınır aşarak yaptığı hareketin manevi unsurunu bir anda kasttan taksire indirgemez. Fail taksirle değil,

¹²²⁵ Y. 3. C.D., T. 1.12.2016, E. 2016/3004, K. 19864.

¹²²⁶ Şen, "TCK m.27 Kapsamında".

¹²²⁷ Birtek, **a.g.e.**, s. 247.

¹²²⁸ Özgenç, **GH**, s. 507 vd.

¹²²⁹ Ersan, **a.g.e.**, s. 110.

‘kaçınılabılır’ bir hata kapsamında davrandığından, yalnızca kusuru azalmıştır. İkisi aynı anlamda değildir.

Ayrıca bu görüşe göre madem maddi bir şart olarak sınırdan yanılan faile TCK md. 27/1 uygulanacaktır, o takdirde aynı görüşün diğer maddi şartlar olan zaman ve kişide yanılmalarda da bunun uygulanmasını savunması gerekir. Çünkü saldırgan çocuğu büyük zannetmekte nasıl ki oranda yanılma varsa, (A) kişisini (B) kişisi zannederek yanlış kişiye yönlendirilen savunmada da saldırganda yanılma vardır ve burada da bu görüşün taksirle yaralama ya da öldürme üzerinden bir daha indirim yapması gerekir.

Yahut benzer şekilde, zaman da bir şart olarak, kişi saldırının bittiğini anlamamış ve sürüyor zannederek bir tekme daha atmışsa, bu tekme kasten atmasına rağmen maddi şartlarda yanılmanın kastı kaldırdığından bahisle taksirli attığı kabul edilip bir de üzerine md. 27/1’den indirim yapmak gerekecektir. *Kanaatimizce* bu görüşün tutarlı olması ancak bu hakkaniyetsiz sonuçları da kabullenmesi ile mümkün olur.

2.4.2.3. Taksirli Aşım Hükümünün Uygulanamayacağı Diğer Haller

Bugünkü düzenleme bakımından öğretide ilk fıkranın ‘kast olmaksızın’ ifadesi çeşitli şekillerde yorumlanarak ona birbirinden farklı sonuçlar bağlanmıştır. Bunlardan ilkinde göre, madem fıkra kast olmaksızın aşımelerde taksire göre cezalandırma yapmaktadır, demek ki taksirin olmadığı hallerde yine de sorumlu olacağı sonucu çıkmaktadır.¹²³⁰ Diğer yandan *Yurtcan*’a göre, failin sınırı taksirle aşmasının gerekmesinin kanun metninde açıkça belirtilmemiş olması bir noksanlığa işaret eder.¹²³¹

Failin taksiri dahi olmadığı hallerde sınır aşması durumunda söz konusu fiil manevi unsurdan yoksun olacağı için ceza hukukunca yaptırıma tabi tutulamaz.

¹²³⁰ Toroslu, Ersoy, **a.g.m.**, s. 11-12.

¹²³¹ Erdener Yurtcan, **Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu**, 2. Baskı, Ankara, TBB Yayınları, No. 317, 2016, s. 81.

Bunun için fiilin hukuka uygunluğunu ya da failin kusurunu ayrıca incelemeye gerek yoktur. Nitekim ortada iradi bir insan hareketi olmasına rağmen öngörülmesi mümkün olmayan olaylar öğretide ‘kaza’ olarak adlandırılır ve kaza ile sınır aşan failin de bundan sorumlu olmaması gerekir.¹²³²

Failin taksirinin dahi olmadığı hallerde hukuka uygunluk nedeninden yararlanmaya devam edeceğini ifade etmek üzere, failin sınırı ‘farkında olmadan’ aşması ifadesine başvurulması¹²³³ yerinde değildir. Zira taksirin yokluğundan söz edilmek isteniyorsa, ‘öngörülmez şekilde’ veya ‘dikkat ve özen yükümlülüğüne uyulduğu halde’ gibi ifadeler tercih edilmelidir. Kaldı ki ‘farkında olmadan’ icra edilen fiiller hukuka uygun oldukları için değil, tipik olmadıkları için faillerini sorumluluktan kurtarırlar,¹²³⁴ zira taksirin unsurları tamamlanmamıştır.

Farkında olmamaktan maksat, çok daha ileri düzeyde olacak şekilde, failin irade yeteneğinden yoksunluğu ise bu kez pekâlâ tipik ve hukuka aykırı bir fiille karşı karşıya olunabilir, ancak faile kusur addedilemez. Küll olarak iradesizlik halinde ise ortada iradi davranış olmadığından hukuku ilgilendiren bir ‘insan hareketi’nden söz edemiyor olacağız.

Konuya örnek olan bir Yargıtay kararında, silahlı saldırıya uğrayan ve bacağından yaralanan fail, saldırganın silahını almaya çalışırken silah boğuşmakta olan fail ve maktülün düşmesiyle patlamış ve maktul hayatını kaybetmiştir. Yargıtay burada TCK md. 89 ve md. 27/1’e göre cezalandırma yapan yerel mahkeme hükmünü bozmuş ve md. 25 gereği failin beraatine hükmetmiştir.¹²³⁵

¹²³² Soyaslan, **GH**, s. 405.

¹²³³ Akdağ Yüksel, **a.g.e.**, s. 139.

¹²³⁴ Yargıtay bir kararında isabetli şekilde faillerin özensizliklerinin olmadığı yerde taksirlerinin de bulunamayacağını belirtmiş ve haklarında beraat kararı verilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Ancak *kanımızca* karardaki, daha ziyade gerekçedeki isabetsiz olan husus, söz konusu beraat hükmünün, sanıkların özensizlik içermeyen davranışlarının kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni içerisinde kalmasına dayandırılmasıdır. Oysa failler, fiilleri doğrudan tipik olmadığı için beraat ettirilmeliydiler. Bkz., Y. 1. C.D., 27.5.2003, 4461/1148.

¹²³⁵ Y. 12. C.D., T. 22.1.2020, E. 2019/13688, K. 2020/810.

Gerçekten de karar, kastın elendiği ancak sınır aşımının olduğu her yerde otomatik olarak md. 27/1'in uygulanmaması gerektiğine dair güzel bir örnek teşkil etmektedir. Zira mahkemeler her olay özelinde sanığın gerçekten de dikkat ve özene aykırı hareket edip etmediğini ve neticenin öngörülebilirliğini tetkik etmelidir.

Diğer yandan, taksirle işlenmesi mümkün olmayan ve yalnızca kasten işlenebilen suçlar bakımından taksirli bir fiille sınırın aşılmasında ne yapılacağının da üzerinde durulması gerekmektedir. *Eser*, TCK md. 27/1'in taksirle işlenemeyen suçların tam cezayla cezalandırılması ya da tamamen cezasız kalması arasında tercih yapmamasını bir eksiklik olarak yorumlar.¹²³⁶ Suçun taksirli halinin cezası düzenlenmediğinden failin ceza almayacağı bizce açıktır.¹²³⁷ Ancak bunun gerekçesi noktasında öğretide görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Bir görüş, fiilin hukuka uygun olması ile beraber hukuki sonuçlardan sorumluluğunun süreceğini ifade eder.¹²³⁸

Ancak bizim de katıldığımız görüş, bu hallerde artık ilgili hukuka uygunluk nedeninin sınırının dışında olduğundan fiilin hukuka uygun addedilemeyeceğini, kanun koyucu ilgili suçun taksirli halini düzenlemediğinden, fiilin tipik olmaması ve - her ne kadar hukuka aykırı olsa da - suç teşkil etmemesi sebebiyle failin cezalandırılmaması gerektiğini savunmaktadır.¹²³⁹ Böylece bu fiilden dolayı fail cezalandırılmazsa da, özel hukuk sorumluluğu doğabilecektir.¹²⁴⁰

¹²³⁶ Eser, "Das Überschreiten", s. 257-8.

¹²³⁷ Bayraktar, **a.g.m.**, s. 21; Parlar, Hatipoğlu, **TCK**, s. 486; Gündüz, Sarıgül, **a.g.m.**, s. 419. Nitekim ortada taksirli bir fiil vardır ve normal şartlar altında bunu tipik bir suç olarak düzenlemeyen kanun koyucunun neden aynı taksirli fiil bir hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde sınır aşılarak gerçekleştirildiğinde cezalandırma yapmak isteyeceği açıklanamaz. Üstelik 'tam cezalandırma' tabiri dahi burada kullanmaya müsait değildir. Zira taksirli bir fiilin mevcudiyeti ve bu fiilin ceza kanununda düzenlenmemesi karşısında söz konusu fiilin kasten işlenmesi bir suça vücut veriyor diye, herhalde dönülüp bu maddeden uygulama yapılacak değildir. Bu yorum, kanun koyucunun abesle iştigal etmez ilkesiyle kolaylıkla bertaraf edilebilir.

¹²³⁸ İnci, **a.g.m.**, s. 127; Haluk Çolak, **Güncel Ceza Hukuku & Türk Ceza Kanunu**, Ankara, Bilge Yayınevi, Şubat 2005, s. 72. Bu görüşün fiilin hukuka uygunluğunu kabul ettikten sonra ceza hukuku dışındaki hukukun dallarında sorumluluğun devam edebileceğini hukuk düzeninin birliği ilkesi çerçevesinde açıklayamıyoruz.

¹²³⁹ Eran, **a.g.e.**, s. 120; Düzenli, **a.g.e.**, s. 188; İhsan Darende, "Yeni TCK'da Hukuka Aykırılık Ve Bilhassa Meşru Müdafaa", Türk Hukuk Sitesi, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_191.htm, E.T. 21.12.2022, 21:16.

¹²⁴⁰ Koparan, **a.g.m.**, s. 26; Majno, **a.g.e.**, s. 225; Dönmezer, Erman, **II**, s. 382; Hacer Sağlam, "Meşru Savunma", Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2021, s. 41.

Sınırın taksirle aşılması halinde ayrıca ortaya çıkan suçun da taksirli halinin kanunda düzenlenmiş olması gerektiği görüşüne¹²⁴¹ de değinmek gerekir. Görüş, sınırı aşmak ve bir taksirli suç işlemek şeklinde iki ayrı davranış varmış gibi yorum yapmaktadır. Bunun götürdüğü sonuç da, öldürme fiili ‘sınır taksirle aşılarak’ işlenmişse bunun taksirli hali de cezalandırıldığından TCK md. 27/1 uygulama alanı bulabilecektir.¹²⁴²

Öğretideki, sınırın aşılmasının suç işlenmesinden ayrı münferit bir olay gibi ve daha da ötesi kast veya taksirle gerçekleşmesi mümkün âdeta birer tipik fiil gibi ele alınması, sonuç itibariyle de açıkça zikredilmese de ‘hukuka uygun davranma iradesinin’ varlığında kastın dışlanarak, tipik suçlar bakımından kasten hareket eden failin kastının taksire indirgenmesi fikrini ceza hukukunun temel prensiplerine aykırı olduğu görüşündeyiz.

Herhangi bir hatadan söz edilemediği takdirde taksirli aşımın mevcut olduğu olaylar örneklenebilir:

Arkadaşından bir saat sonra muhakkak getirmesi kaydıyla araba ödünç alan (A), tamamen iyi niyetli olması ve tam vaktinde iade etmeyi planlamasına rağmen anayolda trafik çok fazla tıkanıdığı için rızanın sınırını taksirle aşmış olur. Şehir İstanbul olup araç Beylikdüzü’nden ödünç alınmışsa zaten burada olası kastı da var sayabiliriz. Eğer o yolda hiç trafik olmuyor ve mesafe çok yakın olup (A) vaktinde dönüş yoluna geçmişse bu kez fiili kendisine objektif olarak isnad edilemeyecektir. İşte bu ikisinin de olmadığı bizim örneğimizdeki nadir hal gerçekleşirse artık TCK md. 27/1 gönül rahatlığıyla uygulanabilir. Bu kez de kullanma hırsızlığının taksirle işlenememesi yüzünden faile ceza verilemez ve md. 27/1’e gerek kalmaz.

¹²⁴¹ Donay, **TCK Şerhi**, s. 43; İnci, **a.g.m.**, s. 126 vd.

¹²⁴² Donay, **TCK Şerhi**, s. 43. Öte yandan taksirin tanımı içerisinde yer alan özensizlik, dikkatsizlik, acemilik gibi kavramların sınırın aşılmasına mahsus kullanılmasını uygun görmemekteyiz. (Bkz. İnci, **a.g.m.**, 126) Taksir, sınır aşılma suretiyle işlenmiş bulunan suçun manevi unsuru olabilir. Taksirin, sınırın dikkat edilmeyerek aşılması şeklinde yorumlanması, tipik fiiller açısından kasten hareket eden failerin de fiillerinin taksire indirgenmesine neden olur. Hiç değilse mevzunun hata ile karıştırılması sonucunu doğurur. Yine de bu konuda tartışmayı tıkayacak dereceye varırcasına, ‘kasten aşma’ ya da ‘sınırın taksirle aşılması’ tabirlerini kategorik olarak reddetmeyeceğiz.

Gece vakti tecavüze uğrayan bir kadın saldırganın bacağına tam ölçülü bir bıçak darbesi vuracakken saldırgan kıpırdadığı için kasığına denk gelir. Bir başka olayda, estetik operasyon için aydınlatılmış ve geçerli rıza veren mağdurun burnunu ameliyat eden doktorun işlem sırasında eli kaymış ve hasta yaralanmışsa yine TCK md. 27/1 uygulanabilecektir. Ya da kaçan azılı bir suçluyu kovalayan polis, dur ihtarı ve uyarı atışı yapmış, ardından nişan alarak tam ayak bileğinden kaçanı vuracakken kurşun yerden sekip ayak bileğini değil kalbini vurmuşsa da uygulanabilir.¹²⁴³ Meşru savunma çerçevesinde kendini ölçülü şekilde korurken dikkatsizlikle - örneğin dirseğiyle çarparak - saldırganın dışının kırılması da yine md. 27/1 açısından doğru bir misal teşkil edecektir.

Yargıtay'ın bir kararına konu olan olayda ise fail elindeki tahta parçasını saldırganın eline vurarak silahını düşürmek istediye de yanlışlıkla tahtayı maktulün başına isabet ettirmiştir.¹²⁴⁴ Mahkeme, aslında tam da birinci fıkra kapsamına girebilecek bir örnek söz konusu iken olayı ilk değil, yalnız ikinci fıkra bakımından ele almıştır. Failin heyecan ve korkuya dayalı olarak hareket ettiği tespit edilebiliyorsa, öncelikle meşru savunmanın kendi şartları değerlendirilmek kaydıyla elbette bu değerlendirme sıralaması yanlış değildir. Ancak ikinci fıkranın aradığı duygular mevcut olmasaydı dahi bu olayda ilk fıkranın uygulanabilecek olduğunun altı çizilmelidir.

2.4.2.4. Kusurluluğu Kaldıran Haller

TCK md. 27/1'i haksızlığı azaltan bir neden olarak tespit ettikten sonra, elbette bu fıkradan başka ayrıca faillere, olayda şartları mevcut olmak kaydıyla kusurluluğu kaldıran haller uygulanabilir.

¹²⁴³ Dur ihtarına ve uyarı atışına uyarak, öldürme kastı olmaksızın yaptığı atışında bir polis memurunun, merdivenden takılarak atışının kaçan şüphelinin başına isabet ettirmesinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itiraznamede TCK md. 24'de düzenlenen hukuka uygunluk nedeninin taksirle aşıldığını gerekçelendirerek olayda md. 85 ile beraber md. 27/1'in uygulanması gerektiğini ifade etmişse de Yargıtay bu itirazı reddetmiştir. Bkz. Y. 1. C.D., T. 21.12.2021, E. 2021/12105, K. 2021/15162. Oysa Başsavcılığın polis memurunun yaralamaya (yaralayarak ele geçirmeye) yönelik kastı olsa da, deneyiminin getirdiği özenli davranma yükümüne aykırı hareket etmiş olmasının, onun ölüm sonucundan taksirle sorumlu tutulması gerektiği açıklaması *kanımızca* son derece tatmin edicidir.

¹²⁴⁴ Y. 1.C.D., T. 11.2.2009, E. 2003/3103, K. 2003/1962.

Mazeret nedenlerinin çoğu, kural olarak kastlı bir suç işlenirken devreye girecekleri düşüncesiyle getirilmiştir. Söz konusu suçun taksirle işlendiği takdirde, kanunda yer alan mazeret nedenlerinden taksirli failin de evleviyetle yararlanabileceği görüşüne iştirak etmekteyiz.¹²⁴⁵

Örneğin kendisine saldıran mağduru yaralamak isterken kurşunu sektirip yoldan geçen üçüncü kişiye isabet ettiren faile, her ne kadar TCK md. 27/1 gereği indirim uygulanabilecekse de, bu atışın kendi beden bütünlüğüne yönelen tehlike karşısında zorunlu olduğunu düşündüğümüzde, olayda meşru savunma sınırı dışında kalan bu hareket zorunluluk hali çerçevesinde mazur görülebilecektir. Dolayısıyla md. 27/1'in uygulanabildiği hallerde zorunluluk hali de kusuru kaldıran bir mazeret nedeni olarak failin sorumluluğunu kaldırabilecektir.

Diğer yandan *beklenemezlik*, Alman hukukunda taksirli suçlarda başlı başına kusurluluğu kaldıran neden olarak yer almaktadır.¹²⁴⁶ Bir diğer söylemle, norma uygun davranışın beklenemezliği taksirli suçlara özel bir kusuru kaldıran hal olarak ele alınmaktadır.¹²⁴⁷ Bu nedene daha ziyade taksirin hafif boyutta olduğu ve önleyici cezanın işlevselliğine tereddütle yaklaşıldığı hallerde başvurulduğu ifade edilmektedir.¹²⁴⁸ Buna klasik örnek olarak, bir annenin çocuğunun kaza yaptığı haberini duyarak ütünün fişini çekmeyi unutması ve koşarak evden çıkması üzerine evin yanması olayında, taksirli neticeye engel olmak beklenemez olduğundan anneye kusur yüklenemeyeceği verilmektedir.¹²⁴⁹

¹²⁴⁵ Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, **a.g.e.**, §12, kn. 65 ve §18, kn. 65.

¹²⁴⁶ Öğreti tarafından kabul edilmiş, yazısız bir mazeret nedenidir, bkz. Nolden, **a.g.m.**, s. 5. Ayrıca bkz. Kindhäuser, Zimmermann, **a.g.e.**, §33, kn. 72. Söz konusu beklenemezliğin taksirli suçlar bakımından ojektif özen yükümlülüğünün sınırını etkilemek ya da kanun üstü yeni bir mazeret nedeni olarak kullanmak şeklinde değil, kusur alanındaki failin kişisel özeninin bir nevi sınırlandırılması olarak ele alınması gerektiği belirtilmektedir, bkz. Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 597. Roxin ise, beklenemezliğin taksirli suçlara özgü münferit bir mazeret nedeni mi yoksa Jescheck ve Weigend'in iddiasındaki gibi sübjektif özen yükümlülüğünü sınırlayan hususi bir neden mi olduğunu ayırt etmeye bir gerek olmadığını, bunların birbirinden çok farklı şeyler olmadığını ve sübjektif özeni sınırlayan bir hususun aynı zamanda tek başına bir mazeret nedenine vücut vermesinin mümkün olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Roxin, **a.g.e.**, §124, kn. 128.

¹²⁴⁷ Heinrich, **II**, para. 1025; Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 597.

¹²⁴⁸ Roxin, **a.g.e.**, §24, kn. 127; Kaspar, "Fahrlassigkeitsdelikte", (2), s. 116.

¹²⁴⁹ Kindhäuser, Zimmermann, **a.g.e.**, §33, kn. 72; Keçelioğlu, **Taksir**, s. 186.

Bir diğer kült örnek ise, at arabası sürücüsünün atın kazaya sebep olabileceğini bilmesine rağmen, patronunun onu işten çıkarması korkusuyla itaatine boyun eğerek sürdüğü ve kaza yaptığı olayda, yolcuların yaralanmasına dair kusurundan söz edilemez.¹²⁵⁰ Heyecan veya iş yükünün fazlalığı ya da aşırı yorgunluk da beklenemezliğin değerlendirilmesine örnek durumlar olarak gösterilmektedir.¹²⁵¹ Ya da sağlık sorunları yaşayan doktorun bir hastasını ameliyat ederken bu yüzden bir hata yapması halinde, tipikliğe dahil olan taksir gerçekleşecekken, kusurun tam olduğundan söz edilemez. Çünkü bu hal, fail için kişisel olarak kaçınılabılır değildir.

Kanımızca taksirli faillerin sorumluluğunu kaldırmak bakımından bu ilke de önemli işlev görebilir. Ancak kanunumuz bu hali kusuru kaldıran bir hal olarak zikretmemiş, öğretide de bu ilkeye, standart mazeret nedenlerinin niteliklerini açıklamaktan ziyade başvurulmamıştır. Kusuru ortadan kaldıran nedenlerde kanunilik ilkesine riayet edilmesi gerektiği görüşünde olduğumuzdan, eğer taksirle sınır aşan faillerin cezadan tamamen muaf olmaları arzulanıyorsa, kanunda böyle bir düzenlemeye gidilmelidir.

En nihayetinde eğer TCK md. 27/1 ve 2 kesişiyor ve bir olayda ikisinin de şartları varsa, elbette öncelik ikinci fıkranıdır ve fail ikinci fıkranın sunduğu mazeret nedeni uyarınca cezadan kurtulur.

2.4.3. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar Bakımından

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç TCK'nın 23. maddesinde, bir hareketin failin kastettiğinden daha ağır veya başka bir neticeye neden olması halinde, söz konusu netice bakımından failin taksiri mevcutsa sorumlu tutulabileceği şeklinde düzenlenmiştir.¹²⁵² Öğretide pek çok farklı ancak özünde benzer şekilde tanımlanan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar, kastlı olarak işlenen bir temel suç tipine bağlı olarak, failin kastının dışında kalan bir neticenin ortaya çıktığı ve sorumluluk için

¹²⁵⁰ RG, 23.03.1897 - Rep. 576/97 (RGSt 30, 25)

¹²⁵¹ Keçelioğlu, **Taksir**, s. 187; Kühl, **a.g.e.**, §17, kn. 97; Heinrich, **II**, para. 1024.

¹²⁵² TCK md. 23: “Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.”

failin bu netice bakımından da en azından taksirinin arandığı suç tipleri olarak özetlenebilir.^{1253 1254}

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar öğretide ağırlıklı olarak ‘kast – taksir kombinasyonu’ şeklinde ifade edilmektedir. Buna göre bir hareket, ilk kademe kastlı temel suç tipine vücut verirken, ikinci kademede taksirle sebep olunan daha ağır veya başka bir netice bulunmaktadır.¹²⁵⁵ Her ne kadar ceza hukukunda kural olarak tek hareketin aynı konu için hem kastlı hem taksirli olamayacağı karşı görüş olarak savunulmaktaysa da¹²⁵⁶, netice sebebiyle ağırlaşmış suçların tam da bu kuralın istisnası olduğu da dile getirilmektedir.¹²⁵⁷

Özen ise kast ve taksirin ancak aynı netice bakımından bir arada bulunamayacağı ve iki ayrı netice için pekala farklı değerlendirme yapılabileceğini ifade etmektedir.¹²⁵⁸ İster aynı konu ister başka konu üzerinde gerçekleşsin, ortada birden fazla netice varsa failin bunlardan yalnız biri bakımından kasıtlı hareket etmiş olması ve diğer neticenin faile ancak taksirine göre yüklenmesi mümkün

¹²⁵³ Bu tanım ve öğretideki diğer tanımlar için bkz., Koray Doğan, “Neticesi Sebebi İle Ağırlaşmış Suç”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İzmir, 2010, s. 8 -10.

¹²⁵⁴ Öte yandan, taksirin unsurlarından özen yükümlülüğüne aykırılığın zaten hali hazırda ilk kastlı suçun işlenmesi ile gerçekleştiği, bu yüzden aranması gerekenin ikinci / özel netice bakımından öngörülebilirlik olduğu da belirtilmektedir. Bkz., Koray Doğan, “Kast, Taksir ve Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar”, **CHD**, Sayı: 26, Aralık 2014, s. 231.

¹²⁵⁵ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 470 vd.; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s. 390 vd.; Veli Özer Özbek, “Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 4, Ağustos 2007, Sayfa: 223-246; Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 281; Ozansü, **a.g.e.**, s. 223; Aykut Alp Kapusuzoğlu, “Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suç”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011, s. 97; Alp Öztekin, “Suça İştirak ve Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda İştirak Hükümlerinin Uygulanması”, **Ankara Barosu Dergisi**, Cilt 83, Sayı 1, Ocak 2025, s. 1-(76); Namık Kemal Topçu, **Kasten Yaralama Sonucu Ölüme Neden Olma**, Adalet Yayınevi, İstanbul, Ocak 2013, s. 6 vd. 239 vd.; Necati Meran, “Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suç Kavramı ve Yaralama Suçları”, **Terazi Hukuk Dergisi**, 8(83), s. 44-50; Seydi Kaymaz, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 87/4. Maddesinde Düzenlenen Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama Suçu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Cilt: 18, Sayı: 58, Mayıs 2005, Sayfa: 73-119 (81);

¹²⁵⁶ Yener Ünver, “Türk Ceza Hukuku ve Avrupa”, içinde: **Alman – Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku**, C.1, İstanbul 2010, s.298; Doğan, **a.g.e.**, s. 22, 41.

¹²⁵⁷ Osman Atalay, “5237 Sayılı TCK’nın 87/4. Maddesinde Düzenlenen Kasten Yaralama Sonucu Ölüm (Kastı Aşan Adam Öldürme)”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 117, Mayıs 2016, Sayfa: 58-68.

¹²⁵⁸ Muharrem Özen, **Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk**, Ankara, US-A Yayıncılık, 1998, s. 133.

olduğu da ileri sürülmüştür.¹²⁵⁹ Eleştiriler mevcutsa da, zaten TCK md. 23'ün de, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç, kast – taksir kombinasyonlarının bir türü olarak ele aldığı ve bu şekilde düzenlediği ifade edilmektedir.¹²⁶⁰

Örneğin bir kimseyi yaralamak isterken ölümüne sebebiyet verme halinde hem kasten yaralama hem de taksirle öldürme suçları arasında fikri içtima ilişkisi mevcuttur. Ancak kanun koyucu bu gibi durumları özel olarak düzenleyerek, buradaki tek hareketle farklı neticelere sebep olmaya farklı sonuç bağlamıştır.¹²⁶¹

Öyleyse bu suçlarda, meydana gelen ağır ve başka neticeden failin sorumlu tutulabilmesi için, bu netice bakımından en azından taksirin mevcudiyeti aranacaktır. Bir diğer deyişle bu neticeye, fail tarafından gerçekleştirilen bir haksızlığın sebep olması gerekmektedir.¹²⁶² Taksirle gerçekleştirilen fiilin haksızlık unsurunu da objektif özen yükümlülüğünün ihlali oluşturmaktadır.¹²⁶³ Dolayısıyla denilebilir ki, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda fail, hem temel suça dair neticeyi istediği, hem de istemediği daha ağır neticenin meydana gelmemesi için üzerine düşen dikkati göstermediği için kınanır.¹²⁶⁴

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan söz edebilmek için temel suç tipinin tüm unsurlarıyla mevcudiyeti gerekmesi ve bu unsurlardan birinin de hukuka aykırılık olması hasebiyle, kastlı suçun hukuka uygun icra edildiği haller bakımından artık ortada neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir suçun bulunduğu söz edilemez.¹²⁶⁵ Dolayısıyla hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde hareket eden failin sınır aşması bu bakımdan özellik taşır.

¹²⁵⁹ Kapusuzoğlu, **a.g.e.**, s. 98.

¹²⁶⁰ Aslında hukuki niteliğin, bünyesinde bir temel suç tipini ve ona bağlı olarak gerçekleşen özel bir neticeyi barındıran karma tipiklik olması gerektiğinden bahisle hükmü eleştirerek: Doğan, **a.g.e.**, s. 12- 22; 343; Hakeri, **GH**, s. 251; Demirbaş, **GH**, s. 448; Koca, Üzülmüş, **GH**, s. 245 vd.

¹²⁶¹ Hakeri, **GH**, 252; Kapusuzoğlu, **a.g.e.**, s. 77. İkisinin 'tek hareket' yönünden benzerliğine dikkat çeken bkz., Özbek, **NSAS**;

¹²⁶² Özgenç, **a.g.m.**, s. 375.

¹²⁶³ Özgenç, **a.g.m.**, s. 348.

¹²⁶⁴ Özenbaş, **a.g.e.**, s. 201.

¹²⁶⁵ Akbulut, **GH**, s. 604-5; Doğan, **a.g.e.**, s. 268.

Kanaatimizce, madem neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir suçtan bahsetmek için temel suçun hukuka aykırı olması gerekmektedir, o takdirde ağır neticenin failin ölçülü ve kastlı hareketi sonucu meydana gelmesinde artık neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükümleri devreden çıkmalıdır. Nitekim temel ‘suç’ hukuka uygundur. Dolayısıyla taksirli ikinci suç tamamen ayrı değerlendirilmelidir. Faile ilgili taksirli suçun hükümleri uygulanmalı ve bundan da TCK md. 27/1 indirimi düşülmelidir. Söz konusu netice kanun koyucu tarafından taksirle işlenebilecek münferit bir suça bağlanmamışsa, fiil tipik olmadığı için fail ceza almayacaktır.

Her şeyden evvel değerlendirmeye izin verilen risk içinde kalan neticeler bakımından başlanmalıdır. Failin hareketinin dikkat ve özene aykırı olarak gerçekleşip gerçekleşmemesine göre ayırım gözetilerek inceleme yapılmalıdır.¹²⁶⁶ Eğer fail, dikkat ve özene uygun davranmışsa ortaya çıkan ağır netice bakımından taksiri dahi gündeme gelmeyeceğinden, TCK’nın hem 23.; hem 25.; hem de 27. maddeleri gereği sorumlu tutulamaz.

Burada şöyle bir örnek verilmiştir: Kendisine saldırana, ateşli silahının kabzasıyla ölçülü olarak vurmak suretiyle onu etkisiz hale getirecekken, silahı bir anda patladığı için saldırganın ölümcül yaralanmasına sebep olan failin öngöremeyeceği ve beklenmedik bu neticeden sorumlu tutulmaması gerekir.¹²⁶⁷ Ya da failin ölçülü olarak yaraladığı saldırganın aslında hemofili hastası olması nedeniyle kanaması durmadığı için yaşamını yitirmesinde de sınırın aşılmadığı kabul edilmelidir.¹²⁶⁸

Benzer bir örnekte Yargıtay da ölçülü savunma çerçevesinde yalnızca mağdura yumruk atılması neticesinde dengesini kaybedip ölmesinden sanığı sorumlu tutmamış ve bunun bir sınır aşması olduğunu reddederek beraat ettirilmesi gerektiğine hükmetmiştir.¹²⁶⁹ Verilen tüm bu örneklerde neticeler faile objektif olarak isnad edilemediğinden, zaten ortada taksirli bir suçun vuku bulduğundan söz

¹²⁶⁶ Kartal, **a.g.e.**, s. 113.

¹²⁶⁷ BGH 21.12.1977 - 2 StR 421/77 (BGHSt 27, 313); BGH 24.6.1998-3 StR 186/98 (StV 1999, 143); BGH 30.6.2004- 2 StR 82/04 (NStZ 2005, 31); Kühl, **a.g.e.**, §17, kn. 78.

¹²⁶⁸ Düzenli, **a.g.e.**, s. 186.

¹²⁶⁹ Y. 1. C.D., T. 17.6.2013, E. 2013/1174, K. 2013/4438.

edilemez. Dolayısıyla bu gibi hallerde sınırın aşılması incelemesine gitmeye gerek kalmadan failer ilgili sonuçlardan sorumsuz kılınabilir.

Burada öğretide, objektif olarak isnad edilebilse dahi, ilk kademedeki, normal şartlarda kastlı temel suça vücut verecek hareketin kendisi ölçülülük ilkesine uygun ve ortaya çıkan sonuç da bu zorunlu (eğer söz konusu hukuka uygunluk nedeni meşru savunma ise savunma) fiilinin yarattığı tehlikelilik dahilinde ise, artık bu sonucu da hukuka uygun kabul etmek gerekeceği ileri sürülmektedir.¹²⁷⁰ Kendini savunmak için failin yaptığı ‘kastlı harekete mündemiç riskin açığa çıkması’ şeklinde meydana gelen bir nevi zorunlu sonuçlar da artık münferit değerlendirilemeyecek, bir nevi asıl neticeye ek ‘yan netice’ler hükmünde olacaktır¹²⁷¹.

Kendisini yumruklayan saldırganı bir yumruk atan failin, saldırganın burnunun ya da dişinin kırılmasına sebep olması buna örnek verilebilir.¹²⁷² Zira ilk kastlı hareketi ölçülülük ve zorunluluk çerçevesinde cereyan etmiştir.¹²⁷³ İşte bazı görüşler tarafından, ilk kademedeki temel fiilin hukuka uygun olduğu için suç teşkil etmediği bu gibi hallerde, söz konusu isnad edilebilir zorunlu neticeler bakımından da hukuka uygunluğun sürmesi gerektiği iddia edilmiştir.¹²⁷⁴

Taksirli neticelerden tam sorumluluk öngören bir görüşe göre ise, TCK md. 27/1 hükmü, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara uygulanabilir değildir, zira neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bir bütün olarak kastlı suç kabul edilirler.¹²⁷⁵

¹²⁷⁰ Doğan, **a.g.e.**, s. 272; Ersan, **a.g.e.**, s. 107 vd.; Ünver, “İzin Verilen Risk”, s. 360 vd.; Roxin, **a.g.e.**, §24, kn. 100; Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, **a.g.e.**, §12, kn. 64; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §10, kn. 519; Rengier, **a.g.e.**, §18, kn. 45-6. Ölçülü hukuka uygun kastlı hareketle beraber, ölçüsüz ancak taksirli hareketin de hukuka uygunluk içinde kalacağına dair bkz., Frister, **a.g.e.**, §14, kn. 41.

¹²⁷¹ Demirci, **a.g.e.**, s. 101

¹²⁷² Roxin, **a.g.e.**, §15, kn. 45.

¹²⁷³ Doğan, **a.g.e.**, s. 271; Güler, **a.g.e.**, s. 105.

¹²⁷⁴ Sternberg-Lieben, Schuster, §18, kn. 4; Doğan, **a.g.e.**, s. 272; Roxin, **a.g.e.**, §24, kn. 100; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §10, kn. 519. Örneğin meşru savunma çerçevesinde ölçülü olan bir atış yapan failin bu hareketi sonucu istemeyerek birini öldürmesinde artık neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç değil, taksirli bir suç bulunup, bu da ilk hareketin tehlikesinin kaçınılmaz sonucu olarak doğduğundan hukuka uygun addedilecektir. Bkz., Rengier, **a.g.e.**, §18, kn. 45-6; Frister, **a.g.e.**, §14, kn. 41.

¹²⁷⁵ Doğan, **a.g.e.**, s. 273.

Diğer görüşe göre ise, kanunda ayrıca taksirli hali öngörülmüşse onun uygulanması ve o ceza üzerinden tekrar TCK md. 27/1 indirimine gidilmesi gerekecektir.¹²⁷⁶

Oysa sınır aşılması bahsinde artık neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan söz edilemez. Hukuka uygun kastlı ve hukuka aykırı taksirli olmak üzere iki hareketin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Failin ilk kastlı hareketi bir suça vücut vermediğinden sınır aşan netice bakımından özensizliğin mevcudiyeti artık otomatik olarak kabul edilemez. Hem harekete dair dikkatsizlik, hem de neticenin öngörülebilirliği ayrı ayrı ve titizce tetkik edilmelidir.¹²⁷⁷

Buradan alarak taksirli fiil, sadece ‘aşan kısım’ ya da ‘netice’ itibariyle değil, bir bütün olarak hukuka aykırıdır. Dolayısıyla yaralamanın ağır sonuçlarına taksirle neden olunması TCK md. 89 üzerinden belirlenecek cezanın md. 27/1’e göre indirilmesini gerektirir.¹²⁷⁸ Keza öğretide de taksirle aşılan kısım ayrı bir suç olarak düzenlenmişse bunun üzerinden TCK md. 27/1 indirimi yapılması gerektiği, burada artık neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan değil, taksirli bir suçla sınır aşılmasından söz edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.¹²⁷⁹ Buna göre, örneğin TCK md. 87 değil md. 89 veya md. 87/4 değil, md. 85’e göre tayin edilecek ceza üzerinden md. 27/1 indirimi yapılması gerekecektir.^{1280 1281}

¹²⁷⁶ Ersan, **a.g.e.**, s. 108; Özgenç, **GH**, s. 513-5; Tan, **TCK**, s. 971.

¹²⁷⁷ Özenbaş, **a.g.e.**, s. 193.

¹²⁷⁸ Y. 1. C.D., T. 13.2.2013, E. 2009/2996, K. 2013/1001. Nitekim öğretide Özgenç de, ilk kastlı hareket meşru savunma içinde gerçekleştiğinden temel suç oluşamayacağı ve burada bu yüzden ilgili taksirli suçtan TCK md. 27/1 indiriminin uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır. Bkz., Özgenç, **GH**, s. 514.

¹²⁷⁹ Hasan Sınar, “Self – Defense as a Justification Reason in Turkish Criminal Law”, **CHD**, Sayı: 30, Nisan 2016, s. 56.

¹²⁸⁰ Aynı yönde bkz., Akbulut, **GH**, s. 606; Tan, **TCK**, s. 737, 971; Malkoç, **a.g.e.**, s. 345; Şahin, **a.g.m.**, s. 329 -30, 334; Melik Kartal, “Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 05.02.2019 Tarihli, 2015/1-705 Esas ve 2019/59 Karar Sayılı Kararının Değerlendirilmesi (Kasten Öldürme/Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama, Meşru Savunma/Meşru Savunmada Sınırın Mazur Görülebilecek Bir Heyecan, Korku ve Telaşla Aşılması/Haksız Tahrik)”, **İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 8 - Sayı: 2 , Eylül 2023, s. 966.

¹²⁸¹ Kaldı ki sınır aşılma bahsine gidilmeden, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamanın temel kurallarından olarak, söz konusu temel suçun TCK md. 86/2’de düzenlenen ‘basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek -yaralama’ olamayacağından bahisle de basit yaralamalar - yumruk, kabzaıyla vurma vs - sonucu meydana gelen ağırlaşmış neticeler için zaten md. 87 değil, ilgili suçun taksirli halinden hüküm kurulmalıdır. Çalışma konusu açısından detayına gerek duyulmadığından burada yer vermediğimiz tartışmalar için bkz., Mehmet Emin Artuk, Erkam Yılmaz, “Basit Tıbbi Müdahalelik Yaralamalar ve Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç Hükümlerinin Tatbiki Meselesi”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 26, S. 1, 2022, ss. 263 – 310.

Yargıtay'ın önüne gelen bir davada polis memuru sanık, kaçan şüpheliyi yaralayarak yakalamak amacıyla atış yaparken dengesini kaybetmiş ve atışlardan biri mağdurun başına gelerek ölümüne neden olmuştur. Yerel mahkemenin *kanımızca* hukuka uygun şekilde TCK md. 85 ve md. 27/1 uygulaması yaparak kurduğu hükmü ise Yargıtay, memurun hareketinin kastlı olması gerekçesiyle tatbik edilecek düzenlemenin md. 87/4 olması gerektiği gerekçesiyle bozmuştur.¹²⁸² Oysa olaydaki failin, PVSK md. 16'da düzenlenen silah kullanma yetkisi çerçevesinde hukuka uygunluk nedeninden yararlandığı ve daha dikkatli davranıyorsa sadece ölçülü bir yaralama ile mağduru hukuka uygun olarak yakalayabilecek olduğu düşünüldüğünde, onun herhangi bir hukuka uygunluk nedeninden yararlanmayan alelade kasten yaralama fiili işleyen ve bunun sonucunda ölüme neden olan failden farkının olması gerekir.

İşte ölçülü ve kastlı yaralama (ya da olayda yaralamaya teşebbüs) hareketinin hukuka uygun addedilerek ayrılması, geriye kalan failin dikkatsizliğine dayanan ve bir bütün olarak hukuka aykırı fiilinin ise TCK md. 85 çerçevesinde cezalandırılması ve elbette bu yapılırken md. 27/1 indiriminin de gözetilmesi *kanaatimizce* hakkaniyetli bir çözüm olacaktır.¹²⁸³ Kaldı ki bunun ötesinde karara yapılması

¹²⁸² Y. 12. C.D., T. 1.7.2015, E. 2014/18098, K. 2015/12307.

¹²⁸³ Bu yorumu yaparken elbette somut olayda memurun atışının ve kasten yaralamanın özünde ölçülü olduğu kabulüyle hareket etmekteyiz. Somut olayda birden fazla atış ölçsüz ise veya atışın kurallarına uyulmadıysa ya da söz konusu aşımın kendisinin kastlı olduğu ifade ediliyorsa, o takdirde elbette TCK md. 27/1 tartışılmayacak, fiil de hukuka uygunluk nedeni dışında doğmuş bir fiil olarak manevi unsuruna göre yaptırıma tabi tutulacaktır. Örneğin bir polis memuru sanık, PVSK md. 16'da düzenlenmiş olan silah kullanma yetkisi kapsamında bu yetkiyi ölçüsüne uygun olarak kullanmış ve kaçan mağduru yaralamıştır. Bu yaralama sonucu mağdur sendelemeye başlamış ve hızı düşmüş olmasına rağmen polis memuru bir atış daha yapmış ve bu ikinci atış mağdurun ölmesi ile neticelenmiştir. Yargıtay bu davada taksirle öldürme hükmünü onamıştır. Ancak karşıoy şerhinde polisin ikinci atışı da kasten yaptığından hareketle cezalandırmanın TCK (md. 85 değil) md. 87/4 hükmünden yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Y. 1. C.D., T. 27.3.2019, E. 2018/5122, K. 2019/1894; Y. CGK., T. 3.4.2024, E. 2023/360, K. 2024/157. Bizim de *kanaatimiz* bu yöndedir. Burada memurun ilk atışı silah kullanma yetkisi çerçevesinde her ne kadar hukuka uygunsu da, ikinci atışı gerçekleştirmeye yönelik kast, hukuka uygunluk nedeni içerisinde oluşmamıştır. Söz konusu ölüm sonucu, ilk kurşunun sekmesi vs sonucunda gerçekleşseydi, o takdirde 'doğal fiil tekliği'nden yola çıkan tezimize göre kastlı yaralamayı hukuka uygun addederek ayıracak, buna karşılık taksirli öldürme fiili baştan itibaren dikkatsiz ve hukuka aykırı olduğundan bu hukuki hareket için failin md. 85 üzerinden yapılacak md. 27/1 indirimi ile cezalandırılmasını önerecektik. İlk kastlı hareket hukuka uygun olduğundan burada neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralamadan söz edemeyecektik. Ancak olayda kastlı ikinci hareket hukuka uygunluk çerçevesinde meydana gelmemiştir. Bilakis *kanımızca*

gereken temel eleştirisi, md. 87/4'ün özünde kastlı suç addedilmesi gerektiğinden, ona md. 27/1'nin uygulanamayacağının gözden kaçırılmasına ilişkin düşülen temel çelişkiye yöneliktir.

Bir başka Yargıtay kararında ise, mağdurun elinde bıçak olduğu halde sanığın üstüne yürüdüğü olayda sanık katılanın ayağına doğru ateş etmiş, ancak kurşun mağdurun kalçasına isabet ederek kemik kırığına ve hayati tehlike geçirecek derecede yaralanmasına neden olmuştur. Bu olayda yerel mahkeme her ne kadar TCK md. 89/2-e üzerinden md. 27/1 indirimi uyguladıysa da Yargıtay, burada kast olmaksızın sınırın aşılmasından söz edilemeyeceğinden bahisle kararı bozmuş ve sorumluluğun md. 89/2-b-e maddesinden kurulması gerektiğine hükmetmiştir.¹²⁸⁴

Eleştirilmesi gereken, Yargıtay'ın, ilgili suçun kasten işlendiğine inanmaktaysa cezalandırmayı neden md. 87'den değil, 89'dan kurduğu ve cezalandırmanın taksirli suçtan olması gerektiğini düşünüyorsa bu kez neden md. 27/1'in uygulanmasının reddettiğidir. Silahı ateşleme hareketi kastlı, ancak doğan sonuç dikkatsizlik eseri olduğundan aslında tipik olarak burada bir neticesi sebebi ile ağırlaşmış yaralama gözlemek mümkündür. Ancak söz konusu kastlı hareket hukuka uygunluk nedeni içerisinde icra edildiğindendir ki Yargıtay faili, md. 87 değil md. 89'dan sorumlu tutmanın daha adil olduğunu düşünmüş olabilir. Bunun akabinde de, hareketin kastlı icra edilişi sınırın kastlı aşılması sonucunu doğurur şeklinde yorumlanmış ve bu yüzden md. 27/1 reddedilmiş olabilir.

Yargıtay, yaralamaya yönelik kastı tespit ettiği hallerde sonuç ölümse TCK md. 87/4'ten hüküm kurarak, md. 85 ve 27/1 in beraber uygulanmasını reddetmekte ve bu yöndeki yerel mahkeme kararlarını bozmaktadır.¹²⁸⁵ *Kanaatimizce* burada azami dikkat edilmesi gereken, failin kastlı yaralamasının bizatihi aşım teşkil ettiği hallerde bu tutumun haklı olduğu, ancak yaralama ölçülü olup da netice itibarıyla

bu atış kendi başına PVSK md. 16'nın dışında meydana gelmiştir. Hukuka aykırı ve kastlı bir hareketin istenmese de ölüm ile neticelenmesi halinde de elbette TCK md. 87/4 uygulanmalıdır.

¹²⁸⁴ Y. 12. C.D., 26.2.2019, E. 2018/2308, K. 2019/2593. Benzer yönde başka karar için bkz., Y. 12. C.D., T. 4.2.2020, E. 2019/1079, K. 2020/1071.

¹²⁸⁵ Y. 12. C.D., T. 1.7.2015, E. 2014/18098, K. 2015/12307; Y. 3. C.D., T. 26.2.2015, E. 2014/26755, K. 2015/7413; Y. C.G.K., T. 5.2.2019, E. 2015/1-705, K. 2019/59.

ölçüsüzlük söz konusu ise bu takdirde artık o ölçülü kastlı ilk yaralama teşkil eden temel suçun hukuka aykırılık unsuru olmadığından burada neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun değil, adi taksirli suçtan söz etmek gerektiğidir.

Kanaatimize göre, sınır aşılması olaylarında neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun artık mümkün olamayacağının ve vuku bulan taksirli suçun münferit değerlendirilmesi gereğinin kabulü ile Yargıtay'ın düştüğü tereddüt ve çelişki aşılabılır. Öğretide de, taksirli neticenin tek başına bir suç olarak ele alındığı ve böylece neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç değil, müstakil taksirli suç üzerinden TCK md. 27/1 indiriminin uygulandığı görülmektedir.¹²⁸⁶

Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin önüne gelmiş olan bir dava konusu incelenmeye değerdir: Olay failin (A) mağaza dedektifi olarak görev yaptığı sırada, beş adet CD'yi alıp kaçmak üzere olan mağduru (O) yakalaması, kendisinden fiziksel olarak daha üstün olan (O)'yu ancak yere yatırarak zaptedebilmesi, teslim olmayı reddettiği için de bir süre boğazını tutması ve bunun sonucu (O)'nun boğularak ölmesi şeklinde cereyan etmiştir.¹²⁸⁷ Eyalet Mahkemesi Ceza Dairesi, (A)'yı ölüm neticesiyle sonuçlanan yaralamadan (AlmCK md. 227) mahkum etmiş, ancak AFYM failin yakalama ve belirli bir aşamaya kadar yaralama hareketlerini AlmCMK md. 127'de düzenlenen 'herkesin yakalama hakkı' ve mağdurun fiziksel olarak direnmesi ile ilintili olarak da meşru savunma çerçevesinde hukuka uygun saymış, ancak bunun ötesine geçen öldürme hareketinin bu hukuka uygunluk nedenlerinin sınırını aştığından bahisle hukuka aykırı olduğuna ve bu yüzden failin hâlâ taksirle öldürmeden (AlmCK md. 222) sorumlu tutulmasına hükmetmiştir. Aslında (A)'nın (O)'nun boğazını sıkmaya başlamasından 1-2 dakika içerisinde (O) savunmasız hale gelmiş, - belki bayılarak - kendinden geçmiştir. Ancak (A) bunu fark etmediği için saldırıyı 'sürüyor' zannederek savunmaya devam etmiştir.¹²⁸⁸

¹²⁸⁶ Kartal, "Yargıtay", s. 966.

¹²⁸⁷ BGH 10.02.2000 - 4 StR 558/99 (NJW 2000, 1348).

¹²⁸⁸ Burada (A)'nın yakalama yetkisinin fiziksel zoru içermediğini, yalnız (O), bu yakalamaya direnerek kendisine saldırmaya başladığında artık (A)'nın meşru savunma alanına geçtiğini, eğer (A), doğrudan doğruya fiziksel kuvvete başvurursa idi, bu yakalama yetkisinin sınırının ötesinde olacağından, (O)'nun da o anda meşru savunma hakkının doğacağı belirtilmektedir. Ancak olayda sadece (A)'nın bireysel değil, mağaza sahibinin mülkiyet hakkına dayanan üçüncü kişi lehine meşru

Böylece boğmanın saldırı bittikten sonra sürmesi aslında bir nevi meşru savunmada zamansal aşım teşkil etmiştir.

Olayı Türk hukuku bakımından ele almak gerekirse, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama bakımından, temel suç olan kastlı yaralama açısından failin hareketi hukuka uygun olacağından yine öldürme sonucu için taksirle öldürmeden sorumluluğa gitmek gerekecekti. Ancak olayda, kasten boğazını sıkma hareketi hukuka uygunluk nedeni sona erdikten, saldırgan etkisiz hale getirildikten sonra devam etmekte, bu aşan kastlı hareketin sonucunda öldürme meydana gelmektedir. Fail öldürmeyi kast etmediği için kasten öldürme denklemimizin dışındadır. Ancak failin saldırının bittiği hususundaki yanılgısı, Türk ceza hukukunda kastı değil yalnız kusuru kaldırdığından, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama hâlâ söz konusudur. Artık bu hareketle sınır kasten aşıldığından olayda TCK md. 27/1 hükmü uygulanamaz. Kaldı ki, failin etkisiz hale gelen mağduru boğmaya devam etmesi bir (zamansal) ve böylece ölümüne neden olması iki (yoğunlukta) olmak üzere, burada ‘çifte aşım’ olarak adlandırılan durum söz konusudur. Artık ölüm sonucu taksirle gerçekleşse de, md. 27/1 gündeme gelemez.

Aşımın kendisi kastlı icra edilip bunun üzerine bir de ağır neticenin gündeme geldiği bu gibi hallerde elbette md. 27/1 uygulanamaz. İlgili neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun cezası verilir. Örneğin tek el atışın ölçülü olduğu bir savunmada birkaç el ateş edilmesi ya da bedeni kuvvet yetebilecekken ateşli silaha başvurulması halinde söz konusu ateşli silahla yapılan yaralamalar kasten icra edilir ve bunun sonucu ölüm gerçekleşirse artık uygulanacak hüküm md. 85 değil, md. 87/4 olacaktır. Her ne kadar ölüm sonucuna taksirle neden olunsu da, sınırın aşılması daha kasten yaralama aşamasında gerçekleştiğinden, burada ana kuraldan sapmak için bir sebep yoktur.

savunma hakkını da kullandığı ifade edilmektedir. Bkz., Wolfgang Mitsch, “Festnahme mit Todesfolge - BGH, NJW 2000, 1348”, **JuS**, 2000, s. 849 – 50.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNA GÖRE MEŞRU
SAVUNMADA SINIRIN, HEYECAN, KORKU VEYA TELAŞ NEDENİYLE
AŞILMASI DÜZENLEMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ, KAPSAMI VE
UYGULANIŞI

3.1. 5237 Sayılı TCK'ya Göre Meşru Savunmada Sınırın, Heyecan, Korku veya Telaş Nedeniyle Aşılması Düzenlemesinin Hukuki Niteliği

3.1.1. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata

Araştırmamızda rasladığımız kadarıyla *Frister* ve *Schröder*,¹²⁸⁹ TCK md. 27/2'nin mehzaz düzenlemesi olan AlmCK md. 33'ü hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hatanın bir görünümü olarak ele almaktadırlar. Gerekçeleri ise söz konusu duyguların kişinin meşru savunma esnasında zaten bilinçli davranmasına engel olacağı yönündedir.¹²⁹⁰ Bu madde ise, mahkemeleri hatayı ayrıca tespit yükümünden muaf tutarak duyguların varlığı halinde doğrudan faili yararlandırmayı sağlayan ve bu yönüyle de usul ekonomisine hizmet eden bir maddedir.¹²⁹¹ Yine *Schönke* ve *Baldus* da hükmü, kanun koyucunun cezasızlık sonucunu bağladığı, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatanın özel bir türü olarak yorumlamışlardır.¹²⁹²

¹²⁸⁹ Frister, **a.g.e.**, §16, kn. 41; Helmut Frister, **Die Struktur des 'voluntativen Schuldlements'**, Berlin, Duncker & Humbolt, 1993, s. 230; Horst Schröder, "Notwehrüberschreitung und Putativnotwehr", **ZakDR**, 1944, s. 124.

¹²⁹⁰ Schröder, **a.g.m.**, s. 124.

¹²⁹¹ Frister, **a.g.e.**, §16, kn. 41; Frister, **Struktur**, s. 229 vd. Söz konusu gerekçe aslında yukarıda yer verdiğimiz amirin hukuka aykırı emrinin yerine getirilmesi kurumuna getirdiğimiz açıklama ile son derece benzer görünüm arz etmektedir.

¹²⁹² Adolf Schönke, **Strafgesetzbuch Kommentar**, Yayına Hazırlayanlar: Adolf Schönke, Horst Schröder, 17. Baskı, München, 1974, § 53, Kn. 35-6; Paulheinz Baldus, **Leipziger Kommentar**, Yayına Hazırlayanlar: Paulheinz Baldus, Günther Willms, Erster Band, 9. Auflage, Berlin, De Gruyter, 1974, § 53, kn. 48.

Bugün Alman öğreti ve uygulamasında bu görüş itibar görmemektedir. Görüş, hükmün düzenleme alanını öngörülmediği şekilde daralttığı yönünde eleştirilmekte ve hata ile kesişmesi mümkünse de, kurumların ayrılığına vurgu yapılmaktadır.¹²⁹³ Zaten çoğunluk yazar, kanun koyucunun kanun yapma sürecini de dikkate alarak, iradesinin bilinçli aşimleri da maddeden yararlandırmak yönünde olduğunu ifade etmektedir.¹²⁹⁴

Burada ilgi çekici bir başka görüş, meşru savunmada korku veya telaşla sınırın aşılmasının, failin davranışlarını normatif süzgeçten geçirmesi yetisini ortadan kaldıran, aslında haksızlık bilincinin bulunmadığı bir hal olarak görülmesi gerektiğini iddia etmiştir.¹²⁹⁵ Yani maddenin, failin haksızlık bilincinde yanılmasının kanunen kaçınılmaz kabul edildiği bir nevi özel hal olduğu iddia edilmiştir.¹²⁹⁶ Bu görüş de, bu takdirde AlmCK md. 33'ün, md. 17'nin gereksiz bir alt düzenlemesi olacağı yönünde eleştirilmiştir.¹²⁹⁷

Albrecht ise, hem düzenlemeyi maddi şartlarda hata olarak addedip, hem de hatanın kaçınılmaz olduğunu peşinen kabul ederek, maddeyle taksirli cezalandırmanın da önüne geçildiğini belirten bir karma görüş benimsemiştir.¹²⁹⁸

Öte yandan Alman öğretisinde bazı yazarlar, TCK md. 27/2'nin mehazı olan AlmCK md. 33'ü, meşru savunma hukuka uygunluk nedeninin orantılılık şartına dair hatanın kaçınılabilirlik unsuruna ilişkin bir delil kuralı olarak görme eğilimi de

¹²⁹³ Diederich, **a.g.e.**, s. 49.

¹²⁹⁴ Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, **a.g.e.**, §18, kn. 64; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §13, kn. 706; Roxin, **a.g.e.**, §22, kn. 82; Herzog, §33, kn. 24; Köhl, **a.g.e.**, §12, kn. 148; Otto, **a.g.m.**, s. 606; Jürgen Sauren, "Zur Überschreitung des Notwehrrechts", **JURA**, 1988, s. 570; Hans Theile, "Der bewusste Notwehrexzess", **JuS**, 2006, s. 965. Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 492; Bernd Müller-Christmann, "Überschreiten der Notwehr", **JuS**, 1994, s. 650. Nitekim kanunun hazırlık aşamasında cezasızlığın bilinçsiz aşımına hasredildiği ve bilinçli aşımında takdiri ve basamaklı indirim öngörüldüğü bir düzenleme de önerilmişti. Ancak kanun koyucu hükmü tasarısındaki şekliyle kabul etmeyerek iradesinin aksi yönde olduğunu göstermiş oldu. Bkz. Roxin, "Über den Notwehrexzess", s. 110. Ayrıca detay için bkz. aşağıda: "3.4.1. Kast veya Taksirle Aşım"

¹²⁹⁵ Michael Köhler, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Berlin, Springer, 1997, s. 424.

¹²⁹⁶ Köhler, **a.g.e.**, s. 424.

¹²⁹⁷ Diederich, **a.g.e.**, s. 55.

¹²⁹⁸ Anna Helena Albrecht, "Notwehrexzess und Putativnotwehr", **GA**, 2013, s. 388.

göstermişlerdir.¹²⁹⁹ Bu görüş ise, maddenin mantığı ve düzenlenme amacının buna karşı olduğunu, böyle bir delil kuralına ihtiyaç olmadığı, ayrıca yanılma haline ilişkin herhangi bir ispatlama etkisi de göstermediği ve öyle olsaydı neden diğer hukuka uygunluk nedenleri bakımından da böyle bir delil kuralı düzenlenmediğinin açıklanamayacağı yönünde eleştirilmiştir.¹³⁰⁰

Aslında maddeye hatanın bir görünümü ya da özel bir hata düzenlemesi olarak yaklaşmak yerine, failin fiili üzerine hiç düşünmeden sadece içgüdüsel olarak harekete geçtiği hallerde, uygulayıcıyı fiili hata hükümlerini kıyasen uygulama zahmetinden kurtaran ve aynı zamanda bu failin cezasız kalmasına yarayan bir düzenleme nitelendirmesi yapmak *kanımızca* diğer görüşlerden daha yerinde olacaktır.¹³⁰¹

Türk öğretisinde de *İba*, ikinci fıkrayı açıkça hata olarak değerlendirmektedir.¹³⁰² Buna göre, failin hatası kaçınılabilsen dahi (ki yazar katı kusur teorisini takip ettiğinden burada kast kalkmamasına rağmen) faile ceza verilemez.¹³⁰³ Bunun nedeni haksız saldırıya maruz kalan kişilerin doğal olarak telaş ve paniğe kapılacağı ve oranı aşabilme olasılıklarının yüksekliğidir.¹³⁰⁴ Dolayısıyla yazar meşru savunma halindeki her savunmacının otomatik olarak bu duyguların etkisi altında olduğunu kabul etmekte; meşru savunmanın sınırında yanılan her faile (yanılgı kaçınılabilsen dahi olsa) doğrudan cezasızlık bahşetmekte; üstelik bir yandan da faillerin kasten hareket ediyor olduğunu ifade etmektedir. *Kanımızca* bu çıkarım, görüşün kendi teorisi içinde tutarsızlığını ortaya koyduğu gibi, kanun koyucunun iradesiyle çelişmekte ve başlı başına meşru savunmanın bir ölçülülük şartı olmasını da anlamsız kılmaktadır.

¹²⁹⁹ Frister, **Struktur**, s. 229 vd.; Baldus, §53, kn. 48; Schönke, § 53, kn. 36; Köhler, **a.g.e.**, s. 424; Schröder, **a.g.m.**, s. 123-4; Albrecht, **a.g.m.**, s. 388.

¹³⁰⁰ Rönna, Vor § 32, kn. 333; Fischer, **a.g.e.**, s. 62; Rogall, **a.g.m.**, s. 543.

¹³⁰¹ Perron, Eisele, §33, Kn. 2.

¹³⁰² *İba*, **a.g.m.**, s. 649 - 52.

¹³⁰³ *İba*, **a.g.m.**, s. 651.

¹³⁰⁴ *İba*, **a.g.m.**, s. 663.

Açıkça zikretmese de öğretide Şen de, TCK md. 27/2'yi meşru savunmanın maddi şartlarında hata olarak nitelendirmiştir. Yazara göre, elleri kelepçeli saldırganın üzerindeki bombayı *patlatma girişiminde bulunduğu inancı failde uyanmış ise*, telaş ve korkuyla onu vurması '*yasal savunma olarak kabul*' edilecektir.¹³⁰⁵ Saldırganın patlatma girişiminde bulunduğunu ya da bulunacağını zannetmek bir hata halidir.

Kanaatimizce TCK md. 27/2 bir hata düzenlemesi olmayıp, failin hiç bir konuda yanılması olmasa da uygulanabilecek bir hükümdür, yeter ki ortada gerçekten bir meşru savunma bulunsun ve fail belirli duyguların etkisiyle sınır aşmış olsun. Üstelik olayda mağdurun herhangi bir palatma girişimi yoktuysa meşru savunma en başından hiç doğmamıştır ve bu yüzden de md. 27/2 uygulanamaz. Oysa hüküm hata düzenlemesi addedilseydi, mefruz meşru savunma hallerinde dahi uygulanabilecek ve bu da adaletsiz sonuçlara neden olacaktı.

Yine öğretide başka yazarlarca da, TCK md. 27/2'nin şartlarının mevcut olduğu hallerde failin sanki sınırı hiç aşmamış gibi hukuka uygunluk nedeninden - ve hatta tam olarak - yararlanmaya devam edeceğinin belirtildiğine rastlamaktayız.¹³⁰⁶ Benzer şekilde fiilin 'meşru' olduğu¹³⁰⁷ ya da failin meşru savunma koşulları içerisinde hareket etmiş sayılacağı¹³⁰⁸ ifade edilmiştir. *Kanaatimizce* bir hukuka uygunluk nedeninden yararlanmak ancak failin hareketinin hukuka uygun kabul edildiği hallerle sınırlı söz konusu olabileceğinden, kendisi bir hukuka uygunluk nedeni olmayan md. 27/2 bakımından böyle bir yorum getirilemez.¹³⁰⁹ Düzenlemenin lafzı da meşru savunmanın sınırlarının aşılmasından söz ettiğinden, sınırın ötesindeki davranışların meşru olduğu iddia edilemez.

¹³⁰⁵ Şen, "TCK m.27 Kapsamında"

¹³⁰⁶ Karakoyun Berkyez, **a.g.e.**, s. 66; Şahin, **a.g.m.**, s. 344.; Dönmezer, Erman, **II**, s. 378; Farah Salah Fakhri, "Meşru Savunmanın Şartları, Ölçülülük İlkesi, Savunmanın Sınırlarının Aşılması", İstanbul Gedik Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Mart 2023, s. 93.

¹³⁰⁷ Demirci, **a.g.e.**, s. 89.

¹³⁰⁸ Parlar, Hatipoğlu, **TCK**, s. 490.

¹³⁰⁹ Aynı yönde bkz., Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 804.

Nitekim CMK md. 223'te de bu fıkra için beraat değil, ceza verilmesine yer olmadığı kararı öngörülmüştür. Bu durumda, kişinin âdeta sınır aşmamış gibi hukuka uygunluk nedeninden tam olarak istifade edeceğine¹³¹⁰ katılmak tamamen imkânsızlaşmaktadır. Zira öyle olsa faili beraat ettirmek gerekirdi. Hâlâ hukuka uygun alanda olunsaydı, meşru savunmanın başlı başına bir sınırının olmasının anlamı kalmamış olurdu. Oysa 'hiç sınır aşılmamış gibi' bir muamele kanun koyucu tarafından da öngörülmemiştir.

3.1.2. Mücbir Sebep

765 sayılı Kanun döneminde ayrıca düzenlenmese de, failin duygularının mülga 50. madde uygulamasında dikkate alındığı ve bu duyguların kusuru kaldırarak ölçüde olması halinde mücbir sebepten söz edildiği yukarıda ifade edilmişti.

Mücbir sebep failin iradi olarak hareket etmeyip dış bir kuvvet tarafından âdeta hareket ettirildiği hallerde söz konusu olur. Karşı koyamayacağı ve önleyemeyeceği bir kuvvet tarafından fail suçu işlemeye zorlanmaktadır.¹³¹¹ Kişi öngörse bile bunun bir etkisinin olmayacağı önleyememe, sonuçtan kaçınamama durumlarında mücbir sebepten söz edilmektedir.¹³¹² *Toroslu*, zorunluluk halinde suç işleme yetkisi tanınmış failin buna mecbur tutulmadığı, oysa mücbir sebepte başka türlü hareket etme imkanının olmadığını ifade ederek¹³¹³ mücbir sebebin diğer kusurluluğu etkileyen ya da kaldıran hallerden farkını ortaya koymaktadır.

Bir görüşe göre, TCK md. 27/2 bir mücbir sebep düzenlemesidir.¹³¹⁴ *Zafer*, daha açık bir tanımla, 'kusuru ortadan kaldıran zorunluluk hali'nden söz eder.¹³¹⁵ *Özen* de, md. 27/2'nin faile kusur atfedilemediği hallerde failin farkında olmayarak

¹³¹⁰ Kan, **a.g.e.**, s. 312; Dönmezer, Erman, **II**, s. 378.

¹³¹¹ Öztürk, Erdem, **GH**, s. 284; Savaşçı Temiz, **a.g.e.**, s.198.

¹³¹² Özen, **GH**, s. 754; Mücbir sebebin hukuki nitelik değerlendirmesi ve diğer detaylar için bkz., Gülşen, **a.g.e.**, s. 115 vd.; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 300.

¹³¹³ Toroslu, **Zaruret**, s. 90.

¹³¹⁴ Kan, **a.g.e.**, s. 302; Şahin, **a.g.m.**, s. 342 vd; Zafer, **GH**, s. 320; Yokuş Sevük, **a.g.m.**, s. 124; Ayrıca bkz., Demirbaş, **GH**, s. 368.

¹³¹⁵ Zafer, **GH**, s. 322.

ya da bir diğer deyişle mücbir sebeple sınır aşımından bahsedileceğini ileri sürer.¹³¹⁶ Bu görüşe itiraz olarak, mücbir sebebin ancak dışsal bir kuvvet sonucu gerçekleşmesi gerektiği ve psikolojik etkenlerin kişiden kaynaklanması dolayısıyla bu halin mücbir sebep olamayacağı dile getirilmiştir.¹³¹⁷

Mücbir sebebi kusuru kaldıran hallerden biri olarak değil, hareketin olmadığı halleri betimleyen bir durum olarak ele aldığımızdan¹³¹⁸ ve failin ‘hareketinin’ varlığından söz edebildiğimiz her yerde mücbir sebebi devre dışı bıraktığımızdan, bu değerlendirmeleri gerekli bulmuyoruz. Nitekim öğretide de mücbir sebep ve diğer kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler arasındaki fark ortaya konurken, diğer nedenlerde zor ve beklenemez de olsa hâlâ failin seçim hakkının olması şeklinde bir ayırım yapılması ve mücbir sebepte failin seçim imkanının olmadığı ve âdetâ suç işlettirildiği ifade edilirken hâlâ bu nedenin kusuru kaldırdığını ifade etmek¹³¹⁹ *kanımızca* yerinde değildir. Seçim hakkı yoksa irade ve dolayısıyla ceza hukukunun konusunu oluşturabilecek bir insan hareketi söz konusu değildir. Tıpkı insanın âdetâ alet konumuna dönüştüğü maddi cebirde olduğu gibi.¹³²⁰

TCK md. 27/2’yi mücbir sebep sayan görüşün, fail ile fiili arasındaki psikik bağın noksanlığının fiilin ona isnad edilmesini engelleyeceği fikrine katılmakla beraber, bu izafe edilmemenin kusur düzeyinde olduğunu kabul ediyoruz. Mücbir sebep halinde ortada hareket olmadığından, md. 27/2 bir mücbir sebep düzenlemesi değildir.

¹³¹⁶ Özen, **Meşru Müdafaa**, s. 158.

¹³¹⁷ Gülşen, **a.g.e.**, s. 122. Benzer yönde bkz., Sucuoğlu, **a.g.m.**, s. 160;

¹³¹⁸ Kişinin mücbir sebep hallerinde hareket etmediği ve ettirildiği, dolayısıyla ne iradeden ne de hareketten söz edilebileceği fikri ile bizimle aynı yönde bkz., Gülşen, **a.g.e.**, s.121; Öztürk, Erdem, **GH**, s. 204; Akbulut, **GH**, s. 682.

¹³¹⁹ Demirbaş, **GH**, s. 481; Özen, **GH**, s. 755.

¹³²⁰ Kaza ve tesadüf noktasında ise öngörememe tabiri öne çıkar. Dolayısıyla orada hâlâ iradi bir hareketten *kanımızca* söz edilebilir. Ancak netice öngörülemez olduğundan failin taksirinden dahi söz edilemez. Dolayısıyla aslında iradi bir insan davranışı mevcut olsa da, manevi unsurdan yoksun bu fiil ceza hukukunun ilgi alanı olmaktan çıkar. Nitekim bizim de iştirak ettiğimiz normatif kusur teorisinin ağırlıklı kabul edildiği günümüz Türk ve Alman öğretisinde kusurluluk haksızlıktan sonra incelemeye alındığından, henüz haksızlık aşamasında incelemeden çıkmış fiiller için artık kaza ve tesadüfe kusuru kaldıran hal demek yerinde olmaz. Bu ancak, kusuru kast ve taksirden önce ve unsur olarak değerlendiren klasik görüşün yaklaşımı olabilir.

3.1.3. Şahsi Cezasızlık Nedeni

Alman Krallık Yüksek Mahkemesi ilk başlarda meşru savunmada heyecana dayalı sınırın aşılmasını ‘şahsi cezasızlık nedeni’ olarak ele almıştı.¹³²¹ Alman öğretisinde de, daha ziyade eski hocaların bir kısmı tarafından bu görüşün savunulduğuna raslanmaktadır.¹³²²

Yazarlar hükümde ortalama bir düşmüş kusurdan söz edildiğini, faillerin bireysel kusuruna atıf yapılmadığını ve faile hâlâ hukuka uygun davranması için şans bırakıldığını, hukuka uygun davranmak noktasında iradesi sınırlanmış da olsa, hukuka aykırı davranma yönünde zorlanmadığı için düzenlemenin mazeret değil, şahsi cezasızlık nedeni ortaya koyduğunu ileri sürmüşlerdir. Zira aslında hüküm uygulanırken failin bireysel kusurluluğunun incelenmesinden ziyade, ortalama durumlar tipikleştirilmekte ve kanun koyucunun bu kabulü cezanın kaldırılmasını sonuçlamaktadır.¹³²³ Burada isnadiyet değerlendirmesi yapılmadan, failin kusur yeteneği ve iradesinin etkilenmişliği test edilmeden, ilgili duygular varsa doğrudan cezasızlık öngörüldüğünden aslında haksız ve kusurlu da olan davranıştan ceza alamamasının söz konusu olduğu dile getirilmektedir.¹³²⁴ Yine kanunun saldırganın korunma hakkını bir nevi reddetmesinin de hukuk politikası tercihlerine bağlı olduğu ifade edilmektedir.¹³²⁵

Görüşe göre hükmün kusur ile alakası olmayıp, madde sistematik olarak şahsi cezasızlık nedeni addedilmelidir. Failin zaafiyetle aşım yaptığında cezalandırılmama beklentisi, ilk kusurlu ve saldırgan mağdurun ceza müesseseselerinden korunma beklentisinden daha kıymetli görülerek cezadan vazgeçilir.¹³²⁶

¹³²¹ RGZ, 21, 296; RGSt 11, 277.

¹³²² Helmuth Mayer, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Mainz, Kohlhammer, 1967, s. 115; Heinrich Jagusch, **Strafgesetzbuch : Leipziger Kommentar, Band I: Einleitung und §§ 1 – 152**, Yayına Hazırlayanlar: Heinrich Jagusch, Edmund Mezger, 8. Auflage, 1957, § 53, kn. 7b; Jürgen Fischer, **Die straflose Notwehrüberschreitung**, Frankfurt am Main, Dissertation, 1971, s. 80.

¹³²³ Jagusch, §53, kn. 7b.

¹³²⁴ Mayer, **a.g.e.**, s. 115, Jagusch, § 53, kn. 7b; Fischer, **a.g.e.**, s. 80-2.

¹³²⁵ Fischer, **a.g.e.**, s. 95.

¹³²⁶ Fischer, **a.g.e.**, s. 94 vd., 45 vd.

Elbette bu görüş de, ceza hukuku dogmatğinde şahsi cezasızlık nedenlerinin, teknik ceza hukukuna özgü olmayan ve gerekçesini ceza hukukunun mantığından (*ratio*) almayan nedenlerle kişiyi cezadan muaf kılan nedenler olması dolayısıyla reddedilmektedir.¹³²⁷ Keza yine, fikir dogmatik olarak temellendirilemediği ve kısmen hukuka uygunluğa kısmen de etkilenmiş iradeye dayanan düzenlemenin, failin şahsi atfedilebilirliğine ilişkin ve özünde ceza hukukundan değil, daha ziyade kriminal politik gayelerden kaynaklanan (yakın ailevi ilişki vb.) bir şahsi cezasızlık sebebi teşkil etmek için hiç bir sağlam gerekçe ve açıklama mevcut olmadığından reddedilmektedir.¹³²⁸

3.1.4. Kusuru Kaldıran Neden

Türk hukukunda genel olarak fıkranın haksızlık değil, kusur üzerinde etkili olduğu kabul edilmekte¹³²⁹ ve kusurluluğu kaldırان neden olarak nitelendirildiği görülmektedir.¹³³⁰ Buna göre, içinde bulunduğu heyecan ve korku gibi duygular kişinin yönlendirme yeteneğini ortadan kaldırır.¹³³¹ Dolayısıyla artık kişiye kusur isnad edilemez¹³³² ve kişi kusurlu addedilemez.¹³³³ Kimi görüşler bu yorumu ileri götürerek bu hallerde failin açıkça ‘kusur yeteneğinin’ olmadığı değerlendirmesini de yapmaktadırlar.¹³³⁴

Demirbaş da, kapsamı daralsa da burada artık hukuka aykırı bir fiilin söz konusu olduğunu ancak faile, yoğun psikolojik hali sebebiyle kusur yüklenemediğini ve bu yüzden ceza verilmediğini ifade etmektedir.¹³³⁵ Çünkü söz konusu duygular birer arızı neden olarak failin ‘norma uygun şuur’ kontrolünü güçleştirir ve

¹³²⁷ Roxin, “Über den Notwehrexzess”, s. 26.

¹³²⁸ Spindel, § 33, kn. 38; Müller-Christmann, **a.g.m.**, s. 652; Hans Aschermann, **Die Rechtsnatur des §33 StGB**, Hamburg, Dissertations Druck Darmstadt, 1990, s. 70.

¹³²⁹ Apaydın, **a.g.e.**, s. 239; Koca, Üzülmöz, **GH**, s. 309; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 559.

¹³³⁰ Koca, Üzülmöz, **a.g.m.**, s. 50; Ermeşdan, **a.g.m.**, s. 162; Çiftçioğlu, **a.g.m.**, s. 537; Akbulut, **GH**, s. 673; Birtek, **a.g.e.**, s. 247; Akdağ Yüksel, **a.g.e.**, s. 144.

¹³³¹ Güler, **a.g.e.**, s. 109; Apaydın, **a.g.e.**, s. 257.

¹³³² Demirbaş, “Sınırın Aşılması”, s. 279 vd.

¹³³³ Öztürk, Erdem, **GH**, s. 230; Eser, “Justification”, s. 636; Akdağ Yüksel, **a.g.e.**, s. 141; Özen, **GH**, s. 617.

¹³³⁴ Özbek, **İzmir Şerhi**, s. 482; Çiftçioğlu, **a.g.m.**, s. 543; Apaydın, **a.g.e.**, s. 257; Sucoğlu, **a.g.m.**, s. 146.

¹³³⁵ Demirbaş, **GH**, s. 368.

davranışlarını hukukun gereklerine uydurabilme yeteneğini büyük ölçüde ortadan kaldırır.¹³³⁶

Öğretide TCK md. 27/2'den 'özel bir zorunluluk hali',¹³³⁷ veya 'meşru savunmada zorunluluk hali' şeklinde bahsedildiğine de raslanmıştır.¹³³⁸ Ayrıca ikinci fıkranın fiilin haksızlık içeriğinde bir değişiklik yaratmayarak doğrudan kınanabilirlik üzerinde etki ettiğinden söz edilerek¹³³⁹, *kanımızca* hükmün mazeret nedeni olmadığı ifade edilmektedir.

Yargıtay da pek çok kararında TCK md. 27/2'yi kusurluluğu ortadan kaldıran hal olarak kabul ettiğini vurgulamıştır.¹³⁴⁰ Kanun lafzının açık ifadesine rağmen mahkemenin ve bazı yazarların fikrayı kusurluluğu kaldıran hal olarak nitelendirmesini, onların mazeret nedenlerini ayrı kategori olarak görmemelerine bağlıyoruz. Kaldı ki, kusurluluğu kaldıran hal tabiri ile mazeret nedeni ifadesini eş anlamlı kullanan yazarlarımız da mevcuttur.¹³⁴¹

Alman hukukunda da hükmün kusuru etkilediği ileri sürülmüştür.¹³⁴² *Rogall* düzenlemeyi, algı ve irade yeteneğinin heyecanlarla nasıl ve hangi ölçüde etkilendiği belli olmadan ve bunun tespiti yapılmadan kanun koyucunun faile cezasızlık öngördüğü kendine has (*sui generis*) bir kusurluluğu kaldıran neden olarak değerlendirir.¹³⁴³ *Aschermann*, kusurun, özgür karar almayla temellendiği ve bireyin otonom hak süjesi olduğunu ifade ederek, duyguların failin karar vermesini engellediği ya da etkilediği ölçüde aslında kusurunu da etkilediğini belirtir.¹³⁴⁴

¹³³⁶ Demirbaş, **GH**, s. 368.

¹³³⁷ Abanoz Öztürk, **a.g.e.**, s. 54; Karakurt, **a.g.m.**, s. 131. 'Kusuru ortadan kaldıran zorunluluk hali', bkz., Zafer, **GH**, s. 322. Doğrudan özel zorunluluk hali nitelendirmesinde bulunmasa da, zorunluluk haline dair özelliklerden yararlanılarak fıkranın yorumlanabileceği yönünde bkz., Özbek vd., **a.g.e.**, s. 421.

¹³³⁸ Demirci, **a.g.e.**, s. 105.

¹³³⁹ Artuk, Gökçen, Yenidünya, **TCK**, s. 884.

¹³⁴⁰ Y. C.G.K., T. 16.4.2013, E. 2013/26, K. 2013/150; Y. C.G.K., T. 31.03.2009, E. 2008/201, K. 2009/81; Y. C.G.K., T. 26.2.2008, E. 2007/281, K. 2008/37; Y. 1. C.D., T. 8.12.2021, E. 2021/10343, K. 2021/14776; Y. 1. CD., T. 21.3.2022, E. 2022/942, K. 2022/2157.

¹³⁴¹ Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s. 628.

¹³⁴² Örneğin bkz., Fischer, 33, kn. 3; Hoven, Mitsch, **a.g.m.**, s. 431, 441.

¹³⁴³ Rogall, **a.g.m.**, s. 535.

¹³⁴⁴ Aschermann, **a.g.e.**, s. 44-5, 116-8. Bu görüş, notmatif kusur teorisini, 'norma uygun davranışın beklenemezliği' veya failin haksızlık bilincinin ortalama bireylere göre tespit edilmesinin yerinde bir

Psikiyatrik açıdan hastalık teşkil etmese ve normal hal duygu durumları şeklinde tezahür etse de AlmCK md. 33’de yer alan heyecanlar anında da failin karar alarak hareket etmesi söz konusu olmadığı, burada karar alma süreci işlemediğinden kusur atfı ortadan kalkmıştır.¹³⁴⁵ Yazar, güce dayanan saldırgan tutumlu diğer duyguların varlığı halinde failin hâlâ karar alıp eyleme geçmesinden sebep bu iki grup arasında böyle bir ayrım olduğunu dile getirir.¹³⁴⁶

Aschermann’ın savunduğu iradeye dayalı kusur teorisinden alarak AlmCK md. 33 aslında söz konusu heyecanların atfedilebilirliği ile ilgili bir hükümdür. Yani, hem fail ilgili heyecanlar altında hareket etmeli, hem de heyecanlara ya da heyecan ile işlenen fiile götüren süreçte failin sorumluluğu olmamalıdır.¹³⁴⁷ Olayın meydana gelişi ve olay anı arasında fail bakımından kusur bağı olmamalıdır.¹³⁴⁸

Alman hukukunda hükmün yalnızca kusurluluğu kaldıran neden olarak ele alınmasına yöneltilen en temel eleştirisi, o takdirde neden diğer tüm hukuka uygunluk nedenlerinde böyle bir hükmün var olmadığı ya da hukuka uygunluk nedenleri bile bir kenarı bırakılarak, kişinin bu duygulara kapıldığı ve histerik davrandığı hallerde neden cezadan muaf tutulmadığı sorusunun cevapsız kalacak olmasıdır.¹³⁴⁹ Ya da neden güce dayanan duygular bakımından da böyle bir kusur azalmasının değerlendirilmediği açıklanamaz.¹³⁵⁰ Öte yandan, normal (yani akıl hastalığı teşkil etmeyen) heyecanların irade yeteneğini tamamen ortadan kaldırmasının psikiyatri biliminde bir karşılığının olmadığı ve en önemlisi AlmCK md. 33’de yer verilen ve

kusur tanımı sunamadığını, kusurun tamamen failin iradesiyle alakalı olduğunu vurgulamaktadır. Bkz. **A.g.e.**, s. 39-40. Yazarın görüşü, hükmü olduğu gibi değil, kendi kusur konsepti içinde ele aldığından ötürü eleştirilmiştir, bkz., Motsch, **a.g.e.**, s. 49 vd.

¹³⁴⁵ Aschermann, **a.g.e.**, s. 118-9. Yazar ayrıca, AlmCK md. 20 ve 21’in bir olayda uygulanamamasının, failin kusurunun olay anında düştüğü gerçeğini engellemeyeceğini de dile getirmektedir. Bkz. **A.g.e.**, s. 112.

¹³⁴⁶ Aschermann, **a.g.e.**, s. 118, 128-9.

¹³⁴⁷ Aschermann, **a.g.e.**, s. 85.

¹³⁴⁸ Aschermann, **a.g.e.**, s. 133. Yazar ayrıca *alic* teorilerini de referans alarak, failin kusuru olmaksızın hareket ettiği ana götüren karar alma süreçlerinin de önemli olduğunu vurgular ve AlmCK md. 33 gereği faili sorumluluktan kurtaranın yalnız ‘kararsız heyecanlar’ olarak doğrudan Türkçe’ye aktarılması mümkün ‘*entscheidungslose Affekte*’ tabirini ortaya atar. **A.g.e.**, s. 91-3; 130 vd. Aslında bununla kastedilen failin herhangi bir kararı etkili olmaksızın kapıldığı duygular ve bu duygular altındayken de karar alma ehliyetinde olmamasıdır.

¹³⁴⁹ Paeffgen, Zabel, §32, kn. 285; Motsch, **a.g.e.**, s. 44; Fischer, **a.g.e.**, s. 47 vd.

¹³⁵⁰ Motsch, **a.g.e.**, s. 47 – 8.

verilmeyen heyecanların kusur azaltımı bakımından nasıl bir fark arz ettiğinin ortaya konulamaması gerekçeleriyle de görüş reddedilmektedir.¹³⁵¹

Bugün ise söz konusu duyguların kişinin gerçekliği algılama ve değerlendirme yeteneğini (*Wahrnehmungs- und Verarbeitungskapazität*) ve de haksızlık bilincini tam anlamıyla kaldırmadığı, sadece zarar verdiği ifade edilmektedir.¹³⁵² Alman öğretisinde AlmCK md. 33 neredeyse mütabakatla bir mazeret nedeni olarak kabul edilmektedir. Zira madde yalnız kusuru etkileyen hal olarak öngörülmüş olsaydı, bu durumlar zaten AlmCK md. 20 ve 21’de düzenlenmiş olduğundan bir daha ayrı bir maddeye yer vermenin anlamı olmazdı.¹³⁵³ Kaldı ki, eğer madde yalnızca belirli duygularla failin kusurunun kalkmasına dayansa idi, bu takdirde mefruz meşru savunmada, ya da failin sınır aşan savunmasının üçüncü kişilere zarar vermesinde de söz konusu cezasızlığı uygulamak gerekecekti ki, bu hallerin mazur görülmesi mütabakatla reddedilmektedir.¹³⁵⁴

Öte yandan sonuçları itibari ile de kusuru kaldıran haller ve mazeret nedenleri ayrılmaktadır. Nitekim mazeret nedenlerinde failin kusur yeteneği var olduğundan güvenlik tedbirlerine hükmedilemez. AlmCk md. 33’ü de, failin kusur yeteneği sürmesine rağmen, ceza verilecek derecede kusurlu davrandığı kabul edilemeyeceğinden bu atıftan vazgeçilen sınır vakalarından (*Randzonen*) biri olarak addetmek yerinde olacaktır.¹³⁵⁵

Kanımızca Türk hukuku bakımından TCK md. 27/2’yi kusuru kaldıran hal olarak ele almanın bir sakıncası da, fıkranın düzenlenmesinin başlı başına gereksiz olduğu yorumuna¹³⁵⁶ götürmesidir. Gerçekten de mesele sadece kusurluluğun ortadan kalkması olarak ele alınacak olursa, hem fıkranın varlığı, hem de ilgili

¹³⁵¹ Diederich, **a.g.e.**, s. 41-2, 46-7; Rogall, **a.g.m.**, s. 534-5.

¹³⁵² Theile, **a.g.m.**, s. 965; Motsch, **a.g.e.**, s. 49; Henning Rosenau, “Der Notwehrexzess”, **Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag**, 2015, s. 229. Önceden hükmün haksızlık bilincini kaldırdığı görüşünde olan *Bockelmann* da bu görüşünden dönmüştür. Bkz., Bockelmann, **a.g.e.**, s. 132.

¹³⁵³ Kindhäuser, §33, kn. 5; Rudolphi, **a.g.m.**, s. 462; Rosenau, **a.g.m.**, s. 229.

¹³⁵⁴ Heuchemer, §33, kn. 3.1.

¹³⁵⁵ Diederich, **a.g.e.**, s. 65 vd.

¹³⁵⁶ Ünver, “Kusurluluk”, s. 61.

duygular pek çok halde ortaya çıkabileceğinden fıkranın meşru savunmaya hasredilmesi açıklanamaz. Bundan öte söz konusu heyecanlar, meşru savunmanın hatalı varsayılması halinde veya saldırgan olmayan kişinin etkilendiği hallerde de gündeme gelebilir. Son olarak, sadece adı geçen duygular değil, daha pek çok kusuru etkileyen şiddetli duygunun da fıkrayı harekete geçireceği iddia olunabilir.

3.1.5. Mazeret Nedeni

AlmCK'nın 33. maddesi dogmatik bir benimseme içermemekte, cezasızlığın nedenini ucu açık olarak bırakmaktadır.¹³⁵⁷ Öğretisel tartışmaya alan bırakmak amacıyla kanun koyucu tarafından özellikle 'ceza verilmez' şeklinde 'renk vermeyen' (*farblos*) bir ifade tercih edildiği belirtilmektedir.¹³⁵⁸ Elbette hükmün hukuki niteliği üzerinde bunca tartışma ve fikir olmasında bu ifadenin de etkisi vardır. Ancak aynı zamanda, bunun hükmün tam olarak sindirilememiş ve benimsenmemiş olmasından da kaynaklanabileceği ileri sürülmüştür.¹³⁵⁹

Zira hüküm başlı başına eleştirilen bir düzenlemedir. Her şeyden önce maddenin, failin oran üzerinde düşünüp düşünmediğini bireysel olarak araştırmaksızın genel bir cezasızlık getirmesi eleştirilmekte ve tıpkı 1962 tasarısında olduğu gibi aslında sadece failin kaçınmadığı panik hallerinde cezanın kalkması ve diğer hallerde mecburi değil bilakis takdiri indirim öngörülmesi gerektiği belirtilmektedir.¹³⁶⁰ Maddenin atipik, özelleştirilmemiş¹³⁶¹, kaba¹³⁶² ve cezayı kaldıran nedenler arasında en karanlık¹³⁶³ olduğu da ifade edilmiştir.

¹³⁵⁷ Eser, "Das Überschreiten", s. 250; Duttge, §33, kn. 1.

¹³⁵⁸ Kindhäuser, §33, kn.1; Paeffgen, Zabel, §32, kn. 274; Perron, Eisele, §33, kn. 2.

¹³⁵⁹ Paeffgen, Zabel, §32, kn. 274. AlmCK Genel Hükümleri'nin en belirsiz hükmü ve en tartışmalı konusu değerlendirmesi için bkz., Motsch, **a.g.e.**, s. 15.

¹³⁶⁰ Paeffgen, Zabel, §32, Kn. 274.

¹³⁶¹ Geilen, **a.g.m.**, s. 379.

¹³⁶² Baldus, § 53, Kn. 48.

¹³⁶³ Roxin, "Über den Notwehrexzess", s. 105.

Buna rağmen baskın görüş, amacı ve mantığı da dikkate alındığında düzenlemenin bir mazeret nedeni olduğu yönündedir.¹³⁶⁴ Fail sınırı aştığında hukuka aykırı bir tavır içerisine girmiştir, ancak belirli şartların varlığı halinde mazur görülecektir.¹³⁶⁵ Failin kusur yeteneğine sahip olmasına ve kusuru ortadan kalkmamasına rağmen kusur atfından tamamen vazgeçilmiş olması da hükmün mazeret nedeni oluşuna bir göstergedir.¹³⁶⁶ Fıkranın özünde, haksız bir saldırı karşısında kendini savunmaya çalışan failden, soğukkanlı olup hareketinin tüm sonuçlarını düşünmesinin beklenebilir olmaması yatmaktadır.¹³⁶⁷

Kişi hâlâ kusur yeteneğine sahip olup irade oluşumu dış etkenlerle zorlanmakta, haksızlık ve kusur beraber azalarak kişi mazur görülmektedir.¹³⁶⁸ Dolayısıyla en doğru ifadesiyle fıkranın ‘kusurluluğu etkileyen bir mazeret nedeni’ şeklinde niteliğinin tayin edilmesi gerekir.¹³⁶⁹ Zira failin hareketi meşru savunmanın sınırlarının ötesine geçtiği için hukuka uygun addedilip onaylanmamaktadır, bilakis duygu durumu kanun koyucu tarafından dikkate alınmaktadır.¹³⁷⁰ Böylece bir yandan failden kişisel olarak sorumluluk taşınması beklenemezken, öbür yandan hareket ‘izinli’ de sayılamaz.¹³⁷¹ Failin kusur yeteneği tamamen ortadan kalkmamışsa da, cezalandırılmasını anlamsız ve gereksiz kılacak derecede azalmıştır.¹³⁷²

Kühl de, tıpkı hukuka uygunluk nedeni (AlmCk md. 34) olan ve mazeret nedeni olan (md. 35) zorunluluk halleri gibi, meşru savunmayı düzenleyen AlmCK md. 32 ve onda sınır aşımını düzenleyen md. 33’ün de bir norm ikilisi olduğunu

¹³⁶⁴ Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §13, kn. 702; Erb, §33, 2020, Kn. 1; Otto, **a.g.m.**, s. 607; Kühl, **a.g.e.**, §12, kn. 128; Heinrich, **I**, para. 581 vd.; Duttge, §33, kn. 1; Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 491; Murmann, **a.g.e.**, §26, kn. 77; Rengier, **a.g.e.**, §27, kn. 1; Zieschang, §33, kn. 35 vd.

¹³⁶⁵ Heinrich, **I**, para. 582.

¹³⁶⁶ Erb, §33, kn. 2; Diederich, **a.g.e.**, s. 20-2; Spindel, §33, kn. 54; Duttge, §33, kn. 8. Düzenleme ile kusuru süren fail lehine bir nevi kusur imtiyazı yaratılmıştır, bkz., Rogall, **a.g.m.**, s. 544.

¹³⁶⁷ Bozbayındır, **a.g.m.**, s. 114.

¹³⁶⁸ Sözüer, “Yeni Türk Ceza Kanunu”, s. 231; Topçu, **a.g.e.**, s. 688-9; Heinrich, **I**, para. 563; Kühl, **a.g.e.**, §12, kn. 1; Meraklı, **a.g.m.**, s. 268 vd.; Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 478.

¹³⁶⁹ Aynı yönde bkz., Dülger, **a.g.m.**, s. 148; Topçu, **a.g.e.**, s. 688.

¹³⁷⁰ Eser, “Das Überschreiten”, s. 253.

¹³⁷¹ Eser, “Das Überschreiten”, s. 255.

¹³⁷² Dülger, **a.g.m.**, s. 129; Eryıldız, **a.g.m.**, s. 96-7; Meraklı, **a.g.m.**, s. 265; Bozbayındır, **a.g.m.**, s. 116.

ifade etmiştir. Böylece 33. madde de, md. 35'te olduğu gibi, hukuka uygunluk nedenini takip eden bir mazeret nedenidir.¹³⁷³

Hükmün mazeret nedeni olduğuna ilişkin genel kabule yöneltilen eleştirisi 'norma uygun davranışın beklenemezliği'nin bir diğer mazeret nedeni olan zorunluluk halinde olduğu gibi heyecanlardan bağımsız olmadığı ve istenemezlik ilkesinin o halde dahi tek başına değil, failin tehlikeye sebep olmamış olması şartıyla beraber arandığı ve nihayetinde bu ilkenin tek başına maddeyi açıklamaya kesinlikle yetmediğidir.¹³⁷⁴

Alman ceza hukukunda, maddenin 'mazeret nedeni' olduğuna yönelik genel kabul, iki basamaklı bir inceleme gerektiren '**çifte kusur azalması**' (*doppelte Schuldinderung*) teorisine dayandırılmaktadır.¹³⁷⁵ İlk gerekçe, objektif olarak mevcut olan meşru savunma hali ile yakın ilişki içindeki bu fiiller 'kısmen hukuka uygun' (*Teilrechtfertigung*) olarak haksızlığı azaltırlar.¹³⁷⁶ Failin, kendisine haksız saldıran kişiye karşı giriştiği hareket, normale göre daha az değersiz olduğundan bu ilk basamakta zaten fiilin haksızlık içeriği zayıflamaktadır.¹³⁷⁷ Bir nevi hukuka aykırı saldırı mağdurunun bir ölçüye kadar hareketi hoşgörüyü hak eder.¹³⁷⁸ Diğer gerekçe ise, insani zaafiyete dayanan fevri duyguların, kişinin norma uygun davranış

¹³⁷³ Kühl, **a.g.e.**, §12, kn. 127.

¹³⁷⁴ Aschermann, **a.g.e.**, s. 52-5; Motsch, **a.g.e.**, s. 55.

¹³⁷⁵ Teori ilk Rudolphi tarafından ortaya atıldıysa da, sonradan pek çok görüşçe benimsenerek aktarılmaya devam olunmuştur. Bkz. Hans-Joachim Rudolphi, "Notwehrexzess nach provoziertem Angriff", **JuS**, 1969, s. 462-3; Murmann, **a.g.e.**, §26, Kn. 77; Rosenau, **a.g.m.**, s. 232; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §13, kn. 702; Geppert, "Notwehr uns Irrtum", s. 38; Sauren, **a.g.m.**, s. 569, Otto, **a.g.m.**, s. 607; Bu görüşü eleştirenler için bkz., Frister, **a.g.e.**, §16, kn. 39; Timpe, **a.g.m.**, s. 118; Rogall, **a.g.m.**, s. 545.

¹³⁷⁶ Rengier, **a.g.e.**, §27, kn. 1; Erb, § 33, kn. 2; Rosenau, **a.g.m.**, s. 232.

¹³⁷⁷ Murmann, **a.g.e.**, §26, kn. 77; Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 491; Spendel, §33, kn. 39; Geppert, "Notwehr uns Irrtum", s. 38. Haksızlık, hukuka aykırılığın aksine derecelendirilebilirdir ve burada da hem hareketin hem de neticenin değersizliği, savunma eylemiyle beraber azalmıştır. Bkz. Rudolphi, **a.g.m.**, s. 462-3. Zaten çok eski tarihlerden beri Alman ceza hukukunda meşru savunma çerçevesinde aşım yapan faillerin hareketlerinin haksızlık içeriğinin azaldığı belirtilmişti, teorisinin bu yönüyle dev bir yenilik getirdiği söylenemez. Önceki kanun döneminden beri failin hareketiyle aslında bir hakkın zarar görmesini engellemeye çalıştığından aşım fiilinin alelade bir suç işleyen faile göre daha az haksız olacağı pek çok yerde belirtilmişti. Bkz. Seeberg, **a.g.e.**, s. 187.

¹³⁷⁸ Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §13, kn. 702; Rosenau, **a.g.m.**, s. 232.

iradesi ortaya koymasını zorlaştırması nedeniyle kusurun azalmasıdır.¹³⁷⁹ Burada da, insandan sadır saldırılar karşısında bazen fazla reaksiyon göstermenin dikkate değer bir yanı olduğu ifade edilir.¹³⁸⁰ Böylece failin sorumluluğu cezayı gerektirecek ağırlığa ulaşmaz.¹³⁸¹ Failin kınanabilirliği o kadar azalmıştır ki artık ceza verilmeye gerek kalmaz.^{1382 1383}

Bir diğer ifadeyle, meşru savunma şartları içerisinde davranan failin hareketinin haksızlığından, maruz kaldığı saldırının haksızlığı, neticenin haksızlığından kurtardığı menfaatin değeri düşülmek gerektir.¹³⁸⁴ Bunun sonucunda, istisnai psikolojik bazı hallerin de failin ruhi durumuna eklenmesiyle, kusurunda da bir azalma yaşanır. İşte bu iki düşmenin kümülatif bir aradalığı, faile ceza verilmesini gerektirecek sınıra ulaşmayı engeller.¹³⁸⁵

Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, hükmün ihdas gerekçelerinden biri olarak aynı zamanda, meşru savunmaya sebep olan ilk saldırıyı başlatanın, failin sınırı aşabileceğini öngördüğü kabulü gösterilmektedir.¹³⁸⁶

Keza AFYM de AlmCK md. 33'e dair şartları araştırırken, sınır aşan savunmaya saldırganın kendi kusurlu hareketiyle sebep olup olmadığını ve faildeki telaş, korku ve panik gibi duygulardan, saldırganın haksız hareketi sebebiyle

¹³⁷⁹ Rengier, **a.g.e.**, §27, kn. 1; Kindhäuser, §33, Kn. 5; Rudolphi, **a.g.m.**, s. 462 vd.; Zieschang, §33, kn. 35 vd.; Otto, **a.g.m.**, s. 607; Geppert, "Notwehr uns Irrtum", s. 38; Brünig, **a.g.m.**, s. 514; Fischer, §33, kn. 3.

¹³⁸⁰ Murmann, **a.g.e.**, §26, kn. 77; Perron, Eisele, §33, kn. 2. Failin davranışı bu yönden anlaşılabilir ve affedilebilirdir (*menschlich verständlich und verzeihlich*). Bkz. Spindel, §33, kn 41.

¹³⁸¹ Murmann, **a.g.e.**, §26, kn. 77; Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 491; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §13, kn. 702.

¹³⁸² Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §13, kn. 702; Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 491.

¹³⁸³ Bazı görüşlerin, hukuka uygunluk nedeninin olayda var olmasını haksızlığın azalması için ilk basamak sayıp, söz konusu iki basamaklı kusur azalması teoremini üç basamak olarak ele aldığını da görmekteyiz. Bkz. Paeffgen, Zabel, §32, kn. 275. Nitekim *Rosenau* da, aşım mağdurunun ilk sorumlu saldırgan olmasını da ayrı bir unsur olarak ekleyerek basamakları üçe çıkarır. Her basamakta kusur biraz daha azalır ve cezaya gerek kalmaz. Bkz. *Rosenau*, **a.g.m.**, s. 233, 237. Bundan başka saldırıya uğramış durumdaki failin hukuka uygun davranma yeteneği etkilenir. Bu durum ise kurban pozisyonunun getirdiği aktif duygularla birleşir. Arta kalan haksızlık ise, failin doğru karar verme yeteneğini düşüren duygular sebebi ile affedilir. Bkz. **A.g.e.**, kn. 290; Heuchemer, §33, kn. 27.

¹³⁸⁴ Erb, §33, Kn. 2; Rudolphi, **a.g.m.**, s. 462; Bernhard Hardtung, "Der Irrtum über die Schuld im Lichte des §35 StGB", **ZStW**, Cilt: 108, Sayı:1, 1996, s. 57; Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 491.

¹³⁸⁵ Erb, §33, Kn. 2; Rudolphi, **a.g.m.**, s. 463; Spindel, §33, kn. 40.

¹³⁸⁶ Kindhäuser, Zimmermann, **a.g.e.**, §25, kn. 1; Heiner Alwart, "Zum Begriff der Notwehr", **JuS**, 1996, s. 954.

sorumlu olup olmadığını da araştırmaktadır.¹³⁸⁷ *Kanımızca* bu yaklaşım açıkça, Yüksek Mahkeme'nin de söz konusu hükmü yalnız kusuru ortadan kaldıran ve bir tek sübjektif yönden ibaret bir düzenleme olarak değil, haksızlık basamağı da olan bütüncül bir madde olarak ele aldığını göstermektedir.

Çifte kusur azalması teorisi aslında maddenin neden mazeret nedeni olarak kabul edildiğini de ortaya koymaktadır. Zira mazeret nedenleri, fiziki zorlanma altında yalnızca failin kusurunun değil, fiilin haksızlık içeriğinin de azalması ile açıklanır.¹³⁸⁸

Eğer kanun koyucu meşru savunmanın yalnızca kusuru azalttığından sebep AlmCK 33. maddeyi düzenlemiş olsaydı, o takdirde diğer hukuka uygunluk nedenleri bakımından da benzer düzenlemeye yer vermesi gerekirdi.¹³⁸⁹ Ya da hükmün yine kusuru azaltması mümkün olan ancak zaafiyete değil de güce dayanan diğer duygular bakımından da uygulanması beklenirdi.¹³⁹⁰ Demek ki madde düzenlenmesi sadece kusur sorumluluğunun etkilenmesine değil, aynı zamanda meşru savunmaya has özelliklere de dayanmaktadır.¹³⁹¹ Bu özellikler de aşım mağdurunun saldırgan olması, mağdurun kusur azaltıcı heyecanlara sebep olması, haksız saldırıya karşı hukuku savunuyor olmak şeklinde özetlenebilir.¹³⁹²

Her ne kadar aşım sonucu ölümün gerçekleştiği olaylarda kusur azalmasının atıftan vazgeçilecek derecede olmayacağı teoriye bir eleştiri olarak getirilmişse de, meşru savunma çerçevesinde de ölümün gerçekleşebileceği ve hükmün diğer şartları

¹³⁸⁷ BGH 09.10.1998 - 2 StR 443/98 (StV 1999, 145, 146, 147).

¹³⁸⁸ Murmann, *a.g.e.*, §26, kn. 55; Kühl, *a.g.e.*, §12, kn. 1 vd.; Heinrich, *I*, para. 563; Wessels, Beulke, Satzger, *a.g.e.*, §13, kn. 686.

¹³⁸⁹ Motsch, *a.g.e.*, s. 55.

¹³⁹⁰ Frister, *Struktur*, s. 227. Bu noktada zaten zaafiyete dayanan duyguların da kusuru tam manasıyla kaldırmadığı ve yalnızca azalttığını, kanun koyucunun ise hangi duyguların varlığı halinde kusur atfından vazgeçmeyi özgür şekilde tercih edebileceği belirtilmiştir. Bkz. Diederich, *a.g.e.*, s. 60.

¹³⁹¹ Kühl, *a.g.e.*, §12, kn. 128 – 131; Motsch, *a.g.e.*, s. 55

¹³⁹² Rudolphi, *a.g.m.*, s. 462

yerine gelirse bu sonuç için de kusur atfindan pekâlâ vazgeçilebileceği ifade edilmiştir.¹³⁹³

Türk hukukunda da hayli ağırlığı olan görüş bu yönde şekillenmiştir.¹³⁹⁴ Genel olarak kişide söz konusu duyguların varlığının ondan norma uygun davranmasının beklenememesi sonucunu doğurduğu ve kişi de bu halde kusurlu telakki edilemeyeceği için TCK md. 27/2'nin bir mazeret nedeni olduğu kabul edilmektedir.¹³⁹⁵ Fail, içinde bulunduğu hal nedeniyle olayları *doğru okuyamamakta, sağlıklı şekilde karar alamamakta ve davranışlarını hukukun icaplarına göre ayarlayamamaktadır*.¹³⁹⁶ TCK md. 27/2'nin duygulardan bahsederken açıkça 'mazur görülebilecek' ifadesini kullanmış olmasının kanun koyucunun tercihini gösterdiği de ileri sürülmüştür.¹³⁹⁷ Öte yandan, fıkranın mazeret nedeni olduğunu kabulle beraber bir kısım yazarlar, meselenin haksızlıktan bağımsız ve sadece kusurluluğu etkileyen bir husus olduğunu da ifade etmektedirler.¹³⁹⁸

3.1.6. Cezanın Önleme Amaçlarını Ortadan Kaldıran Neden

Alman öğretisinde AlmCK md. 33'ü cezanın önleyici amaçları ile de izah etmeye çalışanlar olmuştur.¹³⁹⁹ Hukuka aykırı saldırı karşısında korkarak tepki veren failin özel, bu aşımından dolayı da toplumun genel önlemeye ihtiyaç duymadığı öne sürülmektedir.

¹³⁹³ Diederich, **a.g.e.**, s. 61. Kaldı ki örneğin zorunluluk hali gibi diğer mazeret nedenlerinde de ölümün isnad edilmediği düşünülecek olursa, bu hüküm bakımından ayrı değerlendirme yapmaya gerek olmadığı *kanaatindeyiz*.

¹³⁹⁴ Adem Sözüer, "Prof. Dr. Dr. h. c. Mult Hans-Heinrich Jescheck 'in Türk Ceza Hukuku Reformuna Katkıları", **Criminal Law in the Global Risk Society**, Yayına Hazırlayanlar: Ulrich Sieber, Feridun Yenisey, Series of the Max Plank Institute for Foreign and International Criminal Law, 2011, s. 266; Gropp, "Rechtfertigungsgründe", s. 200; Koca, Üzülmmez, **a.g.m.**, s. 41; Kartal, **a.g.e.**, s. 199; Dursun, **a.g.m.**, s. 205; Meraklı, **a.g.m.**, s. 262 vd.; Yakut, **a.g.m.**, s. 939; Akbulut, **GH**, s. 673; Özbek vd., **a.g.e.**, s. 420; Özgenç, **GH**, s. 517.

¹³⁹⁵ Özgenç, **Gazi Şerhi**, s. 406 – 7; Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s. 628; Öztürk, Erdem, **GH**, s. 323; Özbek vd., **a.g.e.**, s. 420 vd.; Cumhuriyet Şahin, İzzet Özgenç, Ali Şahin Kılıç, "Meşru Savunmada Sınırın Heyecan, Korku veya Telaş Nedeniyle Aşılması", içinde: **Prof. Dr. Rıza Ayhan'a Armağan**, Cilt: II, Ankara, Yetkin, s. 2310.

¹³⁹⁶ Topçu, **a.g.e.**, s. 719.

¹³⁹⁷ Eser, "Das Überschreiten", s. 258.

¹³⁹⁸ Koca, Üzülmmez, **a.g.m.**, s. 41.

¹³⁹⁹ Roxin, **a.g.e.**, §22, kn. 69; Jakobs, **a.g.e.**, §20, kn. 28 vd.; Timpe, **a.g.m.**, s. 119; Heuchemer, §33, kn. 1.1.

Bu görüşün ortaya atılmasında temel sebep, çoğunluğun kabul ettiği çifte kusur azalması görüşünün, neden diğer hukuka uygunluk nedenlerinde de aşım olmadığını ve neden meşru savunmada sınırı güce dayanan duygularla aşan failin de mazur görülmediğini açıklayamamasıdır.¹⁴⁰⁰ Çifte kusur azalması görüşü, bu görüşçe eleştirilmekte ve başlangıçta hukuku koruma gayesiyle hareket de etse, hukuka uygunluk nedeni bittikten sonraki aşamada failin artık hukuka aykırı davrandığı dile getirilmektedir. Sınır aşan failin hareketi artık hukukun korunması gayesinden çok uzak bir noktada ve bununla elimine edilemeyecek ağırlıktadır.¹⁴⁰¹ Kaldı ki düzenlemenin diğer hukuka uygunluk nedenleri bakımından kapsayıcı olmaması da bu görüşü desteklemektedir.¹⁴⁰² Keza kusur azalması açısından da madem söz konusu duygular yalnız zaafiyete dayanabilir ve aslında pek tabii kusuru etkileyebilecek öfke gibi diğer duygularda madde harekete geçmez, demek ki hükmün temelleri kusurda değil, önleyicilik nedenlerinde aranmalıdır.¹⁴⁰³ Aslında bir yönüyle ortada tüm unsurları tamamlanmış, hukuka aykırı ve kusur yeteneği mevcut olarak icra edilmiş bir fiil olup, istisnai olarak bunun cezalandırılmaması söz konusudur.¹⁴⁰⁴

Her şeyden önce, meşru savunma hali içerisinde fiilini işlerken, sadece saldırganı mağdur edecek şekilde ve en önemlisi de korku ve telaşın etkisi altında sınır aşan kişi, ‘sosyal ve toplumla bütünleşmiş’ ‘topluma entegre’ bir yurttaş olup, cezanın özel önleme amacına ihtiyaç duymaz.¹⁴⁰⁵ Kaldı ki zaten faili harekete geçiren de bir hukuki değere zarar vermek değil, kendi menfaatlerini korumak

¹⁴⁰⁰ Seeberg, **a.g.e.**, s. 202; Timpe, **a.g.m.**, s. 119, Fischer, **a.g.e.**, s. 56; Motsch, **a.g.e.**, s. 59.

¹⁴⁰¹ Keza artık faile de hukukun koruyucusu gözüyle bakılamaz: Heuchemer, §33, kn. 4.1. Roxin’e göre de, hukuka aykırılık, ortada hiç hukuka uygunluk nedeni olmadan davranarak adi suç işleyen failinkine nazaran daha bile ağır olabilir. Roxin, “Über den Notwehrexzess”, s. 115. Ölçüsüz savunma tamamen gereksiz yapıldığından, hukuka aykırılığına hiç şühe yoktur. Jakobs, **a.g.e.**, §20, kn. 28. Hükmü haksızlık derecelendirmesi yaparak açıklamaya çalışmanın kaos yaratacağı yönünde bkz., Motsch, **a.g.e.**, s. 59.

¹⁴⁰² Roxin, “Über den Notwehrexzess”, s. 115-6; Timpe, **a.g.m.**, s. 119, Fischer, **a.g.e.**, s. 56.

¹⁴⁰³ Roxin, “Über den Notwehrexzess”, s. 117; Motsch, **a.g.e.**, s. 106. Eğer madde temelde kusura dayansaydı öfke gibi duygularda ve mefruz meşru savunmada da uygulanabiliyor olması gerekirdi, bkz., Heuchemer, §33, kn. 3., 3.1., 5.

¹⁴⁰⁴ Heuchemer, §33, kn. 2.

¹⁴⁰⁵ Roxin, **a.g.e.**, §22, 69-72.

iradesi olmuştur.¹⁴⁰⁶ Böylelikle kendini savunmak ve ‘sadece’ saldırıyı sonlandırmak amacıyla hareket ederken korkarak sınır aşan fail, toplum barışını tehdit etmiş değildir.¹⁴⁰⁷ Fail, ceza kanunlarının gerekliliğini ve geçerliliğini kaldırmamış ve hatta şüpheye düşürmemiş olduğundan kendisini cezalandırarak normun teyit edilmesine de gerek yoktur.¹⁴⁰⁸

Faili cezalandırmamak, benzer olayların artarak toplumsal düzenin ve barışın bozulmasına yol açmayacağından burada genel önleme amacına da ihtiyaç yoktur.¹⁴⁰⁹ Zira fail toplumsal barışı genel olarak tehlikeye atmamakta, sadece hali hazırda toplum barışını bozan hareketi yapmış kişiye karşı tehlike arz etmektedir.¹⁴¹⁰ Kaldı ki böylece her vatandaşın, sınır aşım mağduru olmamak kendi elindedir.¹⁴¹¹

Sınır aşan fail, hukuka sadık ve sosyal açıdan tehlikesiz olarak özel önlemeye ihtiyaç duymayan bir bireydir. Yine sınır aşan faile topluma örnek teşkil etmesi açısından ceza verilmesi de gerekmez.¹⁴¹² Bu yüzden bu açıklama, failin hukuk düzenini savunduğu için fiilin haksızlığının da azaldığı çifte kusur azalması açıklamasından daha tutarlı ve her koşulda uygulanabilecek bir perspektif sunar. Keza, mefruz meşru savunma ve üçüncü kişinin zarar gördüğü hallerde, mağdura sorumluluk yüklenemediği için failin mazur görülmemesi de böylece açıklanabilir.¹⁴¹³

Burada biraz farklılık arz etse de *Jakobs*’un fikirleri de genel önleme amaçları altında değerlendirilmektedir. Ona göre, failin mazur görülmesinin sebebi, aslında aşım mağdurunun olayı kusurlu bir şekilde başlatan kişi olması nedeniyle çatışmanın

¹⁴⁰⁶ Engländer, “Die Verteidigungswille”, s. 393.

¹⁴⁰⁷ Roxin, “Über den Notwehrexssess”, s. 126; Timpe, **a.g.m.**, s. 119; Till Zimmermann, “Der Notwehrexssess im Völkerstrafrecht - Dogmatische Grundfragen und die Rechtslage unter dem VStGB”, **ZIS**, 1/2015, s. 59.

¹⁴⁰⁸ Roxin, **a.g.e.**, §22, kn. 69.

¹⁴⁰⁹ Roxin, **a.g.e.**, §22, kn. 69; Heuchemer, §33, Kn. 6.

¹⁴¹⁰ Erb, §33, kn. 3.

¹⁴¹¹ Erb, §33, kn. 3;

¹⁴¹² Roxin, “Über den Notwehrexssess”, s. 116-7. Genel önleyici cezalandırma amaçlarının bu durumdaki fail bakımından gerekli olmayacağı yönünde bkz., Heuchemer, §33, kn. 1.1.

¹⁴¹³ Heuchemer, §33, Kn. 6.1.

sonuçlarına katlanmasının beklenmesi şeklindedir.¹⁴¹⁴ Burada aslında olan, failin haksız saldırıda bulunmak isteyenlere karşı bir nevi genel önlemeyi sağlaması ve kendisinin buna ihtiyaç duymamasıdır.¹⁴¹⁵ *Roxin*'den farklı olarak *Jakobs* yaklaşımında özel önlemeye bir vurgu bulunmadığını belirtmek gerekir.

Yine *Jakobs* ve *Timpe*'ye göre kusurlu ilk saldırganın failde duygular uyararak aşım yapmasına neden olması bir nevi failin kusurundan düşülür.¹⁴¹⁶ Bu mahsup ilişkisini eleştiren *Roxin* ise, meşru savunma haline sebep olan saldırganın her zaman kusurlu olmadığını ve AlmCK md. 33'ün de saldırganın kusursuz olduğu halleri dışlamadığını belirtmektedir.¹⁴¹⁷ Bu yüzden mağdura 'kusurlu' yerine, 'olaya sebep olan' veya 'olayda asıl sorumlu' gibi sıfatlar daha uygun olacaktır.¹⁴¹⁸

Heuchemer de, ilk sorumluluğun saldırgan üzerinde olmasının hükmün niteliğini açıklamakta önemli olduğunu, zira aksi halde neden benzer aşım düzenlemelerinin diğer hukuka uygunluk nedenleri bakımından da getirilmediğinin açıklanamayacağını dile getirmektedir.¹⁴¹⁹

Son olarak *Fischer*, aşım hükmünün kriminal politik gayelerle değerlerin kıyaslanarak, failin cezaya layık görülmediği şeklinde bir açıklama getirmektedir. Buna göre, saldırgan hareketinden vazgeçip, duyguları tetiklemeyip, aşım tehlikesine engel olabilirdi.¹⁴²⁰ Burada saldırgan, ceza hukuku korumasına kusursuz üçüncü kişi kadar layık değildir.¹⁴²¹

¹⁴¹⁴ *Jakobs*, **a.g.e.**, §20, kn. 28. Burada *Jakobs*, kusuru önleyici amaçlarla belirlemeyi öngören 'fonksiyonel kusur teorisi' kavramından yola çıkmaktadır. Saldırgan, kendisi için zararlı sonuçlardan haksız alana geçmeyerek kaçınabilirdi. Ancak bunu yapmayarak kendi sebep olduğu aşım da artık katlanması beklenir. **A.g.e.**, §18 vd.

¹⁴¹⁵ Günther *Jakobs*, **Schuld und Prevention**, Thübingen, Mohr, 1976, s. 23 vd.

¹⁴¹⁶ *Jakobs*, **Schuld und Prevention**, s. 23 vd.; *Timpe*, **a.g.m.**, s. 119-20.

¹⁴¹⁷ *Roxin*, **a.g.e.**, §15, kn. 14.

¹⁴¹⁸ *Motsch*, **a.g.e.**, s. 69. 'ursächlich'; 'selbst verantwortlich'

¹⁴¹⁹ *Heuchemer*, §33, kn. 6. 1.

¹⁴²⁰ *Fischer*, **a.g.e.**, s. 95. Aynı yönde bkz., *Alwart*, **a.g.m.**, s. 954.

¹⁴²¹ *Fischer*, **a.g.e.**, s. 95.

Her üç görüşün üzerinde mütabık olduğu nokta ise, saldırganın sorumluluğunun, faile tanınan avantajda temel etken olduğudur.¹⁴²² AFYM'nin de kimi kararlarında bu bakış açısına atıf yaptığı vakidir.¹⁴²³ Keza cezanın önleme amaçları ile hükmü izaha çalışan ya da en azından buna ek bir gerekçe olarak dayanan görüşler, meşru savunmanın kendine has özelliklerini dikkate almakta ve bilhassa vurgulamaktadır. Yine görüşler, failin hoşgörülebilirliğinin bu çerçevede zaafiyete dayanan duygulara kapılmış olmasına dayandırarak, önleme amaçları açıklaması çerçevesinde neden güce dayanan duygular halinde failin mazur görülmeceğine de izahat getirebilmektedirler.¹⁴²⁴

Bir görüşe göre ise, AlmCK md. 33'ün hukuki niteliğini tespitte cezanın önleme araçları açıklaması, çifte kusur azalması teorisine alternatif olarak değil, tamamlayıcı olarak ele alınmalıdır.¹⁴²⁵ Saldırganın asıl sorumluluğu ve önleyici cezalandırma prensipleri çerçevesinde failin cezalandırmanın gerekli olmaması, her zaman bir kusur teorisine bağlı olarak değil, bağımsız ve ek olarak da dile getirilmiştir.¹⁴²⁶ Cezalandırma amaçlarının gerekli görülmemesi ya da sınır aşan failin cezalandırılmamasının genel ve özel önlemeyi zedelemeyeceği düşüncesi, ceza indiriminin bir nedeni değil sonucu olarak karşımıza çıkar.¹⁴²⁷ Bu durumda failin fiiline ilişkin haksızlık ve kusur beraber azaldığında onu cezalandırmaya gerek kalmaz.¹⁴²⁸ Yani cezanın önleme amaçları, konuya dair ikincil nitelikteki fenomenler olup, cezalandırmamanın asıl ve yegâne temeli değildir. Haksızlığa ve kusura dayalı zayıflama sebebiyle artık failin özel ve genel önlemeye gerek duymadığı sonucuna varılır.

Bu noktada temel bir eleştiri olarak kusurun, önleyici teorilerle temellendirilemeyeceği dile getirilmiştir.¹⁴²⁹ Kaldı ki kanun yapma aşamasında söz

¹⁴²² Seeberg, **a.g.e.**, s. 208.

¹⁴²³ BGH 09.10.1998 - 2 StR 443/98 (NStZ – RR 1999, 264, 265). Hatta bu kararda doğrudan *Jakobs*'un görüşleri referans alınmıştır.

¹⁴²⁴ Motsch, **a.g.e.**, s. 72.

¹⁴²⁵ Erb, §33, Kn. 3; Herzog, §33, kn. 6; Kühl, **a.g.e.**, § 12, kn. 128

¹⁴²⁶ Motsch, **a.g.e.**, s. 72.

¹⁴²⁷ Murmann, **a.g.e.**, §26, kn. 77.

¹⁴²⁸ Rogall, **a.g.m.**, s. 548.

¹⁴²⁹ Diederich, **a.g.e.**, s. 37; Aschermann, **a.g.e.**, 83-4.

konusu sınır aşma hükmü tartışılırken önleme amaçlarına hiç değinilmemiştir.¹⁴³⁰ Son olarak, somut olayda genel ve özel önlemeye gerek olmadığına dair belirlemenin genel geçer olmadığı, muğlak olduğu ve bu gerekliliğin sınırlarının tespit edilmediği yönünden de yaklaşım eleştirilmiştir.¹⁴³¹

Ayrıca bu çerçevede saldırgan sorumluluğunun, AlmCK md. 33'ün niteliğinin tespitinde ve failin normatif olarak affedilmesinde haksızlık ve kusur azalmasından ayrı olarak bir basamak olarak eklenmesi de önerilmiş ve böyle yapılarak aslında cezanın önleyici teorileri açıklamalarına hiç gerek kalmayacağı da ifade edilmiştir.¹⁴³² Öğretide önleyici teoriler dışında hükmü açıklayan pek çok görüş, ana unsur olarak saldırganın sorumluluğuna zaten atıfta bulunmaktadır.¹⁴³³ Keza önleyici teoriler, hükümde neden yalnızca zaafiyete dayanan duyguların kabul edildiğini açıklayabilen tek görüş olmakla övünürler. Oysa kanun koyucunun güce dayanan duyguların varlığı halinde cezanın önleme amaçlarının hiç etkilenmediğini benimsediği iddia olunamaz. Nitekim kusur yeteneğine ilişkin AlmCK 20 ve 21. maddelerde heyecanlar arası ayırım yapılmamış, özel hükümlerde haksız tahriğin ele alındığı md. 213 ve md. 199 gibi düzenlemelerde bizzat güce dayanan duygular ceza indirimine gerekçe kılınmıştır.¹⁴³⁴

Türk hukukunda da ceza politikası gerekleri doğrultusunda failin cezalandırılmamasının daha uygun olduğu ifade edilmiştir.¹⁴³⁵ Keza saldırıyı başlatan mağdur açısından, gerek meşru savunmanın kendisi, gerek de sınır aşılmasına dair sorumsuzluk düzenlemelerinin cezalardan daha etkin bir önleyicilik yönü taşıdığı da ileri sürülebilir.¹⁴³⁶

Sonuç itibarıyla *kanaatimize* göre, özünde bir mazeret nedeni olan TCK md. 27/2 hükmünün, çifte kusur azalması ile açıklanması makuldur. Öte yandan, cezanın

¹⁴³⁰ Rogall, **a.g.m.**, s. 547.

¹⁴³¹ Aschermann, **a.g.e.**, s. 80.

¹⁴³² Rogall, §33, kn. 3.

¹⁴³³ Albrecht, **a.g.m.**, s. 382; Kindhauser, §32, kn. 16 vd.; Rosenau, **a.g.m.**, s. 232.

¹⁴³⁴ Bkz. Rogall, **a.g.m.**, s. 536-7.

¹⁴³⁵ Apaydın, **a.g.e.**, s. 243.

¹⁴³⁶ Benzer yönde bkz., Dönmez, **a.g.m.**

önleyici amaçları teorilerinden de yararlanmak gerekmektedir. Ancak bu yararlanma, fıkranın özünde mazeret nedeni olduğu fikri yadsınmadan yapılmalıdır.

Bu noktada mazeret nedenine vücut veren haksızlık azalması ayağı, sadece ortada bir hukuka uygunluk nedeni olmasına, bir hakkın kullanılması veya hukukun korunmasına dayandırılmamalıdır. Zira bir hukuka uygunluk nedeninin başlı başına varlığının takip eden sınır aşmalar için haksızlığı azaltması ilk fıkra da tüm hukuka uygunluk nedenleri için ancak sadece taksirli aşım lar bakımından öngörülmüştür. Buradaki fark, aşım mağduru ilk haksız hareketten sorumlu olan saldırgan olduğundan, ona yönelmiş fiillerin daha az haksız olduğudur. Yani failin genel önlemeye ihtiyaç duymaması, burada fiilin azalan haksızlığına bağlıdır *kanaatindeyiz*.

Bir diğer söylemle, söz konusu hükmün mazeret nedeni olma niteliğine ilişkin haksızlık azalması, sadece meşru savunmanın varlığına değil, mağdurun ilk saldırgan olmasına da bağlıdır. Kaldı ki Alman öğretisinde bazı görüşler, saldırganın sadece ilk haksız harekete değil, failde doğan ve onun kusurunu azaltan duyguların doğumunda da asıl sorumlu olduğunu vurgulamaktadır.¹⁴³⁷

Aşım mağdurunun aslında olayı meydana getirmekte ilk sorumlu olmasının böylece hükmün niteliğine (gerek haksızlık gerekse kusur azalmasına) dahil olması, sadece cezanın önleme amaçları teorilerinden değil, mazeret nedeni çerçevesinden de mümkündür. Dolayısıyla, neden diğer hukuka uygunluk nedenlerine uygulanamadığı eleştirisi böylece karşılanabilir.

Yine kusurun azalması ayağında da güce dayanan duygular da kusuru azaltabilmesine rağmen yalnızca zaafiyete dayananların tercih edilmiş olması, kanun koyucunun seçimi olup, bu seçim pek muhtemel böyle bir failin özel önlemeye de ihtiyaç duymadığının düşünülmesinin sonucu olabilir. Kaldı ki AlmCK'dan farklı olarak TCK'da genel hükümlerde düzenlenmiş bulunan haksız tahrik müessesesinde ilgili duygular dikkate alınmış ancak ceza muafiyeti yerine indirim öngörülmüştür.

¹⁴³⁷ Alwart, **a.g.m.**, s. 954; Jakobs, **a.g.e.**, § 20, kn. 28; Hoven, Mitsch, **a.g.m.**, s. 441.

3.2. 5237 Sayılı TCK md. 27/2 Düzenlemesinin Uygulama Alanı

3.2.1. Meşru Savunma Dışındaki Hukuka Uygunluk Nedenleri Bakımından

TCK'nın hükümet tasarısında maddenin tüm hukuka uygunluk nedenleri bakımından uygulanır olması öngörülmüştü. Ancak tasarı kanunlaşırken kanun koyucu tercihini yalnız meşru savunmadan yana kullanarak açıkça diğer hukuka uygunluk nedenleri bakımından maddenin uygulanırlığını dışlamıştır. Bu iradesini gerekçede de şu şekilde ifade etmiştir: “...heyecan, korku veya telaş, ancak meşru savunma hâlinde söz konusu olabileceği için...”

3.2.1.1. Fıkranın Kıyasa Açık Olup Olmadığı Meselesi

Bugün öğretilde, ikinci fıkranın yalnız meşru savunma bakımından uygulanabilir olduğu görüşü baskındır.¹⁴³⁸ Ancak, maddenin diğer hukuka uygunluk nedenleri bakımından da uygulanması gerektiği de azınlık tarafından savunulmaktadır.¹⁴³⁹ Zira gerekçede geçen, fıkra verilecek duygulara yalnızca meşru savunma esnasında kapılınabileceği yargısı bilimsel temeli olmayan, peşin hükümlü bir açıklamadır.¹⁴⁴⁰ Bundan başka, failin içinde bulunduğu ruhsal durumların ona sınır aştırdığı hallerde, TCK md. 27/2'yi diğer hukuka uygunluk nedenlerini de kapsayacak şekilde amaçsal olarak yorumlamak gerekir.¹⁴⁴¹

Kıyas, kanunda düzenlenmemiş bir olaya, benzer olayı düzenleyen bir hukuk kuralının uygulanarak ilgili kanun boşluğunun böylece doldurulmasını ifade

¹⁴³⁸ Malkoç, **a.g.e.**, s. 345; Özbek vd., **a.g.e.**, s. 420; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 558 vd.; Özgenç, **GH**, s. 515 vd.; Demirbaş, **GH**, s. 368; Bozbayındır, **a.g.m.**, s. 114, 120; Koca, Üzülmüş, **a.g.m.**, s. 41; Sucuoğlu, **a.g.m.**, s. 141; Çiftçioğlu, **a.g.m.**, s. 546.

¹⁴³⁹ Kan, **a.g.e.**, s. 296; İçel, **GH**, s. 410; Dönmezer, Erman, **II**, s. 378; Soyaslan, **GH**, s. 407; Karakoyun Berkyez, **a.g.e.**, s. 66; Kangal, “Kanun Hükümü”, s. 58; Savaşçı Temiz, **a.g.e.**, s. 201.

¹⁴⁴⁰ Hafızogulları, “Ders Notları”, s. 328.

¹⁴⁴¹ İçel, **GH**, s. 410. Dönmezer, Erman, **II**, s. 378'e göre de, her ne kadar TCK md. 27/2'in ifadesi mutlak gözüktüğü de, failin kusurlu sayılmasına engel olan duyguların varlığı halinde onu ilgili hukuka uygunluk nedeninden yararlandırmaya devam etmek gerektir. Ya da lehe kıyas yapılarak uygulanması yönünde bkz., Soyaslan, **GH**, s. 407.

etmektedir.¹⁴⁴² TCK md. 2/3 düzenlemesi ise ceza hukukunda suç ve ceza içeren hükümlerde kıyas ve kıyasa yol açabilecek geniş yorum yapılamayacağını düzenleyerek kıyas yasağını ortaya koymaktadır.¹⁴⁴³

Ceza hukuku genel hükümlerinin kıyasa açık olup olmadığı noktasında da iki temel görüş mevcuttur. Bunlardan ilkinde göre, ceza hukuku genel hükümlerinde kıyas mümkün olmalı¹⁴⁴⁴ ve TCK md. 2 sadece suç ve ceza içeren hükümlere hasredilerek hukuka uygunluk nedenleri ile sanığın lehine olan diğer hükümlerde kıyas yapılabilmelidir.¹⁴⁴⁵ Zira kanun koyucu suç ve ceza içeren hükümler bakımından kanunilik ilkesini şart koşmuştur. Bunu ise, TCK'nın özel hükümleri bakımından anlamak gerekmektedir.¹⁴⁴⁶

Karşıt görüş ise hem hukuka aykırılık ve kusurluluğu düzenleyen hükümlerin hem de suçun özel görünüş biçimlerinin kıyas yasağı içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini iddia etmektedir.¹⁴⁴⁷ Zira genel hükümlerin içerisinde özel hükümleri genişleten ya da cezayı ağırlaştıran düzenlemeler de yer almaktadır.¹⁴⁴⁸ Özellikle de cezalandırma alanını genişleten iştirak ve teşebbüs hükümleri bakımından da kıyas yasağının geçerli olması gerektiği ileri sürülmektedir.¹⁴⁴⁹ Ayrıca, hukuk sistemi kıyası yasaklamışken fail lehine olan kıyasın da isabetli olmayacağı ileri sürülmektedir.¹⁴⁵⁰ Bu görüş içerisindeki aksi kanaat ise, cezayı gerektirmediği

¹⁴⁴² Kangal, “Kanunilik”, s. 83.

¹⁴⁴³ TCK md. 2/3: “*Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.*”

¹⁴⁴⁴ Akbulut, **GH**, s. 124; Özgenç ceza hukukunun genel hükümleri, yani suç teorisinin genel prensipleri açısından kıyas yasağının uygulanmayacağı görüşündedir, bkz., Özgenç, **GH**, s. 137; Toroslu, suç ve ceza içermeyen normlarda kıyas yapılabileceğini ve bu nedenle hukuka aykırılığı veya isnat edilebilirliği ortadan kaldıran nedenlerde kıyasa başvurulabileceğini söyler, bkz. Toroslu, Toroslu, **GH**, s. 61. Bunu kanun sistematğine aykırı duruma mahal vermeyecek şekilde mümkün gören bkz., Hakeri, **GH**, s. 25.

¹⁴⁴⁵ Kan, **a.g.e.**, s. 309-10; Haziogulları, “Ders Notları”, s. 52-3; Akbulut, **GH**, s. 124.

¹⁴⁴⁶ Akbulut, **GH**, s. 124; Özbek vd., **a.g.e.**, s. 70.

¹⁴⁴⁷ Koca, Üzülmüş, **GH**, s. 66; İçel, **GH**, s. 114.

¹⁴⁴⁸ Kangal, “Kanunilik”, s. 86.

¹⁴⁴⁹ Soner Çetin, “Türk Öğretisinde Kıyas ve Genişletici Yorum Yasağı”, içinde: **Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi – Gesetlichkeitsprinzip im Strafrecht**, Alman ve Türk Ceza Hukukuna İlişkin Araştırmalar, Cilt: 3, Ed. Yener Ünver, Gunnar Duttge, s. 261.

¹⁴⁵⁰ Centel/ Zafer/ Çakmut, **GH**, s. 54; Özbek vd., **a.g.e.**, s. 70; Koca, Üzülmüş, **GH**, s. 67'e göre, kanun koyucu madem cezanın hafifletilmesinin de ancak kanunla mümkün olduğunu söylemektedir, o takdirde kıyas yasağında lehe düzenlemeler için istisna yapılamaz.

ve ağırlaştırmadığı sürece genel hükümlerde fail lehine kıyasın mümkün olduğunu savunmaktadır.¹⁴⁵¹

Genel hükümler içerisinde yer alması dolayısıyla, kıyas yasağını genel hükümler bakımından da işleyen görüşün zaten TCK md. 27/2 bakımından meşru savunma dışındaki hukuka uygunluk nedenlerinde fıkrayı uygulamamak yönünde görüş belirteceği malumdur.¹⁴⁵² Ancak öğretilde kimi görüşler, kişinin ‘mücbir’ sebeple sınırı aştığı durumlar sadece meşru savunmaya hasredilemeyeceği için diğer hukuka uygunluk nedenleri için de fıkranın kıyasen uygulanabileceğini ileri sürmektedirler.¹⁴⁵³ İçel’e göre ise, söz konusu hükmün diğer hukuka uygunluk nedenleri bakımından da uygulanması ‘amaçsal yorum’ gereğidir.¹⁴⁵⁴

Bir de kıyas tartışmasının dışında, ilgili hükmü düzenleme itibarıyla eleştiren ve diğer hukuka uygunluk nedenleri açısından uygulanamamasını bir eksiklik olarak gören görüşler mevcuttur.¹⁴⁵⁵ Keza *Mahmutoğlu*’na göre de, başka bir hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde söz konusu duygulara kapılan faili md. 27/2’ten yararlandırmayarak cezalandırmak âdeti objektif sorumluluğa işaret eden bir kusursuz ceza verme hali teşkil edecektir.¹⁴⁵⁶

Bir kısım yazarlar ise, fıkranın kanun hükmünü icra ve hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk halinde de uygulanması gerektiğini vurgularlar.¹⁴⁵⁷ Örneğin bir yangına müdahale eden itfaiyecilerin acele ettikleri ve telaşa kapıldıkları için evin yanında yer alıp yanmayan müştemilata da zarar vermeleri halinde TCK

¹⁴⁵¹ Kangal, “Kanunilik”, s. 86-7; İçel, **GH**, s. 114.

¹⁴⁵² Öztürk, Erdem, **GH**, s. 230

¹⁴⁵³ Karakoyun Berkyez, **a.g.e.**, s. 66; Kangal, “Kanun Hükmü”, s. 58; Savaşçı Temiz, **a.g.e.**, s. 201. ‘mücbir sebep’ nitelemesi hariç aynı yönde: Soyaslan, **GH**, s. 407.

¹⁴⁵⁴ İçel, **GH**, s. 410.

¹⁴⁵⁵ Ersan, **a.g.e.**, s. 126; Demirci, **a.g.e.**, s. 104; Ünver, “Kusurluluk”, s. 61; Mahmutoğlu, Karadeniz, **a.g.e.**, s. 643. Sadece zorunluluk hali bakımından bkz., Parlar, Hatipoğlu, **TCK**, s. 486; Sucuoğlu, **a.g.m.**, s. 161.

¹⁴⁵⁶ Fatih Selami Mahmutoğlu, “TBMM Adalet Komisyonunda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş”, içinde: **Türk Ceza Kanunu Reformu- İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar**, Ankara, TBB Yayınları, 2004, s. 365.

¹⁴⁵⁷ Güler, **a.g.e.**, s. 108; Hafızogulları, “Ders Notları”, s. 329.

md. 27/2'nin uygulanması önerilmiştir.¹⁴⁵⁸ Özen ise, güncel haliyle buna imkan olmasa da, fıkranın zorunluluk halini de kapsayacak şekilde yazılmasını ve ona da uygulanmasını önermektedir.¹⁴⁵⁹

Buna aksi yönde olarak örneğin kanun hükmünü icrada kolluk görevlilerinden mesleki olarak beklenmesi gereken asgari soğukkanlılık ve cesaretin gösterilmek zorunda olduğu da belirtilmektedir.¹⁴⁶⁰ Özgenç de zorunluluk hali bakımından, bu halin zaten failin iradesindeki zayıflamaya dayanarak cezasızlık getiren bir mazeret nedeni teşkil ettiğini, bu yüzden de yine failin irade etkilenmesi ile açıklanan bir sınır aşımı hükmünün tekrar bu nedene uygulanmasına ihtiyaç olmadığını ifade etmiştir.¹⁴⁶¹

Bozbayındır ve *Meraklı* da, CMK md. 90'da yer alan yakalama yetkisini bu noktada ele almış ve bunu yerine getiren kişinin veya memurun da TCK md. 27/2'deki duygulara kapılabileceğini, ancak meşru savunmadaki failin haksız saldırganı karşı giriştiği hareket sonucu sınır aşması ve bu aşımın mağdur olan saldırganın bu neticeden de bir nevi sorumlu olması şartının burada gerçekleşmeyeceğini belirtmişlerdir.¹⁴⁶² Zira yakalanan kişi gerçekten kusurlu da olsa, kanun önünde yakalamayı yapanın menfaati, haksız saldırıya uğrayan kişi kadar korunmaya değer görülmeyecektir.¹⁴⁶³

Kanaatimizce, genel hükümlerde kıyası mümkün göre görüş açısından bile, kanun koyucunun özellikle 'meşru savunma' kelimesini tercih etmesi, gerekçede bunu izah etmesi ve hükümet tasarısını daraltarak hükmü yalnızca meşru savunma

¹⁴⁵⁸ Polat, **a.g.e.**, s. 185. Ancak *kanımızca* bu olayda itfiye memurunu sorumluluktan kurtarmak için TCK md. 27/2'ye başvurmaya gerek yoktur. Her şeyden önce müştemilata taksirle zarar verilmişse zaten mala zarar verme suçu taksirle işlenemediğinden, fiil tipik olmadığı için ortada suç yoktur. Suçun taksirle işlenmesi mümkün olsaydı, bu takdirde kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninden yararlanan memurlar taksirle sınırı aşmış addedilip md. 27/1'deki indirimden yararlandırılabilirdi. Ancak o halde bile fail aynı anda üçüncü kişi lehine bir zorunluluk halinden yararlandığı için söz konusu taksirli zararın evleviyetle zorunluluk çerçevesinde kusursuz addedilip failleri yine sorumluluktan kurtarması beklenirdi.

¹⁴⁵⁹ Özen, **GH**, s. 618.

¹⁴⁶⁰ Kangal, "Kanun Hükmü", s. 58.

¹⁴⁶¹ Özgenç, **GH**, s. 516.

¹⁴⁶² Bozbayındır, **a.g.m.**, s. 119; Meraklı, **a.g.m.**, s. 296.

¹⁴⁶³ Bozbayındır, **a.g.m.**, s. 119.

için kabul etmesi karşısında, fıkranın diğer hukuka uygunluk nedenleri bakımından da uygulanabileceğini savunmak kolay görünmemektedir. Hükme ilişkin genişletici bir kıyas, kanunda yazmadıkça cezaların arttırılıp eksiltilemeyeceği yasağına da aykırı olacaktır. Zaten kıyas yapmak için bir konuda kanunda boşluk olması ya da düzenleme olmaması gerekmektedir. Oysa burada bir boşluk yoktur, ya da var olduğu iddia edilen boşluk bilinçli bırakılmıştır.

Her ne kadar diğer hukuka uygunluk nedenlerinde de korku ve telaş gibi heyecanların gündeme gelebileceği savunulabilirse de¹⁴⁶⁴ kanun koyucunun açık ve sınırlandırdığı amacına sadık kalınmalıdır.¹⁴⁶⁵ Nitekim kıyas yapmak ya da olması gereken hukuk açısından (*de lega feranda*) bir öneri olarak fıkrayı yeniden düzenleyerek diğer hukuka uygunluk nedenleri bakımından da uygulamak, hükmün yalnızca kusuru kaldıran bir neden olarak okunmasına dayanmaktadır. Oysa hüküm bir mazeret nedeni olup, söz konusu duyguların irade yeteneğini azaltması dışında, bu duyguların kusurlu bir saldırgan hareketi yüzünden ortaya çıkması ve bunların sonucunda ortaya konan hukuka aykırı hareketten asli sorumlu saldırganın etkilenmesi de cezasızlığa birer gerekçedir. Söz konusu kusur ile beraber haksızlığın da azalması ve sonuçta ortaya çıkan aşımın cezalandırılmasının genel ve özel önlemeye hizmet etmemesi meselesi herhangi başka bir hukuka uygunluk nedeni bakımından gündeme gelmez.

Dolayısıyla, hükümde açıkça ve yalnızca ‘meşru savunma’ ifadesine yer verilmesi, kanun koyucunun düzenlemenin uygulama alanını sınırlamak iradesinde olduğunu göstermekte ve bu noktada bilinçli olarak diğer hukuka uygunluk nedenlerini dışladığını ortaya koymaktadır. Ayrıca, söz konusu fıkranın hukuki gerekçesi yalnızca kapıldığı duyguların failin iradesini zayıflatması değil, onu hukuka aykırı davranmaya iten bu duyguların, haksız bir saldırıdan kaynaklanması ve bu duyguların sebep olduğu hukuka aykırı sonucun, haksız saldırıya kusuru ile sebep olan saldırganı etkilemesi yatmaktadır. Hasılı kusuru ortadan kaldıran değil,

¹⁴⁶⁴ Mahmutoglu, “TBMM”, s. 365; Ünver, “Kusurluluk”, s. 66.

¹⁴⁶⁵ Öztürk, Erdem, **GH**, s. 230; Ersan, **a.g.e.**, s. 127; Çiftçioğlu, **a.g.m.**, s. 545; Özen, **GH**, s. 617; Apaydın, **a.g.e.**, s. 249.

bir mazeret nedeni olarak düzenlenmiş olan hükmün hem lafzından hem de mantığından, kıyasa kapalı olduğu ve eksik bir düzenleme olmadığı açıktır.

3.2.1.2. Alman Öğretisindeki Değerlendirmeler

Her şeyden önce başlı başına sınır aşma düzenlemesinin yalnızca meşru savunma halinde olup diğer hukuka uygunluk nedenleri bakımından kanunda böyle bir hükmün yer almamasının nedeni düşünülmelidir. Buna ilk gerekçe olarak, meşru savunmada ‘insanın insana düşman olduğu’ kadim deyiminin hatırlanması ve insandan sadır saldırılarda insanın içine düştüğü duygularla aşırı veya yanlış tepki vermesinin özel bir hoşgörüyü karşılanması verilmektedir.¹⁴⁶⁶

Öğretide bir kısım yazar, hükmün lafzının gayet açık olması nedeniyle kıyası reddeder.¹⁴⁶⁷ AlmCK md. 33’ün varlığını gerekçelendiren tek husus failin kapıldığı telaş, korku veya panik olmadığından, failin hemen her hukuka uygunluk nedeni bağlamında kapılabileceği bu duygular hükmün kıyasen uygulanabilmesi için yeterli olmayacaktır.¹⁴⁶⁸ Bundan başka aşım mağdurunun, faildeki duygulara haksız ve kusurlu şekilde sebep olması da gerekir.¹⁴⁶⁹

Alman hukukunda AlmCK md. 33’ün meşru savunma dışındaki hukuka uygunluk nedenlerine uygulanabilirliği tartışmalıdır. *Hirsch ve Rosenau*¹⁴⁷⁰ AlmMK md. 228’de düzenlenen savunmacı zorunluluk hali, *Otto*¹⁴⁷¹ ise hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali (AlmCK md. 34) ve AlmCMK md. 127’de düzenlenen herkesin geçici yakalama yetkisi bakımından da maddenin kıyasen uygulanabileceğini ifade ederler. Oysa *Heuchemer*, neden kıyasın sadece belirli hukuka uygunluk nedenleri ile sınırlandırıldığının gerekçelendirilmesi gerektiği, zira bir kere kıyasın mümkün olduğunu kabul ettikten sonra, faildeki söz konusu duygulara

¹⁴⁶⁶ Perron, Eisele, §33, Kn. 2.

¹⁴⁶⁷ Fischer, §33, kn. 8; Kindhäuser, §33, kn. 17.

¹⁴⁶⁸ Kindhäuser, §33, kn. 17.

¹⁴⁶⁹ Kindhäuser, §33, kn. 17; Otto, **a.g.m.**, s. 607; Jakobs, **a.g.e.**, § 20, kn. 32; Timpe, **a.g.m.**, s. 122.

¹⁴⁷⁰ Hans Joachim Hirsch, “Die Notwehrvoraussetzung der Rechtswidrigkeit des Angriffs”, **Festschrift für Eduard Dreher**, Berlin, 1977, s. 230; Rosenau, **a.g.m.**, s. 235.

¹⁴⁷¹ Otto, **a.g.m.**, s. 604-7.

kapılma hemen her neden bakımından ortaya çıkabileceğinden, kimi nedenler bakımından kıyası reddetmenin makul olmasını arar.¹⁴⁷² Kendisi de, herkesin yakalama yetkisini düzenleyen AlmCMK md. 127 ve AlmMK md. 229'da düzenlenen kendiliğinden hak alma hakkı bakımından, hukuka uygunluk nedeni, sınır aşma mağdurunun önceki kusurlu davranışına dayandığından, AlmCK md. 33'ün bu hallere kıyasen uygulanabileceğini ifade eder.¹⁴⁷³ Eğer - istisnai olarak - hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinde sınır aşım mağduru ağırlıklı olarak kusurlu ise, burada da sınırlı olarak kıyasa müsaade etmek gerektir.¹⁴⁷⁴ *Jakobs* da benzer şekilde maddenin hukuki niteliğini de dikkate alarak, yakalama yetkisi (AlmCMK md. 127) ve AlmCMK md. 229 bakımından, aşım mağduru kişi, söz konusu hukuka uygunluk nedenine kendi kusurlu fiili ile neden olmuşsa o halde faili AlmCK md. 33'ten yararlandırmak gerekeceği iddiasındadır.¹⁴⁷⁵ Son görüşün aksine olarak ise, bu hukuka uygunluk nedenlerinde failin motivasyon baskısının, kendisini meşru savunma içinde savunan kadar yüksek ve affedilebilir olmayacağı ifade edilmiştir.¹⁴⁷⁶

Erb'e göre yasa metninin sadece meşru savunmayı zikrediyor olması tek başına hükmün diğer hukuka uygunluk nedenleri ile kıyasına engel olmaz. Böyle bir kıyas yasağından söz edebilmek için, öncelikle kanun koyucunun burada planlı ve bilinçli olarak boşluk bıraktığını ortaya koymak gerekir.¹⁴⁷⁷ Bu halde eğer bir hukuka uygunluk nedeni bakımından failin hükümde geçen psikolojik durumlarla harekete geçtiği ortaya konabiliyorsa ve aşım mağdurunun - tıpkı meşru savunma aşımında olduğu gibi - daha az korunmaya layık olduğu söylenebiliyorsa burada artık maddenin kıyasen uygulanabilmesi gerekir.¹⁴⁷⁸ Örneğin AlmMK md. 228 bakımından, mal sahibinin malın tehlikeliliğinden sebep sonuçlara katlanması

¹⁴⁷² Michael O. Heuchemer, "Zum Notwehrexzeß (§ 33 StGB): Putativnotwehrexzeß und Exzeß bei anderen Rechtfertigungsgründen", https://www.michael-heuchemer.de/dl/august/Aufsatz_33.pdf, E.T.: 18.10.2022; 18:02.

¹⁴⁷³ Heuchemer, §33, kn. 14.

¹⁴⁷⁴ Heuchemer, §33, Kn. 15. *Aschermann* da, failin içine düştüğü duygulardan sorumluluğu yoksa bu şartın sağlandığı tüm diğer hukuka uygunluk nedenleri bakımından kıyası mümkün kabul eder. Bkz. *Aschermann*, **a.g.e.**, s. 142-3.

¹⁴⁷⁵ *Jakobs*, **a.g.e.**, § 20, kn. 32.

¹⁴⁷⁶ *Rosenau*, **a.g.m.**, s. 235.

¹⁴⁷⁷ *Erb*, §33, kn. 17.

¹⁴⁷⁸ *Erb*, §33, Kn. 17; *Zieschang*, §34, Kn. 32.

gerekmesi ile bu durum benzerlik gösterir.¹⁴⁷⁹ Ya da, hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali bakımından (AlmCK md. 34), aşım mağduru kendi kusurlu hareketiyle tehlike durumunu yaratmış olup da failde söz konusu duygulara neden olduysa da, kıyas yapmak gerekir.¹⁴⁸⁰ Ancak, AlmCMK md. 127'deki herkesin yakalama yetkisinde yakalanan kişi süregiden bir tehdit yaratmadığı, ya da zorunluluk haline aşımından zarar görenin sebep olmamış olduğu hallerde, şartlar standart bir AlmCK md. 33 olayı ile denk olmayacağından kıyas da mümkün olmamalıdır.¹⁴⁸¹

Zorunluluk halinde zarar gören, - meşru savunmadan farklı olarak - tarafsız üçüncü kişilerdir. İşte öğretide AlmCK md. 33'ün kıyasen uygulanmasının en çok önerildiği bu halde *Roxin*'e göre, kusursuz vatandaşların kaos mağduru olmaya karşı güvende hissetmeleri için, cezanın genel önleme amacı gereği, meşru savunma dışındaki hukuka uygunluk nedenlerinde sınır aşılması hükmünü uygulamamak gerekir.¹⁴⁸² Öte yandan, faile bir hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde ne kadar selahiyet verildiyse, fail o nedenin sınırını aşmada da o ölçüde mazur görülebilir olur.¹⁴⁸³

Kanaatimizce kıyasa olarak tanınan hiç bir hukuka uygunluk nedeni bakımından aşım mağduru, faile karşı bir 'saldırı'ya girişmiş değildir. Dolayısıyla da önceki kusurları kıyasa müsaade edecek boyutta değildir. Kaldı ki söz konusu hukuka uygunluk nedenlerinde hükümde geçen heyecanların doğumu, bizzat mağdurun kusurundan da kaynaklanmalıdır. Meşru savunmanın bu kendine has özelliğinin kanun koyucuları hususi düzenlemeye sevk etmiş olduğunu ve kanunda 'boşluk' olarak yorumlanan şeyin aslında bilinçli bırakıldığından kıyasa uygun olmadığına inanıyoruz.

¹⁴⁷⁹ Duttge, §33, kn.2; Roxin, **a.g.e.**, §22, kn. 99.

¹⁴⁸⁰ Erb, §33, Kn. 17.

¹⁴⁸¹ Erb, §33, Kn. 17. Aşım aşırı orantısızlık teşkil etmediği sürece bunu uygun gören bkz., Motsch, **a.g.e.**, s. 110.

¹⁴⁸² Roxin, "Über den Notwehrexcess", s. 116-7. Aynı yönde, ortada saldırı olmadığından zorunluluk halinde ve AlmMK md. 228 bakımından da kıyasa gidilemeyeceğine dair bkz., Motsch, **a.g.e.**, s. 109, 111.

¹⁴⁸³ Roxin, "Über den Notwehrexcess", s. 116.

3.2.2. Kusurluluğu Kaldıran Nedenler Bakımından

TCK md. 27/2 hükmünün kusurluluğu kaldıran nedenler bakımından uygulanmasını reddetmeye ilişkin asıl gerekçeler, md. 27/2'nin neden yalnızca 'meşru savunma'ya has olarak yorumlanması gerektiğini ve hükme kıyasın mümkün olmadığını izah eden açıklamalardır. Zaten hukuki mahiyetleri daha çok benzerlik arz eden hukuka uygunluk nedenleri bakımından fıkranın uygulanmasını reddedip, bazı kusurluluğu kaldıran nedenler için buna imkan tanımak makul olmazdı.

Öğretide temel olarak, TCK md. 27/2'de geçen duyguların, aslında failin iradesinin zaafa uğradığı pek çok diğer ceza sorumluluğunu kaldıran nedenin varlığında da gündeme gelebileceğinden, kişide bu duyguları hasıl eden tüm haller bakımından fıkranın uygulanabilir olmamasının bir eksiklik olduğu ifade edilmiştir.¹⁴⁸⁴

TCK md. 27/2'de sayılan duyguların sadece meşru savunmaya hasredilemeyeceği, pekâlâ zorunluluk halinin mevcut olduğu durumda da gündeme gelebilecekleri ifade edilmektedir.¹⁴⁸⁵ Örneğin *Hafizoğulları*, zorunluluk hali bakımından da mevcut olabilecek korku ve telaş nedeniyle sınırın aşılmasının düzenlenmemiş olmasını eleştirmektedir.¹⁴⁸⁶ Keza fıkroda geçen duygulara, zorunluluk halinin doğası gereği faillerin doğal olarak girdiği¹⁴⁸⁷ ve kişinin haksız saldırı karşısında kapıldığı telaş ve korkuya vahşi hayvan ya da bir başka doğa olayından kaynaklanan tehlikeye karşı kapılmamasının beklenmesi veya bunun mazur görülmemesinin adil olmadığı ifade edilmiştir.¹⁴⁸⁸

Karşı görüş ise, zorunluluk halinin kendisinin de bir mazeret nedeni olmasından sebep, ona bir diğer mazeret sebebi olarak hükmün uygulanamacağını ifade eder.¹⁴⁸⁹

¹⁴⁸⁴ Akdağ Yüksel, **a.g.e.**, s. 140.

¹⁴⁸⁵ Kan, **a.g.e.**, s. 290-1; Koparan, **a.g.m.**, s. 26; Toroslu, Ersoy, **a.g.m.**, s. 12.

¹⁴⁸⁶ Hafizoğulları, "Ders Notları", s. 329.

¹⁴⁸⁷ Kan, **a.g.e.**, s. 290-1.

¹⁴⁸⁸ Kan, **a.g.e.**, s. 297.

¹⁴⁸⁹ Özbek vd., **a.g.e.**, s. 420, 424.

Alman hukukunda da düzenlemenin, suçun tüm unsurları olduğu halde faili cezadan muaf tutması yönüyle istisnai bir hüküm addedilerek dar yorumlanması ve azami derecede lafzına sadık kalınması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁴⁹⁰ Ancak bazı hukuka uygunluk nedenleri bakımında hükmün kıyasının mümkün olduğuna dair fikirler mevcutsa da, mazeret nedenleri bakımından böyle bir savunmaya hiç rastlamadık.

Kanaatimizce, hukuki nitelik bahsinde ortaya konduğu üzere, TCK md. 27/2 gereği cezanın kalkmasına sebep olan sadece bu duyguların varlığı değil, aynı zamanda bu duyguların haksız bir saldırıdan sadır olması ve bu haksız saldırıya yönelik sınır aşan hukuka aykırı fiile neden olmasıdır.¹⁴⁹¹

TCK md. 25/2'deki zorunluluk hali bir mazeret nedeni olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla zaten hukuka aykırı alanda fiil icra eden failin kusurunun bu hal dolayısıyla azalmış olması ona ceza verilmemesine sebep olur. Zorunluluk hali nitelik olarak kendi de bir mazeret nedeni olduğundan, TCK md. 27/2'nin ona tekrar sirayet ettirilememesi doğaldır.¹⁴⁹² *Meraklı* bunu, zaten telaş psikolojisinin hakim olduğu ve bu yüzden failin cezasız bırakıldığı bir nedenin sınırlarının yine aynı hislerle aşılmasının mümkün olmadığı şeklinde ifade eder.¹⁴⁹³

Özetle failerin zorunluluk hali esnasında doğal olarak kapıldığı duygular zaten bu hal çerçevesinde dikkate alınarak kişilerin sorumsuzluğuna yol açmaktadır. Ancak bunun için kanun koyucu değerlerin tartımı gibi bir takım şartlar getirmiştir. Bu şartlar aşıldığında kanun, faili içinde bulunduğu zor duruma ve ruh haline rağmen burada mazur görmemeyi seçmiştir. İşte sınırın aşılması halinde dahi söz konusu duyguların faili hâlâ cezasız bırakacağını savunmak kanunun amacı ile çelişecektir.

¹⁴⁹⁰ Heuchemer, §33, Kn. 2.

¹⁴⁹¹ Aynı yönde bkz., Meraklı, **a.g.m.**, s. 291.

¹⁴⁹² Ersan, **a.g.e.**, s. 126; Özbek, "Sorunlar ve Görüşlerimiz", s. 27.

¹⁴⁹³ Meraklı, **a.g.m.**, s. 295.

Öte yandan zorunluluk halinde olası sınır aşımı, zaten tehlikenin doğumunda herhangi bir sorumluluğu olmayan kişilere yönelecektir. Tehlikeyi yaratmamış, faili ilgili duygu durumuna sokmamış kişinin aşımından mağdur olması da yine hükmün mantığıyla çelişecektir.

3.3. 5237 Sayılı TCK md. 27/2 Düzenlemesinin Objektif Şartları

3.3.1. Tüm Şartlarıyla Oluşmuş Bir Meşru Savunmanın Varlığını Kaybetmesi

Sınır aşımı hallerinde meşru savunmanın bir şartı ihlal edildiğinden aslında ortada meşru savunma kalmamaktadır. Nitekim meşru savunma tüm şartlarına riayet edilerek icra edilmiş olsaydı zaten aşım değil, doğrudan kendi hükmünü uygulamak ve failleri hukuka uygunluktan yararlandırmak gerekirdi. Dolayısıyla, savunma ölçüsüz olduğunda, TCK md. 25/1'in ve dolayısıyla (ve buna bağlı olarak) md. 27/2'nin de uygulanamayacağı argümanı, fıkra tam da ancak böyle hallerde gündeme geldiğinden çelişkilere yol açar. Ancak herhangi bir aşımından da söz edilebilmesi için meşru savunmaya yol açan haksız saldırının başlangıçta hatasız şekilde tam olarak teşekkül etmesi gerekir. İşte aşım hallerini en iyi karşılaması bakımından, md. 27/2'nin ilk objektif şartını 'meşru savunmanın mevcudiyeti' değil, 'meşru savunmanın artık mevcut olmaması' şeklinde ifade etmek daha uygundur.

Bu kabul, bazı Yargıtay kararlarında ve özellikle de karşıoy yazılarında gözlenen, md. 25/1'i, md. 27/2'ye ön şart addetme hatasından arınılmasına da vesile olabilir.¹⁴⁹⁴ Eğer md. 27/2'nin uygulanması için md. 25/1 bir şart olsaydı bu takdirde zaten beraati getiren bu ikinci hüküm doğrudan uygulanır ve md. 27/2'ye gerek kalmazdı.

¹⁴⁹⁴ Örneğin bkz. şu karardaki karşıoy yazısı: Y. 1. C.D., T. 1.4.2015, E. 2015/1760, K. 2015/1935. Yargıtay'ın bu çelişkiye dayanan yerel mahkeme kararını bozduğu ve TCK md. 25/1 varsa beraate hükmedilmesi gerektiği yönünde yerinde gördüğümüz bir kararı: Y. 1. C.D., T. 27.3.2017, E. 2015/5491, K. 2017/934.

Ancak Yargıtay'ın 'tüm şartlarıyla oluşmuş bir meşru savunmanın artık mevcut olmaması' şartını doğru uyguladığı pek çok kararı da bulunmaktadır. Bir kararında açıkça dile getirdiği "... *TCK'nun 25 ve 27 maddelerinin aynı olaya uygulanması suretiyle gerekçe ile hükümde çelişki yaratılması...*"¹⁴⁹⁵ ifadeleri ancak TCK md. 25/1'in uygulanmadığı hallerde md. 27/2'nin uygulabileceğini göstermektedir. Meşru savunmanın doğduğunun hiç kabul edilemediği hallerde md. 27/2'nin uygulanmasını reddetmekte,¹⁴⁹⁶ öncelikle meşru savunma hakkının doğduğu ancak ardından sanığın ölçüye riayet etmediği hallerde ise meşru savunmanın değil, md. 27/2'nin uygulanması gerektiğini belirtmektedir.¹⁴⁹⁷

3.3.1.1. Mefruz Meşru Savunma¹⁴⁹⁸

Alman hukukunda baskın çoğunluk görüşü ve AFYM, AlmCK'nın 33'üncü maddesindeki cezasızlığın tek gerekçesinin failin kapıldığı duyguların irade yeteneğini düşürmesi değil, aynı zamanda ortada haksız bir saldırı olması ve saldırgana yönelen aşımalar olması dolayısıyla haksızlık azalması gerekçesine de dayandığını düşünerek, mefruz meşru savunma (*Putativnotwehr*) halinde md. 33'ün uygulanmasını reddeder.¹⁴⁹⁹ Örneğin, bir iş seyahatinden gece geç saatte dönen eşini hırsız zannederek yaralayan fail, bunu korkuya kapılarak da yapmış olsa, ortada gerçek bir meşru savunma hali bulunmadığından md. 33 de gündeme gelmez.¹⁵⁰⁰

¹⁴⁹⁵ Y. 1. C.D., T. 16.12.2014, E. 2013/1712, K. 2014/4539.

¹⁴⁹⁶ Y. C.G.K., T. 24.3.2015, E. 2014/815, K. 2015/71; Y. C.G.K., T. 22.3.2016, E. 2015/1160, K. 2016/141.

¹⁴⁹⁷ Örneğin bkz., Y. C.G.K., T. 28.5.2013, E. 2012/1286, K. 2013/264.

¹⁴⁹⁸ Ünver, mefruz meşru savunma tabirini Türkçe'ye 'yanılgılı haklı savunma' olarak aktarmayı tercih etmiştir, bkz., Heinrich, I, para. 394.

¹⁴⁹⁹ Geppert, "Notwehr und Irrtum", s. 40; Rengier, **a.g.e.**, §27, kn. 30; Duttge, §33, kn. 10; Heuchemer, §33, Kn. 13; Erb, §33, Kn. 18; Armin Engländer, "Die Entschuldigung nach § 33 StGB bei Putativnotwehr und Putativnotwehrexzess", **JuS**, 2012,s. 409-11; Kindhäuser, §33, kn. 15.; Roxin, **a.g.e.**, §22, 94; Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, **a.g.e.**, §18, kn. 68-9; Fischer, §33, kn. 5; Motsch, **a.g.e.**, s. 81; Timpe, **a.g.m.**, s. 122; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §13, kn. 708; Zieschang, §33, Kn. 28; Berster, **a.g.m.**, s. 50; Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 493. BGH 01.08.1961 – 1 StR 197/61 (NJW 1962, 308, 309); BGH 11.06.1968 – 5 StR 192/68 (NJW 1968, 1885); BGH 08.06.1983 – 3 StR 178/83, (NSTZ 1983, 453); BGH 18.04.2002 – 3 StR 503/01 (NSTZ-RR 2002, 203, 204); BGH 23.01.2003 – 4 StR 267/02 (NSTZ 2003, 599); BGH 01.08.1961 - 1 StR 197/61 (NJW 1962, 309); BGH 12.06.1968 - 2 StR 109/68 (NJW 1968, 1885).

¹⁵⁰⁰ Engländer, "Die Entschuldigung", s. 408-9.

Mefruz meşru savunma halinde ortada gerçek ve güncel bir saldırı ve dolayısıyla olaya sebebiyet veren sorumlu olmadığı içindir ki AlmCK md. 33 bu hallerde doğrudan uygulanamaz.¹⁵⁰¹ Meşru savunmanın hiç doğmamış olması, md. 33'ün en temel dayanaklarından birinin eksik olduğunu ifade eder ve bu hal md. 33'ün her tür kıyasen (*analog*) uygulamasına da engel olur. Zira olaylar denklik kesbetmemektedir.¹⁵⁰² Üstelik failin ortada bir meşru savunma hali var zannetmekteki yanılığı da kendisinden baska kimsenin kusuru sonucu oluşmamıştır.¹⁵⁰³

Burada hukuk dışı davranan failin, gerçekten hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde hareket ederken sınır aşan faile nazaran daha avantajlı konuma getirilmemesi gerektiği de ifade edilmiştir.¹⁵⁰⁴ Olmayan meşru savunmayı varmış zanneden fail, zaten mağdura hak etmediği bir zarar verecek ve buna rağmen hatasından yararlandırılacaktır. Bir de sınır aşımı mazur görülürse, gerçek meşru savunma çerçevesinde sınır aşan failden daha iyi konuma getirilmiş olacaktır.¹⁵⁰⁵ Saldırgan olmayan aşım mağdurunun, hukuktan tam koruma görme hakkı karşısında, mefruz meşru savunmada AlmCK md. 33 uygulanmamalıdır.¹⁵⁰⁶

Roxin'e göre de, burada cezanın özel önleme amacı açısından belki yanılan failin cezaya ihtiyaç duymadığı düşünülebilirse de, genel önleme açısından masum üçüncü kişinin kendisinin aşımına karşı korunacağına dair haklı beklentisine saygı duyulmalıdır.¹⁵⁰⁷

¹⁵⁰¹ Kindhäuser, §33, kn. 15; Engländer, “Die Entschuldigung”, s. 411; Geppert, “Notwehr und Irrtum”, s. 40; Otto, **a.g.m.**, s. 607; Herzog, §33, kn. 16.

¹⁵⁰² Murmann, **a.g.e.**, §26, Kn. 91a.

¹⁵⁰³ Kindhäuser, , §33, kn. 16; Otto, **a.g.m.**, s. 607; Roxin, “Über den Notwehrexzess”, s. 120; Hardtung, **a.g.m.**, s. 55 - 60; Perron, Eisele, §33, kn. 8; Rogall, §33, kn. 14; Rudolphi, **a.g.m.**, s. 464.

¹⁵⁰⁴ Heinrich, I, para. 591; Abanoz Öztürk, **a.g.e.**, s. 52.

¹⁵⁰⁵ Kühl, **a.g.e.**, §12, kn. 156.

¹⁵⁰⁶ Kudlich, “An den Grenzen”, s. 590; Kühl, **a.g.e.**, §12, kn. 156; Fischer, **a.g.e.**, s. 96; Heuchemer, §33, kn. 13.

¹⁵⁰⁷ Roxin, **a.g.e.**, §22, kn. 95.

Çoğunluk görüş içerisinde bir kısım görüş, failin bu hataya düşmesinin kaçınılmaz olduğu hallerle sınırlı olmak üzere kıyası mümkün addetmektedir.¹⁵⁰⁸ Buna da en sık verilen örnek, kişinin arkadaşına kendisini karanlıkta gasp etme şakası yapması ve böylece onu korkuya ya da paniğe sevk etmesi halidir. Ancak failin kendini meşru savunma halinde sanmasına yönelik düşürüldüğü yanılgısı kaçınılmazsa o takdirde burada¹⁵⁰⁹, saldırgan bu hale kusuru ile sebep olduğundan AlmCK md. 33'ün kıyasen uygulanmasına cevaz verilmesi gerektiği ifade edilmiştir.¹⁵¹⁰ Bu görüş, mağdurun saldırgan olmadığı gerçeğini atlادığı için eleştiri almaktadır.¹⁵¹¹

Alman öğretisinde azınlık görüş ise, yalnızca mağdurun bu şekilde kusuru ile failin hatasına neden olduğu değil, meşru savunma şartlarında kaçınılmaz olarak hataya düştüğü tüm durumlar bakımından sınır aşan faile de AlmCK md. 33'ün uygulanabileceğini düşünmektedir.¹⁵¹² Keza *Schröder* de, gerçek veya mefruz meşru savunmada failin ruhen içine düştüğü durum ve duyguları prensipte aynı olacağından iki durumun ayrı değerlendirilmemesi gerektiğini ifade eder.¹⁵¹³ Bu bakış açısı md. 33'ü sadece sübjektif dayanaklarla temellendirmenin bir sonucudur.¹⁵¹⁴ Gerçekten de fıkra yalnızca kusura dayalı olarak açıklanırsa, bu iki durum arasında kıyası yasaklayan bir fark görülemez.¹⁵¹⁵ Kaldı ki aşımı haksızlık azalması ya da cezanın önleme gerekçelerine değil, yalnızca kusura ve failin haksızlık bilinci ile irade yeteneğinin son derece etkilendiği bir temele dayandıran

¹⁵⁰⁸ Sauren, **a.g.m.**, s. 572; Roxin, **a.g.e.**, §22, kn. 96; Rengier, **a.g.e.**, §27, kn. 30; Timpe, **a.g.m.**, s. 122; Jakobs, **a.g.e.**, §20, kn. 33; Erb, §33, Kn. 18; Herzog, §33, kn. 16; Fischer, **a.g.e.**, s. 97.

¹⁵⁰⁹ Zieschang, §33, kn. 21; Kühl, **a.g.e.**, §12, kn. 158.

¹⁵¹⁰ Zieschang, **a.g.e.**, §33, kn. 29.; Otto, **a.g.m.**, s. 607; Erb, §33, kn. 18.; Hardtung, **a.g.m.**, s. 59 vd.; Roxin, "Über den Notwehrexzess", s. 120; Heuchemer, §33, kn. 12 vd.; Fischer, **a.g.e.**, s. 97; Motsch, **a.g.e.**, s. 85; Kindhäuser, §33, kn. 15 vd.

¹⁵¹¹ Bernd Müller-Christmann, "Der Notwehrexzeß", **JuS**, 1989, s. 720.

¹⁵¹² Frister, **a.g.e.**, §14, kn. 43; Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, **a.g.e.**, §18, kn. 68-9; Rudolphi, **a.g.m.**, s. 464; Perron, Eisele, §33, kn. 8; Hoven, Mitsch, **a.g.m.**, s. 431, 441.

¹⁵¹³ Schröder, **a.g.m.**, s. 123 – 5.

¹⁵¹⁴ Bkz. Heuchemer, "Zum Notwehrexzess"; Hoven, Mitsch, **a.g.m.**, s. 431, 441.

¹⁵¹⁵ Heuchemer, "Zum Notwehrexzess". Burada *Hoven* ve *Mitsch*, meşru savunmada sınırın aşılması hükmünün yeniden yazılmasını önerdikleri kendilerine ait tasarıda bir ikinci fıkra öngörerek, failin kaçınılmaz olarak meşru savunmada yanılması ve buna saldırganın sebep olduğu hallerde cezasız kalmasını düzenlemişlerdir. Bkz. Hoven, Mitsch, **a.g.m.**, s. 431, 441.

Aschermann da, kendi içinde tutarlı olarak, mefruz meşru savunmada da hükmün uygulanabileceğini ifade etmektedir.¹⁵¹⁶

Alman hukukunda mazeret nedeninin maddi şartlarına ilişkin yanılığı düzenleyen genel bir hüküm bulunmamağaysa da, zorunluluk halini düzenleyen AlmCK 35. maddenin ikinci fıkrasında yer alan failin kaçınılmaz hatasından sorumlu olmayacağı ancak kaçınılabılır hatasında md. 49'a göre cezasından indirim alacağı düzenlemesinin diğer mazeret nedenleri bakımından da kıyasen uygulanabileceği savunulmaktadır.¹⁵¹⁷ Buradan alarak öğretide bazı görüşler, mefruz meşru savunmada sınır aşılması halinde izin hatası (dolaylı hukuki hata) hükümlerine başvurulabileceğini de ifade etmiştir.¹⁵¹⁸

Alman hukuku bakımından bu konuda son olarak eklemek gerekmektedir ki, mefruz meşru savunma halinde AlmCK md. 33'ün uygulanamayacağı yönündeki çoğunluk görüşü, yoğunlukta ve zamanda aşımın aynı anda meydana geldiği olaylar bakımından aynı tutumu sürdürmemektedir. Tam aksine, gerçekten mevcut bir meşru savunmayı bitmesine rağmen yanılarak sürüyor zannederek, yoğunlukta da aşım teşkil edecek şekilde sürdüren faile maddenin uygulanmasında bir engel olmadığı belirtilmiştir.¹⁵¹⁹ Aksi halde hükmün failin 'bir aşım yapması' ya da meşru savunmanın 'sınırlarından (yalnız) birini aşması' şeklinde düzenlenmesi gerektiği ifade edilmiştir.¹⁵²⁰ Kaldı ki çoğu halde bu aşımın iç içe geçmiş olacağından, muhakkak faili cezalandırmak arzusuyla bu ayrımın peşinden gitmenin doğru olmadığı da vurgulanmıştır.¹⁵²¹ Türk hukuku bakımından *kanaatimiz* elbette ilk fıkra için olduğu gibi, bu fıkra bakımından da çifte aşımın ilgili hukuka uygunluk nedeninin varlık şartını ortadan kaldırarak uygulamaya engel olacağı yönündedir.

¹⁵¹⁶ Aschermann, **a.g.e.**, s. 140-1; Schmidhäuser, **a.g.e.**, §8, kn. 13.

¹⁵¹⁷ Hilgendorf, Valerius, **a.g.e.**, s. 196; Heinrich, **II**, para. 1155; Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, **a.g.e.**, §18, kn. 44; Rengier, **a.g.e.**, §32, kn. 1; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §14, kn. 773.

¹⁵¹⁸ Duttge, §33, kn. 10; Gropp, Sinn, **a.g.e.**, §6, kn. 164; Sauren, **a.g.m.**, s. 572; Hardtung, **a.g.m.**, s. 57-9.

¹⁵¹⁹ Perron, Eisele, §33, kn. 7; Roxin, **a.g.e.**, § 22, kn. 90; Spindel, §33, kn. 9.

¹⁵²⁰ Motsch, **a.g.e.**, s. 35.

¹⁵²¹ Motsch, **a.g.e.**, s. 103.

Türk hukukunda da çoğunluk görüş, mefruz meşru savunmada sınır aşılması halinde TCK md. 27/2'nin uygulanamayacağı yönünde şekillenmiştir.¹⁵²² Bu hallerde maddenin temel dayanağı olan 'hukuka aykırı saldırı' gerçekleşmiş olmaz ve maddelerin uygulanması hiç gündeme gelmez.¹⁵²³

Meşru savunmanın, mazeret nedeni olan TCK md. 27/2'nin bir şartı olduğu kabul edildikten sonra, meşru savunmanın varlığında yanılan failin, mazeret nedeninin şartında yanılmış sayılarak, md. 30/3'ten yararlandırılmasının gündeme gelip gelemeyeceği de değerlendirilmelidir.

İlk olarak, TCK md. 30/3, genel olarak mazeret nedenlerinde kaçınılmaz olarak yanılan failerin ilgili nedenlerden yararlanmaya devam etmesini değil, bu fıkra gereği kusursuz addedilmelerini sonuçlar. Nitekim hukuka uygunluk nedenlerinde hata da aynı fıkra düzenlendiğinden, onlarda yanılan fail ilgili hukuka uygunluk nedeninden değil, söz konusu kusuru etkileyen hatadan yararlanmaktadır. Dolayısıyla örneğin tehlikeyi var zanneden fail aslında md. 25/2'deki zorunluluk halinden yararlanmaya devam etmez de, bir başka kusurluluğu kaldıran hal olarak doğrudan md. 30/3 gereği cezasız kalır. Aynı şekilde de, meşru savunmanın varlığında yanılan fail bu mantık doğrultusunda md. 27/2'den yararlanmaya devam edeceği değil, ancak bizzat md. 30/3 gereği sorumluluktan kurtulacağı iddia olunabilir.

İkinci olarak, olmayan bir saldırıyı var zanneden ve gerçekten ortada bir meşru savunma hali olsaydı ölçülü olacak olan nitelikte bir savunmayla karşılık veren failin burada yararlandığı TCK md. 30/3; md. 25/1'de yanılmadan kaynaklıdır. Eğer hareket aynı zamanda ölçüsüz ise, yani failin zannettiği meşru savunma hali ortada gerçekten mevcut olsaydı da hukuka uygun olmayacaktı ise, artık mefruz meşru savunmada sınır aşımından söz edilmektedir. Mefruz meşru savunmada sınır aşma hali için failin hatasından yararlandırılması, ya da kaçınılmaz hata bakımından md.

¹⁵²² Özgenç, **GH**, s. 516-7; Koca, Üzülmüş, **GH**, s. 357; Akbulut, **GH**, s. 678; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 559; Bozbayındır, **a.g.m.**, s. 125.

¹⁵²³ Aynı yönde bkz., Düzenli, **a.g.e.**, s. 194; Demirbaş, "Sınırın Aşılması", s. 279.

27/2'nin kıyasen uygulanması düşünülemez. Bunun da sebebi burada iki aşımın peş peşe varolmasıdır.

Örneğin, futbol fanı F, maç esnasında karşılıklı küfürleştikleri rakip takım taraftarlarının bağırarak kendisine yaklaştıklarını görünce onu tartaklayacaklarını düşünmüş ve ona doğru koşarak gelen mağduru bıçakla yaralamıştır.

Şöyle ki, zaten olmayan saldırıya karşı giriştiği herhangi bir savunma hareketiyle bile sınırı aşmış *gibi* olan failin, artık sınırın iyice ötesine taşmasından dolayı buradaki aşımını çifte aşım *gibi* addetmek gerekir.¹⁵²⁴ Zaten en baştan ortada meşru savunma hali hiç doğmadığı için buradaki hata halini teknik olarak sınır aşımı saymak doğru değildir. Mefruz meşru savunma halinde fail diğer hata hallerinden farklı olarak objektif de olsa sınırı aşmaz, zaten en başından beri hep hukuka aykırı alan içerisinde hareket etmektedir. Hukuka aykırı alandayken bir de hukuka uygun olsaydı dahi ölçülü addedilemeyecek bir 'savunmada' bulunursa, hukuka aykırı alandan yine hukuka aykırı alana geçeceği için çifte aşım çok benzer bir durum oluşacaktır. Örnekte fail mefruz saldırıya karşı kendini bir tokatla veya ittirmeyle bile savunsa, bu hareketi hukuka aykırıdır. Ancak bıçakla yaralama, mefruz savunması bakımından dahi ölçülü olmadığından, çifte aşım hallerinde kabul etmediğimiz sınır aşılması hükümlerinin uygulanmasını, burada evleviyetle reddediyoruz. Nitekim failin buradaki aşkın hareketi ile yaptığı yalnızca, hatalı fiilinin haksızlık derecesini katmerlemektir ki md. 27/2 bu haller için getirilmemiştir.¹⁵²⁵

¹⁵²⁴ Oluşmuş meşru savunmanın şartlarından birinde hatayı aslında objektif olarak sınır aşımı şeklinde değerlendirmek mümkündür. Yukarıda ilgili başlıkta bu ve çifte aşım teorisi incelenmiştir. Bkz.: "2.3.1.1. Hukuka Uygunluk Nedeninin Doğmaması" Oysa hiç mevcut olmamış meşru savunmayı vehmetmek şeklindeki yanılma, kendi başına – objektif dahi olsa – sınır aşımı şeklinde nitelendirilemez. Ancak haksızlığın derecesinin artması olarak ele alınabilir.

¹⁵²⁵ Bkz. *Şekil 7: Meşru savunmada sınırın aşılmasına ilişkin ihtimaller*. Alman hukukunda da zorunluluk halinde hatayı düzenleyen ancak prensip olarak idger mazeret nedenleri bakımından da kıyasen uygulanması kabul edilen AlmCK md. 35/2'nin, md. 33 için de kıyasen uygulanması reddedilmektedir. Bunun için zorunluluk hali ve sınır aşımının failin sübjektif yönünün araştırılması bakımından kıyasa uygun olmayan farklı durumlar arz ettiği dile getirilmektedir. Bkz. Berster, **a.g.m.**, s. 54.

Yargıtay'ın bir kararında, gece vakti ıssız bir bölgede mağdurun tuvalet ihtiyacını yolda gidermesinin ardından pantolonunun sıyrılarak çıplak kalması ve ayağının kayarak failin üzerine düşmesi ile fail, mağdurun kendisine cinsel saldırıda bulunduğu inanmıştır. Bunun üzerine cebinden çıkardığı bıçağı mağdura defalarca saplayarak onu yaralamıştır.¹⁵²⁶ Bu olayda saldırı gerçek olsaydı failin bir kaç bıçak darbesi meşru savunma kapsamında ölçülü olabilecekti. 11 bıçak darbesi ise bu ölçünün dışında kalacak ve TCK md. 27/2'yi gündeme getirebilecekti. Ancak ortada hukuka uygunluk nedeni hiç olmadığı, fail bunu yanılarak var saydığı için zaten tek bir darbeye yaralama bile hali hazırda hukuka aykırıdır. Failin yanılarak gerçekleştirdiği savunma bir de aşkın ise sınırı ikinci kez aşmış *gibi* olmaktadır. Failin hatası, 'hata etmeseydi hareketi hukuka uygun olacaktı', dedirten cinsten olmadığı için, bu aşkın hareketi dolayısıyla artık md. 30/3'den yararlanmaya devam edemez. Söz konusu kararında da Yargıtay, bu gerekçelere başvurmasa da, failin hareketini ölçülü bulmayarak md. 27/2 uygulanmasını reddetmiştir.

Mefruz meşru savunmada sınırın aşılması için failin sorumluluğunun TCK md. 30/3 gereği ortadan kaldırılmasını reddetmekteki *kanaatimizin* gerekçesi, failin bir hatasından iki kez yararlandırılmasının adaletsiz olacağı düşüncesidir. Nitekim meşru savunmanın genel olarak varlığında yanılma, hem bir hukuka uygunluk nedeni olan meşru savunmanın maddi şartlarında, hem de meşru savunmanın teşekkülü md. 27/2'nin de bir şartı olduğundan, mazeret nedeninin şartında yanılma anlamına gelecektir. Burada md. 25/1'den ayrı olarak, md. 27/2 bakımından da md. 30/3'ün uygulanmasını istemek aynı ve tek yanılma için hükmü peş peşe iki kez uygulamak anlamına gelecektir. Ancak ve ancak mefruz meşru savunma halinde failin kendini ölçülü olanın ötesinde de savunma yapmaya yetkili gördüğü hallerde haksızlık hatası düşünülebilir ki bu konu sınır aşımını veya sınır aşımı maddesinde hatayı değil, 'çifte hata' bahsini ve md. 30/4 ile md. 30/3'ün yarışmasını ilgilendirir.¹⁵²⁷

¹⁵²⁶ Y. C.G.K., T. 8.5.2012, E. 2011/1-436, K. 2012/190

¹⁵²⁷ Bkz. yukarıda: "2.3.1.1. Hukuka Uygunluk Nedeninin Doğmaması" başlığı içinde değerlendirilmiştir. Mefruz meşru savunmada çifte hataya benzer durumun oluştuğuna dair bkz., Heinrich, I, para. 591.

Özet olarak meşru savunmanın bu şekilde hiç doğmadığı hallerde TCK md. 27/2 doğrudan veya kıyasen uygulanamaz. Zira fıkra sadece duygulara değil, aynı zamanda gerçek ve sorumlu bir saldırganın mağdur olmasına dayanan bir mazeret nedenidir. Ayrıca md. 27/2'ye dayanılarak failin md. 30/3 gereği kusursuz addedilmesi de ileri sürülemez. Nitekim fail meşru savunmanın varlığında hata ederken zaten bu fıkradan yararlanmıştır.

3.3.1.2. Savunma İradesinin Yokluğunda

Hukuka uygunluk nedenlerinin objektif mevcudiyetinin, failin fiilinin hukuka uygun sayılması için yeterli olup olmadığına dair, Alman hukukunda genel kabul sübjektif görüşten yana gelişmiştir. Öğretide meşru savunmanın bir şartı olarak savunma iradesi (*Verteidigungswille*) de aranmaktadır.¹⁵²⁸

Ağırlıklı görüşe göre, ortada savunma iradesiye gerçekleşmiş bir hareket olmadıkça, bu şart da meşru savunmanın - her ne kadar sübjektifse de - temel bir şartı olduğundan, artık meşru savunmadan ve dolayısıyla AlmCK md. 33'ten bahsedilemeyecektir.¹⁵²⁹ Öte yandan, savunma iradesinin md. 33'ün bir unsuru olmadığı, zira bu iradenin meşru savunma (md. 32) bağlamında haksızlığı kaldıran bir unsur olması yönüyle kusurla alakası bulunmadığı da dile getirilmiştir.¹⁵³⁰ Ancak hükmün sadece kusura değil haksızlık azalmasına da dayanan bir mazeret nedeni teşkil etmesi ve gerçek bir meşru savunma halinin varlığı için gereken tüm şartların aslında bir nevi doğrudan bu hükmün de şartlarını oluşturması hasebiyle de bu görüşe karşı çıkılmıştır.¹⁵³¹

¹⁵²⁸ Heinrich, I, para. 590; Engländer, "Die Verteidigungswille", s. 390-1.

¹⁵²⁹ Perron, Eisele, §33, kn. 10a; Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, **a.g.e.**, §18, kn. 62; Kühl, **a.g.e.**, §12, kn. 149a, Zieschang, §33, kn. 22, 48; Engländer, "Die Verteidigungswille", s. 391; BGH 01.07.1952 - 1 StR 119/52 (BGHSt3, 198); BGH, 25.04.2013 - 4 StR 551/12 (NJW 2013, 2133)

¹⁵³⁰ Christian Jäger, "Zeckenalarm", **JA**, Heft: 9, 2013, s. 210. Yazarın kast ettiği, haksızlık aşamasında hareket değersizliğini dengelemesi gereken hukuka uygunluk nedeninin sübjektif unsurunun, haksızlıkla bir ilgisi olmayan ve kusuru ilgilendiren AlmCK md. 33 bakımından ayrıca aranmasının uygun olmadığıdır. Bkz. **A.g.m.**

¹⁵³¹ Brünig, **a.g.m.**, s. 517. Ancak elbette failin AlmCk md. 33'ün varlığını bilerek bu bilinçle hareket etmesi, duygularını tanıması vs aranmaz. Bkz. Jäger, **a.g.m.**, s. 210.

Diğer yandan her ne kadar aranıyor da olsa, savunma iradesinin sınır aşma fiili açısından hukuka uygunluk aşamasında olduğu gibi hareket değersizliğini telafi edici bir yönünün artık olmadığı, bunun yerine heyecanların arandığı da belirtilmektedir.¹⁵³²

Türk hukukunda ise ağırlıklı görüş meşru savunmanın sübjektif şartı olmadığı yönünde objektif gelişmiştir. Sübjektif görüşler içinde de söz konusu savunma iradesinin içeriğini TCK md. 27/2 bakımından değerlendiren tartışmaya rastlanmamıştır. Ancak savunma iradesi fıkra da bahsi geçen duyguların varlığı için âdeta bir ön şart addedilmektedir. Yargıtay bir kararında, “...failin amacı, saldırının defedilmesinden çok, kin duygusunu tatmine yönelik ise meşru savunmada sınırın aşılması değil ancak haksız tahrik söz konusu olabilecektir”, ifadesiyle bu yaklaşımda olduğunu belirtmiştir.¹⁵³³ Mahmutoğlu ve Karadeniz de, kapsamlı şerhlerinde konuyu incelerken, ikinci fıkranın unsurları arasında savunma iradesini de zikretmişlerdir.¹⁵³⁴

Kanaatimizce, netice itibariyle burada benimsenen görüş sonucu etkilemeyecektir. Sübjektif görüşler içerisinde hangisi benimsenirse benimsensin, yani ister savunma iradesi yeterli görülsün ister ayrıca savunma amacı da aransın, meşru savunma teşekkül etmiş sayılamayacağından, bunda aşımı düzenleyen hüküm de uygulanamaz.

Tarafı olduğumuz objektif görüşe göre ise, her ne kadar meşru savunmanın oluşmuş sayılması için savunma iradesi şeklinde bir unsur aranmamaktaysa da, TCK md. 27/2’de yer verilen duygular ancak failin kendisi veya başkasının saldırıya uğradığının farkında olması halinde ve bu haksız saldırıya bağlı olarak doğacaktır. Bu yüzden failin bilmediği bir meşru savunma halinin onu zaafiyete sürükleyecek duygulara düşürmesi de düşünülemez. Dolayısıyla hüküm bu görüşe göre de uygulanamayacaktır.

¹⁵³² Nicholas Bosch, “Erfordernis eines Verteidigungswillens bei Notwehr und Notwehrexzess”, **JURA**, 2016, s. 702.

¹⁵³³ Y. C.G.K., T. 13.2.2018, E. 2017/1-893, K. 2018/33. Aynı yönde bkz., Y. C.G.K., T. 8.5.2012, E. 2011/1-436, K. 2012/190; Y. C.G.K., T. 27.9.2018, E. 2018/1-291, K. 2018/380.

¹⁵³⁴ Mahmutoğlu, Karadeniz, **a.g.e.**, s. 627.

Zira düzenleme bir mazeret nedeni olup, failin haksızlık karşısında içine düştüğü zaafiyete dayalı duyguların ondan norma uygun davranmasını beklenemez kılması ile ilgilidir. meşru savunmadan haberdar olmayıp alâlade bir suç işleme niyetiyle hareket eden failin suç telâşının mazur görülmesi ile değil.

3.3.2. Sınır Aşımının Belirli İhtimallere Göre Değerlendirilmesi

3.3.2.1. Yoğunlukta Sınır Aşımı

Alman ve Türk hukukunda, sınır aşımı hükümlerinin uygulama alanı kapsamının yoğunlukta sınır aşımını muhakkak içerdiği noktasında bir tartışma bulunmamaktadır.¹⁵³⁵

Her ne kadar TCK md. 27/2 bir mazeret nedeni olduğundan failin ceza almamasına neden olacaksa da, diğer yanda faili beraat etme avantajından mahrum bırakmamak için, TCK md. 27/2'nin varlığına sığınarak, meşru savunmada orantılılığın incelenmesinde titizlikten feragat edilmemelidir.¹⁵³⁶ Zira Yargıtay da, biraz ikinci fıkranın varlığına güvenerek çoğu halde aslında meşru savunma kapsamında sayılabilecek, zorunlu ve orantılı savunmaların failleri için ceza verilmesine yer olmadığı kararı vererek, sanıkları beraat etme avantajlarından mahrum bırakmıştır.¹⁵³⁷ Benzer eleştiri Alman hukukçularınca, AFYM'ye de getirilmiştir.¹⁵³⁸

Orantılılık bahsinde en sık verilen klasik örnek, failin saldırıyı çıplak yumruklarıyla defedebilecekken silaha sarılmasıdır.¹⁵³⁹ Orantılılık tespitinde en hafif aracın seçilmesinde failin içinde bulunduğu durumun da dikkate alınması gerektiğini, en hafif aracın, durumun şartları içerisinde etkili olacak ve failce

¹⁵³⁵ Aynı yönde bkz., Rogall, **a.g.m.**, s. 532.

¹⁵³⁶ Kartal, **a.g.e.**, s. 200

¹⁵³⁷ Örneğin bkz., Y. C.G.K., T. 28.05.2013, E. 2012/1-1286, K. 2013/264. Detay için ilgili bölüme bkz. aşağıda: "3.4.3.2.8. *Duyguların Tespiti*"

¹⁵³⁸ Heuchemer, §33, kn. 25-6; Erb, §33, kn.4; Duttge, §33, kn. 15. Detay için ilgili bölüme bkz. aşağıda: "3.4.3.2.8. *Duyguların Tespiti*"

¹⁵³⁹ Seeberg, **a.g.e.**, s. 181.

erişilebilir durumdaki araç şeklinde okunmasının yerinde olacağı ifade edilmişti. Alman hukukunda failin, saldırı anında hangi aracın en hafif olduğunu değerlendirecek zaman ve imkana sahip olup olmadığının da değerlendirmeye katıldığını gözlemlemekteyiz.¹⁵⁴⁰ Türk hukukunda ise bu husus, bu gibi durumlarda faillerin elinde saldırı ve savunma arasında dengeyi sağlamak için bir terazi olmadığı şeklinde yorumlanmıştır.¹⁵⁴¹

AFYM'nin oldukça bilinen bir kararına konu olan olayda, 66 yaşındaki sanık (S), bir gece sevgilisi (P) ile onun evinde uyurlarken, (P)'nin damadı (V) alkollü olarak eve gelmiş ve onlara saldırmaya başlamıştır.¹⁵⁴² Olay anında (P), öncelikle (V)'yi sakinleştirmeye çalışmış, ancak (V) ona şiddet uygulamaya, saçlarından tutarak merdivenden aşağı doğru yerde sürüklemeye, bunu yaparken de tekmelemeye ve öldürmekle tehdit etmeye başlamıştır. Uykudan yeni uyanan ve hâlâ yatmadan aldığı ilaçların etkisinde olan (S) ise, (P)'nin çılgınlıklarına dayanamayarak koşarak içerden içinin boş olduğunu sandığı tabancasını almış, (V)'nin yüzüne doğru yakın mesafeden bir kaç el tehdit ve korkutma amaçlı sıkmış, ancak atışlardan sonuncusu ateş almış ve (V) oracıkta ölmüştür. Yerel mahkeme olayın üçüncü kişi lehine meşru savunma olarak başladığını, ancak sanığın uyarmadığı ve uyarı ateşi yapmadığı ve doğrudan yüzü hedef aldığı için oranı aştığı, silahın doluluğunu kontrol etmek kolay olduğundan buna dair yanılmanın kaçınılmaz olduğu gerekçeleriyle sanığı taksirle öldürmeden mahkum etmiştir.¹⁵⁴³

AFYM ise meşru savunmada silah kullanmaya dair genel orantılılık kriterini tekrar ele almış ve savunmacıdan uyarı ve uyarı atışı öncelikli olarak beklense de, en hafif aracın, saldırıyı derhal ve kesin olarak sonlandıracak olan araç olduğu, bunu yapamayacak olan aracın ya da yöntemin seçilmesinin failden beklenemeyeceği ve bunun da ötesinde, saldırıyı derhal ve kesin sonlandıracak olan araçlar arasında failin

¹⁵⁴⁰ Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §10, kn. 514; Kindhauser, §32, kn. 91.

¹⁵⁴¹ Yalkut, **a.g.m.**, s. 110.

¹⁵⁴² Ön bilgi olarak olayda (V)'nin daha önce karısını da dövdüğü, hatta karısının çocuğunu da alarak ondan kaçmayı başardığı, (S)'nin ise bileklerinde eklem ağrıları olduğu ve düzenli ilaç kullandığı belirtilmektedir.

¹⁵⁴³ BGH 21.03.2001 - 1 StR 48/01 (HRRS), kn. 4-7.

en hafifi seçebilmesi için hal ve şartlara göre tercih yapma vakti olmasının da aranacağı yönündeki tekrarlanan içtihadına vurgu yapmıştır.¹⁵⁴⁴

Devamla AFYM, olayın tüm şartlarını inceleyerek, zaten tehditler savuran (V)'nin, (P)'yi öldürmesinin an meselesi olduğunu, başının bir merdiven basamağına çarpmasıyla bile bunun olabileceğini, yaşlı ve sağlık sorunları olan sanığın ise, genç, güçlü, alkollü ve şiddete meyilli (V)'yi olayın şartlarında başka yöntemle durdurmasının mümkün olmadığını belirterek, (S) eğer silahında bir kurşun olduğunu biliyor dahi olsa, ondan uyarı atışı veya bacağa hedef alan bir atışın beklenemeyeceği, zira bu tarz bir hareketin ters teperek değil saldırıyı sonlandırmak, (V)'yi daha fazla sinirlendirebileceğini, bu kez de elindeki tek kurşunu buna harcayan (S)'nin başka hiç bir savunma imkanının kalmayacağını göz önünde bulundurarak savunmayı 'orantılı' bulmuştur.¹⁵⁴⁵

Mahkeme son olarak, yerel mahkemenin AlmCK md. 33'ü uygulamayı reddetmesini eleştirmiş, failin içine düştüğü korku ve heyecanın pekâlâ mazur görülmesine neden olabileceğini ifade etmiştir.¹⁵⁴⁶

Kanaatimizce AFYM savunmayı orantılı bulmasaydı, örneğin - durmazsa bile, onu engellemek kolaylaşacağından - saldırganın sadece yaralanmasını, daha hafif araç addetseydi dahi, tüm akışa bakıldığında ileri yaşı ve hissettiği çaresizlik beraber dikkate alındığında failin panik ve korku içinde hareket ettiği rahatlıkla söylenebilir ve sınır aşan savunmasının mazur görülmesi gerekirdi.

Son olarak, karara ilişkin değerlendirmelerde bulunan Ünal'ın, AFYM'nin olayı, 'kast olmaksızın sınırın aşılması' şeklinde değerlendirdiği yorumunu eleştirmek gerekir.¹⁵⁴⁷ Nitekim kararda böyle bir ifadeye rastlanmadığı gibi, Alman

¹⁵⁴⁴ A.g.k., kn. 10.

¹⁵⁴⁵ A.g.k., kn. 13. Ailevi yakınlık sebebi ile savunmanın 'gereklilik' kriterleri gereği daha sınırlı olması gerektiğini de kabul etmemiştir. Zira (V)'nin (P)'nin damadı olması, (P)'nin kızının da (V)'den ayrılmış ve ayrı yaşıyor olduğu, ayrıca (V)'nin, sanık ve (P)'nin evine girerek onların sebep olmadığı şekilde şiddete başlamış olması karşısında bu gerekçe dikkate alınmamıştır. Bkz., A.g.k., kn. 14.

¹⁵⁴⁶ A.g.k., kn. 17.

¹⁵⁴⁷ Bkz., Ünal, a.g.m., s. 681.

ceza hukukunda AlmCK md. 33, *kast olmaksızın değil, kastın varlığına bağlı olmaksızın* belirli duygularla meşru savunmada sınır aşma düzenlemesi olduğundan böyle bir belirlemeye rastlamak da şaşırtıcı olurdu. Kaldı ki tüm bunlardan öte mahkeme, olayın md. 33 tatbikine uygun olduğunu en sonda belirtmekte ve yerel mahkemenin bunu reddetmesini eleştirmektedir de, zaten her şeyden önce savunmayı orantılı bularak failin hareketini hukuka uygun addetmektedir.

Alman hukukunda bir de, failin oran sınırında aşırıya kaçması halinde uygulanabilen AlmCK md. 33'ün mantığının, uygun (*geeignet*) olmayan ve aslında sınırın altında kalan savunmalarda da uygulanabilmesi gerektiği iddia edilmiştir.¹⁵⁴⁸ Nasıl ki en hafif araç bir sınırsa ve bunun üstü sınır aşımı ise, benzer şekilde, savunma için uygun olmayan, savunma amacına hizmet edemeyecek savunmalar da savunma sınırının altında kalarak bir nevi sınır aşmış sayılmalıdır. Ancak bu hallerde de failin duygusunun genelde zaafiyete değil, öfke ve intikama dayanacağı dolayısıyla artık meşru bir savunmadan değil, cezalandırmadan ve intikamdan söz edilebileceği vurgulanmıştır.¹⁵⁴⁹ Örneğin, kendisi bir yere kapatılan failin, telefonu ya da anahtarı olmayan kişiyi yaralaması da savunma amacına hizmet etmeyen etkili olmayan bir araçtır.¹⁵⁵⁰ Dolayısıyla prensipte tersten birer sınır aşımı görülebilecek bu şekilde çok nadir olaylarda *kanımızca* md. 33'ün uygulanamaması, faili iten güdünün intikam olmasıdır.

Yoğunlukta sınır aşımı (*intensiver Notwehrexzess*) Alman hukukunda meşru savunmanın hem gereklilik hem de uygunluk alt unsurları bakımından bir aşım meydana geldiğinde söz konusu olacaktır.¹⁵⁵¹

Türk hukukunda yer almayan uygunluk şartı, Alman hukukuna göre de meşru savunmanın diğer şartlarından farklı muamele görmemelidir.¹⁵⁵² Hatta problem

¹⁵⁴⁸ Rückert, **a.g.e.**, s. 155-6.

¹⁵⁴⁹ Rückert, **a.g.e.**, s. 157-9.

¹⁵⁵⁰ Rückert, **a.g.e.**, s. 159.

¹⁵⁵¹ BGH 03.06.2015 - 2 StR 473/14 (NStZ 16, 84, 86). Motsch, **a.g.e.**, s. 18.

¹⁵⁵² Yoğunlukta sınır aşmanın hem orantılılık hem de gereklilik unsurları bakımından aşırıya gitmek şeklinde anlaşılacağı yönünde bkz. Kindhäuser, Zimmermann, **a.g.e.**, §25, kn. 6; Duttge, §33, kn. 3; Rogall, **a.g.m.**, s. 541.

yaratan hallerin daha ziyade uygunlukta sınır aşımında meydana geldiği de ifade edilmektedir.¹⁵⁵³ Bunlardan Türk hukuku bakımından da önem arz eden noktalara kısaca değinmek mümkündür.

Aşırı orantısız savunmalarda, ortada meşru savunmanın olmadığı ve dolayısıyla ona bağlı olan AlmCK md. 33'ün de uygulanamayacağı ağırlıklı görüştür.¹⁵⁵⁴ Hükmün niteliğini cezanın önleyici fonksiyonları ile izah eden bir görüşe göre ise, aşırı orantısız savunmalarda failin cezalandırılması hâlâ genel önlemeye hizmet eder ve bu yüzden fail md. 33'ten yararlandırılmamalıdır.¹⁵⁵⁵ Fahiş orantısızlıklarda md. 33 bakımından ayrıca, haksızlık azalması faili tamamen cezasız kılacak derecede olmamıştır, denmektedir.¹⁵⁵⁶ Aksi yönde görüş bildiren *Spendel*'e göre ise, hükmün amacı heyecana dayalı aşımları mazur görmek olduğuna göre aşırı orantısızlıkları bundan dışlamak için neden yoktur.¹⁵⁵⁷ Kaldı ki hükümden ve hükmün yapım sürecinden de böyle bir kayıtlama çıkarılamaz.¹⁵⁵⁸

Kanaatimizce Türk hukukunda sınır aşımında aşırıya kaçan fail, bu hallerde de TCK md. 27/2 hükmünden yararlanmalıdır, zira en baştan beri olmayan (mefruz) bir meşru savunma içinde davranıyor değildir. Teşekkül etmiş bir meşru savunmanın sınırını aşmış, ancak bunda kamu vicdanını rahatsız edecek ölçüde aşırıya gitmiştir.

Buna ilk gerekçemiz, Türk hukukunda 'uygunluk' şeklinde münferit bir meşru savunma şartının olmaması ve fahiş orantısızlıkların da ölçülülükte sınır aşımı teşkil etmesidir. Öte yandan sınır aşımının hangi hallerde aşırıya kaçtığına tespiti çoğu kez kolay olmayacaktır. Sınırın, ne zaman 'çok aşırı', ne zamanda hükmün uygulanabileceği derecede aşılmış olacağı adil şekilde tespit edilemez. Diğer ifade

¹⁵⁵³ Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §13, kn. 704.

¹⁵⁵⁴ Perron, Eisele, §33, kn. 7 -9; Roxin, **a.g.e.**, §22, kn. 79; Herzog, §33, kn. 14; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §13, kn. 704.; Kühl, **a.g.e.**, §12, kn. 150; Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 492.

¹⁵⁵⁵ Motsch, **a.g.e.**, s. 93: Yazarın verdiği örnekte bir öğrenci öğretmenini, ona tokat atmak üzereyken bıçaklayarak ağır yaralamıştır.

¹⁵⁵⁶ Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §13, kn. 704; Kühl, **a.g.e.**, § 12, kn. 150; Herzog, §33, kn. 14.

¹⁵⁵⁷ Spendel, §33, kn. 1; Erb, §33, kn. 25.

¹⁵⁵⁸ Albrecht, **a.g.m.**, s. 374.

ile sınır aşımının bir sınırı olmaz.¹⁵⁵⁹ Burada ölçülecek olan aşırılığın derecesi değildir. Bilakis, failin gerçekten korku veya telaşa kapılıp kapılmadığıdır.

Alman hukukunda da bazı yazarlarca aşırı orantısızlıklarda zaten AlmCK md. 33'e dair diğer şartların nadiren mevcut olacağı ifade edilmektedir.¹⁵⁶⁰ Bundan maksat, aşırı orantısızlık halinde zaten failerin çoğu kez zaafiyete dayanan duygularla hareket etmiyor olacaklarıdır.¹⁵⁶¹ Örneğin bahçesinden meyve çalan çocukları öldüren failin korku ve telaşla hareket ettiği söylenemeyecektir. Failin etkisinde hareket ettiği duyguların güce dayanması halinde sınır aşım hükümleri uygulanamayacağından, aşırı orantısızlıklarda faile sınır aşırılan duygunun tespitinde titiz olunmalıdır.¹⁵⁶² Nitekim benzer görüş uyarınca, bariz orantısızlıklarda madde uygulamasının sınırlanması hükmün lafzıyla uyuşmamaktadır.¹⁵⁶³ Kaldı ki son derece haklı bulduğumuz üzere bir diğer görüş, aksi durumun bir failin çok korkak ve panik kişiliği olduğu için cezalandırılmasına yol açacağını ifade etmiştir.¹⁵⁶⁴ Çünkü kişinin güce dayalı duygular işe karışmadan aşırı aşımında bulunması istisnai olarak gündeme gelebilecek bir haldir.

Uygunluk şartına ilişkin gündeme gelebilecek diğer hallerde failin sınır aşması, örneğin kaçınması gereken saldırıya aktif savunmada bulunması durumunda ne yapılacağı konusunda ise Alman hukukunda iki görüş bulunmaktadır. İlk ve azınlık görüşe göre artık AlmCK md. 32 (meşru savunma hükmü) söz konusu olmadığı için fail md. 33'den de yararlanamaz.¹⁵⁶⁵ Nitekim örneğin provoke edilmiş saldırganın aşım ile mağdur edilmesinde, artık failin kusurunun mazerete vücut verecek ölçüde düştüğü kabul edilemez.¹⁵⁶⁶ Kaldı ki provoke edilmiş saldırının

¹⁵⁵⁹ Aksi görüş için bkz., Bozbayındır, **a.g.m.**, s. 122-3; Düzenli, **a.g.e.**, s. 182.

¹⁵⁶⁰ Rogall, §33, kn. 24; Motsch, **a.g.e.**, s. 91; Diederich, **a.g.e.**, s. 69 vd.

¹⁵⁶¹ Erb, §33, Kn. 24; Duttge, §33, kn. 4; Zieschang, §33, Kn. 6.

¹⁵⁶² Aynı yönde bkz., Erb, §33, Kn. 13; Duttge de, fahiş orantısızlıklarda zaten faile sınır aşırılan duygunun çoğunlukla zaafiyete dayanamayacağını – ve dolayısıyla bu yüzden AlmCK md. 33'ün eleneceğini – ancak istisnaen bunun aksinin gündeme geldiği hallerde de hükmün uygulanmasının yasaklanamayacağını ifade eder, bkz. Duttge, §33, kn. 4.

¹⁵⁶³ Zieschang, §33, Kn. 3; Erb, §33, Kn. 24

¹⁵⁶⁴ Tüm 'gereklilik' kriterine ilişkin sınırlamalarda hükmün uygulanabileceğine dair bkz., Baumann/Weber/ Mitsch/ Eisele, **a.g.e.**, §18, kn. 59.

¹⁵⁶⁵ Fischer, §33, kn. 7; Hükmün içeriği böylesi genişletilemez bkz., Baldus, §53, kn. 42.

¹⁵⁶⁶ Angelika Dreschner, "Anmerkung zum Urteil des BGH v. 3.2.1993 – 3 StR 356/92 (BGHSt 39, 133)", **JR**, 1994, s. 425.

haksızlık derecesinin düştüğü ve md. 33 mağdurunun, meşru savunma haline tek başına ve asıl sorumlu olarak sebep olmadığı da düşünülmelidir.¹⁵⁶⁷ Bu noktada ayrıca, kusurlu provokasyonda da fail md. 33'ten yararlandırılacaksa, uygunluk kriteri altındaki her aşımın mazur görülmesine kapı aralanmış sayılacağı itirazı da dile getirilmektedir.¹⁵⁶⁸

İkinci ve çoğunluğu temsil eden görüşe göre ise, AlmCK md. 32'nin sınırlanması, otomatik olarak md. 33'ün de sınırlanacağı anlamına gelmemektedir. Hem bunun dayanabileceği normatif bir düzenleme mevcut değildir¹⁵⁶⁹, hem de bir kere sınırlanmış bir hakkı bir de kusur aşamasında tekrar sınırlandırmanın anlamı yoktur.¹⁵⁷⁰ Buna ek olarak getirilen en temel dayanaklardan biri de, AlmCK 33. maddenin, mazeret nedeni olan zorunluluk halini düzenleyen md. 35/1, c.2'de olduğu gibi bir kayıt içermemesidir.¹⁵⁷¹ Yani falin bu mazeret sebebinden yararlanabilmesi için ona sebep olmamış olması aranmaz. Kanun koyucunun bu konuda bıraktığı boşluğun bilinçli olduğu için md. 35/1, c.2'nin kıyasen de uygulanamayacağı ifade edilmektedir.¹⁵⁷² Hasılı kusurlu provokasyon hallerinde de, diğer gereklilik şartının incelendiği hallerde olduğu gibi, sınırlı da olsa meşru savunma hakkı varlığını sürdürdüğünden, md. 33 kural olarak uygulanabilir.¹⁵⁷³

¹⁵⁶⁷ Cezanın önleme amaçları teorileri ekseninde açıklamada bulunanlar, hükmü neredeyse tamamen saldırgan sorumluluğuna dayandırdıklarından, savunmanın da bu kusurda payı olması hallerinde uygulama yapmayı reddederler. Bkz., Jakobs, **a.g.e.**, §20, kn. 34; Timpe, **a.g.m.**, s. 119; Joachim Renzikowski, "Der verschuldete Notwehrexzess", içinde: **Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag**, München, C.H. Beck, 1998, s. 257.

¹⁵⁶⁸ Heuchemer, §33, kn. 16.

¹⁵⁶⁹ Roxin, **a.g.e.**, §22, kn. 93; Rengier, **a.g.e.**, §27, kn. 12-3. Ayrıca bkz. BGH 15.11.1994 - 3 StR 393/94 (NJW 1995, 973); Motsch, **a.g.e.**, s. 89 vd.; Kühl, **a.g.e.**, §12, kn. 152; Sauren, **a.g.m.**, s. 570; Müller-Christmann, "Der Notwehrexzess", s. 720; Herzog, §33, kn. 25.

¹⁵⁷⁰ Rengier, **a.g.e.**, §27, kn. 13.

¹⁵⁷¹ Kühl, **a.g.e.**, §12, kn. 152; Duttge, §33, kn. 3; Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, **a.g.e.**, §18, kn. 61; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §13, kn. 704.

¹⁵⁷² Murmann, **a.g.e.**, §26, kn. 91a; Geppert, "Notwehr uns Irrtum", s. 39; Müller-Christmann, **a.g.m.**, s. 651; Roxin, "Über den Notwehrexzess", s. 122 vd.; Rudolphi, **a.g.m.**, s. 464 vd.; Sauren, **a.g.m.**, s. 570; Bernd Hecker, "Notwehrexzess bei schuldhaft provoziertem Angriff", **JuS**, 2016, s. 179; Wolfgang Mitsch, "Die provozierte Provokation", **JuS**, 2017, s. 23; Motsch, **a.g.e.**, s. 89 vd.; Zieschang, §33, Kn. 7; Perron, Eisele, §33, kn. 7, 9; Rogall, 33, kn. 22 vd.; Kühl, **a.g.e.**, §12, kn. 152; Rengier, **a.g.e.**, §27, kn. 13.

¹⁵⁷³ Müller-Christmann, "Der Notwehrexzess", s. 720; Herzog, §33, kn. 25; Rosenau, **a.g.m.**, s. 236; Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 492.

Bu noktada aksi görüş, md. 35/1 c. 2'nin 33'de yer almamasını kusurlu provokasyon hallerinde de hükmün uygulanabilmesine gerekçe olarak yeterli ve yerinde görmez. Zira bu hükümler olmasa da, genel hükümler gereği failin kusurunun azaldığı duruma kendi neden olmasının cezalandırmayı etkileyeceği vakidir. Dolayısıyla provokasyon hallerinde de sınır aşım hükmünden yararlanılabilmesi düzenlemede aksinin yer almıyor olmasından değil, saldırganın ön ve asıl sorumluluğundan ileri gelmektedir.¹⁵⁷⁴

Uygunluk bahsinde asıl mesele, üç basamak teorisine göre uyulması gereken savunma sıralamasına uymamanın kendi başına bir aşım teşkil edeceğidir.¹⁵⁷⁵ İkincil olarak da duyguların daha titiz incelenmesidir.¹⁵⁷⁶ Zira oran sınırı normale göre daha geride olacağından, failin örneğin bir çocuğa ya da kendi kışkırttığı saldırgana karşı duyduğu korku veya o durumda içine girdiği telaş daha dikkatli tetkik edilmelidir.¹⁵⁷⁷ Uygunluğun ayrı bir şart olmadığı Türk hukuku bakımından da dikkate alınması gereken budur.

Diğer kusurlu provokasyonlardan ayırt edilmesi gereken¹⁵⁷⁸ maksatlı provokasyonda ise meşru savunma sınırlanmış gibi değil, hiç oluşmamış gibi davranılacağından¹⁵⁷⁹ sınır aşma hükümleri uygulanamaz.¹⁵⁸⁰ Burada provokasyon maksatlı dahi olsa hâlâ meşru savunma halinden asıl sorumluyu saldırgan addederek sınır aşılmasının uygulanması gerektiği de, azınlık görüşü olarak savunulmaktadır.¹⁵⁸¹

¹⁵⁷⁴ Renzikowski, **a.g.m.**, s. 256 vd. Yeter ki meşru savunma hakkı sınırla da olsa sürüyor olsun, **A.g.m.**, s. 262.

¹⁵⁷⁵ Erb, §33, kn. 12; Geppert, "Notwehr und Irrtum", s. 39.

¹⁵⁷⁶ BGH 06.02.1997 – 5 StR 589/96 (NStZ-RR 1997, 194).

¹⁵⁷⁷ Perron, Eisele, §33, kn.9.

¹⁵⁷⁸ Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §13, Kn. 704.

¹⁵⁷⁹ Duttge, §33, kn. 3; Rengier, **a.g.e.**, §27, kn. 14; Zieschang, §33, Kn. 7; Perron, Eisele, §33, Kn. 9. Provoke edilmiş meşru savunmaların detayına aşağıda "3.4.3.2.6. *Duyguların Kaynağı*" bölümünde girilecektir.

¹⁵⁸⁰ Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, **a.g.e.**, §18, kn. 61; Roxin, "Über den Notwehrexzess", s. 112, Sauren, **a.g.m.**, s. 570; Rudolphi, **a.g.m.**, s. 465; Herzog, §33, kn. 25; Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 493; Müller-Christmann, "Der Notwehrexzess", s. 719. Kanun koyucunun hüküm lafzında bunu dışlamamasının sebebi, bunu düzenlemeye gerek dahi görmemesidir. Bkz. Diederich, **a.g.e.**, s. 107-8. Maksat varsa duygulara düşmekle fail arasında kusur bağlantısı kurulamaz ve o, AlmCK md. 33'den yararlanır. Bkz. Aschermann, **a.g.e.**, s. 144-5.

¹⁵⁸¹ Renzikowski, **a.g.m.**, s. 265.

3.3.2.2. Zamanda Sınır Aşımı

Zamansal aşımelerde aşılın, saldırının ‘güncel’ (*gegenwärtig*) olması şarttır. Alman öğretisinde evvel ve ahir zamansal aşım tartışılırken ayrıma yardımcı olması için ‘henüz’ (*noch nicht*) güncel olmayan ve ‘artık’ (*nicht mehr*) güncel olmayan ifadeleri kullanılmaktadır.¹⁵⁸²

Çoğunluk görüşü zamansal aşımı tümüyle reddetmektedir.¹⁵⁸³ Bunun ilk gerekçesi ‘aşım’ kelimesinin ancak ortada gerçekten bir meşru savunma hali söz konusu ise geçerli ve anlamlı olabileceğidir.¹⁵⁸⁴ Bu görüşe göre ayrıca, ortada bir meşru savunmanın olmadığı zamansal aşım hallerinde, madde mantığının (*ratio*) temel kolonları olan haksızlık ve kusur azalması da gerekçelendirilemez.¹⁵⁸⁵ AFYM’nin görüşü de bu yöndedir.¹⁵⁸⁶

Ancak mahkeme bazı kararlarda ‘tekrar etmesinden korkulan’ ‘tamamıyla sona ermemiş’ saldırıların varlığında AlmCK md. 33’e imkan tanımaktadır.¹⁵⁸⁷ AFYM’nin saldırının şiddetinin azaldığı veya saldırının muhakkak tekrarından korkulan olayları da oranda aşım altında değerlendirmesi,¹⁵⁸⁸ kanaatimizce zamansal aşımın reddedilmesinden ileri gelen mecburi bir tamamlayıcı yorum niteliğindedir.

¹⁵⁸² Murmann, **a.g.e.**, §26, Kn. 81.

¹⁵⁸³ Kudlich, “An den Grenzen”, s. 590; Kindhäuser, §33, kn. 9; Frister, **a.g.e.**, §16, kn. 42; Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 492-3; Sauren, **a.g.m.**, s. 570 vd.; Rudolphi, **a.g.m.**, s. 463; Geilen, **a.g.m.**, s. 379; Gropp, Sinn, **a.g.e.**, §6, kn. 159 vd.; Maurach, Zipf, **a.g.e.**, §34, kn. 27; Hilgendorf, Valerius, **a.g.e.**, s. 169; Öztürk, Erdem, **GH**, s. 323; Schmidhäuser, **a.g.e.**, §8, kn. 29.

¹⁵⁸⁴ Otto, **a.g.m.**, s. 605; Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 493; Rogall, §33, kn. 12; Rosenau, **a.g.m.**, s. 233 vd., Fischer, §33, kn. 5; Gropp, Sinn, **a.g.e.**, §6, kn. 159; Jäger, **a.g.e.**, kn. 267.

¹⁵⁸⁵ Duttge, §33, kn. 8; Murmann, **a.g.e.**, §26, kn. 82.

¹⁵⁸⁶ BGH 11.07.1986 - 3 StR 269/86 (NStZ 1987, 20); BGH 24.10.2001 - 3 StR 272/01 (NStZ 2002, 141).

¹⁵⁸⁷ BGH 13.11.2008 - 5 StR 384/08 (NStZ-RR 2009, 70); BGH 11.07.1986 - 3 StR 269/86 (NStZ 1987, 20)

¹⁵⁸⁸ Saldırının nihai olarak sona ermesine ve saldırı tehdidinin ortadan kalkmasına dek, AlmCK md. 33 oranda aşmalara uygulanabilir. Saldırının yoğunluğunun son derece azalması Mahkemece onun bittiğini kabul için yeterli sayılmamıştır. Bkz., BGH 11.7.1986 - 3 StR 269/86 (NStZ 1987, 20); BGH 13.11.2008 - 5 StR 384/08 (NStZ-RR 2009, 70).

Kanaatimizce bu gibi haller, aslında ya zaten meşru savunma içinde olup hukuka uygunluk kapsamında kalır, ya - tekrar etmeyecek saldırıyı tekrar edecek zannetmekte olduğu gibi - hata bahsini ilgilendirir, ya da bu ikisine de girmeyen ancak özünde -oran değil- zamansal aşımalar söz konusudur.

3.3.2.2.1. Evvel Zamansal Aşım

Evvel zamansal aşımı da AlmCK md. 33 kapsamında gören görüş ilk gerekçe olarak madde lafzının böyle bir kayıtlama öngörmediğini, yani aşımı yalnız yoğunluğa hasretmediğini getirir.¹⁵⁸⁹ İkinci olarak, haksızlık ya da kusur azalması bakış açısından, aşımın zamanda ya da yoğunlukta olması, maddenin hukuki niteliği bakımından fark yaratmaz.¹⁵⁹⁰ Maddenin asıl mantığı - ki bu görüşlere göre çoğunlukla cezanın önleme amaçları ekseninde yapılan açıklamalardır - evvel zamansal aşımı dışlamaz. Saldırıdan önce md. 33'teki duygularla savunmayı başlatan fail de mazur görülmeyi hak etmektedir.¹⁵⁹¹

Ahir zamansal aşımı kabul eden görüşün neden evvel zamansal aşımı reddettiğinin ortaya konulması gerekmektedir: Evvel zamansal aşımında, henüz saldırı tehlikesinin muhakkak aşamasına varmadığı evrede meşru savunma hakkı doğmamıştır. Dolayısıyla, failin o aşamadaki hareketi bir sınır aşımı değil, saldırgan ve fail arasında bağımsız bir eylemdir.¹⁵⁹² Ayrıca maddenin dayandığı hukuki temeller evvel zamansal aşımında oluşmamıştır. Bir meşru savunma doğmamış, haksızlık azalması gerçekleşmemiş ve fail haksız saldırıdan dolayı zaafiyete dayanan (*astenik*) duygulara kapılmamıştır.¹⁵⁹³

Sınır aşım mağduru haksız saldırıda bulunan olmalıdır, henüz bir saldırı hareketini başlatmamış ya da dolaysız olarak başlatmak üzere olmayan değil.¹⁵⁹⁴ Kavramsal olarak da keza, herhangi bir sınırın aşılmasından söz edilebilmesi için,

¹⁵⁸⁹ Heuchemer, §33, kn. 8; Perron, Eisele, §33, kn. 7.

¹⁵⁹⁰ Heuchemer, §33, kn. 8; Perron, Eisele, §33, kn. 7; Roxin, **a.g.e.**, §22, kn. 88-9.

¹⁵⁹¹ Heuchemer, §33, kn. 9-10; Roxin, **a.g.e.**, §22, kn. 88-9; Otto, **a.g.m.**, s. 605.

¹⁵⁹² Zieschang, §33, kn. 7; Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, **a.g.e.**, §18, kn. 57; Herzog, §33, kn. 12; Spindel, §33, kn. 10.

¹⁵⁹³ Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §13, kn. 705.

¹⁵⁹⁴ Fischer, **a.g.e.**, s. 102.

öncelikle sınırından bahsedilen mefhumun doğması gerektiği mantık kuralından hareketle evvel zamansal aşımı reddetmekte aslında tartışılacak çok da bir yön olmadığı ifade edilmektedir.¹⁵⁹⁵

Türk hukukunda evvel zamansal aşımı kabul eden görüşe rastlanmamıştır. *Kanaatimiz* de bu yöndedir. Evvel zamansal aşımında, ya ortada hiç saldırı olmadığı için ‘en iyi savunma saldırıdır’ mantığıyla yapılmış bu tarz önleyici (*preventif*) savunmaların sınır aşma olamayacağı kabul edilmekte, ya da burada failin saldırıya dair fiili ya da hukuki bir hatası olabileceği ifade edilmektedir.¹⁵⁹⁶ Evvel zamansal aşımı akla getirebilecek hallerin çoğunda daha titiz bir ‘gerçekleşmesi ya da tekrarı muhakkak’ saldırı incelemesi yapılması önerilebilir. Böylece zaten meşru savunma dahilinde kalabilecek hususlar bu tartışmadan elenecektir. Gerçekleşmesi sadece ihtimal dahilinde olan saldırılar bakımından ise hukuka uygunluk nedeninin hiç içine girmeyen failin sınır aşımından söz edilmesini mümkün olmaz. Ayrıca bu madde özelinde, gerçekleşmemiş, gerçekleşmesi dolaysız olarak muhakkak olmayan bir saldırının failde zaafiyete dayanan duyguları uyandırması da mümkün olmayacaktır. Hükmün en temel dayanağı söz konusu duyguların saldırıdan sadır olması olduğuna göre, bu aşamadaki duygular için mağdurun kusurlu dahlinden bahsedilemez.

3.3.2.2.2. Ahir Zamansal Aşım

i. Genel Olarak Görüşler

765 sayılı TCK döneminde sınırın aşılmasını tek maddede kasten aşımı da dışlamayarak düzenlediği ve uygulama ve öğreti failin ruh halini dikkate alacak bir değerlendirme önerdiği için, *kanaatimizce* o dönem ahir zamansal aşımı kabul etmek

¹⁵⁹⁵ Paeffgen, Zabel, §32, kn. 283; Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, **a.g.e.**, §18, kn. 57. Henüz başlamamış bir meşru savunmada sınırın aşılmasında olsa olsa ‘*Unterschreitung*’ (- *Überschreitung* değil -) olabileceğine dair bkz., Spindel, §33, kn. 10.

¹⁵⁹⁶ Demirbaş, **GH**, s. 367; Demirbaş, “Sınırın Aşılması”, s. 281.

zor olmamıştır.¹⁵⁹⁷ Bugün ise öğretide ağırlıklı olarak, ilk fıkrada olduğu gibi bu fıkra yönünden de sınırın yalnızca ölçüde aşılabileceği kabul edilmektedir.¹⁵⁹⁸

Azınlığı temsil eden *Demirbaş* görüşüne göre, meşru savunmanın oran ve zaman olmak üzere iki sınırı mevcut olduğundan bunlardan her birinin aşılması mümkündür. Savunmanın gerekliliği veya saldırının mevcudiyeti noktasında yapılan aşımalar yeni birer saldırı olarak değil, hali hazırdaki savunmanın bir devamı ve sonucu addedilmelidir. Meşru savunma esnasında verilen ve sınırı aşan tepki ile hali hazırda hukuka uygun olan savunma arasında ‘*dar ve doğrudan doğruya zamansal bağlantı*’, failin oranda sınır aşan failinki ile aynı psikolojik hal içerisinde olduğuna dair bir göstergedir. Bu durum, failin zaman sınırını aşması halinde de mazur görülmesi gereğine işaret eder.¹⁵⁹⁹ Keza öğretide birkaç yazar, savunmanın saldırgan etkisizleştiği halde sürdürülmesinde de TCK md. 27/2’nin uygulanmaya devam olunması gerektiği yönünde fikir beyan ederek bu görüşe katılmış görünmektedirler.¹⁶⁰⁰

Salt zamansal olarak doğrudan bağlantı ve belirli bir yakınlık içerisindeki fiiller bakımından ahir zamansal aşımı kabul eden fikir Alman hukukunda gittikçe güç kazanmaktadır.¹⁶⁰¹ Zira ne AlmCK 33. maddenin lafzı buna engel olmaktadır, ne ortada hâlâ kusurlu saldırganla karşı yapılan fiil mevcut olduğundan haksızlık azalması ve cezalandırma amaçlarının ortadan kalkması, ne de maddede geçen duyguların etkisinde davranıldığından kusur azalması yönünden, yoğunlukta aşım ve zamanında bitirilemeyen reaksiyon arasında bir fark bulunmaktadır.¹⁶⁰² Bu görüş,

¹⁵⁹⁷ Örneğin, saldırgan etkisiz hale gelmesine rağmen savunmasında ısrar eden failin de ETCK md. 50’den yararlanabilmesi yönünde bkz., Gözübüyük, **TCK**, s. 197. Bkz., Y. C.G.K., T. 20.11.1978, E. 1/352, K. 414.

¹⁵⁹⁸ Öztürk, Erdem, **GH**, s. 323; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 559; Akbulut, **GH**, s. 673-7; Bozbayındır, **a.g.m.**, s. 125 vd.; İnci, **a.g.m.**, s. 123 -4;

¹⁵⁹⁹ Demirbaş, **GH**, s. 366; Demirbaş, “Sınırın Aşılması”, s. 280-1.

¹⁶⁰⁰ Çiftçioğlu, **a.g.m.**, s. 546; Ermeýdan, **a.g.m.**, s. 160; Centel/ Zafer/ Çakmut, **GH**, s. 356; Sucuoğlu, **a.g.m.**, s. 145 vd.

¹⁶⁰¹ Kindhäuser, Zimmermann, **a.g.e.**, §25, kn. 14; Köhl, **a.g.e.**, §12, kn. 144; Roxin, “Über den Notwehrexzess”, s. 118; Herzog, §33, kn. 11; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §13, kn. 705; Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, **a.g.e.**, §18, kn. 56; Köhler, **a.g.e.**, s. 424; Köhl, **a.g.e.**, §12, kn. 143; Zieschang, §33, Kn. 8; Otto, **a.g.m.**, s. 606; Timpe, **a.g.m.**, s. 121; Seeborg, **a.g.e.**, s. 217; Geppert, “Notwehr und Irrtum”, s. 38.

¹⁶⁰² Erb, §33, Kn. 14; Timpe, **a.g.m.**, s. 117, Müller-Christmann, “Der Notwehrexzess”, s. 714; Heuchemer, §33, kn. 8-10.

evvel zamansal aşımı reddetmesini de failin duygu durumu ile değil, faili bu duyguya sokacak bir haksız saldırıyla hiç karşılaşmamasına dayandırır.¹⁶⁰³ Burada tekrar vurgulamak gerekir ki başlaması veya tekrarı muhakkak saldırılar zaten her iki hukukta da meşru savunma çerçevesinde hukuka uygun olarak savuşturulabilir. Oysa saldırı bittikten sonra devam eden savunma evvel zamansal aşımı ile kıyaslanamaz; çünkü burada faile meşru savunmaya yapma yetkisi veren bir saldırı gerçekten de mevcut olmuştur.¹⁶⁰⁴ Üstelik fail hâlâ aynı duyguların etkisinde hareket etmektedir.¹⁶⁰⁵ Önemli olan, savunma fiili ile aşırılık arasında ‘dolaysız zamansal yakın bir bağlantı’ olmasıdır ki objektif bir bakış açısından olup bitenler âdeta tek bir olay gibi addedilebilsin.¹⁶⁰⁶ Söz konusu yakınlık aranmaktadır ki, aşan fiil, haksız saldırı teşkil eden fiille ilişkilendirilip haksızlık azalmasına dayanak olabilsin.¹⁶⁰⁷

Öte yandan, failin sınır aşan hareketi ile meşru savunma çerçevesindeki hareketinin arasında gerçek içtima ilişkisi doğabiliyorsa artık bu fiiller net olarak birbirinden ayrılabilirdiklerinden burada AlmCK md. 33 uygulanamaz.¹⁶⁰⁸ Zaten meşru savunma kapsamında kalan ve ötesine geçen fiiller arasında hukuki hareket tekliğine varacak bir yakınlık olmadığı takdirde, saldırgan etkisiz hale getirildikten sonra aradan geçen ve doğrudan bağlantıyı aşan zaman, faildeki ‘telaş, korku ve paniğin’ de devam etmesine engel olur.¹⁶⁰⁹ Bir diğer söylemle, failin hâlâ, saldırı dolayısıyla etkisine kapıldığı bu duygularla hareket ettiği düşüncesi ancak zaman aşan fiil ile hali hazırda savunma teşkil eden fiilin arasında sıkı bağlantı olması takdirinde inandırıcılığını muhafaza eder. Zamansal yakınlık, failin fiilinin yeni

¹⁶⁰³ Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §13, kn. 705; Kindhäuser, Zimmermann, **a.g.e.**, §25, kn. 14.

¹⁶⁰⁴ Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §13, kn. 705; Kindhäuser, Zimmermann, **a.g.e.**, §25, kn. 14; Geppert, “Notwehr und Irrtum”, s. 38.

¹⁶⁰⁵ Aschermann, **a.g.e.**, s. 136.

¹⁶⁰⁶ Kindhäuser, Zimmermann, **a.g.e.**, §25, kn. 14. Bu hareketler dışarıdan âdeta doğal fiil tekliği (*natürliche Handlungseinheit*) teşkil etmelidir. Bkz. Perron, Eisele, §33, kn. 7. ‘Dolaysız zamansal yakın bağlantı’ ise Alman kaynaklarında ‘*unmittelbarer zeitlicher Zusammenhang*’ olarak geçmektedir.

¹⁶⁰⁷ Rengier, **a.g.e.**, 27, kn. 19.

¹⁶⁰⁸ Zieschang, §33, kn. 7; Kühl, **a.g.e.**, §12, kn. 144; Roxin, **a.g.e.**, §22, kn. 88.

¹⁶⁰⁹ Erb, §33, kn. 14; Roxin, “Über den Notwehrexzess”, s. 111. Aynı sonuç için bkz., Beulke, **a.g.m.**, s. 643; Schroeder, **a.g.m.**, s. 341; Timpe, **a.g.m.**, s. 117; Heuchemer, §33, kn. 8 vd.; Perron, Eisele, §33, kn. 7; Eğer aradan fazla zaman geçmişse savunmaya gereksiz devam etmek artık failin iradi kararına dayanacak ve affedilmemesi gerekecektir, bkz., Aschermann, **a.g.e.**, s. 137.

saldırı teşkil edecek kadar açıldıysa bu hallerde artık ahir zamansal aşımı kabul etmemek gerekir.¹⁶¹⁰ Zira burada artık saldırıya uğrayan saldırgana dönüşmüştür.¹⁶¹¹

Alman hukukunda ahir zamansal aşımı savunan görüşün gerekçelerinden bir tanesi de, bu dar zamansal bağlantı içerisindeki aşım fiilinin oranda mı zamanda mı olduğunu tespit etmenin ve bu iki aşım arasında keskin bir sınır çizmenin pratikte zor olabileceğidir.¹⁶¹² Bilhassa da TCK md. 27/2 bakımından saldırıdan doğan fevri ve zaafiyete dayanan duyguların etkisi ile yumrukla savuşturulacak saldırıya derin bıçak yarası ile mukabelede bulunmak ile aynı saldırgan bir yumrukla etkisiz kılındıktan hemen sonra bir yumruk daha atılması arasında failin sorumluluğu açısından fark gözetilmemelidir.¹⁶¹³ Tam da bu noktada uygulamada da ilk fıkraya nazaran daha çok örneğin meydana gelebileceği göz önüne alındığında, zamansal sınır aşımını kabul etmek daha anlamlı hale gelmektedir.¹⁶¹⁴

Keza bu görüşe göre zamanda aşan ve hukuka uygunluk nedeni içinde kalan fiiller arasında madem zamansal doğrudan ve zorunlu bağ vardır, o takdirde aslında ilgili fiil ölçüde sınır aşılması teşkil edecektir.¹⁶¹⁵ Diğer bir deyişle zaman bakımından aşmada meseleye failin hareketinin doğal değil hukuki tekilliği üzerinden yaklaşılmalı, böylece hâlâ ölçüde aşma kabul edilerek uygulama yapılabilmelidir.¹⁶¹⁶ Burada aslında, saldırının muhakkak tekrarı şartının daha geniş yorumlanması gerektiğini ifade edilmektedir.¹⁶¹⁷

Çoğunluğu temsil eden aksi görüş, biten saldırıdan sonra failin yaptığı hareketlerin artık savunma değil yeni birer saldırı olarak addedilmesi gerektiğini de

¹⁶¹⁰ Fischer, **a.g.e.**, s. 103; Müller-Christmann, “Der Notwehrexzess”, s. 718.

¹⁶¹¹ Spindel, §33, kn. 7; Fischer, **a.g.e.**, s. 10 vd.

¹⁶¹² Kudlich, “An den Grenzen”, s. 589.

¹⁶¹³ Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §13, kn. 705; Rengier, **a.g.e.**, §27, kn. 19; Perron, Eisele, §33, kn. 7.

¹⁶¹⁴ Düzenli, **a.g.e.**, s. 192.

¹⁶¹⁵ Ergan, **a.g.e.**, s. 144, 161; Demirci, **a.g.e.**, s. 96; Bozbayındır, **a.g.m.**, s. 126; Köhl, **a.g.e.**, §12, kn. 137-8.

¹⁶¹⁶ İba, **a.g.m.**, s. 628.

¹⁶¹⁷ Efser Erden Tütüncü, “ ‘Örselenmiş Kadın Sendromu’ Argümanının Türk Hukukunda Meşru Savunma Kapsamında Uygulanabilirliği Üzerine Düşünceler”, **Fasikül Dergisi**, Sayı: 111, Şubat 2019, s. 476.

ifade ederek,¹⁶¹⁸ TCK md. 27/2 hükmünü saldırı ile savunmanın eş zamanlı olmasına bağlı meşru savunma halinde uygulanmakla sınırlar.¹⁶¹⁹ Ortada bir hak yoksa onun sınırının aşılmasından da söz edilemez.¹⁶²⁰ Meşru savunmanın 'haksız ve güncel saldırı' şartı bir bütün olarak ele alınır ve güncellik sağlanmadığı sürece haksız saldırı tek başına meşru savunmayı var kılamaz.¹⁶²¹ Dolayısıyla da teleolojik olarak mazeret nedenine vücut verecek bir haksızlık azalması gerçekleşmiş olmaz.¹⁶²²

Burada bir argüman olarak da kanunilik ilkesi gösterilmekte ve kanunda yer verilen kusurluluğu etkileyen nedenlerin ve bunların sınırlarının belirli olduğu ve genişletilemeyecekleri veya bir sebebin bir diğerinin '*sınırlarına taşıyacak şekilde yorumlanamayacağı*' ifade edilmiştir.¹⁶²³ Burdan maksat saldırı sonlandıktan sonraki alanın haksız tahrik altında değerlendirilmesi gerektiğidir.

Ahir zamansal aşımı kabul etmeyen çoğunluk, bu halde failin saldırının bitmediğine dair bir yanılgısı olabileceğinden yola çıkarak meseleyi hata hükümlerine başvurarak çözmeyi önermektedir.¹⁶²⁴ Failin içine düştüğü duygulardan dolayı bu hataya düşmesi de hatanın kaçınılmazlığının tespitinde dikkate alınabilir.¹⁶²⁵ Keza mefruz meşru savunma ile ahir zamansal aşımında failin kendini meşru savunma halinde davranıyor zannetmesi yönünden bir ortaklık söz konusu

¹⁶¹⁸ Ersan, **a.g.e.**, s. 143; Önder, **a.g.e.**, s. 244.

¹⁶¹⁹ BGH 11.07.1986 - 3 StR 269/86 (NStZ 1987, 20); BGH 24.10.2001 - 3 StR 272/01 (NStZ 2002, 141); BGH 18.04.2002 - 3 StR 503/01 (NStZ-RR 2002, 203); BGH 23.01.2003 - 4 StR 267/02 (NStZ 2003, 599 vd.); Frister, **Struktur**, s. 232 vd.; Geilen, **a.g.m.**, s. 379; Gropp, Sinn, **a.g.e.**, §6, kn. 161; Krey, Esser, **a.g.e.**, §22, kn. 765; Rudolphi, **a.g.m.**, s. 469; Heuchemer, **a.g.e.**, s. 350; Güler, **a.g.e.**, s.106; Öztürk, Erdem, **GH**, s. 323; Özgenç, **GH**, s. 516-7; Koca, Üzülmmez, **GH**, s. 356; Bozbayındır, **a.g.m.**, s. 125-6; Hakeri, **GH**, s. 415; Akbulut, **GH**, s. 676-7; Sıkı zamansal bağlantı ise görüş savunucuları tarafından temellendirilememiştir eleştirisi için bkz., Heger, § 33, kn. 2; Maurach, Zipf, **a.g.e.**, §34, kn. 27; Müller-Christmann, "Der Notwehrexzess", s. 718; Schmidhäuser, **a.g.e.**, §8, kn. 29; Rogall, § 33, kn. 14 vd.

¹⁶²⁰ Sauren, **a.g.m.**, s. 571; Rogall, **a.g.m.**, s. 533. Bu görüşü eleştiren Roxin'e göre ise, bir hak yoksa bu yokluk yoğunlukta aşım halinde de geçerlidir. Bkz., Roxin, "Über den Notwehrexzess", s. 112.

¹⁶²¹ Rogall, **a.g.m.**, s. 533.

¹⁶²² Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 492-3; Duttge, §33, kn. 8; Murmann, **a.g.e.**, §26, Kn. 82

¹⁶²³ Topçu, **a.g.e.**, s. 693.

¹⁶²⁴ Sözüer, "Jescheck'in Katkıları", s. 266; Koca, Üzülmmez, **a.g.m.**, s. 51; Özgenç, **GH**, s. 516-7; Güler, **a.g.e.**, s. 107; Maurach, Zipf, **a.g.e.**, §34, kn. 27; Rogall, **a.g.m.**, s. 533; Frister, **a.g.e.**, §16, kn. 42.

¹⁶²⁵ Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 493.

olduğu ifade edilmektedir.¹⁶²⁶ Ancak aksi azınlığa göre failin saldırının güncelliğinde yanılarak bir de bunun üzerine oranda da sınır aşması halinde mefruz meşru savunmaya benzer bir durum söz konusu olup, diğer tüm hallerde mefruz meşru savunma ve zamansal aşımı farklı değerlendirmek gerekir.¹⁶²⁷

Ahir zamansal aşım görüşü, mefruz meşru savunma ile var olan meşru savunmanın şartlarında hata arasında ayrıma gitmektedir: Failin hatası, örneğin saldırıyı sürüyor sanması ya da olduğundan ağır sanması saldırıdan kaynaklanan telaş, korku veya paniğinden ileri gelmişse, artık AlmCK md. 33 uygulanabilir.¹⁶²⁸ Gerçekten de, Alman hukukunda mefruz meşru savunmada sınır aşım maddesinin uygulanması genel olarak reddedilse de¹⁶²⁹, aynı yaklaşım var olan bir meşru savunmanın şartlarında yanılmada sergilenmemektedir. Ortada kusurlu bir saldırgan ve saldırı olduğu halde, fail eğer sınırdan yanılmışsa, bir diğer deyişle savunmasını daha yüksek derecede yapması gerektiğini ya da saldırının devam ettiğini zannetmişse, bu hatası kaçınılmazsa tamamen cezadan kurtulacaktır. Kaçınılabilsen, o takdirde akla ilkin taksirli suçtan cezalandırmak gelecektir. Ancak burada da duyguların devreye girmesi ile failin kusuru kalkmış addedilecek ve md. 33 gereği kendisine ceza verilmeyecektir.¹⁶³⁰ Aslında failin hiç yanılmadığı, savunmasının daha az olması gerektiğini bildiği ancak heyecan ve korkuyla aşırıya kaçtığı ‘kasten aşım’ da denen bilinçli aşımarda dahi md. 33’ün uygulanabileceği savunulurken¹⁶³¹, yanılarak aşımında, evleviyetle maddeye geçerlik tanımak gerekmektedir.

¹⁶²⁶ Bozbayındır, **a.g.m.**, s. 125; Ünal, **a.g.m.**, s. 677; Artuk, Gökçen, Yenidünya, **TCK**, s. 884. Yazarlar hem mefruz meşru savunma hem de zamansal aşımı ‘kapsamda’ sınır aşımı olarak kategorilerler.

¹⁶²⁷ Heuchemer, §33, kn. 11.

¹⁶²⁸ Engländer, “Die Entschuldigung 3”, s. 410-1.

¹⁶²⁹ BGH 12.06.1968 - 2 StR 109/68 (NJW 1968, 1885); BGH 07.01.1975 - 1 StR 497/74 (MDR 75, 366); BGH 08.06.1983 - 3 StR 178/83, (NSTZ 1983, 453); BGH 23.01.2003 - 4 StR 267/02 (NSTZ 2003, 599 vd.); Engländer, “Die Entschuldigung”, s. 409; Erb, §33, kn. 18; Fischer, §33, kn. 5; Heuchemer, §33, kn. 13; Jakobs, **a.g.e.**, §20, kn. 33; Kindhäuser, §33, kn. 15 vd.; Motsch, **a.g.e.**, s. 81; Rengier, **a.g.e.**, §27 kn. 30; Timpe, **a.g.m.**, s. 122; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §13, kn. 707 vd.; Zieschang, §33, Kn. 28; Berster, **a.g.m.**, s. 50; Köhler, **a.g.e.**, s. 424; Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 493.

¹⁶³⁰ Ingeborg Puppe, **Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung**, 4. Baskı, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2019, §18, Kn.1.

¹⁶³¹ Roxin, “Über den Notwehrhrexzess”, s. 107; Sauran, **a.g.m.**, s. 569; Spindel, §33, kn. 569; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §13, kn. 706; Kühl, **a.g.e.**, §12, kn. 148; Jakobs, **a.g.e.**, §20, kn. 30; Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, **a.g.e.**, §18, kn. 64; Ayrıca bkz. aşağıda: “3.4.1. Kast veya Taksirle Aşım”

ii. Değerlendirme ve Kanaat

Kanaatimizce, zamansal ‘sınırın aşılmasında *meşru savunma dahi söz konusu değildir*¹⁶³² ki sınır aşımı hükümleri uygulanabilsin’ ifadesine iştirak etmek mümkün değildir. Her şeyden evvel, sınır aşma hükümleri isminden de çıkarılabileceği üzere meşru savunmanın söz konusu olmadığı hallerde geçerlidir ve ancak meşru savunma **artık yokken** devreye girer. Sınır aşan fiillerin artık hukuk dışı olduğu, birer savunma sayılamayacağı, pekâlâ kendisine karşı da meşru savunma gerçekleştirilebilecek yeni saldırılar olduğu bir gerçektir. Fıkra zaten bu fiillerin hukuka uygun olduğu iddiasında bulunmadığı gibi, devreye girmesi için meşru savunmanın şartlarının yerli yerinde olmasını da aramaz. Bilakis tam da bu halleri düzenler. Oran sınırı aşıldığında, oradaki parametre zaman olmadığından, ‘artık’ kelimesinin çizdiği an, zamansal çizelgede bir nokta olarak gösterilemez. Ancak yoğunluk da meşru savunmanın varlığı ve yokluğu konusunda bir çizgi olsaydı tokattan sonra yumruk, yumruktan sonra tekme, sonra kesici aletle yaralama ve en sonda ateşli silah şeklinde bir dizilim izleseydi, orada da tokat anında ‘artık’ meşru savunmadan söz edilemeyeceğini ifade edecektik.

İkincisi, ahir zamansal aşımında meşru savunma evvel zamansal aşımında olduğu gibi hiç var olmamış değildir. Mazeret nedenini gerekçelendirecek şekilde gerçek bir saldırı vuku bulmuş ve bu, faili mazur gösteren duygulara neden olmuştur. Dolayısıyla bitmiş bir saldırının fıkradaki duygulara neden olamayacağı düşüncesi bizce hatalıdır.¹⁶³³ Zira duygular zaten saldırı devam ettiği esnada doğmuştur. Saldırı biter bitmez de, âdeta bıçakla kesilmiş gibi duyguların sonlanması beklenemez.

Örneğin, saldırganın elinden saldırı aletinin alınmış olmasından sonraki hareketlerin götürü olarak sınır aşılması kabul edilmesi de yerinde değildir.¹⁶³⁴ Zira her şeyden önce saldırganın silahsız kalması kesin şekilde saldırısının bittiğini

¹⁶³² Özen, **GH**, s. 71; Ersan, **a.g.e.**, s. 143; Hakeri, **GH**, s. 415; Özgenç, **GH**, s. 516-7; Akbulut, **GH**, s. 677.

¹⁶³³ Aksi yönde bkz., Topçu, **a.g.e.**, s. 692.

¹⁶³⁴ Örneğin bkz., Y. 1. C.D., T. 17.9.2003, E. 2002/3103, K. 2003/1962; Y. C.G.K., T. 5.10.2010, E. 2010/1-170, K. 2010/182.

göstermeyeceği gibi, öyle bile olsa, uzun bir boğuşma nihayetinde saldırganın silahını alan savunmacının silahı cebine koyup oradan ayrılmasını beklemek, hayatın akışına son derece aykırı ve yapay bir varsayım olacaktır. Silahı ele geçirmek hukuka uygunluk nedeni olarak meşru savunmayı bitirse de¹⁶³⁵, o silahı alır almaz saldırganı yaralamak, tam da zamansal aşım da neden TCK md. 27/2'nin uygulanmasının hakkaniyete uygun olduğunu örnekleyen bir davranış olacaktır. Burada hâlâ saldırının tesiri altında ve panik içinde olan savunmacının, bir saniye içinde, silah eline geçti diye sakinleşmesini, ya da silahı alır almaz korku duygusunun sihirli değenekle dokunulmuş gibi intikama evrilmesini beklememek gerekir.

Bu noktada ahir zamansal aşım da kabul etmenin, hükmü yalnızca cezanın önleme amaçlarıyla açıklamakla mümkün olduğu savı eleştirilmelidir.¹⁶³⁶ Öğretide çoğunluğun ahir zamansal aşımı reddetmesi, hükmün mazeret niteliğinin ya da çifte kusur azalması teorisinin otomatik ve mecburi sonucu değildir. Pekâlâ hükümde haksızlığın ve kusurun beraber azaldığı savunulurken de, zamanın da bir sınır olduğu kabul edilip bunda da aşım yapılabileceği ortaya konabilir. Bu durum daha ziyade, sınır mefhumuna ve sınır aşma tabirine olgusal olarak tanınan anlamla ve hukuki bakımdan iki durumun fark arz etmediğinin kabûlü ile birlikte okunabilir.

Ancak diğer yandan, ahir zamansal aşımı savunurken, sıkı zamansal bağlantının doğru tespit edilmesi gerekir. Gerçekten de, örneğin saldırganın sopayla başına vurulup yere düşürüldüğü olayda, düştükten sonra failin bir de ona ateş etmesinde, olay ne kadar hızlı seyretmiş olursa olsun, artık yeni ve bağımsız bir hareket bulunmakta olup burada ahir zamansal aşım uygulanamaz.¹⁶³⁷ Failin saldırgan yerde yatarken silah değiştirmesi bile (sopadan tabancaya) hareketler arasında doğrudan bağlantının kesildiğini gösterir.

¹⁶³⁵ Kaldı ki her durumda meşru savunmayı dahi bitirmek zorunda değildir bkz., Kartal, **a.g.e.**, s. 195; Erb, §32, kn. 160.

¹⁶³⁶ Bkz., Motsch, **a.g.e.**, s. 101.

¹⁶³⁷ Söz konusu olayda md. 50'nin uygulanabileceği yönünde Yargıtay kararı için bkz., Y. C.G.K., T. 3.12.1990, 253/323.

Doğrudan zamansal bağlantıyı izah etmek için fikri içtimada başvurulanan 'doğal fiil tekliği' görüşü ve bu görüşün alt kriterlerinin referans alınabileceği kanaatindeyiz.¹⁶³⁸ Nitekim zaten meşru savunmanın güncellik şartı başlı başına söz konusu zamansal bağlantı kriteri aracılığı ile tespit edilmektedir.¹⁶³⁹

İşte, aslında tek motivasyona dayanan, ardı arkasına gelen ve tarafsız gözlemcinin doğal bakış açısıyla tek addedebileceği ve ortada meşru savunma olmasaydı fikri içtima işletilebilecek hallerde söz konusu bağlantının varlığından söz edip, faileri ahir zamansal aşımından yararlandırmak gerekmektedir.

Nitekim tek hareket kapsamında sayılan hareketler arasında meşru savunma artık mümkün olmaktan çıkmış olabilir.¹⁶⁴⁰ Bir diğer deyişle saldırı güncel olma niteliğini yitirmiş ve dolayısıyla tek hareket içindeki hareketlerin bazısı sınırı aşarak meşru savunma vasfını kaybetmiş olabilir. Kaldı ki tek hareket addedilme halinde her ne kadar fikri içtima uygulanabilecekse de, ardı ardına tekrar eden veya adım adım işlenen veya kendi içinde tek tipe vücut veren hareketler bakımından zaten buna bile gerek kalmaksızın failin tek suç işlediği belirlenecektir.¹⁶⁴¹ Normal şartlarda failin tek suçtan sorumlu tutulduğu ya da fikri içtima çerçevesinde işlediği suçların birinden ceza aldığı hallerde söz konusu iki 'suç'un biri hukuka uygunluk nedeni içinde olup diğeri dışında kaldığı için 'tek hareket' niteliğini kaybetmiş addedilmemelidir.

Yine Alman hukukunda verilen bir örnekte, kaldırımında yürüyen fail, çantasını çalmak isteyen saldırgandan çantasını kurtardıktan sonra çanta ile başına vurarak yere düşürdüğü saldırgana bir de tekme atmıştır.¹⁶⁴² *Kanaatimizce* buradaki tekme hareketinin mazur görülmemesinin sebebi, AlmCK md. 33 hükmünün ahir zamansal aşımında uygulanamaması değil, söz konusu hareketin meşru olan savunma fiili ile dar ve doğrudan zamansal bağlantı içerisinde olmamasıdır. Çantasını kurtarmasına

¹⁶³⁸ Detay için bkz. yukarıda: “2.3.1. Tüm Şartlarıyla Oluşmuş Bir Hukuka Uygunluk Nedeninin Artık Mevcut Olmaması”

¹⁶³⁹ Patrick Stemler, “Die Notwehr”, *ZJS*, 3/2010, s. 349.

¹⁶⁴⁰ Kılıç, “Fiil Tekliği”, s. 323.

¹⁶⁴¹ İşten, *a.g.e.*, s. 44.

¹⁶⁴² Hilgendorf, Valerius, *a.g.e.*, s. 169.

rağmen saldırganın başına çantayla vurarak onu düşürme hareketi, saldırı sonlandıktan sonra ama saldırıyı sonlandıran harekete bitişik, doğrudan zamansal bağlantı içinde ve hemen o duygu altında icra edildiğinden ahir zamansal aşım hareketi olup mazur görülmelidir. Fail düştükten sonraki tekmede ise bu zamansal bağlantı da aşılmıştır.

Bundan başka, ahir zamansal aşım da TCK md. 27/2'yi uygulamak onun uygulama alanını geniş yorumlamak ya da haksız tahriğe taşımak değildir. Önemli olan, etkisi altında suçun işlendiği duygudur. Ahir zamansal aşım da, haksız tahrikteki gibi, failin öfkeden veya intikamdan dolayı harekete geçeceğini düşündürtecek kadar zaman geçmemiştir. Failin korkusunu aşacağı, telaşını atlatacağı ya da düşünerek hareket edebileceği kadar zamansal bağlantının koptuğu ve iki hareket arası gerçek içtima ilişkini doğuracak kadar açıldığında¹⁶⁴³, artık haksız tahrik alanına girilmiş olur.

Bir diğer önemli mesele, mefruz meşru savunma ile, meşru savunmanın şartlarından biri üzerinde yanılmanın farklı ele alınması gerektiğidir. Her şeyden önce bir hukuka uygunluk nedeninin hiç var olmaması ile sona ermiş olması zaten özünde başka mefhumlardır. Meşru savunmanın hiç doğmadığı yerde elbette TCK md. 27/2'nin temeli eksik kalır ve uygulanması söz konusu olmaz.

Ancak meşru savunma bir kez doğduktan sonra TCK md. 27/2'nin uygulanabilmesi için, failin sınırını aştığı şartta muhakkak hataya düşmesi gerekmez. Zira fail yanılmasa, oran sınırını ya da zaman sınırını aştığının bilincinde dahi olsa kendisine söz konusu mazeret nedeni uygulanabilir, yeter ki ilgili duyguların tesirinde hareket etsin.¹⁶⁴⁴ Ahir zamansal aşımın hatadan farklı ele alınmasının failer bakımından şöyle bir lehe yanı da bulunmaktadır: Eğer fail, saldırının devam ettiği veya savunmasının daha ağır olması gerektiğinde kaçınılmaz olarak yanılmışsa, md. 30/3 gereği cezadan kurtulacaktır. Ancak söz konusu hatası kaçınılabilirdi ise hem Türk hem Alman hukukunda çoğunluğu temsil eden sınırlı

¹⁶⁴³ Kühl, **a.g.e.**, §12, kn. 144; Roxin, **a.g.e.**, §22, kn. 88.

¹⁶⁴⁴ Aksi yönde bkz., Bozbayındır, **a.g.m.**, s. 125.

kusur teorisine göre failin taksirli sorumluluğu devam edecektir. İşte bu sorumluluk da, fail gerçek bir saldırıdan kaynaklanan korku ve telaşla hareket ediyorsa md. 27/2 gereği mazur görülecektir.¹⁶⁴⁵

Böylece, hata ve sınır aşımının aynı fiil ile meydana geldiği hallerde, hatanın kaçınılmaz olduğu hallerde iki hüküm yarışacak, kaçınılabılır olduğu hallerde ise, md. 27/2 avantajlı olduğundan öne çıkarak uygulanacaktır.

Ancak burada dikkat edilmesi gereken, hata ve aşımın bu şekilde aynı fille değil, peş peşe meydana geldiği hallerin farklı değerlendirilmesi gerektiğidir. Burada tekrar sorulması gereken soru şudur: Fail yanılmasaydı da hareketi hukuka uygun olacak mıydı? Sorunun cevabı olumluysa, zamanda ya da oranda yanılmanın failin duygularından ileri gelmiş olmdupu bu hal, sınır aşımının bir tane ya da tek katmanlı olduğunu da gösterecektir. Ancak cevap olumsuzsa burada artık failin duygularından dolayı düştüğü hatasından öte bir de sınır aşılmasından bahsedilmektedir. Yani failin hata ederek sınırı aşmasından başka, sınırı bir kez daha aşması söz konusu olur, ki burada 'çifte aşım' olarak adlandırıldığımız hal devreye girerek TCK md. 27/2 artık uygulanamaz. Ahir zamansal aşım aksi görüşün iddia ettiği şekilde bu hallerde failin sorumsuzluğunu sonuçlamaz.¹⁶⁴⁶ Örneğin:

(1) Futbol fanı (F), maç çıkışı rakip takım taraftarlarınca tartaklanırken, birinde bıçak olduğunu zannedip kendini bıçakla savunmuştur.

(2) Futbol fanı (F), maç çıkışı rakip takım taraftarlarınca tartaklanırken, kendisine saldıran kişiyi bir yumrukla yere düşürmüş, ancak onun saldırısına devam edeceğini, tekrar vurmak için ayağa kalkmaya çalıştığını düşünüp bir de tekme atmıştır.

Her iki olayda da gerçek birer meşru savunma, meşru savunmanın birer şartında hata mevcuttur. Bu hatalar aynı zamanda birer sınır aşımı teşkil eder. Fail bu hataya TCK md. 27/2’de yer alan duygular yüzünden düştüyse, ya da fail sınırı

¹⁶⁴⁵ Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §13, kn. 710.

¹⁶⁴⁶ Bkz. Engländer, “Die Entschuldigung”, s. 411.

bu duygularla aştıysa - hatası kaçınılabilir dahi olsa - cezasızlıktan yararlanmaması için hiç bir sebep yoktur. Ahir zamansal aşımı kabul, ikinci olaydaki faili birincisine göre dezavantajlı olmaktan korur.

(3) Futbol fanı (F), maç çıkışı rakip takım taraftarlarınca tartaklanırken, kendisine saldıran kişiyi bir yumrukla yere düşürmüş, ancak onun saldırısına devam edeceğini, tekrar vurmak için ayağa kalkmaya çalıştığını düşünüp mağduru bir de bıçakla yaralamıştır.

Ahir zamansal aşımı kabul, son olaydaki failin mazur görülmesini sonuçlamaz. Ancak hükmün uygulanmasının reddi, aşılın sınıрын zaman olması değil, olayda iki sınıрын peş peşe aşılmasıdır. Burada yumruk atma hareketi meşrudur. Bunun ötesinde failin devam etmeyen saldırıyı ediyor zannettiği her savunma zaten sınır aşımı teşkil edecektir. Dolayısıyla fail ikinci bir yumruk atsaydı, bu sınır aşımı teşkil ederdi ve fail artık hukuka uygun alandan çıkardı. Ancak bu noktaya kadar sınır aşım hükmü uygulanabilirdi. Bir de bunun üzerine bıçakla yaralama zamandan sonra oran sınıрынın da aşıldığını gösterir. Fakat artık fail halihazırda hukuka aykırı alanda bulunduğundan, sınır aşılmasından ve buna ilişkin sorumsuzluktan yararlanamaz. Bu yönüyle çifte aşım, mefruz meşru savunmadaki aşım benzer. Öğretide de, failin biten saldırıyı devam ediyor zannederek yanıldığı ve bir de kendini savunurken oransal sınırı aştığı hallerde ahir zamansal aşım ve mefruz meşru savunmanın kesiştiği, buradaki ahir zamansal aşımın mefruz meşru savunmaya vücut verdiği, ancak bunun dışında kalan hemen her halde ikisinin rahatlıkla ayrılabilirdiği ifade edilmektedir.¹⁶⁴⁷

iii. Yüksek Mahkeme Kararlarının Değerlendirilmesi

Yargıtay'ın TCK md. 27/2'nin uygulama alanını tayin ederken, failin 'saldırganı etkisiz hale getirdikten sonra dahi savunmaya veya tepkisine devam etmesini' de sayması¹⁶⁴⁸ kanımızca ahir zamansal aşımın kabul edildiğini göstermektedir. Nitekim Yüksek Mahkeme'nin ikinci fıkra için ahir zamansal aşımı

¹⁶⁴⁷ Heuchemer, §33, kn. 11.

¹⁶⁴⁸ Y. C.G.K., T. 1.3.2016, E. 2015/1039, K. 2016/96.

doğrudan zamansal bağlantılı fiiler bakımından kabul ettiğini gösterir yönde birden çok kararına rastlamış bulunmaktayız:

Bir kararında yere yatırıp üstüne çıktığı halde pek çok bıçak darbesiyle, bir diğerinde ise, peş peşe atışlarla maktülleri öldüren sanıkların, içlerini düştükleri heyecanlarla bu fiilleri işlediklerinden md. 27/2'den yararlandırılmıştır.¹⁶⁴⁹

Bunlardan ilkinde göre (Ş), (E)'yi yaralamış ancak (E), (Ş)'nin elinden kurtularak kaçmaya başlamış, ancak kaçarken ruhsatsız tabancasını da göstererek (Ş)'ye karşı tehdit suçunu işlemiştir. Yargıtay burada, saldırı sona erdiği için artık meşru savunmanın söz konusu olamayacağı, bu yüzden yerel mahkemenin TCK md. 27/2 ve 29'u tartışması gerektiğine hükmetmiştir.¹⁶⁵⁰ Kararı, duygu tartımını da yerel mahkemeye bırakması ile de, son derece tutarlı ve yerinde buluyoruz. Görüldüğü gibi saldırı sona ermiş olsa da, saldırıdan henüz kurtulmuş bulunan ve aslında hâlâ da kaçmakta olan (E)'nin tehdit fiilinin, sınır aşma olarak zamansal doğrudan bağlantılı fiil sayıldığı ve bu yüzden md. 27/2 gereği mazur görülmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Ancak ahir zamansal aşımı reddeden görüş, bu ve benzer yöndeki kararları, Yargıtay'ın hem meşru savunma şartlarının bulunmadığını belirtip hem de TCK md. 27/2'nin tartışılmasını önermesi yönünden çelişik bulmakta ve eleştirmektedir.¹⁶⁵¹ Oysa meşru savunma şartları bulunsaydı yapılacak olan sınır aşma değil, doğrudan md. 25/1'i tartışmak olacaktır.

Öte yandan öğretide bir kısım görüşler, Yargıtay'ın TCK md. 27'yi uygulamak için öncelikle meşru savunmanın şartlarını incelemesini ahir zamansal aşımı reddetmesi olarak değerlendirmektedir.¹⁶⁵² Tekrar vurgulamak gerekir ki, meşru savunmanın tüm şartlarının mevcut olması oranda aşım bakımından da aranan bir

¹⁶⁴⁹ Y. 1. C.D., T. 27.12.2023, E. 2022/15379, K. 2023/8557; Y. 1. C.D., T. 27.4.2023, E. 2023/985, K. 2023/2398.

¹⁶⁵⁰ Y. 4. C.D., T. 21.5.2012, E. 2010/12881, K. 2012/11858. Aynı yönde bkz., Y. 4. C.D., T. 28.5.2013, E. 2011/23603, K. 2013/16220.

¹⁶⁵¹ Mahmutoglu, Karadeniz, **a.g.e.**, s. 629; Topçu, **a.g.e.**, s. 695.

¹⁶⁵² Gündüz, Sarıgül, **a.g.m.**, s. 428.

şart olup, orada da gerçekleştirilen ölçü dışı savunma zaten meşru değildir. Meşru savunmanın aşımından hemen önce var olması şartı ise, her iki aşım bakımından ortak özelliktir.

Yargıtay'ın bir başka kararında ise, maktuller sanığın evinin penceresine yaklaşıp ses tabancası ile vuracaktı gibi hareketler yapmış, kavga sırasında sanık da içeriden ateş etmeye başlamıştır. Maktullerden biri yaralanarak penceresinin önüne yere düşmüş, diğeri ise kaçmaya başlamıştır. Yerden kalkmaya çalışan ilk maktule tekrar ateş etme hareketi Yargıtay'a göre, TCK md. 27/2 çerçevesince cezasızlıkla karşılanmalıdır. Burada etkisiz hale gelen ve an itibarıyla saldırısı sonlanan maktule yönelen bu ikinci atış, elbette bir sınır aşma niteliğindedir. Ancak Yargıtay, bunu sanığın heyecan ve korkusuna vermeyi tercih etmiştir. Kaçmaya başlayan diğeri maktulün ise sanıkça takip edilerek ateş edilmesinde ise yerinde olarak artık md. 27/2 uygulanmamış, bilakis haksız tahrik indirimine gidilmesi önerilmiştir.¹⁶⁵³

Öncelikle Yargıtay'ın iki mağdur açısından failin fiilleri arasında ayırım yapmış olmasını takdirle karşılıyoruz. Ancak olaya biraz daha dikkatli bakılması, ilk mağdur bakımından da TCK md. 27/2'nin uygulanabilir olmadığını gösterecektir. Zira, maktullerin elindeki silahın her ne kadar öyleymiş gibi gösterilse de öldürücü niteliğinin olmaması karşısında failin öldürücü silahla savunma yapmış olması orantısızdır. Bu orantısızlık failin oranda yanılması şeklinde tezahür etmiştir. Fail gerçek silahla (ilk) savunmasında hem md. 30/3 hem de 27/2'den yararlanabilecek durumdadır. Zira olay hem hata, hem de aslında özünde bir sınır aşımıdır. Ancak hatanın kaçınılmaz olduğu tespit edilirse fail zaten bu gerekçeyle mazur görülür ve artık md. 27/2'ye gerek kalmaz. Hata kaçınılabilir ise bu kez arta kalan sorumluluk md. 27/2 gereği kaldırılabilir. Her hâlükârda öldürücü silahla savunma yapmak özünde oran sınırını aşmak anlamına gelecektir.

Bunun akabinde failin tekrar - duyguların etkisi ile dahi olsa - zaman sınırını da aşarak etkisiz hale gelen mağdura atışa devam etmesi 'çifte aşım' vücut verir ve

¹⁶⁵³ Y. 1. C.D., T. 8.6.2020, E. 2018/1702, K. 2020/1183.

artık TCK md. 27/2 uygulanamaz. Fail zamanda aşım yaparken zaten halihazırda oranda aşım / hata yaptığı için meşru savunma sınırı dışında bulunmaktadır. Kaldı ki, eğer yerinden kalkmaya çalışmak yere yığıldıktan bir süre sonra olmuş ve / veya kaçma amacına yönelikse zaten hareketler tek görünüm arz etmekten uzaklaşmış olur ve konu ahir zamansal aşımın tartışılmasına hiç gelmez. Burada tekrar hata ihtimalinin de incelenmesi gerekirdi.

Öte yandan eğer saldırıya başlanan ses tabancaları, yaralama ve öldürmeye elverişli gerçek birer ateşli silah olsalardı, o takdirde tek bir sınır aşımından bahsedecektik. Bu takdirde Yargıtay'ın kararına tamamen iştirak etmek gerekecekti.

Burada bu kararı, ses tabancası olan silahın failce öldürmeye elverişli zannedilmesinden sebeple Yargıtay'ın mefruz meşru savunma halinde de TCK md. 27/2'yi kabul ediyor olduğu şeklinde yorumlamak çok yanlış olacaktır.¹⁶⁵⁴ Zira silahın öldürmeyecek olması, saldırının ölçüsünün ve orantılı savunmanın seçilememesi noktasında faili maddi şartlarda hataya sevk etmiştir. Yoksa gerçek bir saldırı ve meşru savunma hali teşekkül etmiştir.

Nitekim çok benzer bir başka kararında Yargıtay, kuru sıkı tabanca ile kendisine saldırılan failin, silahın bu niteliğini bilmeyerek hasmını göğüs ve yüzünden yaralayarak öldüren faili de TCK md. 27/2'den yararlandırmıştır.¹⁶⁵⁵ *Kanımızca* burada da mesele mefruz meşru savunma değil, bilakis failin, mevcut olan meşru savunmanın savunma unsurunun ölçüsüne dair bir yanılma içerisinde olmasıdır. Yanılmanın kendisi aynı zamanda faile sınırı aştıran harekettir. Dolayısıyla Yargıtay failin heyecan ve korkusunu dikkate alırken yerinde bir düşünüş izlemiştir, nitekim söz konusu korku gerçekten mevcut olan bir saldırıdan kaynaklanmıştır.

¹⁶⁵⁴ Söz konusu aksi görüş yorumu için bkz., Ünal, **a.g.m.**, s. 677.

¹⁶⁵⁵ **Aktaran:** İlhan Üzülmöz, "Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Sartlarında Hata (Karar Tahlili)", **Dünyada ve Türkiye'de Ceza Hukuku Reformları Kongresi**, 26 Mayıs/May- 4 Haziran/June 2010, C: II, s. 2137 vd.

Diğer taraftan, Yargıtay'ın ahir zamansal aşım olarak değerlendirilmesi gereken kimi olaylarda haksız tahriği tercih ettiği pek çok kararı da bulunmaktadır. Bunlardan birinde fail, maktul hırsız, hırsız fark edildiğini anlayıp kaçmak üzere odanın açık penceresine yönelmişken kalçasından yaralamıştır. Kendini camdan atan hırsız beyin kanaması geçirerek ölmüştür.¹⁶⁵⁶ Saldırı sona erdiği ve sınır da kasten aşıldığı için sadece haksız tahriğin uygulanabileceği ifade edilmektedir.¹⁶⁵⁷ Bu olayda mağdur, failin eline bıçak alması ve polisin aratması ile kucağındaki bebeği bırakarak arka odaya kaçıp dolaba saklanmış, saldırı ile savunmanın arası, dolabın içerisinde geçen zamanla açılmış ve evi pencereden terketmek niyetiyle harekete geçen mağdurun öldürücü şekilde yaralanmasında *kanımızca* ahir zamansal aşım uygulanamayacak derecede zamansal bağlantı kopmuş ve failin korkusu mazur görülme derecesinin çok altına inmiştir. Dolayısıyla gerekçe bakımından olmasa da, Genel Kurul'un vardığı sonuç isabetlidir.

Keza Yüksek Mahkeme önüne gelen bir başka olayda, her biri öldürücü nitelikte olan sekiz yerinden bıçaklanan fail, maktülün boğazını sıkarak onu etkisiz hale getirdikten sonra bıçağı alarak onu üç darbeyle öldürmüştür.¹⁶⁵⁸ Yerel mahkeme ve Genel Kurul'da karşı oy bildiren yedi üye TCK md. 27/2'nin olaya uygulanması gerektiği fikrindeyse de Yargıtay, mağdurun etkisiz kalmasını ve silahın savunmaya geçmesini yeterli görerek haksız tahrik uygulamayı yeğlemiştir. Ahir zamansal aşım değerlendirmesi bakımından oldukça ilginç ancak bir o kadar da zor kararda aslında boğma hareketinin öldürücü nitelikte olmadığına tespiti ve failin mağduru bıçaklarken mağdurun hâlâ hareket ediyor olması karşısında 'etkisiz hale gelmenin' manası açık olmadığından hareketle karşı oylar isabetli görünmektedir. Ancak elbette ölüm sonucunun boğmanın gereğinden uzun sürdürülerek meydana gelmesinde md. 27/2'nin uygulanmasını önermek, zamansal bütünlük göz önüne alındığında daha kolay olurdu. Yine de, sekiz öldürücü darbe almış failin uzun süre silahsız savunma yaptığı da dikkate alınarak korku ve telaşa kapılması beklenebilir ve bu kapıldığı duygunun mazur görülme ölçüsünde olduğu kabul edilebilir.

¹⁶⁵⁶ Y. C.G.K., T. 16.4.2013, E. 2013/1-26, K.2013/150. Alınan Adli Tıp raporuna göre, söz konusu kalçadaki yara da tek başına öldürücü niteliktedir.

¹⁶⁵⁷ Birtek, **a.g.e.**, s. 246.

¹⁶⁵⁸ Y. C.G.K., T. 3.10.2017, E. 2017/414, K. 2017/386.

Bu gibi olaylarda âdeta ortada hiç meşru savunma yokmuş ve fail en başından itibaren yaralama ve / veya öldürme suçlarını işliyormuş gibi değerlendirme yapılarak, söz konusu fiilin fikri içtima uygulamasını ve belki hatta aynı tipik suçun tekrar eden hareketleri sayılarak tek bir suçun vucuda gelmesini mümkün kılacak derecede teklik arz ettiği hallerde, zamansal sıkı bağlantının oluşmuş sayılarak TCK md. 27/2'ye de geçit tanınması gerektiği *kanaatindeyiz*. Örneğin olayda muhtemelen boğma fiili kasten öldürmeye teşebbüs ve üç bıçak darbesi de tamamlanmış kasten öldürme sayılmayacak, bütün bu hareketler tek kasten öldürme fiili çatısında birleşmiş kabul edilecekti. Ya da keza, failin kastı ölüm sonucuna yönelik değildi ise, netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu bakımından boğma ve üç bıçak darbesi ayrı ayrı ele alınmayacaktı.

Öte yandan, atış yaparak yüzüstü yere düşürdüğü saldırganın sırtına atışlara devam etmekte artık TCK md. 27/2'den söz edilemez.¹⁶⁵⁹ Burada fail ayakta, saldırgan yerdedir. Üstelik mağdur baygın yatmaktadır, elinden silahı düşmüştür ve üstünlük açık şekilde elinde ateşli silah bulunan faildedir. Burada artık ona sınırı aşırان duygunun zaafiyete dayandığı iddia edilemez.

Zamansal bağlantı ve haksız tahrikle alakalı bir başka kararda özetle şiddetli geçimsizlik yaşayan çiftin aralarında çıkan tartışma sonucu maktül (koca), sanığı ağır şekilde yaralamış, sanık ise annesinin araya girmesiyle maktulün elinden bıçağını alma fırsatı yakalayarak maktule saplayıp ölümüne neden olmuştur.¹⁶⁶⁰

Yargıtay burada “*sanığın bıçağı almakla maktulün saldırısını sona erdirdiği, bu nedenle yasal savunma altında bulunduğu kabul edilmeyeceği, saldırının tekrar edeceğine dair delil bulunmadığı da gözetildiğinde, sanığın kendisine yapılan bıçaklı saldırı nedeniyle **ağır tahrik** altında suçu işlediğinin kabul edilmesi gerektiği*

¹⁶⁵⁹ Y. 1. C.D., T. 2.11.2020, E. 2018/3308, K. 2020/2607.

¹⁶⁶⁰ Y. 1. C.D., T. 15.05.2007, E. 2007/1648, K. 2007/3729

*gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması...*¹⁶⁶¹ şeklinde haksız tahrik uygulanması gerektiğini ifade etmiştir.

Oysa özellikle de TCK md. 27/2 bakımından ahir zamansal aşım kabul edilmiş olsaydı burada gerçekten de korku ve heyecanla hareket eden failin daha lehine olan çözüme ulaşılabilecekti. Her ne kadar bıçağı elinden almış olsa da sanığın içinde bulunduğu ruh hali bıçağı alır almaz saplamaya sevk etmiş olabilir. Bıçağı alma ve maktül - saldırgana saplama arasında doğal ve zamansal sıkı bir bağlantı vardır. Aynı ruh haliyle bir anda gerçekleşmiştir. Bu duygu durumuna da saldırganın kendisi sebep olmuştur.

Panik içinde ve arbeye sırasında karşı tarafın silahını eline geçiren failin, bir anda onunla eşit şartlara geçip savunma yapması da beklenemez.¹⁶⁶² Üstelik burada saldırganın elinden bıçağının alınması otomatik olarak onun etkisiz hale getirildiği şeklinde de yorumlanmamalıdır. Saldırgan pekâlâ beden gücü ile de saldırısına devam edebilirdi. Ya da sanık maktülün saldırısını sürdüreceği yanılgısına düşmüş olabilirdi.

Benzer örnekler öğretide de verilmektedir. Standart bir olay üzerinden, (A)'nın (B)'ye bıçakla saldırdığı, (B)'nin kendini doğru şekilde savunarak (A)'nın elinden bıçağı almayı becerdiği, ancak alır almaz onu (A)'ya bir ya da bir kaç kez sapladığı örneğinden¹⁶⁶³ bir hususa açıklık getirmek isteriz: AFYM de bu gibi olaylarda saldırı aletinin ele geçirilmesinin doğrudan saldırının sona erdirildiği şeklinde yorumlamamakta, hatta savunmacının bu aletle saldırganı tam olarak etkisiz hale getirmesini meşru savunma içinde değerlendirmektedir.¹⁶⁶⁴ Yani aleti ele geçiren savunmacının bunu bir kenara atması ve saldırıyı bedeni kuvvetle defetmeye çalışmasının orantılılığın sağlanması için şart olmadığı ifade edilmektedir.¹⁶⁶⁵ Türk

¹⁶⁶¹ A.g.k.

¹⁶⁶² Kartal, a.g.e., s. 195.

¹⁶⁶³ Bkz., Birtek, a.g.e., s. 246.

¹⁶⁶⁴ BGH 26.11.2013 - 3 StR 331/13 (StV 2014, 337).

¹⁶⁶⁵ Erb, §32, kn. 160.

öğretisinde yakın tarihli doktora tezi ile meşru savunmada orantılılık ilkesini ele alan *Kartal* da bu görüşü benimsemiştir.¹⁶⁶⁶

Son olarak, Yargıtay'ın yerinde de olsa haksız tahriği meşru savunmada sınırın aşılmasına öncelediği kararlarında gerekçe eksikliğini de burada vurgulamak gerekmektedir. *Kanaatimizce*, ahir zamansal aşım ve hatta oranda aşım gibi görünebilen olaylarda neden TCK md. 27/2'nin uygulanamayacağının detaylıca gerekçelendirilmesi gerekmektedir.¹⁶⁶⁷

Alman Federal Yüksek Mahkemesi de, zamansal aşımelerde ortada saldırı olmadığı gerekçesi ile AlmCK md. 33'ü uygulamayı reddetmektedir.¹⁶⁶⁸ Ancak tehlikenin tamamen bertaraf edilmesi anına kadar meşru savunmanın güncellik unsurunu esnetir ve bizim doğrudan zamansal bağlantı dediğimiz hallerde yoğunlukta aşım olduğunu kabul ederek yine md. 33'ü uygulamanın bir yolunu bulur.¹⁶⁶⁹ Bu gibi olaylar daha ziyade, failin tek darbesi yetecekken birden fazla darbeye bulunduğu hallerde sınırın ölçü mü zaman mı yönünden aşılabacağı tartışmasına ilişkindir. Fakat ahir zamansal aşımı kabul ettikten sonra söz konusu tartışma gerekli olmayacaktır. Böylece saldırının 'kesin olarak def edilmesi' gibi kavramlara ihtiyaç kalmayacağı gibi, meşru savunmayı olduğundan geniş yorumlama¹⁶⁷⁰ hatasına da düşülmemiş olacaktır.

AFYM bir başka kararında, düşmanı olan kişi kendisine saldırdıktan sonra onu etkisiz hale getirdiği halde hâlâ bıçak darbelerine devam eden sanığın AlmCK md. 33 gereği kusuru kalkmış sayarak cezasız bırakan yerel mahkeme kararını eleştirmektedir.¹⁶⁷¹ Çünkü saldırısı sona eren kişiye vurmaya devam etmek affedilmemelidir. Ayrıca çoğu kez zamansal sınır aşıldığında fail bunu bilinçli

¹⁶⁶⁶ Kartal, **a.g.e.**, s. 195.

¹⁶⁶⁷ Y. 1. C.D., T. 19.2.2018, E. 2016/4596, K. 2018/694; Y. C.G.K., T. 8.5.2012, E. 2011/1-436, K. 2012/190

¹⁶⁶⁸ Otto, **a.g.m.**, s. 605.

¹⁶⁶⁹ Rogall, §33, kn. 4; Diederich, **a.g.e.**, s. 97.

¹⁶⁷⁰ Diederich, **a.g.e.**, s. 97. Bu yönde bkz., Bozbayındır, **a.g.m.**, s. 124. Aynı yönde öneri için bkz., Apaydın, **a.g.e.**, s. 264.

¹⁶⁷¹ BGH 24.10.2001 - 3 StR 272/01 (NStZ 2002, 141); Bu kararda AFYM savunmacının bıçaklayarak yere düşürdüğü ve acı içinde kıvranan saldırganın bıçaklamaya devam olunmasını artık AlmCK md. 33 kapsamında saymamıştır. Puppe, **a.g.e.**, §18, kn. 4.

yapacaktır. Bilinç varsa, zaafiyete değil güce dayanan intikam gibi duygular söz konusu olacaktır.¹⁶⁷² Kaldı ki failin saldırıyı devam ediyor zannetmesindeki hata kaçınılabilirse, - görüşe göre md. 33 sadece bilinçsiz aşımara hasredildiğinden - artık maddeden yararlanmamalıdır. Son olarak eğer failin yoğun duyguları onu tamamen etkisine almış ve bu hataya neden olmuşsa, o takdirde tekrar dönüp hatanın ne kadar kaçınılabılır olduğuna bakmak ve ancak kaçınılmazsa ceza vermemek gerekir.¹⁶⁷³

Kanımızca bilhassa hatanın da devreye girdiği bu gibi durumlarda, fail nasıl ki saldırıyı daha ağır zannederek yanılabilirse, devam ettiği yönünde de yanılabilir ve aynı şekilde, yanıldığı için savunma hareketlerine devam etmesinde zaten aşım bilinçli dahi değildir. Mahkeme olayda, failin korkusunun devam eden hareketleri yaparken de sürdüğünden bahisle AlmCK md. 33'ü uygulamıştır. Yani failin güce dayanan duygularla hareket ettiğini tespit etmemiştir. Ortada gerçek bir saldırgan ve onun neden olduğu yoğun duygular varken, *kanımızca* da mahkemenin vermiş olduğu karar yerindedir. Üstelik eğer hatası kaçınılmaz ise, zaten md. 33'e gitmeye dahi gerek kalmadan fail sorumluluktan kurtulacaktır.

3.3.2.2.3. Örselenmiş¹⁶⁷⁴ Kadın Sendromu

Müşterek hukukta travma sonrası stres bozukluğunun özel bir türü olarak¹⁶⁷⁵ gündeme gelen ve gittikçe de ağırlık kazanan şekilde failerin ceza sorumluluğunu etkileyen örselenmiş kadın sendromu, meşru savunmada ahir zamansal aşım benzer görüntü arz ettiği ve hatta öğretide bazı görüşlerce böyle ele alınması önerildiği için ayrı değerlendirmeyi gerektirmektedir.

¹⁶⁷² Puppe, **a.g.e.**, §18, kn. 5-7

¹⁶⁷³ Puppe, **a.g.e.**, §18, Kn. 9.

¹⁶⁷⁴ Kavramın ortaya çıktığı Amerikan Hukuku'ndaki tam karşılığı '*battered women syndrome*' olarak geçer. Bkz., Leonore Walker, **The Battered Woman Syndrome**, 3. Edition, Springer Publishing Company, New York, 2009.

¹⁶⁷⁵ Erden Tütüncü, **a.g.m.**, s. 469.

Örselenmiş ya da hırpalanmış kadın sendromu¹⁶⁷⁶ genel olarak “eşi veya cinsel partneri tarafından ısrarlı olarak fiziksel, duygusal veya cinsel şiddete maruz kalan kadının içinde bulunduğu ruhsal durumu” ifade eder.¹⁶⁷⁷ Bu sendromun gündeme geldiği karşılaştırmalı hukuktaki davalarda genel olarak örselenmiş kadınlar, partnerleri uyuduğu, maç izlediği veya yemek yediği ya da başka şekilde savunmasız olduğu esnada onları öldürmektedirler.¹⁶⁷⁸ İşte söz konusu öldürme anında partnerin aktif ya da devam eden bir saldırı içerisinde olmadığı bu ‘nizasız’ cinayetlerde¹⁶⁷⁹, failin davranışının meşru savunma ya da sınırın aşılması hükümleri çerçevesinde kalıp kalmadığı Türk hukukunda da tartışılmıştır.

Kavramı geliştiren Walker’in tanımlamasına göz atmak gerekirse, örselenmiş kadın sendromu temelde üç basamaklı bir şiddet döngüsüne dayanmaktadır. İlk basamak ‘gerilim inşası’ olup, eşe karşı ufak saldırılar, hakaretler söz konusudur. İkinci basamakta ‘şiddetli kötü muamele evresi’ yer alır ve son derece ağır fiziksel ve cinsel şiddet gerçekleşir. Son basamakta ise şiddet uygulayan partnerin vicdan azabı yaşayarak tekrar yapmayacağı sözü verdiği ‘nedamet evresi’ gelir.¹⁶⁸⁰

Ancak bu evreyi de tekrar birinci evre izler ve kadın böylece, her an gerçekleşecek saldırıya karşı tetikte olup öngörme yeteneğini kaybederek öğrenilmiş

¹⁶⁷⁶ Öğretide ayrıca kullanılan ‘kötü muameleyle maruz kalmış kadın sendromu’ ifadesini (Bkz. Örn. Fulya Eroğlu, Alev Özeroğlu, “Kötü Muameleyle Maruz Kalmış Kadın Sendromunun Meşru Savunma Açısından Değerlendirilmesi”, **ÇÜHFD**, C. 5, S. 1, Nisan 2020, s. 1405; Cengiz Apaydın, “Kötü Muameleyle (Şiddete) Maruz Kalan Kadın Reaksiyonunun Meşru Savunma Hukukundaki Yansımaları”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 12, Sayı: 125, Ocak 2017, s. 44) hem çok uzun olması hem de çaresizliği öğreten kısır şiddet döngüsünü yeterince karşıladığını düşünmediğimizden burada kullanmayacağız. Türkçe sözlüklerde ‘battered’ kelimesinin doğrudan karşılığı ‘hırpalanmış’ olarak verilmekte ve özellikle psikoloji ve diğer sosyal bilim alanlarında da ‘hırpalanmış kadın sendromu’ karşılığı tercih edilmektedir. Öte yandan hukuk alanındaki pek çok çalışmada kelimenin ‘örselenmiş’ olarak alındığı görülmektedir. (Bkz. Örn. İlkay Nadir, “Türk Ceza Hukuku Bakımından Örselenmiş Kadın Sendromu”, Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Bursa, 2023, s. 4 vd.; Özgür Küçüktaşdemir, “Ceza Hukukunda Örselenmiş Kadın Sendromu”, **Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 1, 2015, s. 548, Erden Tütüncü, a.g.m., s. 469) Tüm bu kavramların eş anlamlı olduğu ve birbirinin yerine de kullanılabilecekleri vurgusuyla, çalışma içerisinde daha ziyade ‘örselenmiş’ tabirin tercih edilecektir.

¹⁶⁷⁷ Ozan Ercan Taşkın, “Kötü Muameleyle Maruz Kalmış Kadın Reaksiyonu: Meşru Savunma Mı, Mazeret Nedeni Mi?”, **CHD**, Sayı: 20, Aralık 2012, s. 45-6; Küçüktaşdemir, a.g.m., s. 547.

¹⁶⁷⁸ Joshua Dressler, “Battered Woman and Sleeping Abusers: Some Reflections”, **Ohio State Journal of Criminal Law**, Vol: 3, 2006, s. 457.

¹⁶⁷⁹ Dressler, a.g.m., s. 457; Taşkın, a.g.m., s. 45.

¹⁶⁸⁰ Walker, a.g.e., s. 85 vd. Aşamaların detaylıca ele aldığı yakın tarihli çalışma için bkz., Nadir, a.g.e., s. 13 vd.

çaresizliğe gark olur.¹⁶⁸¹ Üstelik döngünün her tamamlanışında, bir sonraki döngüde şiddet seviyesinin arttığı gözlemlenmiştir.¹⁶⁸² Bu da bir nevi duygusal felç meydana getirir.¹⁶⁸³

Her ne kadar Amerikan mahkemelerince benzer davalarda bu sendrom ve döngüye atıf yapılsa da¹⁶⁸⁴, şiddetin izlediği seyrin münferit davalarda özellik arz edebileceği göz önünde bulundurularak vurgunun döngüde değil, şiddetin ağır şekilde süregitmesinde olması gerektiği belirtilmiştir.¹⁶⁸⁵

Öğretide bu çaresizlik ve sıkışmışlık hissinin, devletin yükümlülüklerine riayetsizliği ile yakından ilgili olduğu ifade edilmiştir.¹⁶⁸⁶ Amerika Birleşik Devletleri'nde daha sonra 'hayatta kalan örselenmiş kadın' kavramı çerçevesinde de alternatif bir teori geliştirilmiş, burada da kadınların şiddetin ilk evrelerinde tüm sosyal çevreleriyle iletişime geçerek bundan kaçınma yolları aradıkları, ancak toplumsal kodların onları şiddetten kaçmaktan çok şiddete rağmen ilişki içinde ayakta kalmaya zorladığı ifade edilmiştir.¹⁶⁸⁷ Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de Türkiye aleyhine verdiği pek çok aile içi şiddet davasında mahkemelerin pasifliğinden dem vurmıştır.¹⁶⁸⁸

Elbette *Walker*'ın teorisine eleştiriler de olmuş, kavram en çok bilimsel olmadığı, yeterli vakaya dayanılmadığı ve akıl hastalığı olmayan bir durumda bir tipoloji çıkarmanın sağlıklı olmadığı yönünde eleştirilmiştir.¹⁶⁸⁹ Bugün ise söz

¹⁶⁸¹ Walker, **a.g.e.**, s. 69. Söz konusu öğrenilmiş çaresizlik kadınların şiddeti durdurma ümitlerinin tükenerek kendilerince yeni başa çıkma stratejileri geliştirmelerine sebep olmaktadır. Bkz. **A.g.e.**, s. 88 vd.

¹⁶⁸² Paul Hughes, "Paternalism, Battered Women, and the Law", **Journal of Social Philosophy**, Vol.30, No.1, 1999, s.20

¹⁶⁸³ Dressler, **a.g.m.**, s. 462.

¹⁶⁸⁴ David Faigman, "The Battered Woman Syndrome and Self Defense: A Legal and Empirical Dissent", **Virginia Law Review**, Vol.72, 1986, s.636.

¹⁶⁸⁵ Christopher Slobogin, "Psychological Syndromes and Criminal Responsibility", **Annual Review of Social Science**, V.6, 2010, s.111

¹⁶⁸⁶ Eroğlu, Özeroğlu, **a.g.m.**, s. 1408.

¹⁶⁸⁷ Renee Callahan, "Will The Real Battered Woman Please Stand Up? In Search Of a Realistic Legal Definition of a Battered Women Syndrome", **Journal of Gender and the Law**, Vol. 3, Fall 1994, s.124 vd.

¹⁶⁸⁸ AİHM, *Opuz v. Türkiye*, T. 9.9.2009, No. 33401/02, paras. 91-106, 196-203.

¹⁶⁸⁹ W. Joe Dixon, "An Essay On Battered Woman Syndrome", **Aktaran: Küçüktaşdemir, a.g.m.**, s. 554. Ayrıca 'sendrom' tabirine yöneltlen eleştiriler ve karşılıkları için bkz., Nadir, **a.g.e.**, s. 7 vd.

konusu sendrom, bir nevi ‘travma sonrası stres bozukluğu’ olarak kabul edilmektedir.¹⁶⁹⁰ Post-travmatik stres bozukluğunun ise en belirgin göstergelerinden ikisi, duygusal olarak hissizleşme ve azami tahriktir.¹⁶⁹¹

Amerikan hukuku bakımından saldırının muhakkak tekrar etmesi sübjektif yorumlanarak bu tarz olaylar ya meşru savunma içinde değerlendirilmiş, ya da başka gerekçelerle faillere ceza verilmemiştir.¹⁶⁹² Yüksek mahkeme tekrar eden ağır şiddet olaylarına rağmen kadınların evi terk etmemesi ya da edememesini de bu sendromun bir sonucu olarak yorumlar.¹⁶⁹³

Sendromu özetleyen hususlar kısaca kadının kısır döngü içerisinde devamlı şiddet görmesi, kaçamaması, kaçmasının sonuç vermemesi, devlet yetkililerinin yeterli desteği verememesi gibi sebeplerle yaşanan çaresizlik hissi, günün birinde partnerin kendini öldüreceğine duyulan inançtır. Kadının bu şekilde aslında fiili bir saldırı yokken kocasını öldürmesi ise, bulduğu ilk fırsatta savunmasını yapması şeklinde yorumlanmaktadır.¹⁶⁹⁴

Her ne kadar Amerikan hukukunda meşru savunmanın hukuki gerekçesini açıklayan ‘hak kaybı’ ‘özerklik hakkı’ gibi teorilerden yola çıkarak durumun meşru savunmanın hukuki niteliğine uyduğu izah edilmeye çalışılsa da, olayda meşru savunmanın somut koşullarının gerçekleşmiş olduğu kabul edilemeyeceğinden bu teorik tartışmanın detayına girmeye gerek yoktur.¹⁶⁹⁵

¹⁶⁹⁰ Detaylı bilgi için bkz., Küçüktaşdemir, **a.g.m.**, s. 555 vd; Barbara Bottalico, Tommaso Bruni, "Post Traumatic Stress Disorder, Neuroscience, and the Law", **International Journal of Law and Psychiatry**, V.35, 2012, s.115 vd. Tabirlerin eş anlamlı olmadıkları, her örselenmiş kadının stres bozukluğu geliştirmedeği ve bu vakaların ‘klinik’ tanılarla ortaya konmasının risklerini göz önünde bulunduran aksi yönde görüş için bkz., Nadir, **a.g.e.**, s. 44 vd.

¹⁶⁹¹ Bottalico, Bruni, **a.g.m.**, s. 112.

¹⁶⁹² Taşkın, **a.g.m.**, s. 45-6; Örnek davalar için bkz., *State v. Norman*, 366 S. E. 2d 586, 1988; *State v. Kelly*, 22 Ill.97 NJ 178, 478 A.2d 364, 1984;

¹⁶⁹³ İlgili karar ve örnek başka davalar için bkz., Taşkın, **a.g.m.**, s. 48 vd.; Nadir, **a.g.e.**, s. 83 vd.

¹⁶⁹⁴ Jeffrey M. Cutler, "Criminal Law , Battered Women Syndrome: The Killing of a Passive Victim – A Perfect Defense or a Perfect Crime? – *State v. Norman*", **Campbell Law Review**, Sayı: 11, 1989, s. 271.

¹⁶⁹⁵ Detay için bkz., Alev Dilber, "Amerikan Ceza Hukukunda Meşru Savunma", Özyeğin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014, s. 11 vd; Apaydın, "Kötü Muamele", s. 50.

Bir kadının örselenmiş kadın sendromuna tutulmuş olup olmadığı Amerikan mahkemelerince bir psikiyatrist uzman tarafından tespit ettirilmektedir.¹⁶⁹⁶ Dressler ise konuyla ilgili çalışmasında, algılama ve irade yeteneğini ele alarak, bu döngü içerisindeki kadınların bu yeteneklerinin ağır derecede etkilenmiş olacağı, dolayısıyla ayrıca bir uzmanın ‘örselenmiş kadın sendromu’ tespiti yapmasına gerek olmaksızın, kusur yeteneğinin azalmasından bahisle bu kadınların mazur görülmeleri gerektiğini açıklar.¹⁶⁹⁷ Zira söz konusu sendromda aslında meşru savunmanın şartlarına değil, kadının isnad yeteneğine odaklanılmalıdır.¹⁶⁹⁸ Öte yandan bu sendromun doğrudan bir akıl hastalığı olarak ele alınıp, isnat yeteneğinin kaybına ilişkin hükümler uyarınca uygulama yapılması da savunulmuştur.¹⁶⁹⁹

Alman hukukunda da, örselenmiş kadın sendromunun söz konusu olduğu olaylarda¹⁷⁰⁰ mahkemeler ne meşru savunma, ne de ortada meşru savunma olmadığından meşru savunmada sınırın aşılması, ne de şartları sağlanmadığı için hukuka uygunluk ya da mazeret nedeni olan zorunluluk hallerinin uygulanmasını kabul eder. Ancak Alman hukukunda cezanın belirlenmesi aşamasında takdiri indirimleri düzenleyen AlmCK 49. maddesine dayanılmakta, böylece normal şartlarda örneğin hayat boyu hapis cezası öngören hüküm yerine, üç yıldan az olamayan bir ceza belirlenmesinin önü açılmaktadır.¹⁷⁰¹ Zira bu gibi olaylar zorunluluk haline son derece benzeyen ve fail bakımından başka çözümü yokmuş addedilen hallerdir ki bu durumda faile normal nitelikli öldürme cezası olan ömür boyu hapsin verilmesi artık ölçüsüz kaçacaktır.¹⁷⁰²

¹⁶⁹⁶ Örnek dava için bkz., *State v. Frost*, 577 A.2d 1282 – N.J. Super. Ct. App. Div., 1990.

¹⁶⁹⁷ Dressler, **a.g.m.**, s. 468 vd.

¹⁶⁹⁸ Dressler, **a.g.m.**, s. 463; Apaydın, “Kötü Muamele”, s. 49.

¹⁶⁹⁹ Cara Cookson, "Confronting Our Fear: Legislating Beyond Battered Woman Syndrome and The Law of Self -Defense in Vermont", **Vermont Law Review**, Vo. 34, 2009, s.425

¹⁷⁰⁰ Ki orada benzer olayları karşılamak için bu tabir değil, ‘ev tiranları’ olarak çevirebileceğimiz bir tabir (*Haustyrannen*) kullanılmaktadır.

¹⁷⁰¹ BGH 19.05.1981 - GSt 1/81 (BGHSt 30, 105).

¹⁷⁰² AFYM’nin genel içtihadının bu yönde olduğu ve bunun detaylı incelenmesinde, Köln Savcısı Sinan Şengöz’ün Özyeğin Üniversitesi Alman Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi’nce düzenlenen konferanstaki anlatımları büyük katkı sağlamıştır. (Bkz. T. 30.12.2022, 18.00 - 19.30; <https://events.ozyegin.edu.tr/#/0/detail/23217/alman-ceza-hukukunda-cezanin-tayininde-hafif-agirliktaki-olay>)

Türk hukukunda ise ilkin saldırının tekrarının muhakkak olması sebebiyle bu halin meşru savunma kapsamında görülmesi gerektiği fikri savunulmuştur.¹⁷⁰³ Bu görüşe göre mağdurun o esnada uyuyor veya saldırmıyor olması saldırılara âdeta bir 'ara' niteliğindedir.¹⁷⁰⁴ Bilhassa şiddet uygulamak mağdur erkek için bir nevi alışkanlık haline gelmiş durumdadır ve pek yakında saldırının yinelenmesini muhakkak addetmek gerekir.¹⁷⁰⁵ Görüşe göre saldırının o anda yapılmıyor olması, saldırgan uyandıktan sonra devam edeceği gerçeğini değiştirmemektir.¹⁷⁰⁶

Görüş içerisinde yer alan bir yazar ise, saldırının halen bulunması şartını meşru savunmanın zorunluluk unsuru altında değerlendirmekte ve meşru savunma zorunlu olduğu müddetçe güncellik şartını âdeta aramamaktadır.¹⁷⁰⁷ Bundan başka uzun süredir devam eden ve ardı arkası kesilmeyen saldırıların bir bütün halinde 'şiddet sekansı' olarak kabul edilmesi ve o anda akut bir saldırının namevcutluğu, savunmanın zorunluluğuna ve hukuka uygunluğuna halel getirmemelidir.¹⁷⁰⁸

Tekrarlanması muhakkak saldırı şartının vukuunu kabul ederek failin öldürme fiilini meşru savunma içerisinde yorumlamaya istekli yazarlar bu kez meşru savunmanın bir diğer şartı olan ölçülülük itirazı ile karşılaşır. Nitekim bir an için saldırganın saldırısının muhakkak tekrar edeceği farz edilse bile, öldürme hareketinin yetkili makamlara başvurma karşısında orantılı bir savunma olmayacaktır. Buna karşılık da, çoğu olayda mağdurun faili bulması, yakalaması ve geri getirmesinin söz konusu olduğu hatırlatılarak, bu yöntemlerin denenip etkisiz kaldığı belirtilmektedir.¹⁷⁰⁹

Ayrıca bir de, Gaziantep 4. Ağır Ceza Mahkemesi'nin, düzenli şiddet gören failin kendini tehlike altında zannettiği bir olayda meşru savunmadan

¹⁷⁰³ Nadir, **a.g.e.**, s. 109 vd.; Erden Tütüncü, **a.g.m.**, s. 478.

¹⁷⁰⁴ Erden Tütüncü, **a.g.m.**, s. 478; Taşkın, **a.g.m.**, s. 112; Nadir, **a.g.e.**, s. 195.

¹⁷⁰⁵ Cookson, **a.g.m.**, s. 425.

¹⁷⁰⁶ Eroğlu, Özeroğlu, **a.g.m.**, s. 1423-4.

¹⁷⁰⁷ Nadir, **a.g.e.**, s. 166. Yazar ayrıca Türk ceza hukukunda meşru savunmanın şartlarından bahsettiği bölümde 'güncellik' şartına münferit olarak yer vermemiş, buna başlık açmamıştır. Bkz. **A.g.e.**, s. 108 vd.

¹⁷⁰⁸ Nadir, **a.g.e.**, s. 109.

¹⁷⁰⁹ Eroğlu, Özeroğlu, **a.g.m.**, s. 1426.

yararlandırılması kararı da örnek gösterilmektedir.¹⁷¹⁰ Kararı eleştirmekle birlikte, “makul, haklı ve kabul edilebilir tehlike altında olduğuna inanan sanığın, tehditle kendisini çağıran maktulü iki kez bıçaklama şeklinde gerçekleşen eyleminde meşru müdafaa kapsamında hareket ettiğinin kabulü” ifadelerinden mahkemenin de aslında meşru savunmanın ‘saldırının muhakkak tekrarı’ şartında failin yanılığısından hareket ettiğini anlaşılmaktadır.

Ancak meşru savunma görüşü, özellikle de kadının kaçamamasını, deneyip becerememiş olmasını veya devletten destek görmemiş olmasını, savunmada zorunluluk değerlendirilirken göz önünde bulundurulmasını önerir.¹⁷¹¹ Özellikle de meşru savunmada kaçmanın bir yükümlülük olmadığı o kadar çok vurgulanmıştır ki¹⁷¹², meselenin özünde savunmanın orantısızlığında değil, saldırının güncel olmamasında olduğu kaçırılmıştır kanaatindeyiz.

Öte yandan kadının alternatifsiz kalması dolayısıyla tek savunmanın saldırgan saldırmadığı anda onu öldürmek olduğu şeklindeki yorum, hem meşru savunmanın özüne zarar verecek, hem de insiyatif alınarak insan öldürmelerin önünü açabilecek tehlike barındırmaktadır.¹⁷¹³ Böylece meşru savunma âdeti bir ihkak-ı hak kurumuna dönüşecektir.¹⁷¹⁴

Bir saldırıya meşru savunma çerçevesinde cevap verilebilmesi için, saldırının hukuki değerleri ‘akut şekilde’ tehdit etmesi gerekmektedir.¹⁷¹⁵ Kaldı ki saldırının büyük ihtimalle tekrarlanacak olması, ‘muhakkaklığı’ göstermez ve buradaki

¹⁷¹⁰Bkz. <https://www.milliyet.com.tr/gundem/baska-caresi-yoktu-1665025>, E.T.: 24.11.2023, 19.06.

¹⁷¹¹ Eroğlu, Özeroğlu, **a.g.m.**, s. 1427.

¹⁷¹² Bkz. Nadir, **a.g.e.**, s. 168 vd.

¹⁷¹³ Aynı yönde bkz., Taşkın, **a.g.m.**, s. 53; Dressler, **a.g.m.**, s. 466. ; Apaydın, “Kötü Muamele”, s. 50.

¹⁷¹⁴ Dilber, **a.g.e.**, s. 113. Bu noktada kadınların zaten kendilerini savunma amacıyla hareket ederek meşru savunmanın ‘savunma iradesi’ne ilişkin sübjektif şartının sağlandığına ilişkin değerlendirmenin kıymeti harbiyesi bulunmamaktadır. Bkz. Nadir, **a.g.e.**, s. 115. Zira olaylarda meşru savunmanın henüz objektif şartları dahi tamamlanmış değildir.

¹⁷¹⁵ Ergüne, Demirel, **a.g.m.**, s. 173.

kesinlik şartını âdetâ sonsuz bir önceliğe (veya sonralığa) kadar uzatmak¹⁷¹⁶, meşru savunmanın sınırını zorla genişletmek anlamına gelecektir.¹⁷¹⁷

Ayrıca saldırının başlamasının veya tekrarının muhakkaklığının sübjektif olarak değerlendirilmesi, meşru savunmada güncel saldırı ilkesini ihlal etmektedir.¹⁷¹⁸ Üstelik saldırının muhakkaklığı, veya şiddete sadece bir ‘ara’ verilmiş olması *kanımızca* ancak erkeğin örneğin mutfığa bıçak, ya da odaya kemer almaya gittiği çok kısa süreli hallerde geçerli olabilecektir.¹⁷¹⁹

Diğer yandan, mağdurun saldırıda bulunmadığı zamanı, fail ‘bir ara’ addetmiş ya da saldırıyı muhakkak devam edecek zannetmişse bu takdirde hata hükümlerine başvurmak gerekecektir.¹⁷²⁰ Bu noktada da şiddet döngüsünün kadını çaresiz bir duruma sürükleyerek, öğrenilmiş çaresizlik yaşamasına sebep olduğu, bunun da hataya düşmesini kolaylaştıracağı ifade edilmiştir.¹⁷²¹

Saldırı zaman bakımından güncel ya da savunma orantılı kabul edilmese dahi, kişinin içinde bulunduğu duygu durumu dolayısıyla TCK md. 27/2 gereği bu sınır aşımının mazur görülmesi gerektiği dile getirilmektedir.¹⁷²² Meşru savunmada araçlar veya korunan hukuki değerler arasında tam bir eşitlik ve mutlak oran değil, dengenin arandığının altı çizilerek, burada aşılmanın aslında zaman sınırı olduğu, kadının da saldırganından kaynaklanan korku ve telaş halinde söz konusu aşımı gerçekleştirdiği için, örselenmiş kadınların md. 27/2 gereği cezadan kurtulmaları gerektiği savunulmuştur.¹⁷²³

¹⁷¹⁶ İlgili eleştiri için bkz., Faigman, **a.g.m.**, s. 631.

¹⁷¹⁷ Küçüktaşdemir, **a.g.m.**, s. 566. Önleyici meşru savunmanın kabul edilmemesi gereğine dair bkz., Ergüne, Demirel, **a.g.m.**, s. 174.

¹⁷¹⁸ Benzer yönde bkz., Apaydın, “Kötü Muamele”, s. 49.

¹⁷¹⁹ Küçüktaşdemir, **a.g.m.**, s. 568.

¹⁷²⁰ Erden Tütüncü, **a.g.m.**, s. 477; Küçüktaşdemir, **a.g.m.**, s. 570.

¹⁷²¹ Erden Tütüncü, **a.g.m.**, s. 477

¹⁷²² Erden Tütüncü, **a.g.m.**, s. 478; Slobogin, **a.g.m.**, s. 112;

¹⁷²³ Küçüktaşdemir, **a.g.m.**, s. 579.

Burada emsal gösterilen Yargıtay'ın kararında¹⁷²⁴ ise, kısaca öz babası tarafından senelerce cinsel şiddete maruz kalan genç kadının uyuduğu esnada babasını öldürmesi konu alınmaktadır. Öldürme sabahı öncesindeki gece tekrar zorla cinsel ilişki teşebbüsünde bulunulmuş, kızın bir şekilde kurtulması üzerine baba 'bugün olmasa da yarın', 'nasılsa' onunla birlikte olacağı yönünde tehditde bulunmuş, bunun üzerine kız ertesi sabah onu daha önce aldığı maktülün tabancası ile öldürmüştür. Yargıtay'ın bozma kararının son kısmı şu şekildedir:

¹⁷²⁴ “Dosya içeriğine göre; sanık H. H.'nun maktülün öz kızı olduğu, sanığın, B. Y. B. ile 24/08/2004 tarihinde evlendiği; maktülün, 23/09/2004 tarihinde damadına karşı yaralama, sövme ve tehdit suçlarını, 09/11/2005 tarihinde yaralama ve tehdit suçlarını, 14/11/2005'te kendi evini kasıtlı olarak yakma suçunu işlediği iddiası ile Afşin Asliye Ceza Mahkemesinde kamu davaları açıldığı, davaların suç tarihinde derdest olduğu; maktülün, kızı olan sanığa evliliği süresince "10 tane çocuğun da olsa seni bu kişiden ayırıp yanıma alacağım, isteyen olursa da vermeyeceğim" şeklinde sözler söylediği, tüm bu olaylardan sonra sanığın, Afşin Asliye Hukuk Mahkemesinin 25/01/2006 tarih, 2006/19 Esas, 2006/16 Karar sayılı olup, aynı gün kesinleşen kararı ile eşinden boşandığı ve baba evine döndüğü; maktülün, olay tarihinden önceki 6 ay boyunca, evlilik geçirmiş ve 22 yaşında olan sanık kızını diğer aile bireyleri içinde dahi kucağına almak, kalçasına ve göğsüne dokunmak sureti ile taciz ettiği, aynı odada kalan 14 yaşındaki diğer kızı G.'in uyuduğundan emin olduğunda odaya girip H. H.'nun kalçalarına ve göğsüne dokunarak taciz ettiği, tabancayı sanığın kafasına dayamak sureti ile tehdit ederek, onunla birden çok kez ve rızası dışında cinsel ilişkide bulunduğunu; yaşanan bu ilişkiler sonucu sanığın hamile kaldığı; kadın doğum uzmanı Dr.S. D.'in özel muayenehanesinde 16/04/2008 tarihinde kürtaj yaptırdığı; maktülün, 27/06/2008 günü eve geç geldiklerini bahane ederek sanığı, eşini ve diğer kızı G.'ı evden kovduğu, sanığın, annesi ve küçük kızkardeşi ile beraber işletmekte oldukları bazlama dükkanında geceledikleri; maktülün, ertesi gün işyerine giderek diğerlerini eve gelmemeleri konusunda tehdit ederek, H. H.'yu kolundan tutup eve götürdüğü ve evde silah zoru ile tekrar cinsel ilişkiye girdiği; sanığın, o gün evde kalıp ertesi gün işe gittiği, olaydan bir gün önce 29/06/2008 tarihinde saat 20.00 sıralarında annesi A. ve kardeşi ile beraber eve girdikleri, maktülün, eve gelmelerine ses çıkarmadığı, televizyon izlemekte olan maktülün, eşinin uyumasından sonra arada mutfığa girip çıkmak sureti ile kızlarının odasını gözetleyerek küçük G.'in uyumasını kolladığı, G.'in ve sanığın uyumasından sonra saat 24.00 sıralarında kızı H. H.'nun yanına gidip eli ile kalçasına ve göğüslerine dokunmak sureti ile tacizde bulunduğu ve uyanan sanığa "salona gel" dediği, sanığın "Ben senin kanındanım canındanım" demesi üzerine "seni istiyorum, kaçışın yok, sen benim olacaksın, tersten bir kere birlikte olalım" diyerek eli ile gerçekleştirdiği tacizlerini devam ettirdiği, sanığın bağıracağını ve annesini çağıracağını söylemesi üzerine "Tamam ben sabrederim, bugün olmazsa yarın seni mutlaka elde edeceğim ve seninle birlikte olacağım" diyerek odadan çıktığı; maktülün, her zaman yaptığı gibi, gece tekrar taciz ve tecavüz için gelebileceği ve ertesi gün annesini ve kızkardeşini evden uzaklaştırdıktan sonra kendisine silah tehdidi ile tecavüz edeceği endişesiyle korkuya kapılan sanığın, maktüle ait silahı yerinden alıp yastığını altına koyduğu, sabah saat 07.30 sıralarında annesinin mutfakta olması nedeni ile babasının yalnız olarak uyumakta olduğu odaya girip, çaresizlikten kaynaklanan korku ve panikle ona ikisi enseye ve bir adedi sırt bölgesine olmak üzere 3 el ateş etmek suretiyle öldürdüğü olayda; açıklanan olaylar zinciri içinde ırzına yönelik ısrarlı saldırılardan maktülün vazgeçmeyeceği ve o an için son verilen saldırıların tekrarının muhakkak olduğu inancına kapılarak, meşru savunma koşulları içinde, ancak mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaş ile sınırı aşarak maktülü öldüren sanık hakkında TCK.nun 27/2 ve CMK.nun 223/2-c maddeleri uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi yerine delillerin takdirinde yanılığa düşülerek TCK.nun 82/1-d,29,62 maddeleri ile hüküm kurulması; Bozmayı gerektirmiş, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün CMUK.nun 321. maddesi uyarınca tebliğnamedeki düşünceye aykırı olarak (BOZULMASINA)”

“... olaylar zinciri içinde ırzına yönelik ısrarlı saldırılardan maktulün vazgeçmeyeceği ve o an için son verilen **saldırıların tekrarının muhakkak olduğu inancına kapılarak**, meşru savunma koşulları içinde, ancak **mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaş ile sınırı aşarak maktulü öldüren sanık hakkında TCK.nun 27/2 ve CMK.nun 223/2-c maddeleri uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi yerine delillerin takdirinde yanılığa düşülerek TCK.nun 82/1-d,29,62 maddeleri ile hüküm kurulması; Bozmayı gerektirmiş ...**”¹⁷²⁵

Bu kararı da örnek gösteren bir görüş, örselenmiş kadın sendromu vakalarının çözümünde TCK md. 27/2’nin doğru adres olduğu, ancak maddenin amacından çok genişletilmesi endişesinin de yeni bir kusuru etkileyen müessese düzenlenerek aşılabileceğini ifade etmektedir.¹⁷²⁶ Oysa Yargıtay’ın gerekçesi açıkça hukuka uygunluk nedenlerinin şartlarında yanılmayı işaret ederken kararı md. 27/2’den vermesi *kanaatimizce* tutarlı değildir. Failin bir kaç kez tekrar etmiş bulunan saldırının tekrarının muhakkaklığında yanılması, meşru savunmanın güncel bir saldırıya dayanması şartına ilişkin bir hata teşkil etmektedir. Dolayısıyla Yargıtay’ın 27/2 değil, md. 30/3 gereği kaçınılmaz hatadan dolayı faili cezasız kılması gerekirdi.

Söz konusu kaçınılmazlık değerlendirmesinde, bu değerlendirme kast ve taksirden farklı olarak objektif hususlara değil, fail ile alakalı subjektif özelliklere dayandığından, failin yaşadığı şiddet döngüsü ve örselenmiş kadın sendromu dikkate alınabilirdi. Kaldi ki *kanımızca* hatanın kaçınılabilirliği de olay bakımından şüphelidir. Ancak elbette her zaman yasak hatası hükümlerine de başvurmak mümkündür. Burada objektif olarak bir saldırı mevcut olmadığından, TCK md. 27/2 gündeme gelememelidir.¹⁷²⁷ Zira fıkarda geçen telaş ve korku da güncel bir saldırıdan kaynaklanmış duygular olmalıdır.

¹⁷²⁵ Y. 1. C.D., T. 13.7.2011, E. 2011/1276, K. 2011/4491.

¹⁷²⁶ Erden Tütüncü, **a.g.m.**, s. 479.

¹⁷²⁷ Aynı yönde bkz., Elif Ergüne, Muhammed Demirel, “Müteaddit Defa Cinsel Saldırı Suçunun Mağduru Olan Kadının ‘Muhtemel Cinsel Saldırıya’ Binaen Faili Öldürmesine İlişkin ‘Birbiriyle Çelişen’ İki Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Türkan Rado’nun Anısına Armağan**, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2020, s. 172.

Her ne kadar TCK md. 27/2 gereği korku veya telaşa kapılarak sınırın aşılması kurumunun ahir zamansal aşımında da uygulanması gerekirse de, bunun için elbette öncelikle ortada bir meşru savunma bulunmalı, fail meşru savunmasını yapmalı ve bunun ardından bu duyguların etkisi ile sınırı aşmalıdır. Sendromun söz konusu olduğu öldürmelerde ise meşru savunma hiç oluşmamıştır.

Ahir zamansal aşım ile mazur görülmesi gereken aşım teşkil eden fiil, kişinin gerçek ve hukuka uygun savunma hareketi ile yakın bağlantılı ve üçüncü kişi nezdinde tek addedilebilen fiillerdir.¹⁷²⁸ Örneğin kocası kadına saldırırken kadın eline geçirdiği bir vazoyla onun başına vursa, bu vurmadan sonra adam bayılacak gibi olsa ancak kadın o anın heyecanının etkisiyle kocasına bir kaç kez daha vursaydı bunu uygulayabilecektik. Burada gerçek bir meşru savunma hali ve onun peşine eklenen zaman aşan hareketlerden söz edecektik.

Oysa olaylarda kadın herhangi bir savunma fiili içine hiç girmemiştir ki bunda sınır aşsın. Zaten saldırının olmadığı bir anı beklemiş, herhangi bir saldırı hiç yokken, yani kendisi savunmacı pozisyonunda değilken şiddet uygulayıcısını öldürmeye cesaret edebilmiştir. Olaylarda kendini bir saldırıya karşı savunan ve burada aşım yapan bir fail yoktur. Kaldı ki, ortada zaafiyete dayanan fevri duygular da yoktur. Uyuyan veya TV izleyen birini öldürmekte değil korkuya veya telaşa kapılmak, ancak planlama veya intikam duygusu söz konusudur.

TCK md. 27/2'yi gündeme getiren kişinin kusur yeteneğini süreli olarak da etkileyebilen duygular değil, saldırı anının sıcaklığında ortaya çıkan ve kişiyi belli yönde düşünmeden harekete iten duygulardır. Nitekim Yargıtay'ın hükmü yerinde uyguladığı kararında, düzenli şiddet gördüğü kocası uyurken evden kaçmaya çalışan ancak çıkarttığı ses ile uyanan ve kaçmasını engellemek üzere tekrar saldıran kocasını bıçaklayarak ölümüne neden olan failin durumunda, saldırının filhal olduğunun altı çizilmelidir.¹⁷²⁹

¹⁷²⁸ Öyle ki söz konusu davranışlar, doğal hareket tekliği teorisi içinde tek hareket addedilebilek nitelikte olmalıdır. Bunun için bkz. yukarıda: "3.3.2.2.2. *Ahir Zamansal Aşım*"

¹⁷²⁹ Bkz. Y. 1. C.D., T. 27.5.2015, E. 2014/5394, K. 2015/3383.

Özellikle de Amerika’da görülen dava örneklerinin hemen tamamında kadınların, yüksek korku ve telaş değil bilakis soğukkanlılıkla ve planlayarak bu öldürmeleri işledikleri görülmüştür.¹⁷³⁰ Planlamanın varlığında elbette artık ne meşru savunma ne de sınır aşılmasından söz edilebilecek¹⁷³¹, hatta kişinin öfke ve üzüntüsünün etkisinin dindiğinden bahisle duruma göre haksız tahrik bile devre dışı kalabilecektir.

Öğretide büyük oranda, bu sendromu yaşayan kadınların ceza indirimi amacıyla da olsa akıl hastalığı hükümleri içinde ele alınması reddedilmektedir.¹⁷³² *Kanaatimizce* eğer kadınların psikolojilerine dayalı bir nedenden ötürü mazur görülmeleri isteniyorsa, burada etiketi tartışarak konu saptırılmamalıdır. Meseleye şiddet gören kadının ‘akıl hastalığına’ tutulduğu iddiasının âdeta bir hakaret gibi algılanarak yaklaşılması konuyu tamamen dramatize ederek çözüme kavuşturmaktan uzaklaştıracaktır. Uzun süren fiziksel, cinsel ve psikolojik şiddetin insan psikolojisi üzerinde geçici veya kalıcı hasar bırakması sürpriz bir sonuç değildir.

TCK md. 32’de, akıl hastalığı tanımlanmamış ve ETCK’da yer alan tam ve kısmi akıl hastalığı tabirleri korunmamıştır. Bunun yerine ilgili akıl hastalığının, failin fiilini işlediği sırada kusur yeteneğini ne ölçüde etkilediğine önem atfedilmiştir.¹⁷³³ Maddenin ikinci fıkrası ise önemli derecede olmayan isnad yeteneği azalmalarında uygulanacak şekilde ve oldukça geniş olarak düzenlenmiştir. Nitekim fıkra belirlilik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle öğretide de eleştirilmektedir.¹⁷³⁴ Burada söz konusu örselenmiş kadın sendromunu, kadının kusur yeteneği hâlâ sürse de, bu hüküm çerçevesinde ele almak mümkün görünmektedir. Gerçekten de, madem sürekli kötü muameleye maruziyet failin akıl sağlığı üzerinde etki etmiş,

¹⁷³⁰ Küçüktaşdemir, *a.g.m.*, s. 566.

¹⁷³¹ Aynı yönde bkz., Fatma Sıla Gökdere, “Şiddete Maruz Kalmış Kadın Sendromunun Meşru Savunma Açısından Değerlendirilmesi”, MGC Legal, <https://www.mgc.com.tr/siddete-maruz-kalmis-kadin-sendromunun-mesru-savunma-acisindan-degerlendirilmesi/>, E.T. 21.12.2022, 12:03.

¹⁷³² Erden Tütüncü, *a.g.m.*, s. 480; Taşkın, *a.g.m.*, s. 51; Slobogin, *a.g.m.*, s.112; Selin Türkoğlu, “Self-Defence and Domestic Violence: An Analysis of Turkish Criminal Law Practice”, *Athens Journal of Law*, Vol: X, No:7, 9/1-30, 2022, s. 11.

¹⁷³³ Sinan Bayındır, “Türk Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Sonuçları”, *Legal Hukuk Dergisi*, Mart 2011, s. 894.

¹⁷³⁴ Bayındır, *a.g.m.*, s. 897-8.

işlediği fiili anlamlandırma ve davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede değilse bile azalmışsa, md. 32/2'nin uygulanmasında bir mahsur yoktur.¹⁷³⁵

Öğretideki bir diğer fikre göre ise, her ne kadar TCK md. 32/2 ve md. 29'un bu olaylarda uygulanması münasip ise de, bu hükümlerden ilkinde failin davranışının haksızlık içeriğinin azlığı yeterince dikkate alınmamaktadır. Haksız tahrik indirimi ise, söz konusu olaylar için hakkaniyetli bir oranda değildir. Buradan alarak, kanunda, uzun süren şiddete maruz kalmanın, tekrar maruz kalacağına dair kesin inancın ve suç işleme hareketi ile bu duygu durumu arasındaki nedensellik bağının vurgulandığı, '*kötü muamele korkusu*' adıyla yeni bir mazeret nedenine yer verilmesi önerilmiştir.¹⁷³⁶ Bu görüş, söz konusu faillerin cezalandırılmalarının genel ve özel önleme amaçlarına hizmet edemeyeceği iddiasındadır.¹⁷³⁷ Her ne kadar haklı gerekçelerle de olsa, ihkâk-ı hak yolunun kapalı olduğu hukuk düzenindeki norm teyidi bakımından bu kanaate katılamayacağız.

Öte yandan eşin veya partnerin uyguladığı şiddetin manevi cebir sayılarak kadının öldürme fiilinde TCK md. 28'den yararlanabileceği de ileri sürülmüştür.¹⁷³⁸ Zira aslında meselenin, failin duygu durumu nedeniyle hareketlerinin kendisinden 'beklenebilirliğinin' ölçülüp mazeret nedenleri ekseninde değerlendirilmesi gerektiği, sendromu yaşayan kadınların içtihat hukukunda daha ziyade meşru savunmadan yararlandırılmak istenmesinin de hep bu kavram ekseninde gerekçelendirildiği ifade edilmektedir.¹⁷³⁹ Ancak aksi kanaate göre, fail cebirde bir acıdan kurtulmak için cebri gerçekleştiren kişi tarafından hukuka aykırı bir fiili işlemeye zorlanmaktadır. Oysa burada böyle bir durum söz konusu değildir.¹⁷⁴⁰

¹⁷³⁵ Topçu, **a.g.e.**, s. 988.

¹⁷³⁶ Topçu, **a.g.e.**, s. 992-3. Yazarın madde önerisi şu şekilde (**A.g.e.**, s. 995): "*Kendisine ya da bir başkasına yönelik olarak sürekli ve ağır nitelikte kötü muamelede bulunan bir kişiye karşı, bu fiillerden kaynaklanan ağır ruhsal ıstırap hali ve kötü muamelenin tekrar edeceği korkusu içerisindeyken fiil işleyen kişiye ceza verilmez.*"

¹⁷³⁷ Topçu, **a.g.e.**, s. 994.

¹⁷³⁸ Küçüktaşdemir, **a.g.m.**, s. 579.

¹⁷³⁹ Küçüktaşdemir, **a.g.m.**, s. 570; Faigman, **a.g.m.**, s. 626; Gökdere, **a.g.m.**

¹⁷⁴⁰ Topçu, **a.g.e.**, s. 986.

Uygulama örneklerinde ise daha ziyade bu tarz öldürmelerde haksız tahrik çerçevesinde indirime gidildiği görülmüştür.¹⁷⁴¹ Yargıtay da pek çok kararında, örselenmiş kadın sendromuna örnek teşkil edebilecek olaylarda, yıllardır eşinden fiziksel ve cinsel şiddet gören failin olay gecesi de şiddet görmesinin ardından alkol alarak uyumuş olan eşini boğmak suretiyle öldürmesi örneğinde olduğu gibi, haksız tahriğe dayalı kasten öldürmeden mahkumiyet verilmesi gerektiğine kanaat getirmektedir.¹⁷⁴² Nitekim saldırı sonlanmıştır ve şiddet gören fail, intikam ve öfke gibi duyguların etkisi altında öldürmeyi işlemiştir.

Kanaatimizce, bugün hâlâ tüm dünyada önü alınamaz şekilde süren ve çoğu da aile içinde veya partner kaynaklı olan kadına karşı şiddet vakalarının çözülmesi, meşru savunma ya da sınırın aşılması hükümleri esnetilerek ve haddinden fazla genişletilerek ceza mahkemelerine bırakılmamalıdır. Elbette şiddete uğrayan kadınların tepkilerini meşru saymak ahlaken cazip gözükmemektedir.¹⁷⁴³ Kadınların psikolojik, sosyal ve ekonomik açıdan desteklenmesi ve şiddet vakalarının politik başka kararlarla önlenmesi için devletin içine düştüğü tembellik, ceza mahkemeleri ceza tekniğine aykırı kararlar vermek zorunda bırakılarak aşılımaya çalışılmamalıdır.

Olayın şartlarına göre akıl hastalığı, haksız tahrik veya cebir ya da tehdit kurumu uygulanarak kusuru azalan ya da kalkan kadınlar için indirim ya da cezanın ortadan kaldırılması söz konusu olabilir. Keza şiddetin devamı veya savunmanın ağırlığı konusunda düşülen hatanın kaçınılmazlık değerlendirilmesinde de kadının bireysel olarak düştüğü psikolojik hal elbette dikkate alınabilir ve alınmalıdır da. Ancak kavramsal olarak uygulanamayan meşru savunma ve sınırın aşılması kurumlarını eğip bükerek uygulamaya zorlamak intikamla insan öldürmelerin affedilmesi sonucunu doğurur. Kaldı ki sosyolojik olarak doğru gitmeyen her durumda ceza mahkemelerinin müdahalesini aramak kriminolojik olarak da yanlış

¹⁷⁴¹ Y. C.G.K., T. 11.6.2013, E. 2013/1-295, K. 2013/295. Karşılaştırmalı hukukta da klasik ceza hukukçularınca haksız tahrik ekseninde ele alındığına dair bkz., Alexandra L. Wannop, “Battered Woman Syndrome and Defense of Battered Woman in Canada and England”, *Suffolk Transnational Law Review*, Vol. 19, 1995-6, s. 255.

¹⁷⁴² Y. C.G.K., T. 4.10.2018, E. 2015/424, K. 2018/399; Y. 1. C.D., T. 5.2.2018, E. 2017/90, K. 2018/284; Y. 1. C.D., T. 27.10.2021, E. 2020/4699, K. 2021/13692.

¹⁷⁴³ Apaydın, “Kötü Muamele”, s. 50; Erden Tütüncü, *a.g.m.*, s. 78-9; Nadir, *a.g.e.*, s. 108 vd.

ve böylece âdeta devleti üzerine düşenleri yapmaktan azade kılacak kolaycı bir tutum olacaktır *kanaatindeyiz*.

Dolayısıyla her şeyden önce meselenin toplum mühendisliği ile alakalı olduğunu, devletin, kolluğu ve sivil toplum kuruluşlarıyla meseleyi ciddiye alması ve gerekli alanlarda üzerine düşeni yapması gerektiğini tekrar vurgulamak isteriz. Ancak hali hazırdaki mevzuat dahilinde karşılaşılabilecek böyle bir vaka halinde gerçekten de TCK md. 32/2 ve 29'u beraber uygulamaktan başka çare görünmemektedir. Söz konusu uygulamanın getireceği ceza indiriminin yeterli olduğu fikrinde olmasak da, kusurun cezasızlığı gerektirecek derecede azaldığını da düşünmediğimizden, meselenin yeni bir mazeret nedeni yaratımı ile hallini de uygun görmemekteyiz.

Bunun yerine, TCK 32. maddeye bir fıkra daha eklenerek, örselenmiş kadın sendromunun kanun koyucu tarafından tanımlanması ve bu hallerde indirimin bir üst fıkradan daha yüksek oranlarda yapılması ile çözülebileceği inancındayız. Bundan başka, örselenmiş kadın sendromunun tespit edilebildiği failler bakımından, md. 82/1-d ve md. 86/3-a hükümlerinin uygulanmaması için de kanunda gerekli değişikliğin yapılması gerekmektedir. Zira bir suçun nitelikli halini gerekçelendirmek bakımından ister söz konusu halin suçun işlenişini kolaylaştırdığı, isterse de suçun haksızlık derecesini arttırdığı iddia edilsin, örselenmiş kadın sendromuna vücut veren olaylarda söz konusu kadınlar için eşlerini (ya da bazı olaylarda babalarını) öldürmek veya yaralamak ne olağana göre daha kolaydır, ne de kendilerine aralıksız şekilde şiddet uygulayan bu bireylerin yaşamlarına son vermelerinde veya yaralamalarında, aile bağlarına dayanan bir haksızlık artışı iddia olunabilir.

3.3.2.3. Mekanda / Kişide Sınır Aşımı

3.3.2.3.1. Genel Olarak

Burada saldırganın kimliği de meşru savunmanın bir şartı olduğundan, TCK md. 27/2'nin kişide aşımelerde uygulanmayacağını gerekçelendirmek için, bu şartın zaman ve ölçü şartlarından hangi açıdan farklılık arz ettiğı ortaya konmalıdır. Aslında bu farklılık da, mazeret nedeni olan hükmün, aşım mağdurunun kusurlu saldırgan olmasına dayanan hukuki niteliğı ile açıklanabilir.¹⁷⁴⁴ Nitekim Türk ve Alman hukukunda ağırlıklı görüş, üçüncü kişiye verilen zararlar için bu maddeden yararlanılamayacağı yönündedir.

TCK md. 27/2'nin objektif şartları, ortada gerçekten bir meşru savunmanın bulunması ve mağdurun saldırgan olmasıdır. Dolayısıyla *saldırganın kimliğı*, oran ve zamandan farklı olarak, yalnızca meşru savunmanın (yani md. 25/1'in) değil, aynı zamanda meşru savunmada sınırın aşılmasının da (md. 27/2'nin) *müstakil bir şartıdır*. Nasıl ki meşru savunmanın kendisi hiç mevcut olmadığı mefruz meşru savunma halinde hükmün uygulanması reddedilmektedir, tamamen aynı gerekçeyle, mağdurun saldırgan olmadığı hallerde de fıkrayı uygulamaya imkan bulunmamaktadır. Saldırganın kimliğinde sınır aşımı, artık meşru savunmanın değil, md. 27/2'nin sınırını aşma teşkil eder ve elbette bu hüküm kendi sınırlarının aşılması için uygulanamaz.

3.3.2.3.2. Yaşam Hakkı ve Vücut Dokunulmazlığına Yönelmeyen Fiiller Bakımından

Prensip itibariyle meşru savunma yalnızca saldırgana yönelebileceğinden, saldırgan dışındaki kişilerin zarar görmesi halinde meşru savunmanın sınırı aşılmış olacaktır. Alman hukukunda bu hallerin AlmCK md. 33 kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğı tartışılmıştır.

¹⁷⁴⁴ Murmann, **a.g.e.**, §26, Kn. 80; Duttge, §33, kn. 9; Roxin, **a.g.e.**, §22, kn. 91.

Bir görüş, AlmCK md. 33'de düzenlenmiş mazeret nedeninin haksızlık azalması ayağının ancak gerçek saldırganıya yönelen aşım fiiller bakımından geçerli olacağını ifade ederek, üçüncü kişiye zarar verici fiillerin mazur görülmemesi gerektiğini ileri sürer.¹⁷⁴⁵ Öte yandan, zarar gören savunma aletinin üçüncü kişiye ait olması ve faile rızası ile teslim edilmiş olması halinde burada 33. maddenin uygulanmasını kabul eden görüş de bulunmaktadır.¹⁷⁴⁶ Öğretide saldırgan veya saldırganı teslim edilmiş aletlerin zarar görmesinde rıza çerçevesinde hukuka uygunluk nedenini kabul eden çoğunluğun aksi yönünde de fikirler ileri sürülmüştür.¹⁷⁴⁷ Saldırı aletinin saldırgandan başkasına ait olması halinde de yine, en nihayetinde savunmanın gerçek saldırganıya yönlendirildiğinden dolayı md. 33'ün çerçevesinde kalındığı belirtilmiştir.¹⁷⁴⁸

Meşru savunmada korku, telaş veya paniğe kapılarak sınır aşan failin, savunmada kullandığı silahın ruhsatsız olması halinde nasıl bir yol izleneceği de sorun olmuştur. AFYM bazı kararlarında, meşru savunmada Silah Yasası'na (*Waffengesetz*)¹⁷⁴⁹ uygun olmayarak temin edilmiş silahların kullanılmasının, bu kapsamda hukuka uygun olduğuna¹⁷⁵⁰, bazılarında ise böyle fiillerin de AlmCK md. 33'den yararlanabileceğine hükmetmiştir.¹⁷⁵¹ Oysa öğretide bu kararlar sisteme aykırı ve gereksiz olmakla eleştirilmektedir. Zira burada menfaati zedelenenin saldırgan değil, yine bir üçüncü kişi olarak toplum olduğundan bahisle md. 33'ün uygulanmaması gerekir.¹⁷⁵² Ayrıca hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk halinin düzenlendiği bir hukukta, o hükme gidilerek bu sorun çözülebilecekken

¹⁷⁴⁵ Kühl, **a.g.e.**, §12, kn. 145; Murmann, **a.g.e.**, §26, Kn. 80.

¹⁷⁴⁶ Erb, §33, kn. 25;

¹⁷⁴⁷ Bkz., Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §18, 1145.

¹⁷⁴⁸ Spindel, §33, kn. 23.

¹⁷⁴⁹ Resmi Gazete (*Bundesgesetzblatt*): T: 11.10.2002, S: BGBl. I S. 3970, 4592; 2003 I S. 1957

¹⁷⁵⁰ BGH 18.02.1999 - 5 StR 45-99 (NStZ 1999, 347 vd.); BGH 12.5.1981 - 5 StR 109/81 (NStZ 1981, 299).

¹⁷⁵¹ BGH 12.5.1981 - 5 StR 109/81 (NStZ 1981, 299); BGH 27.12.2011 - 2 StR 380/11 (NStZ 2012, 452). Ancak bu yararlanma yalnızca silahın savunmada kullanılması bakımından olup, meşru savunma hali öncesi üzerinde taşımayı kapsamamaktadır, bkz., BGH 22.11.2000 - 3 StR 331/00 (NStZ 2001, 143, 144).

¹⁷⁵² Kühl, **a.g.e.**, §12, kn. 145; Perron, Eisele, §33, Kn. 10; Roxin, **a.g.e.**, §22, kn. 92; Duttge, §33, kn. 9.

mahkemenin md. 33'ün alanını genişletmesi ayrıca gereksiz bir hamledir.¹⁷⁵³ *Kanaatimiz* de bu yöndedir.

Çok benzer bir olayda Türk Yargıtay'ı, aralarında husumet bulunan bir kişiden devamlı tehdit aldığı için üzerinde silah taşıyan sanığın bir meşru savunma çerçevesinde bu silahı kullanmasında her ne kadar tasarlamadan hüküm kurmasa da, sanığa 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkındaki Kanun¹⁷⁵⁴'a muhalefet suçundan verilen cezayı onamıştır.¹⁷⁵⁵

Kanaatimiz, ölçülü savunma çerçevesinde üçüncü kişilerin ve genel olarak kamunun malvarlığı değerlerine zarar verilmiş olmasının TBK'da düzenlenen zorunluluk hali çerçevesinde hukuka uygun sayılması gerektiği yönündedir.

3.3.2.3.3. Şahısta Hata (*Error in Persona*)

Saldırganın kimliği de meşru savunmanın şartlarından biri olduğu için, şahısta hata halinin de hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hata gibi ele alınması gerekir. Eğer hata kaçınılmaz ise, örneğin saldırıyanın ikizine karşı savunma yapılmışsa, burada failin kusuru kalkar, kaçınılabiliirse azalır.

'Meşru savunmanın üçüncü kişiye herhangi bir etkisinin olamaması' prensibi meşru savunmanın kendi hukuki temeli gereği, üçüncü kişiye yönelen fiiller bakımından failin fiilinin hukuka aykırı alanda sayılacağını ifade eder.¹⁷⁵⁶ Benzer şekilde meşru savunmada zaafiyete dayanan heyecanlarla sınır aşılmasına ilişkin mazeret nedeninin de ana dayanaklarından biri, söz konusu aşımın, bizzatıhi saldırıyanın mağdur olması olduğuna göre, kusursuz üçüncü kişiler nezdinde doğan sonuçlardan artık fail genel hükümlerce sorumlu olmalıdır.¹⁷⁵⁷

¹⁷⁵³ Erb, §33, kn. 25; Rogall, 33, kn. 15; Roxin, **a.g.e.**, §22, kn. 92.

¹⁷⁵⁴ Resmi Gazete: T: 15.7.1953, S: 8458.

¹⁷⁵⁵ Y. 1. C.D., T. 14.6.2012, E. 2008/7580, K. 2012/4942.

¹⁷⁵⁶ Rönna, Hohn, §32, Kn. 161.

¹⁷⁵⁷ Köhl, **a.g.e.**, §12, kn. 145; Motsch, **a.g.e.**, s. 104-5; Fischer, §32, kn. 24; Perron, Eisele, §33, kn. 10; Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, a.g.e., §18, kn. 58.

Burada sorun yaratabilecek iki husus açıklığa kavuşturulmalıdır. Bunlardan bir tanesinde fail, saldırganın kimliğinde kaçınılabılır bir hataya düşmüş, ancak ölçülü bir savunmada bulunmuştur. Örneğin:

(1) Birbirine tıpa tıp benzeyen ikizlerden (K), (A)'ya saldırmıştır. Onu engellemek için iyi niyetle ikizi (H) de peşinden gitmiş ancak olaya yetişememiştir. Engellemek için pek çok kişi de başlarına toplanmış ve o arbedede (A), (H)'yi (K) zannederek kendisine vurmalarını kesmesi için yumruk atmıştır. (H)'nin burnu kanamıştır.

Söz konusu olayda hata zaten kaçınılmazsa fail (A) doğrudan TCK md. 30/3 hükmü gereği sorumsuz olacaktır. Hatanın kaçınılabılır olduğu varsayımında ise öğretideki çoğunluk görüşüne göre (A) hâlâ md. 30/1'e kıyasen taksirle yaralamanın cezasını alacaktır. Ancak olayda son derece korku ve telaşa kapılıp kişide bu yüzden hata yaptıysa taksirle sorumluluktan doğan artık cezası da md. 27/2 gereği affedilebilecek midir? Bu sorunun cevabı olumsuzdur. Nitekim hükmü mazeret nedeni kılan yalnızca failin içinde düştüğü duyguların kusurunu azaltması değil, bu duygulara aşımından zarar gören mağdurun sebep olmasıdır. Dolayısıyla saldırgan olmayan mağdurlar bakımından md. 27/2 uygulanamaz.¹⁷⁵⁸

Ancak saldırgan kimliği şartının aynı zamanda TCK md. 27/2'de düzenlenen mazeret nedeninin şartında hata olduğu da iddia edilebilir. Fakat bu iddia hiç bir farklı sonuca götürmez. Sonuç itibariyle mazeret nedenlerinde hatayı da düzenleyen hüküm md. 30/3 olup, hata kaçınılabılırsa failin kusuru kalkmadığından sorumluluğu sürer.

¹⁷⁵⁸ Aynı olayda (A), (H)'yi kalbinden bıçaklamıştır. Bu hareket (K)'ya yönelmesi halinde de meşru savunma çerçevesinde orantılı olmayacağından sınır aşımı teşkil edecektir. İşte burada da saldırganın kimliğinin TCK md. 27/2'nin de şartı olması gereği fail onda kaçınılmaz da yanılma sınır aşma hükmünden yararlanması savunulamaz. Zira fail, söz konusu saldırganda yanılmasından, meşru savunmada hata çerçevesinde yararlanmıştır. Fail saldırgan olmayan kişiye verdiği zarar ile zaten (kusuru hata gereği kalksa da) hukuka aykırı alanda davranmaktadır. Bu zararın oransal olarak da aşırıya kaçmasında fail artık sınır aşmamakta, hareketinin haksızlık derecesini arttırmaktadır. Aksi kabul, (H)'yi iki kere mağdur etmek anlamına geleceği için, hukuk düzeninin kusursuz ve tarafsız bir bireyi bu denli gözden çıkarması beklenemez.

Hasılı, saldırganın kimliğinde hata halinde faili TCK md. 27/2'den yararlandırmaya imkan yoktur. Söz konusu şart bu mazeret nedeninin kendi şartı olduğundan, hatanın türü dikkate alınacak uygulanabilecek tek hüküm md. 30/3'tür. Oran ve zaman şartı bakımından yapılan hata kaçınılabilsen artık cezayı md. 27/2 gereği kaldırabilme imkanı, yani bu şartların saldırgan kimliğinden farklı ele alınması, onların md. 27/2'nin değil, yalnız md. 25/1'in şartları olmalarından ileri gelmektedir.

3.3.2.3.4. Sapma (*Aberratio Ictus*)

TCK md. 27/2 hükmünün hukuki niteliği, tarafsız ve kusursuz üçüncü kişiye verilen zarar bakımından failin cezasız bırakılmasına engel olur.¹⁷⁵⁹

Alman hukukunda da, AlmCK md. 33'ün mantığı (*ratio*) gereği sınır aşım mağdurunun kusurlu saldırgan olması gerektiğinden bahisle, AFYM ve öğreti görüşü tarafsız üçüncü kişinin mağdur olduğu hallerde hükmün ne doğrudan ne de kıyasen uygulanabileceğini mümkün görür.¹⁷⁶⁰ Özellikle de hükmün niteliği ve cezasızlığın nedenini mağdurun ön davranışının onu ortaya çıkan sonuçta asıl sorumlu kılmasına dayandıran görüş, savunmanın üçüncü kişiye tesirini tutarlı olarak kati surette reddeder.¹⁷⁶¹

¹⁷⁵⁹ İlk fıkra bakımından üçüncü kişiye yönelen savunmalarda - elbette taksirli olmak kaydıyla - TCK md. 27/1'de düzenlenen sınır aşımı maddesindeki indirimin uygulanmasını önerirken burada buna karşı çıkıyoruz. (Bkz., 2.1.4. *Haksızlığın Derecesini Etkileyen Neden*) Bu tamamen iki fıkranın farklılıklarından ileri gelmektedir. İlk fıkranın mantığı mevcut hukuka uygunluk nedeninin, dikkat ve özen yükümlülüğünün derecesini azaltması iken, ikincisinde mazur görme tamamen meşru savunmanın kendine has nitelikleri ve aşım mağdurunun kusurlu saldırgan olmasından ileri gelmektedir.

¹⁷⁶⁰ Perron, Eisele, §33, kn. 10; Kindhäuser, §33, kn. 13; Seeberg, **a.g.e.**, s. 182; Motsch, **a.g.e.**, s. 103. Yazar ayrıca, meşru savunmanın olgusal olarak 'mekan' şeklinde bir sınırı olmamasından sebep bunun aşılamayacağını ifade eder, bkz., Motsch, **a.g.e.**, s. 35. Aksi yönde bkz., Aschermann, **a.g.e.**, s. 137.

¹⁷⁶¹ Bkz., Jakobs, **a.g.e.**, §20, kn. 28. Mağdur sorumluluğunun dikkate alınması için muhakkak cezanın önleme amaçlarından yola çıkan teorilere dayanmak gerekmediği izah edilmişti. Bkz. yukarıda: '3.1.6. *Cezanın Önleme Amaçlarını Ortadan Kaldıran Neden*'. Öğretide de mağdur sorumluluğu mazeret nedenine içkin bir haksızlık azalması addedilerek, üçüncü kişiler nezdinde doğan sonuçlara bu gerekçeyle karşı çıkılmaktadır. Bkz. Rosenau, **a.g.m.**, s. 232; Murmann, **a.g.e.**, §26, kn. 80.

Söz konusu üçüncü kişinin bir birey ya da genel olarak kamu olması fark etmez. Şartları varsa ve fail ölçülü bir savunma ortaya koymuşsa, burada failin yararlanabileceği maksimum hükümler, hukuka uygunluk nedeni (AlmCK md. 34) ve mazeret nedeni (md. 35) olan zorunluluk halini düzenleyen maddelerdir.¹⁷⁶²

Elbette burada da, hükmün hukuki niteliği önem taşımaktadır. Örneğin maddeyi bir kusur düzenlemesi addeden azınlık görüş, meselenin failin heyecanları olduğuna vurgu yaptığından, sıkı mekansal ve zamansal bağlantı şartıyla üçüncü kişi nezdinde doğan sonuçları da düzenleme kapsamında görür.¹⁷⁶³

Türk öğretisinde üçüncü kişi nezdinde doğan sonuçlar bakımından da fıkranın uygulanması gerektiği yönünde pek görüşe rastlanmamıştır.¹⁷⁶⁴ Özgenç, korku ve telaşla hareket eden failin savunmasından zarar gören üçüncü kişiler bakımından da sınır aşılmasının uygulanması gerektiğini belirtmiştir.¹⁷⁶⁵ Soyaslan da, açıkça beyan etmese de, ikinci fıkrayı anlatırken verdiği örnekle şahısta sapma bakımından hükmün uygulanabilir olduğunu ifade etmiştir: Örneğe göre kalabalık bir grup tarafından linç edilen fail kendini kurtarmak için rasgele atışlar yapmış ve bu atışlardan olaya dahil olmayan üçüncü kişi de zarar görmüştür.¹⁷⁶⁶

Ancak, korku ve panik altında üçüncü kişiye zarar veren fail, TCK md. 27/2'den yararlanmamalıdır. Bunun sebebi üçüncü kişiyi ilgilendiren bir meşru savunma olmaması değil, üçüncü kişinin tarafsız ve kusursuz olarak maddenin mantığı (*ratiosunun*) kapsamı dışında kalmasıdır. Failin kapıldığı heyecanlar saldırgan olmayan hiç bir mağdur bakımından mazur görülmez. Ancak Türk hukukunda bütün hukuka uygunluk nedenleri bakımından taksirli aşımı düzenleyen

¹⁷⁶² Heuchemer, §33, kn. 21; Perron, Eisele, §33, kn. 10; Erb, §33, kn. 25; Kindhäuser, §33, kn. 13, 19. Ya da şartları sağlandığı sürece kanunlarda yer verilmiş diğer hukuka uygunluk nedenleri bkz., Geppert, "Notwehr und Irrtum", s. 37.

¹⁷⁶³ Aschermann, **a.g.e.**, s. 137.

¹⁷⁶⁴ Oysa hükmün yalnız kusuru etkilediği yönünde kabulden yola çıkan görüşlerin böyle bir çıkarım yapması kendi içinde çelişkili olmazdı.

¹⁷⁶⁵ Özgenç, **GH**, s. 728. Yazarın ortak yazar olduğu bir makalede ise açıkça hükmün niteliği müsaade etmediğinden, üçüncü kişiler nezdinde doğan sonuçlarda uygulanamayacağını (Şahin, Özgenç, Kılıç, a.g.m., s. 2316) belirtilmesi karşısında ya Özgenç'in fikir değiştirdiğini, ya da Genel Hükümler kitabında kast ettiği sınır aşma hükmünün ilk fıkra olduğu yorumunu yapmak gerekecektir.

¹⁷⁶⁶ Soyaslan, **GH**, s. 406.

ayrıca bir hüküm de bulunduğundan (md. 27/1) sapma kişi bakımından sınır aşımı sayılıp, failin taksirli sorumluluğunun cezası bu fıkra gereği elbette indirilebilir.

Diğer yandan bu gibi hallerde zorunluluk halinin de gündeme gelebileceği ileri sürülmüştür.¹⁷⁶⁷ Fakat bunun için zorunluluk halinin hususi şartlarının oluşması gerekecektir ve üçüncü kişinin zarar görmesinin saldırıdan kurtulmak için zorunlu olmadığı veya orantılı olmadığı hallerde zorunluluk hali de uygulanamayacaktır. Her hâlükârda failin içine düştüğü duygular, olayda TCK md. 27/2 uygulanamasa bile, ceza tayin edilirken kusur tartımında dikkate alınabilecektir.

3.3.2.3.5. Dolaylı Faillik ve Azmettirme Halinde

Saldırganın arkasında bir dolaylı fail ya da azmettiren olması durumunda onlara etki eden savunmanın da değerlendirilmesi gerekir. Burada söz konusu saldırıdan kusuru ile sorumlu olma kriteri önemlidir. Dolayısıyla saldırı fiiline iştiraki bulunan dolaylı fail ve azmettirenin ve hatta *kanaatimizce* yardım edene yönelen aşkın savunmalar yönünden de fail TCK md. 27/2 gereği mazur görülmelidir. Bu kişiler artık üçüncü kişi addedilmemelidirler.

Yargıtay bir kararında¹⁷⁶⁸, haksız tahriğe vücut veren harekete azmettirene yönelen fiileri de haksız tahrik kapsamında saymıştır.

Meşru savunmanın yöneldiği kişinin yalnızca saldırgan olması gerektiğini kabul, bu kişinin tarafsız olması ve saldırıda kusurunun olmamasına dayanır. Oysa azmettiren ve dolaylı fail saldırıyı başlatmakta kusurlu olduklarından, onlara yönelen fiiller meşru savunma değilse de, meşru savunmada sınır aşımı hükmü çerçevesinde mazur görülmelidir.

Dikkatle altını çizmek gerekir ki, aktif olarak saldırıda yer almadıkça, ya da onlara yapılan savunma otomatik şekilde saldırıyı durdurma etkisi göstermeyecekse, azmettiren veya diğer suç ortaklarına yapılan savunma hareketleri meşru değildir.

¹⁷⁶⁷ Perron, Eisele, §33, kn. 10; Jakobs, **a.g.e.**, §12, kn. 28; Ersan, **a.g.e.**, s. 150

¹⁷⁶⁸ Y. 1. C.D., T. 31.12.2007, 7310/9919. Bu konuda ayrıca bkz., *Dipnot*: 369, 1176, 1185.

Bu hareketler, meşru savunma hukuka uygunluk nedeninin sınırları dışında bulunur. İşte bu noktada, diğer üçüncü kişilerden farklı olarak bu kişilerin saldırıda dahillerinin ve kusurlarının bulunması, TCK md. 27/2'nin uygulanma mantığı (*ratiosu*) ile uyum içinde olduğundan, *kanaatimiz* aşım failinin söz konusu mazeret nedeninden, aşım tek katmanlı olduğu sürece, bu mağdurlar bakımından da yararlanabileceği yönündedir.

Savunmacı olan failin fiiline iştirak etmiş bir dolaylı fail veya azmettirenin varlığı halinde ise, söz konusu sınır aşmış fiil hukuka aykırı olduğu için kasten işlendiği hallerde bu kişilerin de fiile katılmaları ve sorumlu olmaları mümkündür.¹⁷⁶⁹ Öte yandan, savunmacının sınırı aşmak noktasında fiile sevk veya azmettirme, kanımızca uygulamada sık karşılaşılabilecek bir durum olmayacaktır.

3.4. 5237 Sayılı TCK md. 27/2 Düzenlemesinin Sübjektif Şartları

3.4.1. Kast veya Taksirle Aşım

3.4.1.1. Genel Olarak

2005 öncesi dönemde Yargıtay, sanığın ruhi durumunu dikkate aldığı ve bugün önüne gelse TCK md. 27/2 kapsamında sayılabilecek olaylar için genel olarak 'zaruret sınırının aşılmadığı' yönünde karar verme eğilimi göstermekteydi.¹⁷⁷⁰ Ancak normatif kusur teorisinin benimsendiği güncel TCK'nın md. 27/2'si bakımından söz konusu duyguların varlığı halinde sınır aşılmamış addedilmemekte, ancak fail söz konusu aşımından mazur görülmektedir.

TCK md. 27/2'nin mehzaz düzenlemesi olan AlmCK md. 33 çerçevesinde sınırın muhakkak bilinçsiz aşılması gerektiği ve bilinçli aşım halinde de uygulanabileceği noktasında temelde iki görüş eksenli tartışmalar yürütülmüştür. Her şeyden önce söz konusu hükmü hata düzenlemesi olarak ele alan görüşler

¹⁷⁶⁹ Ayı yönde bkz., Heuchemer, §33, kn. 1.

¹⁷⁷⁰ Örnek karar olarak bkz., Y. C.G.K., T. 10.10.1995, E. 1995/1-23, K. 1995/271; Y. 1. C.D., T. 23.12.1992, E. 1992/2807, K. 1992/2966.

elbette aşımın bilinçsiz olduğundan yola çıkmaktadır.¹⁷⁷¹ Ancak bundan başka, failin bilinçli sınır aştığı hallerde zaafiyete dayanan duyguların etkisi altında hareket ettiğinin söylenemeyeceği de ileri sürülmüştür.¹⁷⁷² Bu duygular altındaki failin, daha hafif aracı fark etmesi beklenemeyeceğinden mazur görülmelidir.¹⁷⁷³

Alman Ceza Kanunu reform çalışmaları esnasında komisyon AlmCK 33. maddeye, failin duygu durumundan dolayı aşım yaptığını fark edemediği hallerde uygulanacağına dair bir kayıt düşülmesi önerisini reddetmiştir.¹⁷⁷⁴ Öneri, bilinçsiz aşım da tam cezasızlık, bilinçli aşım da ise basamaklı ceza indirimi öngörmekteydi.¹⁷⁷⁵ Dolayısıyla, kanun koyucunun maddeyi *bilinçsiz aşım*la sınırlandırmamasının *bilinçli bir tercih olması*, öğretide çoğunluğun bilinçli aşım da da mazur görülmeyi savunmasına sebep olmuştur.¹⁷⁷⁶

Hem madde metni bilinçli aşımı dışlayacak şekilde düzenlenmemiştir, hem de fail bilinçli iken de zaafiyete dayanan duyguların etkisine kapılabilir.¹⁷⁷⁷ Nitekim söz konusu duygular iradeyi tamamen kaldırmaz ya da kaldırmaları beklenmez. Fail hem sınır aştığının farkında olup hem de buna engel olamayabilir veya kendini buna mecbur hissedebilir.¹⁷⁷⁸ Gerçekten de çoğu olayda fail üzerinde düşünmeden ve o anda aklına öyle yapıvermek geldiği için fiilini gerçekleştirir.¹⁷⁷⁹

Bilinçli aşımı reddetmek, AlmCK md. 33'ün anlamını kaybetmesine ve uygulanamaz hale gelmesine sebep olabilir.¹⁷⁸⁰ Aksini iddia, cezalandırmanın

¹⁷⁷¹ Frister, **Struktur**, s. 229 vd.

¹⁷⁷² Schmidhäuser, **a.g.e.**, §8, kn. 31

¹⁷⁷³ Schmidhäuser, **a.g.e.**, §8, kn. 31

¹⁷⁷⁴ ProtSondBT V, SA V/91, S. 1815-1821 (91. Sitzung v. 14.12.1967); Bu olağandışı oturumda 38. madde olarak düzenlenmesi düşünülen meşru savunmada sınırın aşılması hükmü için şöyle bir ikinci alternatif önerilmişti: “Fail, meşru savunmanın sınırlarını, farkında olmayarak, telaş, korku ve panikten ötürü aşarsa cezalandırılmaz, aşımın farkındaysa, cezası md. 64/1'e göre indirilebilir.” Theile, **a.g.m.**, s. 966. Bkz. Diederich, **a.g.e.**, s. 49; Rogall, **a.g.m.**, s. 541.

¹⁷⁷⁵ Theile, **a.g.m.**, s. 966.

¹⁷⁷⁶ Motsch, **a.g.e.**, s. 36; Geppert, “Notwehr und Irrtum”, s. 39.

¹⁷⁷⁷ Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 492; Kindhäuser, §33, kn. 26; Roxin, **a.g.e.**, §22, kn. 83; Heinrich, I, para. 590; Erb, §33, kn. 15; Fischer, **a.g.e.**, s. 43; Motsch, **a.g.e.**, 36 vd.; Sauren, **a.g.m.**, s. 570; Otto, **a.g.m.**, s. 606.

¹⁷⁷⁸ Kühl, **a.g.e.**, § 12 Rn. 148 ; Kindhäuser, §33, kn. 26; Roxin, **a.g.e.**, §22, kn. 83

¹⁷⁷⁹ Kindhäuser, §33, kn. 26. Fail bu hallerde neredeyse *refleksif* olarak hareket eder, bkz., Motsch, **a.g.e.**, s. 39.

¹⁷⁸⁰ Murmann, **a.g.e.**, §26, kn. 83; Roxin, **a.g.e.**, §22, kn. 83

kanunla sınırlandırılmış alanının genişletilmesi anlamına gelir ki bu pek çok anayasal ve temel ceza hukuku prensibi ile çelişecektir.¹⁷⁸¹

Çoğunluk görüşü, bilhassa da o duygular altında bilincin tespit edilmesinin zorluğunu da göz önüne alarak, bilinçli aşımın da kabul edilmesi, ancak savunma iradesinin önemle incelenmesine dikkat edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.¹⁷⁸² Öte yandan bu görüş, bilinçli aşımarda, bilinçsiz aşım nazararı duyguların derecesinin daha ağır olması gerektiğini de ifade etmektedir.¹⁷⁸³ Falin bilinçsiz aşımalarında ise hata değeriendirmeş günde me gelecektir.¹⁷⁸⁴

Keza zaten genellikle ‘şimşek hızında’ gerçekleşen bu gibi olaylarda başlı başına failin kasten mi taksirle mi hareket ettiğini tespit bile zordur.¹⁷⁸⁵ Bilhassa da meseleye olası kast ve bilinçli taksir ayrımları dahil olunca iş iyice zorlaşır.¹⁷⁸⁶ Öte yandan söz konusu duyguların tesiri altındaki kişinin bilinç durumunu belirlemek de her zaman mümkün değildir.¹⁷⁸⁷ Dolayısıyla pratik saiklerle de bilinçli aşım halinde de hükmün uygulanmasının, gerçekçi ve amaca yönelik çözüm sunduğu dile getirilmiştir.¹⁷⁸⁸

Buna ek olarak, zaten bilinçsiz aşımada cezayı ortadan kaldırarak hukuka uygunluk nedenlerinde hata kurumu varken bir de AlmCK 33. maddeyi ona hasretmenin mantıklı olmayacağı ve md. 33’ün uygulama alanının sadece md. 16 ile sınırlanmış olamayacağı ileri sürülmektedir.¹⁷⁸⁹ Bilinçli aşımı dışlamak, md. 33’i

¹⁷⁸¹ Kindhäuser, §33, kn. 26; Sauren, **a.g.m.**, s. 539; Herzog, §33, kn. 24.

¹⁷⁸² Rengier, **a.g.e.**, §27, kn. 26; Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 492; Zieschang, §33, kn. 49 vd.; BGH 11.07.1986 - 3 StR 269/86 (NStZ 1987, 20).

¹⁷⁸³ Zira faili harekete geçiren soğukkanlı bir duygu durumu ve savunma iradesinden yoksun bir psikolojik hal ise, zaten hüküm – bilinçlilikten değil – bu açıdan uygulanamaz olacaktır. Bkz. Roxin, **a.g.e.**, §22, kn. 82.

¹⁷⁸⁴ Engländer, “Die Entschuldigung”, s. 409.

¹⁷⁸⁵ Roxin, “Über den Notwehrzess”, s. 109.

¹⁷⁸⁶ Kindhäuser, §33, kn. 27; Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, **a.g.e.**, §18, kn. 64.

¹⁷⁸⁷ Heuchemer, §33, kn. 7; Timpe, **a.g.m.**, s. 117; Motsch, **a.g.e.**, s. 38; Diederich, **a.g.e.**, s. 49.

¹⁷⁸⁸ Roxin, “Über den Notwehrzess”, s. 109.

¹⁷⁸⁹ Theile, **a.g.m.**, s. 966; Duttge, §33, kn. 5; Jescheck ve Weigend de, bilinçsiz aşım halinde ortada ya fiili ya da hukuki bir hatanın mevcut olduğunu, bu hallerde duyguların ancak kaçınılmazlık tespiti bakımından dikkate alınabileceğini belirterek AlmCK md. 33’ün asıl uygulama alanını bilinçli aşımlara hasreder görülmektedir, bkz. Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 492.

âdeta bir hata hükmü haline getirir.¹⁷⁹⁰ Oysa AFYM'nin de içtihadında açıkça vurguladığı üzere, md. 33'ün, md. 16'ı ile bir alakası yoktur (*nichts zu tun*).¹⁷⁹¹ Ek olarak, zaten taksirli suçlarda kusursuzluğun doğrudan beklenemezlik ilkesi ile sağlanması mümkün olduğundan, bu durumda md. 33'e hiç gerek kalmayacak ve uygulama alanı böylece son derece sınırlandırılmış olacaktır.¹⁷⁹²

Bilinçsiz aşım denilen hallerde kastedilen, failin olayı, saldırıyı veya kendi savunmasını tam ve doğru olarak algılayamaması ve hatalı sınırı aşmasıdır. Alman hukukunda ezici çoğunluk görüş ise, hukuka uygunluk nedenlerinde hata halinde kastı kaldıran hatayı düzenleyen AlmCK md. 16'yı kıyasen uygular. Bu durumda yanılarak sınır aşan failin kastı kalkmış sayılırsa da prensip olarak taksirli haksızlığı sürer. İşte bu taksirli haksızlık da, söz konusu hata failin saldırıdan kaynaklı *astenik* heyecanlarına dayandığından kusursuz addedilir ve failin taksirli suçtan kalan artık cezası da böylece kalkar.¹⁷⁹³

Çoğunluğa göre, fail tam bir bilinçlilik içinde - yani hatasız şekilde - haksızlık bilincine sahip ve fiilen de sınırını aştığını bilerek davrandıysa onu yine de mazur görmek gerekir. Zira AlmCK md. 33 temelde failin bilincinin etkilendiği halleri düzenlediğinden, artık sınır aştığının farkında olarak ve kasten de sınırı aşması, mazeretten yararlanmasına engel olmayacaktır.¹⁷⁹⁴ Diğer bir deyişle, failin başka türlü davranabilme olanağı yoktuysa, norma uygun hareket kendisinden beklenemezdi ise, md. 33'ün mazeret nedeni olmasına dayanan mantığı gereği zaten cezalandırılmaması gerekir.¹⁷⁹⁵

¹⁷⁹⁰ Heuchemer, §33, kn. 7.1.

¹⁷⁹¹ BGH 11.07.1986 - 3 StR 269/86 (NStZ 1987, 20).

¹⁷⁹² Kühl, **a.g.e.**, §12, kn. 148. Failin duygulardan dolayı hataya düşmesi bu yönden AlmCK md. 33 içinde değerlendirilebilir. Zira bilinçli aşım dahi hükmün uygulanmasına engel olmadığına ve duygularla hataya düşmek bilinçsiz aşım işaret ettiğine göre buna engel yoktur. Bkz. **A.g.e.**, §12, kn. 134; Rengier, **a.g.e.**, §27, kn. 9.

¹⁷⁹³ Bkz. Rückert, **a.g.e.**, s. 285.

¹⁷⁹⁴ Kindhäuser, §33, kn. 27; Rückert, **a.g.e.**, s. 285; BGH 11.07.1986 - 3 StR 269/86 (NStZ 1987, 20); 21.06.1989 - 3 StR 203/89 (NStZ 1989, 474); BGH 08.08.1989 - 1 StR 296/89 (StV 1989, 477); BVerfG, 16.08.1994 - 2 BvR 647/93 (NStZ 1995, 76); Fischer, §33, kn. 8; Geilen, **a.g.m.**, s. 378 vd.; Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 492; Müller-Christmann, **a.g.m.**, s. 649; Roxin, "Über den Notwehrsexess", s. 107 vd.; Geppert, "Notwehr uns Irrtum", s. 39; Kühl, **a.g.e.**, §12, kn. 148.

¹⁷⁹⁵ Theile, "Der bewusste Notwehrsexess", s. 966; Motsch, **a.g.e.**, s. 37; Fischer, **a.g.e.**, s. 41.

Fail, maddedeki duyguların etkisinde hareket ettiği için kusurunun azalması noktasında da bilinçli olup olmaması bu mantığı değiştirmez.¹⁷⁹⁶ Davranışının aşırı olduğunun farkında olmak, telaş ve korkuyla sınırı aşmaya engel olmadığı gibi, zaten fail de bu duyguların etkisi ile savunmasını hukukun gerekleri ölçüsünde ayarlayamamaktadır.¹⁷⁹⁷ Son olarak bilinçli de olsa bu durumda hareket eden fail, yasanın otoritesini sarsmış olmaz ve yasanın geçerliliğini teyit için kendisinin cezalandırılmasına gerek yoktur. Bu yüzden cezanın genel önleme amaçları ekseninde de bilinçli fail AlmCK 33. maddeden yararlandırılmalıdır.¹⁷⁹⁸

Özetle, her şeyden önce yasa metninde buna bir engel olmadığından, devamla, zaafiyete dayanan (*astenik*) duyguların ağır etkisi altında hareket eden failden hedefe yönelik hareket beklenemeyeceğinden, kasten hareket etmiş olsa dahi bu duygu durumundaki failin manevi unsurunun ve bilincinin tespiti pratikte kolay olmayacağından ama en önemlisi, fail sınırı aştığının bilincindeyse bile, meselenin zaten onun telaş, korku veya paniğinin başka türlü hareket etmesine fırsat vermemesinden kaynaklı mazur görülmesiyle alakalı olduğundan bahisle, bilinçli aşım da md. 33'ün uygulanması gerektiğini savunur.¹⁷⁹⁹

Bu görüş içindeki bir kısım yazar ise, bilinçli aşımelerde failin soğukkanlılıkla hareket etmediğine emin olabilmek için, söz konusu duyguların bilinçsiz aşımiden daha kuvvetli olmasının aranması gerekeceğini iddia etmektedirler.¹⁸⁰⁰ Ayrıca failin

¹⁷⁹⁶ Theile, **a.g.m.**, s. 966; Motsch, **a.g.e.**, s. 37; Fischer, **a.g.e.**, s. 41.

¹⁷⁹⁷ Koca, Üzülmüş, **GH**, s. 355; Motsch, **a.g.e.**, s. 37; Fischer, **a.g.e.**, s. 41.

¹⁷⁹⁸ Theile, **a.g.m.**, s. 966; Motsch, **a.g.e.**, s. 79.

¹⁷⁹⁹ Erb, §33, Kn. 15; Rückert, **a.g.e.**, s. 285; BGH 11.7.1986 – 3 StR 269/86 (NStZ 1987, 20); BGH 21.6.1989 – 3 StR 203/89 (NStZ 1989, 474); BGH 1.3.1989 – 3 StR 11/89 (StV 1989, 477); BGH 16.8.1994 – 1 StR 244/94, (NStZ 1995, 76, 77); BGH 1.3.2011 – 3 StR 450/10 (NStZ 2011, 630, 631); Duttge, §33, kn. 5; Geppert, “Notwehr uns Irrtum”, s. 39; Müller-Christmann, “Der Notwehrexzess”, s. 719; Sauren, **a.g.m.**, s. 569; Timpe, **a.g.m.**, s. 117; Roxin, “Über den Notwehrexzess”, s. 107 vd.; Rudolphi, **a.g.m.**, s. 463; Theile, **a.g.m.**, s. 965; Motsch, **a.g.e.**, s. 35 vd., 78 vd.; Seeberg, **a.g.e.**, s. 187; Heuchemer, §33, kn. 7.1; Rönna, Vor § 32, kn. 344; Zieschang, §33, Kn. 23; Rogall, §33, kn. 21; Jakobs, **a.g.e.**, §20, kn. 30; Kindhäuser, Zimmermann, **a.g.e.**, § 25 kn. 16; Rengier, **a.g.e.**, §27, kn. 26; Otto, **a.g.m.**, s. 606.

¹⁸⁰⁰ BGH 16.8.1994 – 1 StR 244/94 (NStZ 1995, 76, 77); Zieschang, §33, Kn. 23; Roxin, **a.g.e.**, §22, kn. 83. Söz konusu duygular sıkı tetkik edilmelidir ki failin gerçekten soğukkanlılıkla değil de, bunlara dayanarak aşım yaptığı tespit edilebilsin, bkz. Duttge, §33, kn. 5.

manevi unsuru ne olursa olsun, meşru savunmanın sübjektif unsuru olarak da savunma iradesiyle hareket etmesi gerektiği belirtilmektedir.¹⁸⁰¹

AFYM de, failin daha hafif aracın yeteceğini öngörebildiği ve içinde bulunduğu duygular nedeniyle saldırının şiddetini olduğundan fazla zannederek oranda sınırı aştığı haller arasında fark gözetmez.¹⁸⁰² Velhasıl failin bilinçli ya da bilinçsiz aşımalarını ayrı değerlendirmeye tabi tutmayarak ikisini de AlmCK md. 33'ten yararlandırır.

Alman hukukundaki azınlık karşıt görüş ise, failin bilinçli aşım yaptığı hallerin çoğunda söz konusu olan dürtünün zaafiyete değil güce dayanacağını iddia eder.¹⁸⁰³ Bu görüş bilinci motive eden duygunun daha ziyade, öfke, nefret, kızgınlık vs. olduğunu ileri sürer. Aslında zaafiyete dayanan duygularla da bilinçli hareketin bir arada bulunması, bu görüşçe son derece zor olacaktır.¹⁸⁰⁴ Fail burada tehlikede olduğu düşüncesiyle ve fikir yürütmeksizin, spontane olarak aklına gelen ilk şeyi yapıvermektedir. Öyle ki bu görüşe göre fail gerçekleri hatalı ve parça parça algılamaktadır.¹⁸⁰⁵ Hükmü daha çok kusur eksenli açıklayan görüşler ise burada failin bilinçli olmasının gerçekliği doğru şekilde algıladığını gösterdiği için hükmün uygulanmasını reddederler.¹⁸⁰⁶

Öte yandan pek çok azınlık görüş sahibi de, buradaki fikir ayrılığının pratik bir önemi olamayacağını, çünkü zaafiyetin olduğu çoğu durumda bilincin olduğunun da kolay kolay ispatlanamayacağını ve de şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği zaten - aşım sadece bilinçsize hasredilse de - failin bilinçsiz hareket ettiğinin varsayılacağını kabul etmektedir.¹⁸⁰⁷

¹⁸⁰¹ Roxin, "Über den Notwehrexzess", s. 108- 109. Rogall, §33, kn. 17; BGH 25.04.2013 - 4 StR 551/12 (NJW 2013, 2133 vd.); Engländer, "Die Verteidigungswille", s. 392.

¹⁸⁰² BGH 01.03.2011 – StR 450/10 (NStZ 2011, 630).

¹⁸⁰³ Puppe, **a.g.e.**, §18, Kn. 2; Paeffgen, Zabel, §32, kn. 278; Perron, Eisele, §33, kn. 6; Frister, **Struktur**, s. 231 vd.; Baldus, § 53, kn. 41, 43. Bu yönde bkz., Schmidhäuser, **a.g.e.**, §8, kn. 31; Schröder, **a.g.m.**, s. 123 vd.

¹⁸⁰⁴ Perron, Eisele, §33, Kn. 6; Paeffgen, Zabel, §32, kn. 278; Frister, **Struktur**, s. 229 – 231.

¹⁸⁰⁵ Perron, Eisele, §33, Kn. 6.

¹⁸⁰⁶ Aschermann, **a.g.e.**, s. 133-4.

¹⁸⁰⁷ Puppe, **a.g.e.**, §18, Kn. 2; Perron, Eisele, §33, kn. 6; Paeffgen, Zabel, §32, kn. 278.

Türk hukuku bakımından klasik görüşün kastı kusurun bir türü olarak görerek kusurun tümünden ortadan kalkmış sayıldığı TCK md. 27/2 bakımından cezasızlık önermesi kendi içinde tutarlıysa da¹⁸⁰⁸, bugünkü ceza hukukunun gelinen noktasında artık bu değerlendirme hakkaniyetli sonuçlar doğurmayacaktır.

Öğretide *Tezcan* ve *Erdem*, genel olarak sınır aşılması hallerinde failin kast ve taksirini tespit etmenin çok zor olacağı, zaten karşılaştırmalı hukukta da bunun böyle yapılmadığını, önemli olanın aşımın korku veya telaşa dayanıp dayanmadığının tespiti olduğunu belirttikten sonra failin kusuru kalkacağından cezasızlık sonucunun doğacağını ifade ederek, kasten dahi hareket etse failin hükümden yararlanması gerektiğini dile getirmektedirler.¹⁸⁰⁹

Koca ve *Üzülmüş* de, failin kasten hareket etmiş olsa dahi TCK md. 27/2'nin uygulanacağını savunmaktadır.¹⁸¹⁰ *Akbulut* da, bu konuda önemli olanın ilgili duygular olduğu, hükmün kusurluluğu kaldırdığı için haksızlık aşamasını ilgilendiren manevi unsura göre ayırım yapılamayacağı ve fıkranın da böyle bir sınırlama içermediği gerekçeleriyle bu yönde görüş bildirmektedir.¹⁸¹¹ *Öztürk* ve *Erdem* de kastlı ve hatta bilinçli aşımelerde fıkranın uygulanmasına bir engel olmadığını ifade etmektedir.¹⁸¹²

Bir diğer görüş ise, hiç bir hukuk devletinde hukuka uygunluk nedeninin sınırını bilerek aşan failin herhangi bir şekilde mazur görülemeyeceğinden bahisle, kasten aşımın genel olarak sınır aşım hükmünden yararlandırılmaması yönünde daha katı bir fikir ileri sürer.¹⁸¹³ Zira fail sınır aştığının farkında olarak sınırı aşıyor ise, kendisini ikinci fıkradan yararlandırmak için bir sebep olmayacaktır.¹⁸¹⁴ Korku ve

¹⁸⁰⁸ Örneğin bkz., Sağlam, **a.g.e.**, s. 41.

¹⁸⁰⁹ Tezcan, Erdem, **a.g.m.**, s. 344.

¹⁸¹⁰ Koca, Üzülmüş, **a.g.m.**, s. 41, aynı yönde bkz. İnci, **a.g.m.**, s. 128.

¹⁸¹¹ Akbulut, **GH**, s. 680-1

¹⁸¹² Öztürk, Erdem, **GH**, s. 324

¹⁸¹³ Demirbaş, "Sınırın Aşılması", s. 279; Kangal, **a.g.e.**, s. 380; Çiftçiöğlu, **a.g.m.**, s. 542; Ünal, **a.g.m.**, s. 678; Şahin, **a.g.m.**, s. 328.

¹⁸¹⁴ Topçu, **a.g.e.**, s. 698; Sucuoğlu, **a.g.m.**, s. 158: Yazar fıkranın ancak failin saldırıyı doğru biçimde algılayamadığı veya savunmasının aşırı kaçabileceğini öngöremediği hallere münhasır uygulanması gerektiğini ifade etmekle, aslında hükmü duygu şartı eklenmiş bir hata düzenlemesi olarak ele almaktadır.

telaşla hareket eden failin aslında taksirle hareket ediyor olduğu ön kabulünden yola çıkan görüşü de bu kapsamında ele almak mümkündür.¹⁸¹⁵

Diğer bir görüş, failin kastlı da olsa, muhakkak sınır aşma bilincinden yoksun olarak davranması gerektiğini savunmaktadır.¹⁸¹⁶ Bu görüş, Alman hukukundaki bir kısım yazar gibi, failin meşru savunmadan ve aşım maddesinden yararlanması için ayrıca savunma amacının olmasını da arar.¹⁸¹⁷ Çünkü, fail farkında olarak sınırı aştığı hallerde, bunu öç alma niyetiyle yapmaktadır.¹⁸¹⁸

Öğretide *Kan*'a göre ise, bu tartışma günümüz TCK md. 27/1 karşısında çözülmüş, zira artık madde sınır aşımını 'kast olmaksızın' şeklinde sınırlamıştır.¹⁸¹⁹ 27. maddede 'haklı olarak' kasten aşımın düzenlenmemiş olduğunu, zira kasten aşımında artık hukuka uygunluk nedeninin dışında olunacağından sınır aşımından da yararlanılamayacağı ve tam sorumlu olacağı fikri¹⁸²⁰ de bu görüşün paralelindedir.

Yargıtay bir kararında, "*Yasal savunma sınırlarının aşılması hükümlerinin şartları bulunmakla beraber; yasal savunma sınırlarının kasten aşılması nedeniyle 5237 sayılı TCK'nın 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...*"¹⁸²¹ şeklindeki ifadeleriyle, ikinci fıkra bakımından da kanunun taksirle aşmayı aradığı izlenimini yaratmıştır.

Birkaç başka kararlarında ise açıkça kasten aşımında artık TCK md. 27/2'nin değil, md. 29'un uygulanması gerektiği şeklinde kanun amacına ters bir çıkarımda bulunmuştur.¹⁸²² Ancak daha yakın tarihli çok sayıda kararında, özellikle de kast

¹⁸¹⁵ Parlar, **a.g.e.**, s. 107; Soyaslan, **GH**, s. 405-6; Malkoç, **a.g.e.**, s. 346; Keçelgil, **a.g.m.**, s. 388.

¹⁸¹⁶ Düzenli, **a.g.e.**, s. 204.

¹⁸¹⁷ Düzenli, **a.g.e.**, s. 203.

¹⁸¹⁸ Topçu, **a.g.e.**, s. 703.

¹⁸¹⁹ Kan, **a.g.e.**, s. 302; Erem, "Hakkın Kullanılması", s. 17.

¹⁸²⁰ Birtek, **a.g.e.**, s. 245.

¹⁸²¹ Y. 1. C.D., T. 27.02.2007, E. 2006/4201, K. 2007/816.

¹⁸²² Y. 1. C.D., T. 20.3.2008, 1064/2137; Y. CGK, T. 11.6.2013, E. 2013/1-295, K. 2013/295.

olduğu için ilk fıkrayı reddedip ikinci fıkranın uygulanabilirliğini bunun akabinde test ederek ve şartlar varsa da uygulayarak bu görüşünden dönmüştür.¹⁸²³

3.4.1.2. Değerlendirme ve Kanaat

Alman hukukunda söz konusu tartışma bilinçli (*bewusst*) ve bilinçsiz (*unbewusst*) aşım tabirleri üzerinden götürülmekteyse de, azınlık görüşünün bilinçli aşım yerine bazen kastlı (*vorsätzlich*) aşımı kullandığına da rastlanmaktadır. Bu tabir tercihi, Alman hukukunda hemen hemen mütabakatla hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatanın kastı, ya da kastın ve taksirin çifte fonksiyonunu kabul eden teorilere göre kastın kusur içindeki yönünü veya fonksiyonunu kaldıracağı kabulünden ileri gelmektedir.

Ancak Türk hukukunda hata kastı kaldırmadığından, failin sınırı hatalı ya da hatasız aştığını karşılamak üzere, kastlı ve taksirli değil, bilinçli ve bilinçsiz aşımın söz etmek doğru olacaktır. Dolayısıyla güncel hukuk açısından kastlı ve taksirli olarak ayırım yapılarak hükmün tartışılması mümkünse de, bu ifadeler bilinçli ve bilinçsiz aşım için kullanılmamalıdır.¹⁸²⁴ Karışıklığa sebep olmamak adına bu tartışmalar bir arada değil, ayrı yürütülmelidir.

Öncelikle kanun koyucunun ilk fıkrada ‘kast olmaksızın’ ifadesi kullanıp ikinci fıkrada buna ‘unutarak’ yer vermediğinden söz edilemez. İkincil olarak, zaten fıkra kişinin kusurluluğunu etkileyen bir mazeret nedeni olarak düzenlendiğine göre, bu duyguların onun irade yeteneğini etkileyip yönlendirdiği haller için öngörülen indirim kast - taksir şeklindeki manevi unsur değil kusur aşamasında yapılmalıdır. Fail bu duyguların etkisindeyken pekâlâ kastla da hareket ediyor olabilir.¹⁸²⁵

¹⁸²³ Y. C.G.K., T. 26.2.2008, E. 2007/281, K. 2008/37; Y. C.G.K., T. 28.5.2013, E. 2012/1-1286, K. 2013/264; Y. 1. C.D., T. 1.4.2015, E. 2015/1760, K. 2015/1935.

¹⁸²⁴ Karş., Ersan, **a.g.e.**, s. 153

¹⁸²⁵ Mesele kusurla ilgili olduğundan kast veya taksirle aşımın önemi olmadığına dair bkz., Akbulut, **GH**, s. 680; Öztürk, Erdem, **GH**, s. 324; Koca, Üzülmüş, **GH**, s. 355; Söz konusu hükmün failin kastını kaldırmadığı açıklamasıyla benzer yönde bkz., Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 559.

Ayrıca, TCK md. 27/1 ve md. 27/2 hukuki nitelikleri ve uygulama alanları tamamen farklı iki ayrı hükümdür. Aynı maddenin fıkraları olması ve ikinci fıkranın sonra gelmesi, birinci fıkradaki ‘kast olmaksızın’ ifadesinin ikinci fıkraya sirayetini gerektirmez ve bu mümkün de değildir.¹⁸²⁶ Nasıl ki zorunluluk hali ve cebir ve tehdit halinde fail kasten de hareket etse bu mazeret nedenlerinden yararlanmaktadır, md. 27/2’nin de farklı değerlendirilmesi için bir sebep yoktur.

Bu noktada ikinci fıkra bakımından sınırın kasten de aşılabilir olup olmadığının kanunda açık olmadığı fikrine iştirak mümkün değildir.¹⁸²⁷ Kaldı ki yüksek derece duygu yoğunluğu içinde hareket eden failin manevi unsurunu tespit uygulamada da kolay olmayacaktır. Dolayısıyla md. 27/2 hem kasten, hem taksirle sınırın aşıldığı hallerde uygulanabilir.

Bu konu ile alakalı bir Yargıtay kararında, maktül sanığa cinsel ilişki teklifinde bulunmuş, ısrar etmiş ve sanığın penceresinin önünde silahıyla durmayı sürdürmüş ve bir türlü gitmemiştir. Evde de yaşlı babası ve küçük kardeşleri bulunan sanık, maktülü göğüs bölgesine ateş ederek öldürmüştür. Yargıtay ise, kasten aşımında 5237 sayılı TCK md. 27 uygulanamayacağından, 765 sayılı Kanun’un 50 maddesine lehe kanun olarak dönmüş ve hükmün ona göre verilmesi gerektiğini ifade etmiştir.¹⁸²⁸

Olayda sanığın duyguları mazur görülecek derecede değilse elbette o takdirde verilen karar makuldur. Ancak fail TCK md. 27/2’de sayılan duygular altında hareket ediyorduyorsa, verilen hüküm yasanın tamamen sanık aleyhine uygulanması anlamına gelmektedir. Zira md. 27/2 pekâlâ kasten aşımında da uygulanabilir olup, üstelik (eski hükümden lehe olarak) failin tam cezasızlığını sonuçlar.

Öğretide çoğunluğun, ilk fıkradaki ‘kast olmaksızın’ ifadesini ‘savunma dışında bir amaç olmaksızın’ şeklinde okumayı tercih edip, savunma amacıyla ika edilmiş ancak oranda kasten sınır aşmış hareketleri, sınıra yeterince dikkat

¹⁸²⁶ Aksi yönde bkz., Bozbayındır, **a.g.m.**, s. 129.

¹⁸²⁷ Şahin, Özgenç, Kılıç, **a.g.m.**, s. 2319.

¹⁸²⁸ Y. 2. C.D., T. 27.2.2007, E. 2006/4201, K. 2007/816.

edilmediği için taksire indirgemesi karşısında, kanun koyunun böyle bir ifadeye yer vermeyerek özellikle yasaklamadığı ve mümkün gördüğü ikinci fıkra bakımından kasten aşım bu kadar karşı olmasını anlamakta güçlük çekiyoruz.

Aslında öğretideki bu anlayış farklılıklarının ve karışıklıkların giderilmesi, her şeyden önce ‘meşru savunmada sınırın aşılması’ şeklinde tipik bir suç mevcut olmadığı için, sınırın - teknik olarak - kasten veya taksirle aşılmasının mümkün olmadığını kabulden geçer. Kanun hükmünde de bir açıklık olmadığı ve hüküm bir mazeret nedenine vücut verdiği için, failin sınır aşmak suretiyle işlediği suç hem kastlı hem taksirli olabilir. Sınırın aşılması noktasında ise tartışma bilinçli ve bilinçsiz aşımın yürütülmelidir. Bu da sınırın farkında olarak ya da olmayarak veya hatalı ve hatasız olarak aşılmasını ifade etmektedir.

Bu konuda da Türk hukukunda çoğunluk görüşün, ‘farkında olarak’, ‘hatasız’ ya da ‘yanılma içermeyen bir kastla’ sınır aşımını kabul etmediği vakidir. Bu açıdan da yine, hem kanun koyucunun bunu aramıyor olması nedeniyle maddenin gereksiz dar yorumlanarak avantajlarından failerin mahrum edilmemesi, hem somut olaylarda failin farkındalığının tespitinin gerçekten zor olacak olması, hem de madde mantığının failin bilincine değil daha ziyade bilincini bulanıklaştıran ve kusurunu son derece azaltan astenik heyecanlara dayanmasından hareketle, fıkrayı sadece ‘farkında olmadan’ aşım yapan faillerle sınırlamak için sağlıklı bir dayanak mevcut değildir.¹⁸²⁹

Bilinçli aşmanın TCK md. 27/2 kapsamında kabul edilmesi, amaçta aşmanın da hüküm kapsamında addedildiği anlamına gelmemektedir. Kasten ve hatasız olarak sınır aşan fail, sınır aşma hükmünden yararlanmak için, elbette amaçta aşma yapmıyor olmalıdır, ya da daha doğru bir söylemle savunma iradesini hâlâ

¹⁸²⁹ Aynı nedenlerle de, herhangi bir heyecana dayanmaksızın sınırı aşmış olan failin kastının kabulünde zorunluluk olduğu ifadesini reddetmek gerekir. Aksi yönde bkz., Sucuoğlu, **a.g.m.**, s. 160. Her şeyden önce herhangi bir duyguya kapılmadan sınır aşan fail taksirli davranmış da olabilir. Diğer yandan heyecanla, kastla veya taksirle sınır aşmak birbirinin alternatifleri değildir. Sınır sırasıyla kasten veya taksirli, bilinçli (hatasız) veya bilinçsiz (hatalı) ya da zaafiyete dayanan duygularla ya da bu duygular olmaksızın aşılabılır ki burada birbirinden ayrı değerlendirilmesi gereken üç farklı ayrım kategorisinden söz edilmektedir.

barındırıyor olmalıdır.¹⁸³⁰ Zira savunma dışı bir iradeyle hareketi mazur görmek hükmün amaçları arasında yer almadığı gibi, zaafiyete dayanan duygularla da uyum içinde olmaz.

Örneğin, gece vakti uykusundan tıktıyla uyanan ve evine hırsız girdiğini gören failin, polisi arayabilecek, çığlık atabilecek, çıkması için uyarabilecek, bedeni güçle onu etkisiz hale getirebilecek veya uyarı atışlarıyla korkutup kaçırabilecekken, son derece paniğe kapılarak çekmecesindeki silahı alıp doğrudan hırsızı yaralamasında TCK md. 27/2 uygulanabilecektir.¹⁸³¹ Buradaki aşım *kastlı ve bilinçlidir*. Ancak ağır korku altında işlendiğinden fail mazur görülmelidir.

Gece ıssız bir bölgede bir anda kendisine saldıran mütecavizi silahlı zannederek paniğe kapılmış ve kendini silahıyla savunarak saldırganı öldürmüş failin aşımı ise, *kastlı ancak bilinçsizdir*. Hataya düşmüştür ancak kastı sürmektedir. Hatası kaçınılabılır dahi olsa TCK md. 27/2 yine de uygulanarak fail sorumluluktan kurtarılır.¹⁸³² Zira zaten en baştan hükümden yararlanmak için hatasının bulunması gerekmemektedir.

Aynı olayda fail, kendini sadece bedeni kuvvetle ölçülü olarak savunmuş olup örneğin mağdurun hayati tehlike geçirmesine - istemeyerek - neden olsa, aşım *taksirlidir*. Bu halde failde TCK md. 27/2'deki duygular varsa bu hükümden, duygular eksikse ilk fıkradan yararlandırılır.

Yeri gelmişken failin kasten veya taksirli hareket etmesi ile korku ve telaş içinde hareket etmesinin birbirinin alternatifi olmadığını¹⁸³³, failin sınırı ya kasten (1a) ya taksirle (1b) veya heyecan etkisi altında (2a) ya da bu etki altında olmayarak (2b) aşması şeklinde ayırımın doğru olduğunu hatırlatalım. Buna bir de bilinçli/ hatasız (3a) ve bilinçsiz/ hatalı (3b) şeklinde ayırım eklemek mümkünse de, çalışma

¹⁸³⁰ BGH 01.07.1952 - 1 StR 119/52 (BGHSt 3, 194, 198); BGH 25.04.2013 - 4 StR 551/12 (NJW 2013, 2133, 2136); Engländer, "Die Verteidigungswille", s. 392; Brüning, **a.g.m.**, s. 517; Bozbayındır, **a.g.m.**, s. 129.

¹⁸³¹ Artuk, Gökçen, Yenidünya, **TCK**, s. 884.

¹⁸³² Rengier, **a.g.e.**, §27, kn. 16a; Heuchemer, §33, Kn. 27.

¹⁸³³ Aksi ve eleştirdiğimiz ifade için bkz., Polat, **a.g.e.**, s. 175

başından beri izaha gayret edildiği üzere hata bahsinin her iki fıkrayla da ilgisiz olması dolayısıyla buna gerek yoktur.

Dolayısıyla öğretide sıkça rasladığımız ve genel olarak TCK 27. madde için yapılan, sınırın kastla, taksirle ve mücbir sebeple aşılması şeklindeki üçlü ayrımı¹⁸³⁴ uygun bulmamaktayız. İkinci fıkra için ‘mücbir sebep’ değerlendirmesi yapan bu görüşün, aynı zamanda bu aşma türünü failin farkında olmayarak sınır aşması şeklinde ifade ettiğine de rastlamaktayız.^{1835 1836}

Söz konusu ayrım 765 sayılı TCK döneminde 50. madde bakımından o dönemin öğretisinde yapılmakta^{1837 1838}, üstelik mücbir sebeple aşım halinde bu husus artık ETCK md. 50 değil, doğrudan md. 49/2 gereği meşru savunma kapsamında değerlendirilmekteydi.¹⁸³⁹ Yeni Kanun ve düzenlemeler karşısında bunu takip etmekte ısrar etmenin anlamlı olmadığını düşünüyoruz.

Alman öğretisinde, meşru savunmanın mevcudiyeti bakımından savunma iradesinin muhakkak savunma amacını içermesini aramayan görüşler dahi,

¹⁸³⁴ Demirbaş, **GH**, s. 368 vd.; Çiftçioğlu, **a.g.m.**, s. 533; Parlar, Hatipoğlu, **TCK**, s. 488 vd.; Zafer, **GH**, s. 322 ; Özbek, **İzmir Şerhi**, s. 481 vd.; Hakeri, **GH**, s. 416; Ayrımı kastlı, taksirli ve kusursuz şeklinde yapan bkz., Toroslu, Toroslu, **GH**, s. 195; Kangal, **a.g.e.**, s. 380 vd. Bkz. *Şekil 5: Meşru savunmada sınır aşılmasında bugün geçerli olmayan üçlü ayrım; Şekil 6: Meşru savunmada sınırın aşılmasında güncel ayrım*

¹⁸³⁵ Çolak, **a.g.e.**, s. 71.

¹⁸³⁶ Güncel bazı görüşler mücbir sebeple aşım halinde failin sınırı aşmamış kabul edileceği (bkz. Taner, **a.g.m.**, s. 239) ya da hukuka uygunluk nedeninden yararlanmaya devam edeceğini ifade etmekteyse de (bkz. Günel, **a.g.e.**, s. 162-66; Akman, **a.g.e.**, s. 257) mücbir sebebi hareketin oluşumuna engel gördüğümüzden, bir diğer söylemle mücbir sebeple hukuka konu insan hareketinin bir aradalığını mümkün görmediğimizden buna katılmıyoruz.

¹⁸³⁷ Özen, **Meşru Müdafaa**, s. 158.

¹⁸³⁸ Söz konusu üçlü ayrımı güncel olarak da yapan *Demirbaş, Toroslu, Zafer* gibi yazarların psikolojik kusur teorisi takipçisi olduğu, yani kusurluluğun unsurlarını kusur yeteneği ve kusur olarak ayırdıkları ve kast ile taksiri kusurun türleri olarak kabul ettikleri burada göz önüne alınmalıdır. Bu görüşçe kusuru kaldıran hallerde zaten kast veya taksir ayrıca değerlendirilmeyeceğinden, kusuru bu şekilde unsur ve kusur yeteneğini kast ve taksire ön şart addeden ve sübjektif isnad edilebilirliği bir bütün olarak değerlendiren bu görüşün, sınır aşımını kastlı, taksirli ve mücbir sebeple şeklinde üçe ayırarak yapması ve kastlı aşımı elemesi, kendi içinde tutarsız değildir. Ancak yeni TCK sistematüğinde ve öğretide çoğunluk yazarlarca benimsenen normatif kusur teorisi uyarınca, kusurluluk artık bir suç unsuru kabul edilmediği ve cezalandırılabilme için unsurlar dışı bir kınama yargısına dönüştüğü, kast ve taksir ise objektif haksızlık alanı içerisinde manevi birer unsur addedildiğinden metin içerisinde yaptığımız açıklamalar uyarınca böyle bir üçlü ayrımı kabul etmek son derece çelişkili olacaktır.

¹⁸³⁹ Özen, **Meşru Müdafaa**, s. 159; Toroslu, **Zaruret**, s. 161; Günel, **a.g.e.**, s. 164.

mevzubahis sınırın aşılması hükmü olunca, burada artık zaafiyete dayanan duyguların da aranıyor olması ve failin örneğin intikam amacıyla davranmasının hükmün uygulanırlığını elimine edeceği gerekçesiyle, söz konusu mazeret nedeni bakımından savunma iradesini, savunma amacı olarak daha yoğun bir sübjektif beklenti şeklinde ele alırlar.¹⁸⁴⁰ Burada artık meselenin haksızlık değil kusurluluk alanında olmasından sebep, zaten haksız alanda davranan failin iç dünyasının olaya daha çok dahil olması beklenebilirdir.¹⁸⁴¹

Sonuç olarak diyebiliriz ki TCK md. 27/2 bakımından failin sınır aşması hem kastlı hem taksirli gerçekleşebilir. Yanılma hallerinden olarak ise fail hem bilinçli, hem de bilinçsiz olarak bunu yapmış olabilir. Savunma iradesinin eksikliği ise hükmün niteliği ile çeliştiğinden ve çoğu halde failin zaafiyete dayanan duygulara düşmesine engel olacağından sınır aşımının şartları sağlanmış olmaz.

3.4.2. Manevi Unsur Ekseninde TCK md. 27'nin Her İki Fıkrasının Uygulanmasında Kontrol Listesi

765 sayılı Kanun döneminde, o zamanın sınır aşımını düzenleyen 50. maddesi manevi unsur konusunda açık hüküm içermediğinden bizim bugün reddettiğimiz üçlü gruplandırmaya - taksirli, kastlı ve mücbir sebeple aşım - gidilmekteydi. Buna göre her şeyden önce failin sınırı farkında olmayarak ve ağır psikolojik duygularının etkisi ile aşma hali ayrılmakta ve buna mücbir sebeple sınır aşılması denmekteydi. Bu durumda fail âdeta sınırı hiç aşmamış gibi hukuka uygunluk nedeninden yararlanmaya devam ediyordu. O dönem mücbir sebeple sınır aşma 50. değil, doğrudan hukuka uygunluk nedenlerini düzenleyen 49. madde çerçevesinde değerlendiriliyordu.¹⁸⁴²

Bu aşamada elbette ETCK'nın psikolojik kusur teorisini benimsiyor olması ve klasik ekolu takip eden İtalyan hukukunun da etkisiyle öğretide kusurun suçun bir

¹⁸⁴⁰ Engländer, "Die Verteidigungswille", s. 392.

¹⁸⁴¹ Engländer, "Die Verteidigungswille", s. 392.

¹⁸⁴² Özen, *Meşru Müdafaa*, s. 164; Gölcüklü, *a.g.e.*, s. 211; İçel vd., *a.g.e.*, s. 197; Topçu, *a.g.e.*, s. 684.

unsuru ve kast ve taksirin de kusur türleri addedilmesi mevzu bahisti. Bunun sonucu olarak kusur yeteneği kusur unsurunun kast ve taksirden önce değerlendirilen bir basamağı olarak öne çıkıyordu. Bu halde de kusur yeteneği yok iken artık kast ve taksir incelenmiyordu ve suçun oluşmadığı farz ediliyordu. Dolayısıyla o zaman için sınır aşmanın mücbir sebeple, kasten ve taksirle olması şeklinde üçlü gruplandırma irrasyonel değildi.

Devamla, öğretide çoğunluk, sınırın yalnız taksirle aşılabileceğini kabul ediyor, ancak buradaki taksir, vasitanın dikkatsizlik yüzünden nispeten oluşu şeklinde yorumlanıyordu. Keza sınırın yalnız kasten ya da her iki kusur türü ile de işlenebileceğini ifade edenler de mevcut olduğu gibi, içtihat da her iki halde maddenin uygulanması yönünde gelişmişti. İşte bu noktada da, kanun maddesi kasten aşmayı da yasaklamamış olduğundan, failin en azından hâlâ savunma amacıyla hareket ediyor olmasının araştırılması, bu yüzden de, 50. maddenin uygulanırılığı açısından failin psikolojik durumunun incelenmesi önem arz ediyordu.

Kanımızca zaten sınır aşımı kanunen yalnız taksire hasredilmiş olsaydı, o zaman failin psikolojik durumunu incelemeye gerek kalmazdı. Zira sonucu öngörülme ve istenmeyen bir dikkatsizliği yapan failin saiki önem taşımazdı. Failin amacının hâlâ savunma olmasının titizlikle araştırılıyor olması ve bunun önerilmesi, zaten maddenin kastli aşımı da kapsadığını göstermekteydi. Son olarak *kanaatimizce* yine bu nokta, yani failin iç dünyasının da göz önünde tutulmasının gerekmesi, aslında yazarların taksirle aşma dedikleri şeyin, ‘kasten ancak amaçta olmayan aşma’ olduğunun da kanıtıydı.¹⁸⁴³

Bugün ise kasten aşım yalnızca ve belirli zaafiyete dayanan duyguların tesiri altında yapılmak kaydıyla meşru savunma hukuka uygunluk nedeni için mazur görülebilirken (TCK md. 27/2), tüm hukuka uygunluk nedenleri bakımından herhangi bir şarta dair sınırın taksirle aşılması halinde kusura dair başka sübjektif unsur araştırılmaksızın fail md. 27/1’den yararlandırılır.

¹⁸⁴³ Kastan aşmanın doğrudan ‘amaçta aşma’ olarak ifade ediliyor oluşu için bkz., Topçu, **a.g.e.**, s. 674; İçel, **GH**, s. 411; Özbek vd., **a.g.e.**, s. 357; Dönmezer, Erman, **II**, s. 382.

Meşru savunma hukuka uygunluk nedeni bakımından sınırın aşılmasında 2. fıkra cezasızlık önererek 1. fıkraya nazaran daha lehe olduğundan öncelikle onun şartlarına bakılıp, gerçekleşmediği halde ilk fıkraya dönülmesi daha makul olacaktır.¹⁸⁴⁴ Ancak Yargıtay kararlarında genel olarak, TCK md. 27/2'nin incelemesine geçilmeden önce olayda kast söz konusu olduğu için birinci fıkranın uygulanamayacağını belirtildiğini görmekteyiz.¹⁸⁴⁵ Bunda bir sakınca olmamakla beraber, usul ekonomisi bakımından md. 27/2 şartı sağlanmadıktan sonra, md. 27/1'e dönülmesi daha yerinde olurdu.

Öte yandan, ikinci fıkranın, ilk fıkra düzenleneni taksirli sorumluluğa meşru savunma bakımından bir istisna teşkil ettiği fikri¹⁸⁴⁶, söz konusu taksirli aşım duygulara dayanarak gerçekleştirildiğinde cezasız kaldığından doğrudur. Ancak yine de istisnalık ilişkisi sadece bu halle sınırlı olarak kurulabilir. Zira ilk fıkranın kapsama alanına hiç girmeyen kastlı aşım halleri, diğer şartlar varsa ikinci fıkra altında mazur görülebilir.

Kusur bulunmadığı halde sınırın aşılmasından söz edilemeyeceği¹⁸⁴⁷ görüşü isabetsizdir. *Kanaatimizce* bir hukuka uygunluk nedeninin oran, zaman veya mekan bakımından sınırının aşılması pür objektif kriterlerce ortaya konulup, ardından söz konusu aşımın kasta mı taksire mi dayandığı tespit edilir. Böylece aşım kastlı ise ilk fıkra elenir. Söz konusu neden meşru savunma ise ikinci fıkra gereği mazur görülmesi için fıkradaki duygular varlığı gerekir.

Buraya kadar anlatılan tüm hususları göz önünde bulundurarak, bir mahkemenin ya da hukukçunun önüne gelen somut olaya eldeki kanun hükümlerini en doğru şekilde tatbik edebilmesi için izlenmesi gereken bir kontrol listesi

¹⁸⁴⁴ Ünal, **a.g.m.**, s. 675; Bozbayındır, **a.g.m.**, s. 132.

¹⁸⁴⁵ Y. C.G.K., T. 28.5.2013, E. 2012/1286, K. 2013/264; Y. C.G.K., T. 6.5.2014, E. 2012/1557, K. 2014/233.

¹⁸⁴⁶ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 559.

¹⁸⁴⁷ Yazar burada 'kusur' ifadesini psikolojik manasıyla, yani kast ve taksiri içerir şekilde kullanmıştır. Görüş için bkz., Sucuoğlu, **a.g.m.**, s. 147.

oluşturduk. Buna göre sırasıyla sorulacak bir kaç soru ve bunlara maddi ceza hukuku verilerine göre verilecek cevaplar uygulanacak hükmü meydana çıkaracaktır.

Soru 1: Ortada bir hukuka uygunluk nedeni var mıdır?

Burada hukuka uygunluk nedeninin failin hatasından bağımsız olarak objektif tüm şartlarıyla oluşmuş ve somut olarak doğmuş olması kastedilmektedir.

Cevap 1.a.: Hayır. *İnceleme bu aşamada sona erer.* TCK 27. madde bu halde hiç uygulanamaz. Örneğin bir hukuka uygunluk nedeni aslında doğmamış; fail yanılarak öyle zannetmişse cevap hayırdır. Ya da meşru savunma örneğinde henüz gerçekleşmemiş saldırı bakımından, gerçekleşmesi muhakkak değil, ancak sadece ihtimal dahilindeyse de yine ortada henüz doğmuş bir hukuka uygunluk nedeni yoktur. Böylece evvel zamansal aşımı daha bu aşamadan elemiş olduk.

Keza çifte aşım hali dediğimiz, iki sınırın birden ya da peşi sıra aşıldığı hallerde, ki burada genelde sınırlardan biri hata ile aşılmaktadır, ilk aşım da hukuka uygunluk nedeninin dışına çıkıldığından ikinci aşımı değerlendirmek noktasında ortada hukuka uygunluk nedeninin varlığından artık söz edilemeyecektir. Zira birinci aşım ile o hukuka uygunluktan çıkılmıştır. Artık ikinci fiil, sınır aşım değil, zaten hukuka uygunluk kapsamının baştan itibaren dışında bir haksızlık teşkil eder.¹⁸⁴⁸

Cevap 1.b.: Evet. Sonraki soruya geçilir.

Soru 2: Hukuka uygunluk nedeninin sınırı aşılmış mıdır?

¹⁸⁴⁸ Failin saldırı devam edecek zannedip tokatlaması yetecek saldırganı bıçaklaması örneğinde saldırı zaten sona ermiştir ve failin devam ettiğine dair yanlışlığı birinci sınır aşım olup meşru savunmanın tamamen dışına çıkmıştır. Bu noktada artık bir de bıçaklama bu kez yoğunlukta da aşım olur ve artık sınır aşılmasından söz edilemez. Ancak tokatlasaydı, tek sınır aşımı olacaktı. O zaman müteakip sorulara geçilebilirdi. Burada çifte aşımı ayırt etmek için sorulacak makul soru şudur: Fail eğer yanılmasaydı yaptığı hareket hukuka uygun olacak mıydı? Cevap evetse tek aşım vardır ve diğer sorulara geçilebilir. Örneğin fail yanılmasaydı ve saldırı devam ediyorsa tokat hukuka uygun olacaktı. Ancak cevap hayırsa aşım çifttir ve hukuka uygunluk nedeninin yokluğu nedeni ile artık sınır aşımı hükümlerine geçilemez. Örneğin fail yanılmasaydı ve saldırı devam ediyorsa dahi bıçaklamak orantısız olacak ve hukuka uygun olmayacaktı.

Burada tamamen objektif bir aşmadan söz edilmektedir. İlgili hukuka uygunluk nedeninin oran, zaman ya da mekan (kişi) sınırlarından birinde aşırıya gidilmiş midir? Failin ne manevi unsur bakımından aslında haksızlığa dahil olan kastı ve taksiri, ne de duygu durumu, psikolojik hali, kusurlu davranmaya ne kadar kabiliyetli olduğu bu aşamada bu sorunun ilgi alanında değildir ve bu soruyu yanıtlamak için kesinlikle incelenmez.

Cevap 2.a.: Hayır. *İnceleme bu aşamada sona erer.* Objektif olarak bakıldığında, hukuka uygunluk nedeninin sınırları içerisinde davranılmıştır. Herhangi bir şart bakımından sınır aşılmamıştır. Sınır hükümlerine güvenerek faillerin beraat haklarının ellerinden alınmaması adına ilgili hukuka uygunluk nedeninin kendi ölçülülük ilkesine riayet edilip edilmediği hassasiyetle araştırılmalıdır. Sınırın aşılp aşılmadığı tamamen objektif kriterlerce tayin edilecek bir husustur ve aşılp aşılmadığı aşaması, failin psikolojisinin dikkate alınması için çok erken ve çok yanlış bir aşamadır.

Cevap 2.b.: Evet. *Sonraki soruya geçilir.* Buradaki evet cevabı içerisinde aslında teknik olarak hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata da dahil olur. Örneğin meşru savunmada saldırının daha yoğun veya savunmasının daha şiddetli olması gerektiği noktasında yanılan fail bu nedenle gereğinden fazla bir savunmada bulunduğunda, bunu hatayla da yapsa bu aşamada sadece objektif bir değerlendirmede bulunduğumuzdan bu da bir sınır aşımı teşkil eder.

Soru 3: Söz konusu aşım taksirli midir?

Burada haksızlık altındaki kast ve taksir incelemesine geçilir. Üst soruda sınır aşma fiili ya da olayı objektif olarak ortaya konmuştu. Şimdi ise, failin sınır aşarken işlediği tipik suçun manevi unsuruna bakılır. Zira kast veya taksir açık kanun hükümleri gereği yalnızca kanuni tipte tanımlanan suç unsurlarına hasredildiğinden ve ‘sınır aşma’ bir tipik suç olmadığından yapılması gereken budur.

Dolayısıyla burada aşım taksirli midir sorusundan maksat, aşımı ortaya koyan ve aslında bir suça vücut veren o hareketin taksirli gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Yoksa yeterince dikkatli ve özenli olunmadığı için sınırı doğru tayin edememek şeklinde bir taksir tanımı mevcut değildir. Zira zaten hukuka uygunluk nedenleri çerçevesinde hareket eden failler çoğunlukla kasten hareket etmektedirler.

Aslında en hafif aracı seçmekte dikkat göstermeyerek mağdurun kafasını taşıyan fail, savunma amacı ile de olsa hâlâ net bir şekilde kasten hareket etmektedir. Araç seçiminde veya doğru savunmayı planlamada özensizlik kastı taksire indirgemez. Sade ve sadece sınır aşımına vücut verdiğini kabul ettiğimiz suçun manevi unsuruna bakılır. Burada tereddütleri gidermek için özetle ve basitçe şu söylenmelidir: Failin amacı kesinlikle alakasızdır. Failin amacı ne kadar savunmaya yönelik olursa olsun, bu kast veya taksiri için birer kriter değildir.

Cevap 3.b.: Evet. İnceleme bu aşamada sona erer. Ancak bir çözüme de ulaşılır. Bir hukuka uygunluk nedeni var, bunda sınır aşılmış ve bu aşım taksirle gerçekleştirilmiştir. Dolayısıyla TCK md. 27/1 uygulanma şartları oluşmuştur. Söz konusu taksirli suça, kanundaki cezası, bu hükümdeki indirim uyarınca verilir. İndirimdeki takdir marjına sahip olan hakim, artık TCK md. 61 ve 62 çerçevesinde failin kusurunu, olayın gerçekleşmesini vs dikkate alabilir.

Örneğin meşru savunmada bulunurken bacağa isabet alınan kurşunun sekerek gövdeyi vurması veya masum üçüncü kişiyi vurması ya da polisin silah kullanma yetkisinin tüm şartlarına uymasına rağmen havaya attığı atışın balkondaki bir vatandaşı vurması veya aydınlatılmış rıza çerçevesinde cerrahi bir operasyon yapan hekimin dikişi iyi atamadığı için kısa süre sonra patlaması, estetik bir müdahalede enjekte edilecek maddenin bir kaç miligram fazla kaçırılması sonucu komplikasyon doğması vs. Görüldüğü üzere söz konusu suçlar taksirle işlenmiş ve zaten cezaları da görece hafif olan suçlardır. İndirim bunlardan yapılacaktır.

Burada altını çizmek gerekir ki, ikinci soruda sadece olayın dış görünümü itibariyle objektif olarak tespit edilen sınır aşımı, bir de haksızlığın manevi unsurları

bakımından ele alınmıştır. Taksirin varlığı teyit edilir ve TCK md. 27/1 uygulanırken, hâlâ failin kusuruna ilişkin bir değerlendirmeye gidilmemiştir.

Cevap 3.b. (ek): Taksirle sınırın aşıldığı hukuka uygunluk nedeninin meşru savunma hali olması bakımından burada açık kapı bırakılır ve söz konusu taksirli aşımın TCK md. 27/2'deki duygulardan ileri gelip gelmediği teyit edilir. Eğer öyleyse taksirli suç faili md. 27/2'den, bu duygular yok veya mazur görülecek derecede değilse md. 27/1'den yararlanır.

Cevap 3.a.: Hayır. Kastlı. Sonraki soruya geçilir. Aşımın taksirli değil kastlı olduğu hallerde, ki hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında yanılan fail de kasten hareket ettiğinden o da bu gruba dahil olacaktır, artık ilk fıkra uygulanamaz.

Cinsel saldırıya uğrayan kadının elindeki makası saldırganın bacağına saplayıp saldırıyı sonlandırma imkanı varken göğsüne saplayıp ağır yaralamasında hataya dayanmayan, karanlıkta hırsızın küçük bir çocuk olduğunun ya da silahsız olduğunun fark edilmeyerek savunmada gereğinden fazla güç uygulanmasında ise hataya dayanan kastlı aşımın söz konusudur.

Cevap 3.a. (ek): Hayır. Taksir dahi yok. O takdirde tipik olmayan bu fiille ceza hukuku ilgilenmez.

Soru 4: İnceleme konusu hukuka uygunluk nedeni meşru savunma mıdır?

Cevap 4.a.: Hayır. İnceleme bu aşamada sona erer. Meşru savunma dışındaki hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın kasten aşılması hali, öğretide değerlendirmelerden çıkardığımız kadarıyla üç farklı şekilde gündeme gelebilir: Hukuka uygun davranma amacı içerisinde kasten hareket, yanılarak kasten hareket, alçak hislerle, örneğin bu durumdan istifade maksadıyla kasten hareket.

Son hal, amaçta aşma teşkil edip zaten bu halde ortada hukuka uygunluk nedeni (taftarı olduğumuz hukuka uygunluk nedenlerinin subjektif unsurlar da

içerdiği görüşe göre) yoktur. Kast, haksızlığın işlenme biçimi olarak failin niyetlerinden ve kusurundan bağımsız olduğundan, öğretide taksirli sınır aşımı içinde değerlendirmeye çalışılan ilk iki halde mevcuttur. İnceleme konusu hukuka uygunluk nedeni, meşru savunma değilse sınır aşım hükümlerinden hiç biri uygulanamaz.

Cevap 4.b.: Evet. Sonraki soruya geçilir. Kasten sınır aşımı bir tek ikinci fıkra ve yalnızca meşru savunma bakımından mümkündür. Zira ikinci fıkranın ilkinde olduğu gibi bir taksir sınırı veya kast yasağı yoktur. Failin bilinci de araştırılmaz. Bu ve önceki soruya evet derken sadece ortada meşru bir savunma hali bulunduğu ve bunun sınırının kasten aşıldığının tespiti yapılmıştır.

Cinsel saldırıya uğrayan kadın örneğinde makası saldırganın bacağına değil göğsüne saplamasında, savunma amaçlı davranan kadın, sınırı tam bir doğrudan kastla aşmıştır. Buradaki kast o kadar açık, o kadar net ve o kadar kanuni tanımına uygundur ki, kullanılan araçta dikkatli ve özenli olmaya dair öğretide neden âdetâ yeni bir taksir tanımı oluşturulduğunu ve bu kadar açık kasten hareket eden failin hareketinin taksire indirgendiğini anlamakta son derece güçlük çekiyoruz.

Zira eğer fiil ölçülü olsaydı ve meşru savunmadan dolayı hukuka uygun addedilseydi kimse örneğin saldırıyı savmak için bacadan bıçaklama hareketinin taksirle yapıldığını iddia etmeyecekti. Kasten yaralamadır ancak meşru savunma içinde icra edildiğinden hukuka uygundur denecekti.

Soru 5: Fail heyecan, korku ve telaşla duygularıyla mı hareket etmiştir?

Cevap 5.a.: Hayır. İnceleme bu aşamada sona erer. TCK md. 27 hiç bir hükmü itibarıyla uygulanamaz. Duyguların detaylı incelemesi hemen bir aşağıdaki bölümde yapılacaktır.

Cevap 5.b.: Evet. Bütün inceleme biter. TCK md. 27/2 uygulanır. Tüm 27. madde incelemesi boyunca failin kusurunun dikkate alınacağı tek basamağı burası oluşturmaktadır.

Burada tüm bunları özetleyen bir kontrol tablosuna yer vermeyi de uygun gördük:

Tablo 2: İki Fıkranın Uygulanmasında Kontrol Listesi

1. Bir hukuka uygunluk nedeni mevcut mu / doğmuş mu?			
Hayır. <u>İnceleme biter.</u> Md. 27 uygulanamaz. - Mefruz hukuka uygunluk nedenleri - ‘Çifte aşımın’ söz konusu olduğu haller - Evvel zamansal aşım helleri		Evet. <u>Sonraki soruya geçilir.</u>	
2. Hukuka uygunluk nedeninin sınırı aşılmış mı?			
Hayır. <u>İnceleme biter.</u> Md. 27 uygulanmaz. - Failin iç dünyasına dair hiç bir husus bu aşamada dikkate alınmaz.		Evet. <u>Sonraki soruya geçilir.</u> - Hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında yanılmalar da objektif anlamda birer sınır aşımı teşkil eder. - Ancak sınır aşımı yanılmadan tamamen bağımsız ve hiç hata olmaksızın da vuku bulabilir.	
3. Sınır aşımı teşkil eden suç taksirle mi işlenmiştir?			
Evet. <u>İnceleme biter.</u> Md. 27/1 uygulanır. - Kasten işlenen bir suç taksire indirgenmez. Ortada zaten tipik fiil açısından taksirle işlenen suç vardır. Taksir, sınıra dair dikkatsizlik değil, tipik neticeye dair öngörülemezlik ve harekete dair özensizliktir.	Evet. Söz konusu hukuka uygunluk nedeni meşru savunma ise - Mazur görülebilecek derecede heyecanlar varsa: Md. 27/2 uygulanır. - Heyecan yok veya mazur görülebilecek derecede değilse: Md. 27/1 uygulanır. <u>İnceleme biter.</u>	Hayır. Aşım taksirli dahi değil. <u>İnceleme biter.</u> - Tipik olmayan bu fiille ceza hukuku ilgilenmez.	Hayır. Kasten aşım var. <u>Sonraki soruya geçilir.</u> - Kasten aşım amaçta aşımından ibaret değildir. Failin düşüncelerinden ve kusurundan bağımsız olarak, kanuni tipe dair manevi unsur olarak kastı varsa, aşım da kastlıdır. - Hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında yanılan fail de kasten hareket eder.
4. Söz konusu hukuka uygunluk nedeni meşru savunma mı?			
Hayır. <u>İnceleme biter.</u> - Meşru savunma dışındaki hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın kasten aşılmasında Md. 27’nin hiç bir hükmü uygulanamaz.		Evet. <u>Sonraki soruya geçilir.</u>	
5. Fail mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaşla mı hareket etmiştir?			
Hayır. <u>İnceleme biter.</u> Md. 27’nin hiç bir hükmü uygulanamaz.		Evet. <u>İnceleme biter.</u> Md. 27/2 uygulanır.	

¹⁸⁴⁹Burada son bir hususa daha değinmek gerekir: Yargıtay, eski tarihli bir kararında, meşru savunmada sınır aşıl原因 işlenen suçlara, haksız tahrik altında işlenenlerden daha az ceza verilmesi gerektiğini ifade etmiştir.¹⁸⁵⁰ Pek tabii TCK md. 27 fıkralarının mevcut olmadığı dönem kararının günümüze uyarlanması doğru olmaz.¹⁸⁵¹ Ancak ilk fıkra gereğı zaten taksirle işlenen suçların cezaları her durumda kasten işlenenlerden az olacağı ve haksız tahrik - kanımızca mağdur haksız tahriğı yapan olmadığı sürece - bir tek kasten işlenen suçlara uygulanabildiğı için bu belirlemeye gerek kalmaz.

Bir an için haksız tahrikte bulunana karşı taksirli suçlar bakımından da TCK md. 29'un uygulanabileceğı fikri benimsenirse, burada haksız tahrik maddesinin önerdiği indirim md. 27/1'den daha yüksek olabildiğinden, içtihat dikkate alınabilir. Ancak burada iki hükmün yarıştığından söz edilemez. Zira haksız tahrik indirimi

¹⁸⁴⁹ Kontrol listesinin uygulanışını örnek mahiyetinde bir Yargıtay kararına konu olayda, polisin şüphelendiğı bir araca dur uyarısında bulunmasına, megafon ve ışık ikazına rağmen aracı kullanan mağdur kaçmayı sürdürmüş, araçların durduğu bir esnada sanık polis memuru inerek mağdurun aracının önüne geçip tekrar uyarıda bulunmuş, ancak mağdurun arabayı sanığın üstüne sürmeye başlaması üzerine sanığın kendini kurtarmak için yana çekildiğı ve şoför koltuğunda bulunan maktule isabet alarak ateş ettiğı ve maktulün böylece öldüğü olayda yerel mahkemenin TCK md. 85/1 ve md. 27/1'den verdiğı kararı bozan Yargıtay, sanığın md. 27/2'den yararlandırılarak ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerektiğine hükmetmiştir. (Bkz. Y. 1. C.D., T. 6.2.2014, E. 2013/526, K. 2014/554) Burada meşru savunma ve suç işlenmesini önlemek görevi olan ve makul şüphe ile hareket eden polisin olayda kişiyi durdurma, yakalama vb yetkileri bulunmakta olduğundan, kanun emrini yerine getirme ve görevin ifası hukuka uygunluk nedenleri oluşmuştur. Sınır da aşılmıştır çünkü söz konusu hukuka uygunluk nedenleri mağdur hiç yaralanmadan, örneğin tekerine ateş edilerek de durdurulabilirdi. Üçüncü soru bakımından ise kanımızca sınır taksirle aşılmamıştır, zira ölçülü bir hareket yapılırken dikkatsizlik sonucu aşım gerçekleşmemiştir, fail doğrudan maktule isabet almıştır. Kastın öldürmeye mi yaralanmaya mı ilişkin olduğu elbette ayrıca incelenmelidir. Ancak burada herhangi bir suça karıştığı veya karışacağı belli olmayan mağdurun, üstelik de plakasını almak ve kimliğini tespit ile yaralanmaksızın ele geçirmek mümkün iken kasten yaralamak dahi ölçülü olmayacağından, taksirli ölüm sonucu da sınırın çok dışında gerçekleşmiş olacaktır. Aşımın kasten olduğu tespitinden sonra dördüncü soruya cevaben, burada sınırı aşılan hukuka uygunluk nedeni kanımızca meşru savunma değildir. Meşru savunma polis memurunun yana kayarak araçtan kaçması ve kendini kurtarması ile sonlanmıştır. Bir an için saldırının poliste yarattığı korkunun ona ahir zamansal aşım yaptırdığı düşünülse bile, zaten kaçmak isteyen failden yana kaçarak kurtulan failin mesleğı gereğı de böyle olaylarda kolayca fevri duygulara kapılmaması beklenir. Dolayısıyla tüm sorular bakımından sırasıyla yaptığımız kontrolde, olay gereğı failin hiç bir fıkradan yararlanmaması gerektiğini ortaya koymuş olduk. Zira md. 27/2 görevin ifası gibi meşru savunma dışında kalan hukuka uygunluk nedenlerine uygulanamaz. Ancak ve ancak olayda mağdurun yaralanmasının meşru savunma ya da görevin ifası bakımından ölçülü olduğu ortaya konulabiliyorsa, örneğin failin kenarı çekilerek ezilmekten kurtulması mümkün değilse, ölüm sonucunun bu ölçü taksirle aşıl原因 ortaya çıktığı savunulabilir ve md. 27/1 uygulanabilir.

¹⁸⁵⁰ Y. 1. C.D., T. 22.6.1981, E. 1981/4-172, K. 1981/249.

¹⁸⁵¹ Söz konusu öneri için bkz., İnci, **a.g.m.**, s. 127;

uygulayabilmek için md. 29 hükmündeki şartların gerçekleşmesi ve failin kusurunun azalmış olması ayrıca aranır. Oysa md. 27/1 haksızlığı etkileyen bir haldir. Fıkra, md. 29'un indirimi yetersiz kaldığı için düzenlenmiş değildir.¹⁸⁵²

Dolayısıyla maddelerin uygulama alanları kesişebilir, ancak md. 27/1'in daha yüksek indirim önermesi beklenemez. Failin kusurunun ayrıca dikkate alınmadığı hallerde md. 27/1'deki indirimin md. 29'dan daha az olması *kanımızca* herhangi bir sakınca doğurmaz. Ancak ikinci fıkraya gelindiğinde, burada zaten kanun maddesi tam cezasızlık önerdiği için bunu haksız tahrikle mukayese etmeye hacet kalmamaktadır.

3.4.3. Mazur Görülebilecek Heyecanlar Nedeniyle Aşım

3.4.3.1. Karşılaştırmalı Olarak Tanımlar

TCK md. 27/2'de verilen tabirleri TDK¹⁸⁵³ şu şekilde tanımlamıştır:

Heyecan: '*Sevinç, korku, kızgınlık, üzüntü, kıskançlık, sevgi vb. sebeplerle ortaya çıkan güçlü ve geçici duygu durumu*'

Korku: '*Bir tehlike veya tehlike düşüncesi karşısında duyulan kaygı, üzüntü; gerçek veya beklenen bir tehlike ile yoğun bir acı karşısında uyanan ve coşku, beniz sararması, ağız kuruması, solunum ve kalp atışı hızlanması vb. belirtileri olan veya daha karmaşık fizyolojik değişmelerle kendini gösteren duygu*'

Telaş: '*Herhangi bir sebeple acelecilik; Kaygı, tasa, sıkıntı; Şaşkınlıktan doğan karışıklık, kargaşa*'

Adli psikiyatride de, tıpkı güncel sözlüklerde olduğu gibi *heyecan* kavramının aslında çok daha geniş ve diğer pek çok duyguyu kapsayan tanımı vardır. İnsanın

¹⁸⁵² Bu yönde bkz., Topçu, **a.g.e.**, s. 673.

¹⁸⁵³ Türk Dil Kurumu, **Güncel Türkçe Sözlük**, <https://sozluk.gov.tr/>, E.T.: 21.08.2022; 14.24.

‘*duygusal dünyasının sarsıntı halinde olması*’nı ifade eden ve ‘*birtakım fizyolojik göstergelerle*’ ortaya çıkan duygu türü olan heyecanın, ‘*korku, hiddet, neşe, keder, endişe, hayret, utanma, hayal kırıklığı*’ gibi çeşitleri mevcuttur.¹⁸⁵⁴ Dolayısıyla heyecanın korkuyu ve daha da önemlisi hiddeti de ifade ediyor olması, bilimsel açıdan kanun koyucunun tabir tercihinin yerinde olmadığını göstermektedir.

Öğretide *Yılmaz*’ın tanımlamalarına doğrudan atıf yapıldığını gözlemlemekteyiz. Buna göre; *heyecan*, duygu coşkunuğu demek iken *korku*; bir tehlikenin var veya yaklaşmakta olduğu düşüncesinden kaynaklanan rahatsız edici duyguyu ifade eder. *Telaş* ise heyecanlı karmaşa ve şaşkın davranış anlamlarına gelmektedir.¹⁸⁵⁵ *Dehşet* ise kimi kaynaklarda paniğin eş anlamlısı, kimi kaynaklarda korkunun son derece yoğun bir türü olarak ele alınmaktadır.¹⁸⁵⁶

AlmCK’nın 33. maddesindeki duyguların da öncelikle Türkçe sözlüklerdeki karşılıklarını vererek tanımlamak gerekir:

Verwirrung: Kafa karışıklığı¹⁸⁵⁷, karışıklık, şaşkınlık¹⁸⁵⁸, konfüzyon, çarpıntı¹⁸⁵⁹, bilinç bulanıklığı

Furcht: Korku¹⁸⁶⁰, endişe ve dehşet¹⁸⁶¹

Schrecken: Dehşet¹⁸⁶², ürküntü, korku¹⁸⁶³

¹⁸⁵⁴ İbrahim Balcıoğlu, Özden Yılmaz, “Heyecan ve Adli Psikiyatri”, **Geniş Açı: Actual Medicine**, http://medicalnetwork.com.tr/2008_dosya/Geni%C5%9F%20A%C3%A7%C4%B1%20mart%202010.pdf, Mart 2010, s. 69. E.T.: 21.08.2022; 16: 00.

¹⁸⁵⁵ Ejder Yılmaz, **Hukuk Terimleri Sözlüğü**, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, s. 474-706-1211.

¹⁸⁵⁶ Faruk Erem, **Adalet Psikolojisi**, Ankara, Başkent Klişe Matbaacılık, 2003, s. 120.

¹⁸⁵⁷ Langenscheidt, <https://de.langenscheidt.com/deutsch-tuerkisch/verwirrung>, E.T.: 21.08.2022; 14.14.

¹⁸⁵⁸ Pons, <https://de.pons.com/%C3%BCbersetzung/deutsch-t%C3%BCrkisch/verwirrung>, E.T.: 21.08.2022; 14.14.

¹⁸⁵⁹ Google Çeviri, <https://translate.google.com/?sl=de&tl=tr&text=verwirrung&op=translate>, E.T.: 21.08.2022; 14.14.

¹⁸⁶⁰ Pons, <https://de.pons.com/%C3%BCbersetzung/deutsch-t%C3%BCrkisch/furcht>, E.T.: 21.08.2022; 14.16.

¹⁸⁶¹ Google Çeviri, <https://translate.google.com/?sl=de&tl=tr&text=furcht&op=translate>, E.T.: 21.08.2022; 14.16.

Burada tabirlerin ifade ettiklerini izah için bir de Almanca sözlüklerde nasıl tanımlandıklarını görmek gerekmektedir. Buna göre *Verwirrung*, karmaşa, karışıklık ve düzensizlik halini, ayrıca ruhi belirsizliği; *Furcht*, kişinin kendisini tehdit eden bir tehlikeye karşı duyduğu korku türünü; *Schrecken* ise, beklenmedik ve bir anda meydana gelen olaya karşı duyulan korku türünü ifade edecek şekilde tanımlanmıştır.¹⁸⁶⁴ *Schrecken* ayrıca, külfetli, cefalı ve kişiyi engelli hissettiren irkilme ve korkunun neden olduğu duygu olarak da ifade edilmektedir.¹⁸⁶⁵

Alman öğretisinde ise telaş (*Verwirrung*), duyguların bir anda hücum etmesi, ruhi kavrayışta düzensizlik, failin kendine hakim olamayarak muğlak ve alakasız hareketler sergilemesi, hedefe odaklanamamak şeklinde tanımlanmıştır.¹⁸⁶⁶ Korku (*Furcht*) ise, belirli ve somut bir tehlike ihtimaline karşı beliren, duyguların bir anda yükselmesine neden olan ve kişinin olayları süzgeçten geçirmesine engel olan haldir.¹⁸⁶⁷ Bu duygunun ağız tutulması, terleme, sararma, tüylerin dikilmesi gibi fizyolojik yansımaları görülür.¹⁸⁶⁸ Son olarak dehşetten (*Schrecken*) anlaşılması gereken, sürpriz şekilde oluveren beklenmedik tehlike ve tehditlere karşı, tüm organizmanın âdeta bir refleks gibi toplu reaksiyona geçmesidir. Dehşet halinde kişide rengin solması, terlemeler ve kalp atışının hızlanması da gündeme gelir.¹⁸⁶⁹

Söz konusu duyguların failde bir an için düşünmeyi durdurduğu, kasların kasılmasına, terleme ve titremelere sebep olduğu ve sinirlere giden elektirgin âdeta fiziksel olarak hissedilebilir derecede olduğu dile getirilmektedir.¹⁸⁷⁰ Alman hukukunda özellikle de telaş ve dehşet halleri ifade edilirken faillerin beklemedikleri

¹⁸⁶² Langenscheidt, https://de.langenscheidt.com/deutsch-tuerkisch/search?term=das+schrecken&q_cat=%2Fdeutsch-tuerkisch%2F, E.T.: 21.08.2022; 14.29

¹⁸⁶³ Pons, <https://de.pons.com/%C3%BCbersetzung/deutsch-t%C3%BCrkisch/schrecken>, E.T.: 21.08.2022; 14.30.

¹⁸⁶⁴ Wortbedeutung Wörterbuch, <https://www.wortbedeutung.info/>, E.T.: 21.08.2022; 14.30

¹⁸⁶⁵ Google Çeviri, <https://translate.google.com/?sl=de&tl=tr&text=schrecken%0A&op=translate>, E.T.: 21.08.2022; 14.30.

¹⁸⁶⁶ Zieschang, §33, Kn. 55

¹⁸⁶⁷ Herzog, §33, kn. 21; Fischer, § 33 kn. 3; Spendel, §33, kn. 60; Zieschang, §33, kn. 58; Kindhäuser, §33, kn. 23: Yazar aynı zamanda belirsiz ve soyut tehlikeye duyulan daha basit düzeydeki korkuyu *Angst* olarak ifade etmiştir.

¹⁸⁶⁸ Erem, *Adalet Psikolojisi*, s. 120.

¹⁸⁶⁹ Herzog, § 33 kn. 22; Kindhäuser, §33, kn. 23; Zieschang, §33, kn. 58; Spendel, §33, kn. 63.

¹⁸⁷⁰ Diederich, *a.g.e.*, s. 185-8.

bir saldırı karşısında şaşkına dönmeleri izah edilmekteyse de¹⁸⁷¹, AlmCK md. 33'ün uygulanabilmesi için olayın muhakkak aniden gerçekleşmiş olması şart değildir.¹⁸⁷²

Türk ceza hukukunda ise bu tabirler genellikle şu şekilde çevrilerek kullanılmıştır: şaşkınlık, korku ve dehşet.¹⁸⁷³ Öğretide ayrıca, TCK hükmünde yer verilen duyguları karşılayan tabirlerin muğlaklığı ve net tanımlanmamış olmaları dolayısıyla kapsamının son derece geniş yorumlanabileceği eleştirisi getirilmiştir.¹⁸⁷⁴

Örneğin *Erem*, korkunun da aslında bir heyecan türü olduğunu, telaşın teknik bir anlamının olmadığını, gazabın da heyecana dahil sayılabileceği ve böyle ele alınırsa ‘garip sonuçların’ ortaya çıkabileceğini ifade eder.¹⁸⁷⁵ Keza *Özen* de, söz konusu duyguların kişilerin ruhsal durumlarını betimlemekten öteye geçmediğini, aynı durumlardaki farklı failler arasında farklı uygulamalara neden olarak hakkaniyetsiz sonuçlar doğabileceğini ve zaten böyle bir madde olmasa da hakim takdir yetkisi içerisinde failin iç durumunu dikkate alabileceğini ifade ederek maddenin kaldırılmasını önerir.¹⁸⁷⁶ Hakimin takdir yetkisinin, kanunda açıkça hüküm bulunmadıkça, kişinin cezasız bırakılmasına kadar geniş olmadığını düşündüğümüzden bu eleştirilere tamamen katılmak mümkün değildir.

¹⁸⁷¹ Hilgendorf, Valerius, **a.g.e.**, s. 168.

¹⁸⁷² Çoktan korkulan bir olay olsa da fail somut olayda paniğe kapılabilir, bkz., Duttge, §33, kn. 11; Roxin, **a.g.e.**, §22, kn. 78; Kühl, **a.g.e.**, §12, kn. 147.

¹⁸⁷³ Apaydın, **a.g.e.**, s. 267; Heinrich, **I**, (çev. Barış Erman), para. 582; Gündüz, Sarıgül, **a.g.m.**, s. 430.

¹⁸⁷⁴ Erem, “Hakkın Kullanılması”, s. 17; Mustafa Özen, “5237 Sayılı Ceza Kanunu’na İlişkin Eleştiriler”, **TBB Dergisi**, Sayı: 65, 2006, s. 207.

¹⁸⁷⁵ Erem, “Hakkın Kullanılması”, s. 17

¹⁸⁷⁶ Özen, “Eleştiriler”, s. 207. Pek çok yerde alıntılandığı ve örnek gösterildiği için biz de eleştiri paragrafının tamamını buraya almayı uygun görüyoruz, bkz.: “27. maddenin 2. fıkrasında, ‘Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faille ceza verilmez’ şeklinde bir düzenlemeye gidilmiştir. Bu düzenleme, içerisi her türlü yoruma açık ve bu nedenle kişilerin hukuka güvenin sarsılabilecek nitelik taşımaktadır. Korku, heyecan ve telaş özü itibarıyla, kişinin ruh halini ifade eder. Daha doğrusu, kişinin olaylar karşısındaki duygusu- nu, hislerini ve dolayısıyla kişinin iç durumunu ifade eder. Her kişi, bir olay karşısında farklı ruhsal durum sergileyebileceği gibi, bir kişi, aynı durum olsa bile aynı durumun farklı zamanlarda ortaya çıkması halinde, farklı durum sergileyebilir. Bu nedenle kullanılan kavramlar, herkesin anlayabileceği açıklıkta olmalıdır. Özellikle ceza sorumluluğunu kal- dıran ve dolayısıyla hayat varlığı ve kişi özgürlüğünün birlikte değerlendirilmesi gerektiği bu gibi durumlarda, kavramın daha da dikkatli seçilmesi gerekmektedir. Farklı yerlerde benzer iki olay meydana gelse, doğal olarak faillerden biri cezasız kalabilecek bir diğeri ceza alabilecektir. Zaten bu düzenleme olmasa bile, hakim olayın bütünü içinden bu unsuru da değerlendirmeye alıp ona göre hüküm verecektir. Ama böyle bir düzenlemenin bulunması, hakim yasal dayanağı gerekçe göstererek, bu yola başvurusunun önü kuvvetlice açılmış olmaktadır. Bu nedenle bu düzenleme kaldırılmalıdır.”

Ancak, kanunda yer alan ‘heyecan’ kelimesinin üzerinde durmak gerekir. Her şeyden önce me haz düzenlemede böyle bir karşılık yer almamaktadır. Türkçe’ye ‘heyecan, korku veya telaş’ olarak aktarılan hükümde geçen duygular aslında ‘telaş, korku veya dehşet/panik’ tir.¹⁸⁷⁷ Öte yandan, adli psikiyatri kaynaklarında heyecan, zaafiyete dayanan duyguların biri olarak değil, hem zaafiyete hem güce dayanan duyguları tanımlayan âdeta bir üst başlık gibi, hatta ‘*affekt*’ kelimesine karşılık gelecek şekilde, ‘coşku’n duygu durumlarını ifade etmek amaçlı kullanılmıştır.¹⁸⁷⁸

Alman kaynaklarında atıf yapılan psikiyatri eserlerinde de yer verilen ‘*affekt*’ ise, akut ve yoğun şekilde meydana gelen, kısa süreli ve coşkulu duygu durumlarını ifade eder.¹⁸⁷⁹ Bir başka tanıma göre ise, dış bir etkenin failde yaşattığı kırılganlık, bir nevi duygusal sağırlığa neden olacak kadar failde ağır duygu durumu yaratması ve bunun failin iradesi üzerinde son derece etkin olması şeklinde betimlenmektedir.¹⁸⁸⁰ Öğretide tabir, ‘*olağandışı psişik gerginlik*’ ya da ‘*dış nedenlerle bir ruh durumunun değişmesi*’ anlamında ‘*duygulanım*’ olarak da karşılık bulmaktadır.¹⁸⁸¹ Terimin Türkçe karşılığı ‘şiddetli duygulanım’ olup, burada da, telaş, korku ve paniği de karşılamak ve ‘kişiyi harekete geçiren ve fevri’ tüm duyguları betimlemek üzere ‘heyecan’ karşılığı ile eş anlamlı olarak kullanılmıştır.

Erem de, adalet psikolojisi üzerine kaleme aldığı çalışmasında ‘coşku’ ile eş anlamlı ele aldığı heyecanı, ‘*normal seyirde akıp giden duygu durumunda ani bir sarsıntı ve belirli fizyolojik göstergelerin meydana geldiği geçici psikolojik olaylar*’ olarak tanımlar.¹⁸⁸² Nitekim yazarın atıf yaptığı pek çok heyecan tanımında tespit ettiği ortak nokta da, normal duygu durumunda ani değişiklik ve bunun şiddetli ve geçici oluşu vurgusudur.¹⁸⁸³ Heyecanlar, korkunun yanında hiddet, neşe ve endişe gibi TCK md. 27/2 kapsamında yer almayan duyguları da içerirler.¹⁸⁸⁴

¹⁸⁷⁷ Bu şekilde çevrildiği eserler için bkz., İçel vd., **a.g.e.**, s. 190; Keçelgil, **a.g.m.**, s. 374.

¹⁸⁷⁸ Bkz. Balıçoğlu, Yılmaz, **a.g.m.**, s. 71.

¹⁸⁷⁹ Diederich, **a.g.e.**, s. 157; Theile, **a.g.m.**, s. 965.

¹⁸⁸⁰ Diederich, **a.g.e.**, s. 164; Aschermann, **a.g.e.**, s. 4.

¹⁸⁸¹ Şahin, Özgenç, Kılıç, **a.g.m.**, s. 2302.

¹⁸⁸² Erem, **Adalet Psikolojisi**, s. 104.

¹⁸⁸³ Erem, **Adalet Psikolojisi**, s. 104.

¹⁸⁸⁴ Bkz. Erem, **Adalet Psikolojisi**, s. 104.

Eker Kazancı da, hemen her suçu işleyen failde heyecan bulunduğunu, bunun kusuru ortadan kaldırması için patolojik seviyede olması gerektiğini belirtmiş ve heyecan kavramını haksız tahriğe vücut veren duyguları da karşılayacak genel bir kavram olarak kullanmıştır.¹⁸⁸⁵

Kaldı ki Yargıtay kararlarında söz konusu duyguların ve özellikle de heyecanın tek başına ele alındığına ve TCK md. 27/2'den hüküm kurulurken yalnızca heyecan duygusuna dayanıldığına rastlanmamıştır. Dolayısıyla hükümde bu tabirin elimine edilerek, doğru çeviri ile duyguların 'telaş, korku veya panik' şeklinde düzenlenmesi gerektiğine inanıyoruz.¹⁸⁸⁶

3.4.3.2. Telaş, Korku veya Paniğin İncelenmesi

3.4.3.2.1. Duyguların Türü

Her şeyden önce yinelemek gerekir ki söz konusu duygular birer heyecan teşkil ederler. Heyecanlar (*affektler*) ise vücutta kalp atışında artış, vücut ısısında değişiklik, nefesin hızlanması, sararma, kızarma, adele sıkışması veya fazla gevşemesi gibi etkiler meydana getiriren kompleks şuur halleridir.¹⁸⁸⁷

Kelime kökeni itibariyle yunanca olan '*astenik*' etkiler zaafiyete dayanan, '*stenik*' etkiler ise güce dayanan heyecanlar olarak tanımlanmıştır.¹⁸⁸⁸ Zaafiyete dayanan (*astenik*) duyguların, kişinin akli melekelerini zayıflattığı ve bilincin olağan faaliyetine engel olduğu ifade edilmektedir.¹⁸⁸⁹ Öztürk ve Erdem de söz konusu duyguları '*güce değil zayıflığa yol açan şok*' halleri şeklinde tanımlamışlardır.¹⁸⁹⁰

¹⁸⁸⁵ Eker Kazancı, **a.g.m.**, s. 1310 vd. Aynı yönde bkz. Bostancı, **a.g.e.**, s. 6 – 7.

¹⁸⁸⁶ Nitekim Dönmezer ve Erman da eserlerinin orjinal baskılarında (güncellenmemiş ve sadeleştirilmemiş halinde) tam olarak böyle bir çeviriyi tercih etmişlerdir, Bkz. Dönmezer, Erman, **Cilt: II**, 1997, s. 138.

¹⁸⁸⁷ Erem, **Adalet Psikolojisi**, s. 104-5.

¹⁸⁸⁸ Murmann, **a.g.e.**, §26, Kn. 84; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §13, kn. 703. Erem bu gruba bir heyecan türü daha ekler: *sademe ve his heyecanlar*: kara haber alınmasında olduğu gibi, kişiye aniden gelerek çökkünlük ve yorgunluk yaratan çöşku grubudur. Bkz. Erem, **Adalet Psikolojisi**, s. 109.

¹⁸⁸⁹ Erem, **Adalet Psikolojisi**, s. 110; Balcıoğlu, Yılmaz, **a.g.m.**, s. 69.

¹⁸⁹⁰ Öztürk, Erdem, **GH**, s. 324.

Adli psikiyatride *astenik* duygular ‘*her türlü korkular gibi ani felce sebep olan*’ heyecanlar olarak tanımlanmaktadır. Bunların bilinç faaliyetine engel oldukları açıkça belirtilmiştir.¹⁸⁹¹ *Stenik* duygular ise ‘*sürur ve hiddet gibi uyarı öncesi*’ heyecanlardır.¹⁸⁹² Bu duyguların ‘saldırgan’ olarak tanımlandığı da görülmektedir.¹⁸⁹³

Alman hukukunda da AlmCK md. 33’te yer alan ‘telaş, korku veya panik’ tehlike altında olmaktan veya hukuki değerlerinin tehdit edilmesinden ileri gelen ve zayıflıkla ilintili duygular olarak tanımlanmıştır.¹⁸⁹⁴ Zayıflıkla ilintili olmak, savunmacı (*defansif*) karakterde olmak şeklinde de tanımlanmaktadır.¹⁸⁹⁵ Öyleyse denilebilir ki bu duygular, kişiyi bir saldırı karşısında güçsüz duruma sokar.

Öte yandan, güce dayanan öfke, kızgınlık, intikam gibi duyguların içlerinde ‘kast’ı barındırdığı, bu yüzden TCK md. 27/2 nin - ve AlmCK md. 33’ün - uygulama alanından elenmesi gerektiği fikrine¹⁸⁹⁶ iştirak etmek mümkün değildir. Nitekim telaş ve korku etkisi altında işlenen suç da kasten işlenebilir, çünkü madde kastı değil kusuru kaldırarak şekilde düzenlenmiş bir mazeret nedenidir. Ayrıca pek tabii zaafiyete dayanan duygularla kastlı, güce dayanan duygularla taksirli suç da işlenebilecektir.

Dolayısıyla güce dayanan duyguların varlığı halinde hükmün uygulanamaması, bunların kast içermesi veya kastın varlığına işaret etmesine değil, kriminal politik gayelere dayanır.¹⁸⁹⁷ Hukuk düzeni bireyden hiddetini yenmesini bekler, hiddete kapıldığı için mazur görülmesini değil.¹⁸⁹⁸ Ayrıca güce dayalı duygularla işlediği fiiller için faili cezasız bırakmak, aslında bir nevi bireylere kendi

¹⁸⁹¹ Balcıoğlu, Yılmaz, **a.g.m.**, s. 70; Erem, **Adalet Psikolojisi**, s. 109.

¹⁸⁹² Balcıoğlu, Yılmaz, **a.g.m.**, s. 70; Erem, **Adalet Psikolojisi**, s. 109; Herzog, § 33, kn. 19.

¹⁸⁹³ Bkz. Heinrich, (çev: Erman), **I**, para. 589.

¹⁸⁹⁴ Kindhäuser, §33, kn. 21.

¹⁸⁹⁵ Geppert, “Notwehr und Irrtum”, s. 38.

¹⁸⁹⁶ Kan, **a.g.e.**, s. 305-6

¹⁸⁹⁷ Heuchemer, §33, kn. 23.

¹⁸⁹⁸ Erem’e göre, akıl ile ilkel insan arasındaki fark hiddetini yenme ölçüsündedir. Bkz. Erem, **Adalet Psikolojisi**, s. 112.

adaletlerini sağlama yetkisi verilmesi anlamına gelecektir.¹⁸⁹⁹ Bu da cezanın genel önleme etkisini sekteye uğratacaktır.

Bundan başka, öfke, intikam, kavga isteği gibi güce dayanan duyguların failin kusur yeteneğini ortadan kaldıracak boyuta ulaşması hallerinde ise zaten artık akıl hastalığına ilişkin hükümlere dayanılarak da failin cezasız kalması söz konusu olabilecektir.¹⁹⁰⁰

Haksız tahrikle sınır aşımının bir arada uygulanmasına engel olan en temel husus da budur. Nitkeim haksız tahrikte TCK md. 27/2 için reddedilen güce dayanan (*stenik*) duygular söz konusudur.

İki hükmün arasındaki fark, ne '*haksız tahrikin insanın kendisinden kaynaklanması*' ne de '*haksız tahrik fiilinin merkezinde failin işlediği suçtan ziyade mağdurun haksız fiilinin yer alması*' dır.¹⁹⁰¹ Haksız tahrik ne kadar kişinin kendinden kaynaklanıyorsa md. 27/2 de o kadar kendinden kaynaklanıyordur. Diğer yandan, md. 27/2'de de tıpkı haksız tahrikteki gibi *fiilin merkezinde failin işlediği suçtan ziyade mağdurun haksız fiili* yer almaktadır.¹⁹⁰² Bu nokta, iki hükmü ayıran değil, ortak paydada birleştiren husustur.

Beraber uygulanamamalarının tek sebebi, haksız tahrike vücut veren duyguları taşıyan failin çoğu kez korku ve telaşla hareket etmemesi, aynı failde her iki duygu durumunun beraber bulunduğu hallerde ise, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği, TCK md. 29'un geri çekilerek md. 27/2 nin tek başına uygulanmasına alan açmasının daha hakkaniyetli olacağı fikridir.¹⁹⁰³

¹⁸⁹⁹ Erb, §33, kn. 21; Duttge, §33, kn. 11; Roxin, **a.g.e.**, §22, kn. 76; Eryıldız, **a.g.m.**, s. 112.

¹⁹⁰⁰ Erb, §33, kn. 21

¹⁹⁰¹ Kan, **a.g.e.**, s. 306.

¹⁹⁰² Haksız tahriğin yalnız kusuru değil, haksızlığı da etkilediği ve bu yüzden yalnız tahrikçiye yönelen fiiller bakımından cezalandırmanın azaldığı yönünde görüşümüz için bkz. yukarıda: *Dipot*: 368. Erem'e göre, tahrik edenin kabahati failin cezasından düşüldüğü için haksız tahrik cezası azaltır. Bkz. Erem, **Adalet Psikolojisi**, s. 112. Haksız tahriğin failin fiilinin haksızlık muhtevasını etkilemeyeceği aksi yönünde bkz. Özgenç, **a.g.m.**, s. 359.

¹⁹⁰³ Detay için bkz. aşağıda: "3.4.3.2.5. *Duyguların Birlikteliği / Saik Demeti (Motivbündel)*"

3.4.3.2.2. Duyguların Belirliliği (*Numerus Clausus*)

Kanunda sayılan duygular noktasında ilk soru bunların sınırlı sayıda olup olmadığıdır. Kanun koyucunun tercih ettiği duygulara benzer duygular da eklenerek madde uygulamasının genişletilebilip genişletilemeyeceğine dair öğretide genel olarak suskunluk, tartışan görüşlerde ise daha ziyade olumsuz kanaat hakimdir.¹⁹⁰⁴ Alman hukukunda da duyguların sınırlı sayıda olup, kıyasa açık olmadığı ve genişletilemeyeceği ifade edilmiştir.¹⁹⁰⁵

Ancak aksi görüş, güçsüzlüğe dayanan diğer hisler bakımından da, bu hisler saldırıdan sadır olduğu müddetçe kıyas kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir.¹⁹⁰⁶ *Kanaatimizce* yine zaafiyete dayalı olsa da başka duygularla sınırı aşmak kabul edilmeyecektir.

Örneğin bunlara benzetilebilecek üzüntü duygusu, kişiyi etkilese de, tesiriyle kişiyi anlık, düşünmeden harekete sevk edecek fevri bir duygu değildir. Hatta haksız tahrik sonucu doğan duygular arasında sayıldığından, zaafiyete dayalı da olsa kanun koyucunun tam bir cezasızlık değil, ancak indirim öngördüğü bir duygu olduğunu ifade edebiliriz.

Üçüncü kişi lehine meşru savunmayı düşündüğümüzde, merhamet duygusunun da sınır aştırmayacağına öngörebiliriz. Örneğin çok küçük bir çocuğa tecavüz ederken saldırgana engel olan fail, kabaran merhamet duygusuyla sınır aşarsa bu maddeden yararlanamayacaktır. Eğer failin korku, telaş ya da heyecana sevk eden bir duygu etkisinde olmadığını biliyorsak, ona sınır aşırının burada merhamet duygusu değil, belki merhametten kaynaklanan öç alma olduğunu ileri sürebiliriz.

Dolayısıyla duyguların zaafiyete dayalı olmaları seçici bir unsur olup, TCK md. 27/2'yi tatbik bakımından yeterli olmayacak, ayrıca harekete geçirici olmaları

¹⁹⁰⁴ Ersan, **a.g.e.**, s. 158; Şahin, Özgenç, Kılıç, **a.g.m.**, s. 2317.

¹⁹⁰⁵ Kindhäuser, §33, kn. 21; BGH 26.02.1969 - 3 StR 322/68 (NJW 1969, 802).

¹⁹⁰⁶ Düzenli, **a.g.e.**, s. 197; Sucuoğlu, **a.g.m.**, s. 158.

da gerekecektir. Yine de, bu kesişim kümesini kanun kendi belirlediği için, bu nitelendirmeler, ilgili duygulara dair birer betimleme ve tespitten ibarettir.

Buna ek olarak, hükümde duyguların sadece sayılması, ancak ‘gibi’ veya ‘ve benzeri’ gibi ifadelerle yer verilmemiş olması da, lafzi bir yorumla hislerin sınırlı olarak belirlendiğine işaret etmektedir. Fıkra ‘heyecan, korku veya telaştan’ öbeğinde geçen ‘veya’ ifadesi ise *kanımızca* virgül yerine kullanılmış basit bir bağlaçtır ve devamlılığı ifade etmez.¹⁹⁰⁷

Önemle vurgulamak gerekmektedir ki, heyecan kelimesi başlı başına kapsayıcı olduğundan fıkra da yer verilen duyguların sınırlı sayıda oldukları kabulü, ancak söz konusu ‘heyecanların’, ‘telaş, korku veya panik’ olarak fıkranın doğru şekilde tadili halinde bir anlam ifade edecektir.

Diğer yandan her ne kadar Türk ve Alman hukuku bakımından ilgili tabirler sınırlı sayıda olup kıyasa açık değilseler de, tabirlerin ifade ettiği anlamları karşılayan eş anlamlılarının hâlâ bu kapsamda olacağını hatırlatmak gerekmektedir. Örneğin, panik sözlüklerde ‘ani dehşet duygusu, büyük korku, ürküntü’ olarak tanımlanmakta olduğundan yine anlam itibarıyla ‘dehşet’in de fıkra kapsamında yer alır. Öğretide de kaygının da fıkra kapsamında değerlendirildiğine rastlanmaktadır.¹⁹⁰⁸

Elbette bu duygularının tümünün birden bulunması gerekli olmayıp sadece bir tanesi olayda mevcutsa bile madde uygulanabilmelidir.¹⁹⁰⁹

3.4.3.2.3. Duyguların Derecesi

Öğretide, AlmCK’da yer almadığı halde TCK md. 27/2’de açıkça geçen ‘mazur görülebilecek’ ifadesinin anlamı üzerinde de durulmuştur. Bu noktada

¹⁹⁰⁷ Aksi görüş için bkz., Sucuoğlu, **a.g.m.**, s. 164.

¹⁹⁰⁸ Bkz. Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 560. Alman hukukunda da telaş, korku veya dehşetin (*Verwirrung, Furcht, Schrecken*), şaşkınlık, ürkme veya panik (*Bestürzung, Angst, Panik*) ile de karşılık bulabileceği ifade edilmektedir. Bkz. Rengier, **a.g.e.**, §27, kn. 25.

¹⁹⁰⁹ Ersan, **a.g.e.**, s. 158; Koca, “HUN”, s. 142.

tartışma, söz konusu ifade ile duyguların belirli bir yoğunluk seviyesine ulaşmasının mı arandığı, yoksa sadece açıklayıcı nitelikte mi olduğu eksenindedir.

Öğretide bir görüş, saldırı karşısında içine düşülen bu duyguların her zaman mazur görüleceğini ve bunun için bir derece araştırması yapmaya hacet bulunmadığını ifade etmektedir.¹⁹¹⁰ Kanundaki mazur görülebilme ifadesinin kurumun niteliğine referans olarak metne dahil edilmekten öte işlevinin bulunmadığı da dile getirilmektedir.¹⁹¹¹

Özgenç ve Şahin, olayda duyguların mazur görülebilecek derecede olup olmadığının incelenmesine gerek olmadığını, bu duygular varsa bunların her durumda mazur görülebilir sayılması gerektiğini ve kanundaki ifadenin açıklayıcı nitelikte olduğunu ileri sürmektedirler.¹⁹¹² Kaldı ki saldırı karşısında bir insanın düştüğü bu duyguların çoğu kez zaten mazur görülebilir olacağı ifade edilmektedir.¹⁹¹³

Diğer yandan daha ağırlıklı görüş, bu duyguların alalede varlıklarının yetmeyeceği, kişinin kusuru üzerinde önemli tesiri olan derecedekilerinin mazur görülebileceğini ifade eder.¹⁹¹⁴ Bu tesir ile kast edilen, failin irade yeteneğinin kayda değer ölçüde etkilenmesidir.¹⁹¹⁵ Nitekim heyecanların şiddeti arttıkça irade kontrolünün o nispette zayıflayacağı da vakidir.¹⁹¹⁶

Bu seviyeye varmayan psikolojik etkenlerinse, cezanın belirlenmesi aşamasında değerlendirmeye katılabileceği önerilmektedir.¹⁹¹⁷ Kaldı ki söz konusu psikolojinin saldırıya uğrayan hemen her insanda mevcut olabileceği dikkate

¹⁹¹⁰ Karş. Özgenç, **GH**, s. 521'de mazur görülebilme araştırmasının yapılmasını ve duygular bu derecede olmadığı takdirde ilk fıkraya dönüşmesini önererek görüşünü güncellemiş görünmektedir.

¹⁹¹¹ Şahin, Özgenç, Kılıç, **a.g.m.**, s. 2318.

¹⁹¹² Özgenç, Şahin, **a.g.e.**, s. 281; Özgenç, **Gazi Şerhi**, s. 406.

¹⁹¹³ Özgenç, **Gazi Şerhi**, s. 406.

¹⁹¹⁴ Özbek, "Sorunlar ve Görüşlerimiz", s. 25; Güler, **a.g.e.**, s. 108; Yakut, **a.g.m.**, s. 939. Çiftçioğlu, **a.g.m.**, s. 548; Koca, Üzülmüş, **GH**, s. 355; Bozbayındır, **a.g.m.**, s. 128; Özbek vd., **a.g.e.**, s. 422; Mahmutoğlu, Karadeniz, **a.g.e.**, s. 635; Ünal, **a.g.m.**, s. 674; Akbulut, **GH**, s. 680; İnci, **a.g.m.**, s. 128

¹⁹¹⁵ Akbulut, **GH**, s. 680; Meraklı, **a.g.m.**, s. 293-4; Öztürk, Erdem, **GH**, s. 324.

¹⁹¹⁶ Erem, **Adalet Psikolojisi**, s. 109.

¹⁹¹⁷ BGH 9.10.1998 - 2 StR 443-98 (NStZ 1999, 264).

alınırsa, bu takdirde her meşru savunma durumunda TCK md. 27/2'ye başvurmak gerekecek ve sınırın yalnız taksirle aşımını düzenleyen ilk fıkra uygulanamaz hale gelebilecektir.¹⁹¹⁸ Bu da, meşru savunma içine girmiş failin hiç bir durumda cezalandırılmayacağı sonucuna götürür.¹⁹¹⁹ Yargıtay da somut olayda failin düşmüş olabileceği duygu derecesinin mazur görülme için yeterliliğini ayrıca kontrol etmektedir.¹⁹²⁰

Alman hukukunda da AlmCK md. 33'ü uygulamaya geçirecek olanın herhangi bir korku (*Angst*) değil, belirli düzeydeki ve türdeki korkuların (*Furcht* ve *Schrecken*) olduğu öğretilde dile getirilmiştir.¹⁹²¹ Hem AFYM uygulaması hem de öğretilde, olup bitenleri algılama ve değerlendirme yeteneğini önemli ölçüde düşürecek belirli seviyedeki duyguların aranacağı ifade edilmektedir.¹⁹²² Ayrıca duyguların derecesinin belirlenmesinde kişinin özelliği de dikkate alınacaktır. Nihayetinde söz konusu heyecanların failin olayları anlamlandırma gücünü önemli derecede azaltmış olması gerekmektedir.¹⁹²³

Örneğin AFYM bir kararında mesleği itibariyle boks sporcusu olan birinin düştüğü korku derecesini AlmCK md. 33'ü harekete geçirecek yeterlikte görmemiştir.¹⁹²⁴ Ancak yine Yüksek Mahkeme, mevzubahis duyguların yeterli derecede olması aranırken, örneğin korkunun muhakkak 'ölüm korkusu' düzeyinde de olmasının beklenmeyeceği, bunun maddenin aradığı ölçünün çok üstünde olduğunu ifade etmiştir.¹⁹²⁵ Her ne kadar belirli seviyeye ulaşmamış duyguların md. 33'ü harekete geçiremeyeceği kabul edilmekteyse de, söz konusu ruh halinin

¹⁹¹⁸ Taner, **a.g.m.**, s. 240.

¹⁹¹⁹ Toroslu, Ersoy, **a.g.m.**, s. 12.

¹⁹²⁰ Sanığın av tüfeğiyle savunmada bulunduğu olayda, "mağdur ve kardeşinin kavgada yumruk atıp küfretmekten ibaret eylemlerinin ise heyecan, korku veya telaşa neden olabilecek boyutta olmaması nedeniyle ..." Bkz. Y. C.G.K., T. 20.12.2018, E. 2017/305, K. 2018/669.

¹⁹²¹ BGH 9.10.1998 - 2 StR 443-98 (NStZ 1999, 264); Söz konusu yüksek korkunun muhakkak 'ölüm korkusu' (*Todesangst*) seviyesinde olmasının da aranmadığına dair bkz., BGH 21.06.2006 - 2 StR 109/06 (StV 06, 688).

¹⁹²² Rengier, **a.g.e.**, §27, kn. 24; Murmann, **a.g.e.**, §26, kn. 84; Heuchemer, § 33, Kn. 22; BGH 30.05.1996 - 4 StR 109/96 (NStZ-RR 1997, 65); BGH 15.05.1997 - 4 StR 118/97 (NStZ-RR 1997, 194); Perron, Eisele, §33, Kn. 3; BGH 21.03.2001 - 1 StR 48/01 (NStZ 2001, 591, 593); BGH 09.10.1998 - 2 StR 443/98 (NStZ-RR 1999, 264 vd.); Fischer, § 33, kn. 3; Zieschang, §33, Kn. 58.

¹⁹²³ Duttge, §33, kn. 12; Fischer, §32, kn. 28.

¹⁹²⁴ BGH 13.11.2008 - 5 StR 384/08 (NStZ-RR 2009, 70, 71).

¹⁹²⁵ BGH 29.09.2006 - 2 StR 324/06 (StV 2006, 689).

cezanın belirlenmesi aşamasında göz önünde bulundurulmasına da elbette bir engel yoktur.¹⁹²⁶

Diğer yandan aksi bir görüş, yasanın duyguların derecesine dair bir belirleme yapmadığını ileri sürer.¹⁹²⁷ Ancak en azından güce dayanan (*stenik*) saiklerin de beraber etkili olduğu hallerde aşım hareketinin, *astenik* duygulardan kaynaklandığını ortaya koyacak ölçüde olması gerektiği de ifade edilmektedir.¹⁹²⁸ Kaldı ki buna, çok korkak ve alışılmışın dışında panik karakterli kişilerde bu duyguların çok az miktarının bile irade yeteneğini etkileyebileceği göz önünde bulundurulmalıdır.¹⁹²⁹

Bir üçüncü görüş olarak Türk öğretisinde, ‘mazur görülebilecek’ ifadesinin kendisinin de ayrıca belirsiz olması sebebiyle eleştirildiğini görmekteyiz.¹⁹³⁰ Hangi hallerde ve kimin mazur görüleceğinin uygulamada sıkıntılara ve herkes için ‘mazur görülebilmek’ oranı değişeceğinden, kelimenin sübjektif değerlendirmelere yol açabileceği ifade edilmiştir.¹⁹³¹ Oysa *kanımızca* bu, olması gerekendir. Hüküm zaten sübjektif olarak faile göre bir değerlendirme gerektirmekte ve durumun şartları da dikkate alınarak hakimın takdir yetkisinin devreye girdiği bir ölçü olarak belirmektedir. Elbette sıradan bir vatandaş ile defalarca çatışmada bulunmuş bir komando subayının kapıldığı korkuların mazur görülebilirliği kendilerine göre tespit edilecektir.

Bu noktada son olarak, söz konusu duyguların mazur görülebilecek oranda olması için, saldırının beden bütünlüğü ya da cinsel dokunulmazlık gibi çok önemli haklara yönelmiş olması gerektiğine dair öğretideki görüşlere iştirak etmiyoruz.¹⁹³² Zira duygulara kapılma ve de bunların mazur görülecek ölçüde yüksek olması hem son derece sübjektif bir husus olup, faile, karakterine ve kişiliğine bağlıdır; hem de sadece mala yönelen bir saldırının olayın şartları içinde neden kişiyi korkutmayacağı

¹⁹²⁶ Duttge, §33, kn. 12.

¹⁹²⁷ Zieschang, §33, kn. 25.

¹⁹²⁸ Erb, §33, kn. 23

¹⁹²⁹ Erb, §33, kn. 23

¹⁹³⁰ Donay, **TCK Şerhi**, s. 44

¹⁹³¹ Donay, **TCK Şerhi**, s. 44

¹⁹³² Apaydın, **a.g.e.**, s. 269; Özbek vd., **a.g.e.**, s. 421; Sucuoğlu, **a.g.m.**, s. 156.

ya da telaşa düşürmeyeceğini götürü olarak otomatik reddetmek, herhangi makul bir gerekçeyle dayanmamaktadır. Örneğin ihtiyaçlı durumdaki yetmiş yaşlarında bir kadının emekli maaşını çeker çekmez hırsızların bunu çalmalarında korkuya kapılması anlaşılabilir olacaktır.

Elbette meşru savunma çerçevesinde saldırının yöneldiği ve savunmanın tehdit ettiği hak ve değerlerin dengesi de orantılılık ilkesi değerlendirilirken göz önüne alınacak ve belki mala yönelen bir saldırıda saldırganın bedenine zarar veren bir savunma çok daha erken bir aşamada sınırın ötesine geçmiş olabilecektir. Ancak bu durum, sadece sınırın yerini tayinde etki eder, yoksa söz konusu mazeret hükmünü, sadece belli hakların savunulduğu hallerle sınırlamaz. Yine, beden bütünlüğüne yapılan saldırıda kapılınan duyguların mazur derecede oldukları belki daha kolay tespit edilebilecektir. Dolayısıyla kanun koyucunun öngörmediği bir sınırla fıkrayı daraltmak doğru olmaz.

Bitirmeden altını çizmek gerekmektedir ki, gerek Türk gerekse Alman ceza hukukları bakımından faildeki söz konusu zaafiyete dayanan (*astenik*) şiddetli heyecanların (*affektlerin*), artık failin algılama ve irade yeteneğini ortadan kaldıracak dereceye varması ve patolojik bir teşhise dönüşmesi halinde uygulanması gereken hükümler TCK md. 32 ve AlmCK md. 20 olarak belirir.¹⁹³³ Zira sınırın aşılmasında aslında patolojik bir durumdan değil, 'normal' bir durumdan söz edilmektedir.¹⁹³⁴ Nitekim TCK md. 27/2 ve AlmCK md. 33'te beklenen kusur azalması, kusur yeteneğinin tam manasıyla ortadan kalkması değil, norma uygun davranışın beklenemeyeceği ölçüde düşmesidir. Aksi halde bu hükümlerin münferit düzenlenmelerinin bir anlamı olmazdı.¹⁹³⁵

¹⁹³³ Rückert, **a.g.e.**, s. 285; Diederich, **a.g.e.**, s. 158; Kühl, **a.g.e.**, §12, kn. 146; Rosenau, **a.g.m.**, s. 230. BGH 21.03.2001 - 1 StR 48/01 (NJW 2001, 3200); BGH 16.08.1994 - 2 BvR 647/93 (NStZ 1995, 76); Öztürk, Erdem, **GH**, s. 324.

¹⁹³⁴ Erem, **Adalet Psikolojisi**, s. 102-3. Yazarın örneklendirmesine göre nasıl ki çok uzun veya çok kısa birine anormal denemez ancak develik veya cücelik halleri mevzubahis ise patolojik bir anormallik söz konusudur, öyle de heyecanların iradeyi etkileyen ve kusuru azaltan derecede yükselmesi, normal bir durumken, bu durumun yoğunluk ve süreklilik arz etmesi psikonevrotik tanıya neden olur.

¹⁹³⁵ Aschermann, **a.g.e.**, s. 66; Herzog, §33, kn. 5. Yalnızca kusuru ortadan kaldıran düzenlemelere ilişkin kriter ve belirlemelere, sınır aşma hükümlerindeki heyecanların tespiti bakımından başvurulabilir. Bkz. Diederich, **a.g.e.**, s. 184.

3.4.3.2.4. Duygulardan ‘Ötürü’

AlmCK’da bu duygulardan ‘ötürü’ (*aus*), TCK’da ise ‘ileri gelmek’ şeklinde yer verilen bu şart ile aslında, failin sınırı aşmasının bu duygularından kaynaklı olarak meydana gelmesi ifade edilmektedir.¹⁹³⁶ Buradan kasıt, başka duyguların etkisi altında ya da, yine bu duyguların etkisi altında olup söz konusu telaş veya korkunun haksız saldırıdan değil başka bir ilk nedenden kaynaklanması halinde irade yeteneğinin etkilenmesinin artık bu maddeden yararlanamayacak oluşudur.

Alman hukukunda bu duygularla sınır aşım fiili arasında âdeta bir ‘sebepe olma bağı’ (*Ursachlichkeit*) aranmaktadır.¹⁹³⁷ Kişinin uğradığı haksız saldırı onda bu duyguları doğurmuş ve kişi de saldırganla bu duyguların etkisiyle sınır aşan bir savunmada bulunmuş olmalıdır.¹⁹³⁸ Keza kanunun hazırlık aşamasında da söz konusu nedensellik özellikle vurgulanmıştır.¹⁹³⁹ Bu yüzden hükmün tarihsel gelişimi içerisinde bu duygularla (*in*) hareket etmesi ifadesinin, bu duygulardan *ötürü* harekete dönüştüğü ifade edilmektedir.¹⁹⁴⁰ Yine de, zaafiyete dayanan duyguların saldırıdan kaynaklanmadığının ortaya koyulamadığı hallerde şüpheden sanık yararlanır ilkesi (*in dubio pro reo*) gereği bağlantının var sayılıp failin maddeden yararlandırılması gerekir.¹⁹⁴¹

Erem’in de ifade ettiği gibi heyecanların dış bir kaynağa muhakkak ihtiyaç duymamaları onları algıdan ayırır. Heyecanın kökü bireyde olduğundan ve somut uyaran olmadan ya da pek çok farklı uyarana bağlı olarak doğabileceklerinden¹⁹⁴², söz konusu neden olma bağına kurmak *kanaatimizce* de önem arz etmektedir.

¹⁹³⁶ Renzikowski, **a.g.m.**, s. 253.

¹⁹³⁷ Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 591; Kühl, **a.g.e.**, §12, kn. 147; Duygularla aşım arasında iç bağlantı olmasını vurgulayan ‘*innerer Zusammenhang*’ bkz., Aschermann, **a.g.e.**, s. 16.

¹⁹³⁸ Erb, §33, kn. 20; Hardtung, **a.g.m.**, s. 50 vd.; Meraklı, **a.g.m.**, s. 293; Heuchemer, §33, kn. 21: Yazar duyguların saldırıdan kaynaklanmış olması gerektiğine vurgu yaparak, araştırılması gerekenin duyguları yaratmadaki kusur olmadığını belirtir.

¹⁹³⁹ Diederich, **a.g.e.**, s. 14.

¹⁹⁴⁰ Motsch, **a.g.e.**, s. 39; Michael Heuchemer, “§ 33 StGB: Anwendbarkeit der Exzeßentschuldigung bei Motivbündeln”, https://www.michael-heuchemer.de/dl/august/Besprechung_33.pdf , E.T. 8.12.2023, 15:01.

¹⁹⁴¹ Perron, Eisele, §33, Kn. 5.

¹⁹⁴² Erem, **Adalet Psikolojisi**, s. 107.

Bu noktada, fail için saldırının hiç beklenmedik büyük bir sürpriz olması gerekmez.¹⁹⁴³ Aynı doğrultuda, failin saldırıya muhakkak hazırlıksız yakalanması gerekmediği için, fail saldırıyı bir şekilde bekliyor ya da tahmin ediyor da olsa veya önlem alarak paniğe veya korkuya kapılmasını engelleyebilecek olup bunu yapmamış da olsa, söz konusu haksız saldırı esnasında bu duygulara kapılması, AlmCK md. 33'ten yararlanması için yeterli olacaktır.¹⁹⁴⁴

Elbette söz konusu sebep olma bağı ya da bir diğer deyişle 'ötürü' olmaklık, aşım hareketinin bu duygular dışında kalan, özellikle de nefret, intikam, hırs, kavga isteği gibi nedenlere dayanması halinde AlmCK md. 33'ün uygulanamayacağını da ifade etmektedir.¹⁹⁴⁵ Bu duygular tek başlarına ancak, olsa olsa haksız tahrik hükümlerine vücut verebilecektir.¹⁹⁴⁶

3.4.3.2.5. Duyguların Birlikteliği / Saik Demeti (*Motivbündel*)

Almanca '*Motivbündel*' kelimesi hukukumuzda ilk kez doğrudan doğruya '*etken karması*' şeklinde Eryıldız tarafından kullanılmıştır.¹⁹⁴⁷ Yazarın duyguları ifade etmek için kullandığı 'zaafiyete dayanan' ve 'güce dayanan' ifade tercihinin yerinde görerek korumayı uygun bulduk. Ancak '*Motiv*' kelimesi Almanca sözlüklerde 'amaç, harekete geçiren güdü, saik'¹⁹⁴⁸ olarak çevrilmekte, özellikle de son derece kapsamlı bir hukuk sözlüğü olan *Kıygi*¹⁹⁴⁹ da '*Beweggrund*' tabiri ile eş anlamlı olarak yine 'saik' ve 'güdü' şeklinde tanımlanmaktadır.

¹⁹⁴³ Aynı yönde bkz., Duttge, §33, kn. 11; Roxin, **a.g.e.**, §22, kn. 78; Topçu, **a.g.e.**, s. 671.

¹⁹⁴⁴ Roxin, **a.g.e.**, § 22 Rn. 78.

¹⁹⁴⁵ Bozbayındır, **a.g.m.**, s. 126; Çiftçioğlu, **a.g.m.**, s. 547.

¹⁹⁴⁶ Demirbaş, "Sınırın Aşılması", s. 283.

¹⁹⁴⁷ Eryıldız, **a.g.m.**, s. 113.

¹⁹⁴⁸ Pons, <https://de.pons.com/%C3%BCbersetzung/deutsch-t%C3%BCrkisch/motiv> ; Langenscheidt, <https://de.langenscheidt.com/deutsch-tuerkisch/motiv>, Google Çeviri, <https://translate.google.com/?hl=tr&sl=tr&tl=de&text=saik%0Ag%C3%BCd%C3%BC&op=translate>, E.T.: 21.08.2022; 15.45.

¹⁹⁴⁹ Osman Nazım Kıygi, **Kıygi Wörterbuch Recht = Hukuk Sözlüğü, Taschenwörterbuch**, Mainz, C.H. Beck, 2009, s. 152, 153, 532.

TDK ‘saik’ kelimesini, sebep ve güdü olarak tanımlamaktadır.¹⁹⁵⁰ Hukukumuzda da öğretiye baktığımızda saik, kastı hazırlayan düşünce, suç işlemeye iten sebep, faili hareketi gerçekleştirmeye iten güdü şekillerinde açıklanmıştır.¹⁹⁵¹

Dolayısıyla tam da ‘öç alma saiki’, ‘cinsel saiklerle’ ve benzerlerinde olduğu gibi bu duyguların da kişiyi harekete geçiren güdüler olduğunu tespitle, söz konusu sınır aşmada, korku, heyecan veya telaşın basit birer ‘etken’den ziyade, failleri tetikleyen saikler olarak ifade edilmesi tabirsel olarak daha yerinde olacaktır. ‘Karma’ ifadesi ise dağınıklık ve karışıklık çağrıştırdığından, sözlüklerde ‘Bündel’ kelimesinin doğrudan karşılığı olan ‘demet’ kelimesinin tercihi uygundur.

Alman hukukunda zaafiyete ve güce dayanan duyguların beraberliği halinde ne yapılması gerektiği tartışılmıştır. Hakim olan denge teorisine (*Äquivalenztheorie*) göre, zaafiyete dayanan (*astenik*) saiklerin dominant olması muhakkak gerekmez.¹⁹⁵² Zaafiyete dayanan (*astenik*) duyguların sadece beraber etkili (*mitwirkend*) olması yeterlidir ve tek veya baskın olmaları aranmaz.¹⁹⁵³ Bu aynı zamanda, güce dayanan duyguların saik demetinde beraber etken olmasının, failin AlmCK md. 33 gereği mazur görülmesine engel olmayacağı anlamına gelir.¹⁹⁵⁴

Böylece saik demeti sınır aşan fiile neden olmuş ve demette zaafiyete dayanan (*astenik*) duyguların yokluğu ispatlanamamışsa, şüpheden sanık yararlanır ilkesi uyarınca md. 33 uygulanmalıdır.¹⁹⁵⁵ Kaldı ki failin içinde bulunduğu halde hangi duygunun ağır bastığının tespiti de son derece güçtür.¹⁹⁵⁶

¹⁹⁵⁰ Türk Dil Kurumu, **Güncel Türkçe Sözlük**, <https://sozluk.gov.tr/>, E.T.: 23.08.2022; 18.42.

¹⁹⁵¹ Burak Kılıç, “Suçun Manevi Unsuru Olarak Amaç ve Saik”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Eylül 2020, s. 31-2.

¹⁹⁵² Kindhäuser, §33, kn. 25; Perron, Eisele, §33, kn. 5; Roxin, “Über den Notwehrexcess”, s. 121; Geilen, **a.g.m.**, s. 379; Heger, §33, kn. 3; Otto, **a.g.m.**, s. 606; Beraber etkili olmalarının uygulamaya engel olmayacağına dair benzer yönde bkz., Fischer, §33, kn. 4; Zieschang, §33, Kn. 57

¹⁹⁵³ Rengier, **a.g.e.**, §27, kn. 23; BGH 09.10.1998 - 2 StR 443/98 (NStZ-RR 1999, 264, 265); Murmann, **a.g.e.**, §26, Kn. 84; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §13, kn. 703; Heuchemer, “Motivbündel”; Engländer, “Die Verteidigungswille”, s. 392; Fischer, §33, kn. Kindhäuser, §33, Kn. 25; Kühl, **a.g.e.**, §12, kn. 147; Otto, **a.g.m.**, s. 606; Heinrich, I, para. 589.

¹⁹⁵⁴ Murmann, **a.g.e.**, §26, Kn. 84; Motsch, **a.g.e.**, s. 106; Seeberg, **a.g.e.**, s. 215.

¹⁹⁵⁵ Eryıldız, **a.g.m.**, s. 114; Kindhäuser, §33, kn. 25.

¹⁹⁵⁶ Özbek, **İzmir Şerhi**, s. 483; Herzog, § 33, kn. 23.

Ağırlıklı öğreti görüşünün aksi yönünde ileri sürülen kanaate göre ise, kanun koyucunun açık ve sınırlı iradesi karşısında, sadece beraber varlıklarını yeterli saymak, failer bakımından ‘kabul edilemez bir cömertlik’ teşkil edecektir.¹⁹⁵⁷ Zira meşru savunmaya muhatap olmuş hemen herkesin belirli ölçüde zaten paniğe ve korkuya kapılması beklenilir olacaktır.¹⁹⁵⁸ Bu görüş AlmCK md. 33’ün uygulanması için zaafiyete dayanan duyguların saik demetini domine etmesini arar.¹⁹⁵⁹ Buna göre, eğer demette güce dayanan duygular baskınsa bu faili cezasız bırakmak adalete sığmaz.¹⁹⁶⁰

Eğer fiil bütünüyle meşru savunmanın sınırları içerisindeyse bu halde zaten hukuka uygun olacağından söz konusu duyguların baskın olması aranmayacaktır. Ancak AlmCK md. 33 söz konusu olduğunda artık fail hukuka aykırı davrandığından ve layık görüldüğü tam cezasızlık ‘savunma saikine’ (*Verteidigungsmotiv*) sıkı şekilde bağlı olduğundan örneğin nefretin veya intikamın ön planda olduğu saik demetiyle hareket eden faili mazur görmek, her ne kadar hükmün lafzı aksini açıkça yasaklamasa da, düzenleme amaç ve mantığına aykırı olacaktır.¹⁹⁶¹

AFYM de, korku, telaş veya paniğin son derece arka planda kaldığı durumlar haricinde, saik demetinde güce dayalı duyguların da yer almasını AlmCK md. 33’ün uygulanmasına bir engel olarak görmez.¹⁹⁶²

Yaşlı bir failin, gece vakti iki genç tarafından itilip kakılmasında, saldırganlardan birini bıçaklayarak öldürdüğü olayda Mahkeme, önceki içtihadının ve istinaf mahkemesinin görüşünün aksine, failin duygu dünyasında korkunun en

¹⁹⁵⁷ Paeffgen, Zabel, §32, Kn. 276.

¹⁹⁵⁸ Paeffgen, Zabel, §32, Kn. 276.

¹⁹⁵⁹ Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, **a.g.e.**, §18, kn. 63; Perron, Eisele, §33, Kn. 5; Erb, §33, Kn. 22; Heuchemer, §33, Kn. 24; Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 492; Maurach, Zipf, **a.g.e.**, §34, kn. 30; Roxin, “Über den Notwehrexssess”, s. 121; Sauren, **a.g.m.**, s. 568; Motsch, **a.g.e.**, s. 106.

¹⁹⁶⁰ Erb, §33, kn. 22; Duttge, §33, kn. 13; Motsch, **a.g.e.**, s. 105 vd.

¹⁹⁶¹ Erb, §33, kn. 22.

¹⁹⁶² BGH 01.07.1952 - 1 StR 119/52 (BGHSt 3, 194, 198); BGH 21.03.2001 - 1 StR 48/01 (NJW 2001, 3200); BGH 09.10.1998 - 2 StR 443/98 (StV 1999, 145); BGH 11.7.1986 - 3 StR 269/86 (NSTZ 1987, 20); BGH 17.2.1998 - 1 StR 779/97 (StV 1999, 148); BGH 25.04.2013 - 4 StR 551/12 (NJW 2013, 2133, 2136).

baskın duygu olmasının, AlmCK md. 33'ün uygulanabilirliği bakımından gerekli olmadığını belirtmiştir.¹⁹⁶³ Yüksek Mahkeme'nin yorumunun, kusuru fonksiyonel bir konsept olarak tanımlaması ve böylece aslında asıl sorumlu ilk saldırganın failin içinde bulunduğu duygu durumuna neden olması ile anlamak gerektiği ifade edilmiştir.¹⁹⁶⁴

Türk hukukunda da duyguların birlikte olmasının TCK md. 27/2'nin uygulanmasına yeteceği ya da engel olmayacağı veya zaafiyete dayalı duyguların hakim olmalarının aranmayacağı¹⁹⁶⁵ yanında, belirleyici olarak ön planda olmasının arandığı¹⁹⁶⁶ görüşler mevcuttur. Yine, Özbek'e göre, *'sübjektif olarak mazur görülebilir bir hali bir başka sübjektif hal ile sınırlamaya çalışmak mazur görülmenin anlamını ortadan kaldıracaktır.'*¹⁹⁶⁷ Kaldı ki psikolojik durumu belirlemenin çok zor olduğu da vurgulanmıştır.¹⁹⁶⁸

Yargıtay'ın da kararlarından, zaafiyete dayanan duyguların saik demetinde baskın olmasını aradığını çıkarmak mümkündür.¹⁹⁶⁹ Bir kararında, saldırganlar (E)'yi darp etmiş, (E) yardım için (F)'ye seslenmiş, (F) gelince saldırılar ona da yönelmiş, taşla ve bıçakla kendisine yönelen birden fazla saldırgana karşı (F), *"girdiği mücadele sonunda A.'nın elindeki bıçağı almasının ardından, maktul ve mağdurların saldırıları durmuş, fakat sanık olaydan kaynaklanmış bile olsa arkadaşının yaralanmasından duyduğu üzüntünün ve kendisine karşı yapılmış ve bitmiş olan saldırının kızgınlığı"* ile rasgele bıçağı sallamaya devam etmiş, Yargıtay da burada *"mazur görülebilecek bir korku, panik ya da heyecanın tesirinden söz edilemeyeceğinden, 5237 sayılı TCK'nın 27. maddesinin 2. fıkrasının uygulanma*

¹⁹⁶³ BGH 09.10.1998 - 2 StR 443/98 (NStZ-RR 1999, 264).

¹⁹⁶⁴ Heuchemer, "Motivbündel".

¹⁹⁶⁵ Özbek vd., **a.g.e.**, s. 422-3; Bozbayındır, **a.g.m.**, s. 127; Çiftçioğlu, **a.g.m.**, s. 548; Şahin, Özgenç, Kılıç, **a.g.m.**, s. 2317.

¹⁹⁶⁶ Ersan, **a.g.e.**, s. 163; Malkoç, **a.g.e.**, s. 349; Ersan, **a.g.e.**, s. 162; Majno, **a.g.e.**, s. 225-6; Artuk/Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 560.

¹⁹⁶⁷ Özbek, "Sorunlar ve Görüşlerimiz", s. 26.

¹⁹⁶⁸ Çiftçioğlu, **a.g.m.**, s. 548.

¹⁹⁶⁹ Örneğin bkz., Y. CGK, T. 26.3.1990, E. 1990/1-36, K. 1990/87; Y. CGK, T. 26.2.2008, E. 2007/1-281, K. 2008/37.

*koşullarının oluştuğu söyleneme(yeceğinden)” (F)’yi yalnızca haksız tahrikten yararlandırmıştır.*¹⁹⁷⁰

Bu karar bir kaç yönden eleştirilmelidir. Her şeyden önce, saldırganın - üstelik olayda bir kaç kişiler - elinden silahını alan savunmacının bir anda onunla eşit şartlarda savunmaya girişmesi beklenemez.¹⁹⁷¹ Kaldı ki somut olay bakımından öncelikle saldırının bıçağın el değiştirmesi ile sona ermiş olduğu net şekilde ortaya konmalıdır.¹⁹⁷² Zira ahir zamansal aşımada da TCK md. 27/2’nin uygulanması mümkün olduğundan, saldırı gerçekten bitmiş olsaydı dahi faili mazur görmek mümkün olacaktı.

İkinci olarak, Yargıtay bu kararda savunmacının içinde bulunduğu korku ve heyecanı görmezden gelmiş görünmektedir. Bir kaç kişiye karşı tek başına ve baştan silahsız olarak savunma yapan failin korkuya kapılacağını varsaymak hiç uzak bir ihtimal değildir. Diğer yandan, elbette arkadaşının da yaralanmış olmasının ve genel olarak saldırıya uğramanın verdiği bir kızgınlık duygusu da mevcut olabilir. Ancak olayda bunun korkuyu neden elimine edeceği, neden ön plana çıkıp korku ve heyecanı tamamen domine edeceği açıklanmamıştır.

Kaldı ki bu açıklansaydı dahi, duyguların hangisinin ne zaman ne kadar ağır bastığını şüpheden uzak tespit etmek imkânsıza yakın olacağına göre, Yargıtay’ın saik demetini dikkate alarak TCK md. 27/2’yi gözden çıkarmaması gerekirdi. Öte yandan, maddi hukuk gerekçeleri bir kenara bırakılsa bile muhakeme hukukunun en temel prensiplerinden olan şüpheden sanık yararlanır ilkesinin tam da burada uygulanması ve somut olayın failin heyecan ve korkuya kapılmış olması için yeterince veri sunduğu söz konusu kararda, md. 27/2’nin tatbik edilmesi gerekirdi.

¹⁹⁷⁰ Y. CGK, T. 5.10.2010, E. 2010/1-170, K. 2010/182.

¹⁹⁷¹ Kartal, a.g.e., s. 195; Erb, §32, kn. 160; BGH 26.11.2013- 3StR 331/13 (StV 2014, 337).

¹⁹⁷² Yerel mahkemenin sanığın bıçağı ele geçirmesinden sonra dahi maktul ve mağdurların saldırılarına devam ettiklerine ilişkin somut olayın vuku kabulü Yargıtay’ca takip edilmemiştir. Silahın ele geçirilmesi ile saldırının sona erdiği Yargıtay tarafından aslında bir nevi varsayılmıştır. Ayrıca failin saldırının devam ettiği noktasında yanlışlıkla düşmüş olması ihtimali de Genel Kurulca hiç dikkate alınmamış görünmektedir.

Mevzubahis Yargıtay kararı bakımından, fail bıçağı eline alır almaz fazla düşünmeden saldırgana savurduysa burada mazur görülebilecekti. Bilhassa da sınırın (ahir) zamanda aşılmasını da teorik olarak kabul edildikten sonra, bir olayda TCK md. 27/2'nin mi md. 29'un mu uygulanacağına dair fark, basitçe saldırının devam ediyor veya sona ermiş oluşuna bakarak çözülemez. Bu noktada da, etken duygulardan başka, savunma hareketi ile sınır aşan davranışın sıkı ve doğrudan doğruya zamansal ve mekansal bağlantıda olduğunu tespit büyük önem arz edecektir. Bıçağı aldıktan sonra aradan bir kaç saniye de olsa süre geçip, mağdurlar hareketsiz kaldı ya da gitmeye yöneldilerse elbette artık haksız tahrik kurumunu uygulamak gerekecekti.¹⁹⁷³ Böylece aslında md. 27/2 ve md. 29'un beraber uygulanamayacağı da ifade edilmiş olmaktadır.¹⁹⁷⁴

Kanaatimizce, her ne kadar zaafiyete dayanan (*astenik*) duyguların saik demeti içerisinde ön planda olması, demeti domine etmesi ve belirleyici olması ideal olarak maddi ceza hukuku bakımından teorik düzlemde benimsenecek hakkaniyetli bir yaklaşım ise de, adli bilimler açısından kişinin sıcağı sıcağına gerçekleşen bir olaydaki duygu durumunun olay sonrası (*ex post*) değerlendirilmesi zaten yeterince zorken, hangi duygunun başı çektiğinin tespiti ise imkânsıza yakındır. Kaldı ki söz konusu güce ve zaafiyete dayanan duyguların bir failde birlikte bulunmaları son derece olası bir durum olup, birbirine dönüşmeleri de mümkündür.¹⁹⁷⁵

Bu yüzden, eğer kin veya intikamla beraber, sınır aşan failin belirli düzeyde bir heyecan, korku veya telaşa kapıldığı kabul edilebiliyorsa, artık bunun baskınlığı aranmayıp fail TCK md. 27/2'den yararlandırılmalıdır.¹⁹⁷⁶ Nitekim Alman yazarlarca da, ceza hukukunda çok temel bir ilke olan şüpheden sanık yararlanır prensibi (*in dubio pro reo*) gereği, tespitin kesin olarak yapılamadığı hallerde failin

¹⁹⁷³ Hareketlerin arası burada doğal gözlemcinin bakışından teklik arz etmeyecek ölçüde açılmış ve gerçek içtima doğuracak aşamaya gelmiş olduğundan ahir zamansal aşım artık uygulanamaz.

¹⁹⁷⁴ Şen, Aksüt, **a.g.m.**, s. 123; Gözübüyük, **TCK**, s. 198.

¹⁹⁷⁵ Erem, **Adalet Psikolojisi**, s. 110. Yazarın ifadeleriyle: “*Bu iki çeşit heyecan arasında nakil hadisesi cereyan edebilir.*”

¹⁹⁷⁶ Meraklı, “Kusur”, s. 401.

zafiyete dayanan duyguların etkisi ile hareket etmiş olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.¹⁹⁷⁷

Ancak bunun için en azından buketi güce dayanan (*stenik*) duyguların domine etmiyor olduğunun kontrol edilmesini önereceğiz. Zira aksi halde, değil TCK md. 27/2'nin şartlarından biri olan savunma iradesinin vukuunun riske gireceğini düşünüyoruz. Sonuçta kanun koyucu bu hükümle saldırıya uğrayan kişiye kendi eliyle adaletini sağlama yetkisi vermiş de değildir.¹⁹⁷⁸

3.4.3.2.6. Duyguların Kaynağı

Öğretide failin, meşru savunmaya neden olan saldırıya kusuruyla sebep olmuş olması halinde hâlâ sınırın aşılması hükmünün uygulanır olup olmadığı tartışılmıştır. Alman hukukunda bu görüş genel olarak reddedilmektedir.¹⁹⁷⁹ Bir diğer söylemle prensip itibarıyla AlmCK md. 33'ün uygulanabilmesi için failin o pozisyona girmekte kusursuz olması aranmaz.¹⁹⁸⁰ Maksatlı provokasyon olmadığı müddetçe saldırıya kusuruyla sebep olan failin, sınırlı da olsa hâlâ meşru savunma hakkı mevcut olduğundan, md. 33'ten yararlanmaya devam edeceği ifade edilir.¹⁹⁸¹

Buna gerekçe olarak ise, mazeret nedeni olan zorunluluk halini düzenleyen AlmCK'nın 35. maddesinin ilk fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan 'tehlikeye kendi hareketiyle sebep olmamış olmak' ve 'özel bir hukuki ilişki nedeniyle tehlikeye katlanması beklenmiyor olmak' şartlarına 33. maddede yer verilmemiş olması gösterilmektedir.¹⁹⁸² Eğer kanun koyucu kendini meşru savunma pozisyonuna sokan kişiyi bu madde korumasından dışlamak isteseydi, o takdirde buna hükümde yer verirdi. Dolayısıyla, failin saldırıya sebep olmada kusuru varsa da, eğer geriye hâlâ

¹⁹⁷⁷ Zieschang, §33, kn. 65; Spindel, §33, kn. 72; Herzog, §33, kn. 23.

¹⁹⁷⁸ Aynı yönde bkz. Eryıldız, **a.g.m.**, s. 114.

¹⁹⁷⁹ Roxin, "Über den Notwehrexssess", s. 123; Köhl, **a.g.e.**, §12, kn. 152; Duttge, §33, kn. 3; Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, **a.g.e.**, §18, kn. 61; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §13, kn. 704.

¹⁹⁸⁰ Perron, Eisele, §33, Kn. 3.

¹⁹⁸¹ Renzikowski, **a.g.m.**, s. 260; BGH 3.6.2015 – 2 StR 473/14 (BeckRS 2015, 12668); Hecker, **a.g.m.**, s. 179.

¹⁹⁸² Kindhäuser, §33, Kn. 29; Roxin, "Über den Notwehrexssess", s. 123; Hecker, **a.g.m.**, s. 179; Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §13, kn. 704; Murmann, **a.g.e.**, §26, Kn. 87; Rudolphi, **a.g.m.**, s. 461.

sınırlanmış da olsa bir meşru savunma hakkı kalıyorsa, md. 33 uygulanabilir olmaya devam edecektir.¹⁹⁸³

Örneğin, (J), bir sebeple kızdığı taksicinin suratına tükürmüştür. Ardından kuvvetli ve cüsseli bir adam olan taksici taksiden inmiş, (J)’ye yaklaşmış ve ona tokat atmak üzere elini kaldırmıştır. Tam o sırada (J), taksiciye biber gazı sıkmıştır.¹⁹⁸⁴ Alman hukukundaki meşru savunma şartları açısından bakılacak olursa orantılı ancak gerekli olmadığından sınırlanmış bir savunmadan söz edilecektir. Zira J, önceki kusurlu provokasyonundan dolayı, kaçınmayı denemeliydi. Ancak hâlâ bir meşru savunma hakkı olduğu için burada sınır aşmış kabul edilmelidir. Eğer çok korktuysa ve fevri hareket ettiyse AlmCK md. 33’ten yararlanabilir.¹⁹⁸⁵

Bu noktada Alman hukukunda bilhassa da sınır aşımı bakımından maksatlı provokasyon ile planlı (*planmässig*) provokasyonun ayrı değerlendirildiğini belirtmek gerekmektedir. Planlı provokasyonda, fail saldırıyı kendi planlamamış, maksatlıdaki gibi meşru savunmadan yararlanmak için bir mizansen kurmamıştır. Sadece kendisine saldırılacağını bildiği, öğrendiği halde ya da kendisine saldırı başlamışken imkanı olduğu halde kolluğa haber vermemiş, başka şekillerde yardım çağrısında bulunmamış ve saldırganın hakkından kendi gelmek istemiştir.¹⁹⁸⁶

Örneğin; AFYM’nin ‘*Dresdner Rotlicht*’ kararına konu olayda, bir genelev işletmecisi olan fail, işletmesine bir grup sağcı tarafından saldırıda bulunulacağını öğrenmesine rağmen, polise haber vermeyerek bu bilgisini kendi lehine avantaja dönüştürmek istemiş, planlı şekilde çatışmaya girerek sınır aşmıştır.¹⁹⁸⁷

¹⁹⁸³ Kindhäuser, §33, Kn. 29; Roxin, “Über den Notwehrexzess”, s. 123; Krey, Esser, **a.g.e.**, §22, kn. 768a; Mitsch, “Provokation”, s. 23.

¹⁹⁸⁴ Örnek için bkz. Rengier, **a.g.e.**, §27, kn. 16

¹⁹⁸⁵ Rengier, **a.g.e.**, §27, kn. 16

¹⁹⁸⁶ Rengier, **a.g.e.**, §27, kn. 15. Planlı provokasyon maksatlı ve diğer kusurlu provokasyon türlerinden ayrı şekilde kavramsallaşmıştır. Meşru savunmada provokasyon halleri genel olarak ‘*Notwehrprovokation*’ olarak adlandırılırken, planlı provokasyonu ifade etmek üzere defans kışkırtması olarak çevirebileceğimiz ‘*Abwehrprovokation*’ karşılığı kullanılmaktadır. Bkz. Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §10, kn. 537.

¹⁹⁸⁷ BGH, 03.02.1993 - 3 StR 356/92 (BGHSt 39, 133) Karar orijinal metnine internet erişimi için bkz. <https://opiniojuris.de/entscheidung/1494>, E.T.: 8.12.2023, 12:52.

Maksatlardan farklı olarak burada fail, saldırganın kendisine saldırmasına götürecek provoke edici fiilleri gerçekleştirmemekte, saldırgan zaten saldırmaya kendi karar vermiş vaziyettedir. Yalnız başka türlü - daha ölçülü ve hafif araca - imkanı olduğu halde savunmasını kendi yapmak istemektedir.

Azınlıkta kalan görüşe göre failin kaçması ya da polise haber vermesi gereken hallerde artık AlmCK md. 33 uygulanamaz.¹⁹⁸⁸ Ayrıca saldırıda kusuru bulunan failin sebebinde serbest hareketler teorisine (*actio libera in causa*) göre de md. 33'ten yararlanamaması gerektiği belirtilmiştir.¹⁹⁸⁹ Ancak failin serbest ve tam bir sorumluluk içinde ilk hareketi yaptığı belirlenemediğinden ve de failin serbest ve kusurlu ilk hareketi ile sınırı aştığı andaki hareketi arasında kesintisiz bir sorumluluk bağı inşası mümkün olmadığından bu argüman kabul edilebilir bulunmamıştır.¹⁹⁹⁰

Bundan maksat, fail ile kusurunun etkilenmesi arasına saldırganın hareketi girmiştir ve aslında duyguları bu hareket doğurmuştur.¹⁹⁹¹ Keza failin *astenik* duygulara kapılacağından önceden kendisince öngörülebilir olmayacağı gerekçesi ile de bu teoriyi reddetmek gerekecektir.¹⁹⁹² Oysa standart sebebinde serbest hareketler (*actio libera in casua*) örneklerinde, fail fazlaca alkol aldığı anda bunun etkisi altında sarhoş olacağını öngörmesi kendisinden beklenir.¹⁹⁹³

Alman uygulamasında ilk başlarda, kusurlu şekilde saldırganın provoke edilmesinde AlmCK md. 33 uygulanmıyordu. Örneğin, Hamm Eyalet Mahkemesi bir kararında, kocasını aldatan kadının, boksör olan kocasının saldırısına, korkarak sınır aşması sonucu bira şişesiyle onu yaralamak şeklinde karşılık verdiği olayda, kadının 33. maddeden yararlanamayacağına hükmetmiştir.¹⁹⁹⁴

¹⁹⁸⁸ Perron, Eisele, §33, Kn. 3.

¹⁹⁸⁹ Welzel, **a.g.e.**, s. 181; Roxin, **a.g.e.**, §22, kn. 37; Doğrudan bu başlıkta incelemeyip mazeret nedenleri bakımından olayı yaratmanın bu ilke gereği de mazur görülmeye engel olacağı yönünde bkz., Schmidhäuser, **a.g.e.**, §8, kn. 25 vd.

¹⁹⁹⁰ Rudolphi, **a.g.m.**, s. 464; Heuchemer, §33, kn. 18.1.

¹⁹⁹¹ Renzikowski, **a.g.m.**, s. 259 – 60. Bu mazeret nedeninin yapısına alic teorisinin uygun olmadığına dair bkz., **A.g.m.**, s. 262.

¹⁹⁹² Murmann, **a.g.e.**, §26, Kn. 91.

¹⁹⁹³ Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §13, kn. 657 vd.; Frister, **a.g.e.**, §18, kn. 23-4;

¹⁹⁹⁴ OLG Hamm 10.06.1965 - 2 Ss 449/65 (NJW 1965, 1928); Öğretide de bu karar eleştirilmekte ve madem meşru savunma tamamen ortadan kalkmamakta, sınırlı da olsa devam etmektedir, meşru

Ancak yakın tarihli kararlarda artık kanun hükmünün öngörmediği bu şekilde geniş sınırlamalara gidilemeyeceğine karar verilmekte ve meşru savunma sınırlı olsa da hâlâ mevcut olduğundan, AlmCK md. 33'ün de uygulanabileceğine hükmedilmektedir. Yargı uygulamasının bu geçişi bir kaç içtihat üzerinden izah edilerek özetlenebilir:

AFYM, ilkin kusurlu önceki fiilin faillerini AlmCK md. 33'den yararlanmaktan men edeceğine karar vermiştir.¹⁹⁹⁵ Özellikle planlı provokasyonlarda, devletin güç kullanma tekelinin bu şekilde planlı dolandırıldığı hallerde artık failin mazur görülmesi için bir sebep olamaz.¹⁹⁹⁶ Yetkili kolluk gücüne erişip haber verebileceği halde, bu bilgiyi rakibine karşı üstün gelmek için kendi lehine kullanan failin artık md. 33'ten yararlanamaması gerektiği düşünülmüştür.¹⁹⁹⁷

Ancak bu içtihatlar öğretilde benimsenmemiştir. Planlı provokasyon da dahil, maksatlı olmadığı sürece, failin kusurlu olduğu hallerde sınırlansa da hâlâ meşru savunma hakkı bulunduğundan, AlmCK md. 35/1, c.2'nin md. 33'de ayrıca yer almadığını da hatırlatarak, meşru savunma hakkı bulunan her yerde sınır aşımı maddesi uygulanabilecektir.¹⁹⁹⁸ Kaldı ki devletin güç kullanma tekeline karşı bireyin kendini savunmasının ikincil derecede savunma yöntemi olması, kişinin md. 33'teki mazeret nedeninden yararlanmasına engel olmamalıdır.¹⁹⁹⁹

Ne zaman ki AFYM AlmCK md. 33'ün uygulanmasının reddini gerekçelendirmişti, o zaman öğretilde de taraftar toplamıştı: Planlı olarak kendini bir savunmaya, karşı tarafla 'savaşa' hazırlanan failin, md. 33'de sayılan fevri

savunmanın da zorunluluk halinde olduğu gibi tehlikeye neden olma gibi bir şartı yoktur; o halde olayda açıkça 'gerekliklik' sınırını aşmış bulunan failin provokasyona rağmen sınır aşma sorumsuzluğu saklı tutulmalıdır, denmektedir, bkz. Kühl, **a.g.e.**, §12, kn. 152.

¹⁹⁹⁵ BGH 01.08.1961 – 1 StR 197/61 (NJW 1962, 308, 309).

¹⁹⁹⁶ Bkz. Murmann, **a.g.e.**, §26, Kn. 86.

¹⁹⁹⁷ BGH 03.02.1993 - 3 StR 356/92 (BGHSt 39, 133).

¹⁹⁹⁸ Wessels, Beulke, Satzger, **a.g.e.**, §13, kn. 704; Murmann, **a.g.e.**, §26, Kn. 87; Kühl, **a.g.e.**, §12, kn. 152; Roxin, **a.g.e.**, §22, kn. 93; Rudolphi, **a.g.m.**, s. 461; Roxin, "Über den Notwehrexcess", s. 123; Kühl, **a.g.e.**, §12, kn. 152; Duttge, §33, kn. 3; Baumann/ Weber/ Mitsch/ Eisele, **a.g.e.**, §18, kn. 61.

¹⁹⁹⁹ BGH 15.11.1994 - 3 StR 393/94 (NJW 1995, 973); BGH 03.06.2015 – 2 StR 473/14, (NStZ 2016, 84).

duygulara kapıldığından söz edilemez.²⁰⁰⁰ Nitekim burada zaafiyete değil, bilakis intikam veya öfke şeklinde vücut bulan, serinkanlılığı ve özellikle de planlılığı içeren ve güce dayanan duygular ön planda olacaktır.

Bu içtihadada da katılmayan görüşler, önceki içtihadada itiraz edilmesindeki gerekçelerin burada da hâlâ sürdüğü, yasa metninde öngörülmeven kayıtlamaların mahkemece eklendiği, bunun kanunsuz ceza olmaz ilkesine de aykırı olduğu ve son olarak, failin önceki kusurlu davranışının ya da plan yaparkenki ruh halinin, sıcağı sıcağına olay esnasında saldırganla burun buruna gelince zafiyete dayalı duygulara kapılmasını engellemeyeceği, bu duygulara kapıldığıının otomatik olarak baştan reddedilemeyeceği savunulmuştur.²⁰⁰¹ Ayrıca zaten AlmCK md. 33 içeriğinde ‘kusuruyla neden olmama’ şartı yer almaz.²⁰⁰²

Nitekim AFYM de şu kararı ile bu görüşe oldukça yaklaşmıştır: Eğer fail planlı da olsa göz göre göre silahlı ve kalabalık bir gruba karşı kendini savunmaya kalkıyorsa, burada artık AlmCK md. 33’ü uygulayabilmek gerekmektedir.²⁰⁰³

Nispeten yeni tarihli bir karara konu olayda ise, NPD²⁰⁰⁴ üyesi aşırı sağ görüşlü sanık, sol gruplar tarafından kendisine yönelen tehditlere karşı sosyal medyada böyle bir şeyin yaşanmasını umduğu, bu durumun meşru savunmadan yararlanarak bu kişilere hadlerini bildirmek için ona fırsat sağlayacağı yönünde beyanlarda bulunmuştur. Olay gününde ise, sağcı grubun yardım gecesini haber alan sol görüş mensupları, gerçekten de saldırmak amacıyla mekana kalabalık şekilde gelmiş, bunlardan bir kısmı ise, arabası içerisinde telefonla konuşan sanığa saldırmak amaçlı yönelmeye başlamıştır. Bu durumda korkan sanık, gaza basarak mekandan uzaklaşmaya çalışırken, gruptan bazıları arabanın önünden kaçmış, ancak kaçamayan bir kişi ağır şekilde yaralanmıştır.

²⁰⁰⁰ BGH 03.02.1993 - 3 StR 356/92 (BGHSt 39, 133).

²⁰⁰¹ Murmann, **a.g.e.**, §26, Kn. 89; Roxin, **a.g.e.**, §22, kn. 90; Erb, §33, Kn. 11.

²⁰⁰² Roxin, **a.g.e.**, §22, kn. 90; Zieschang, §33, Kn. 58;

²⁰⁰³ BGH 15.11.1994 - 3 StR 393/94 (NJW 1995, 973).

²⁰⁰⁴ *Nationaldemokratische Partei Deutschlands* (Alman Nasyonel Demokrasi Partisi), kısaca *die Heimat* yani Memleket (Partisi) olarak da anılmaktadır.

Yerel mahkeme sanığın önceki sözlerini de dikkate alarak neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralamadan hüküm kurmuşsa da, AFYM, sanığın duyduğu korku sebebiyle sınırı aşmış olduğuna ve bu yüzden ceza almaması gerektiğine karar vermiştir.²⁰⁰⁵ Dolayısıyla AFYM'nin de sanığın önceki kusurlu hareketlerinden ziyade, olay anındaki kapıldığı duygularının gerçekliği ve yoğunluğuna odaklanarak, öğretideki görüş çizgisine geldiği söylenebilir.

Türk hukuku bakımından ise öğretide, önceki kusurlu fiillerin meşru savunmada sınırın aşılması hükmü üzerinde kısıtlayıcı etkisi yönünden bir tartışma yürütülmemiştir. Ancak meşru savunma hakkı bakımından, maksatlı olmadığı sürece provokasyonun, faili meşru savunmadan mahrum bırakmayacağı ifade edilmiştir.²⁰⁰⁶ Kaldı ki, sadakatsizlik fiillerinin zina adı altında suç sayıldığı dönemde dahi bunun, mağdurların meşru savunma hakkına halel getirmeyeceği belirtilmiştir.²⁰⁰⁷

Planlı provokasyon bakımından ise eski tarihli bir çalışmada, kamu otoritesine sığınma imkanı olan hallerde müdafanın meşru addedilemeyeceği dile getirilmiştir.²⁰⁰⁸ Oldukça güncel bir kararında da Yargıtay, TCK md. 27/2'nin varlığını değerlendirirken ayrıca, '*sanığın maktul için onu bekleyerek yapmış olduğu özel bir hazırlığın bulunmayışı*' ifadelerine de yer vererek yine planlı provokasyon hallerinde fıkra uygulamasını dışlar görmektedir.²⁰⁰⁹ Yenilemek isteriz ki, *kanımızca* burada md. 27/2'nin uygulanmasını engelleyen, muhtemelen failin telaş veya korku ile değil, planlı olduğu için, kin ve intikam duygusuyla hareket etme ihtimalinin yüksek oluşudur.²⁰¹⁰

Kanaatimize göre de, TCK'nın zorunluluk hali bakımından aradığı tehlikeye sebep olmama şartını md. 27/2 bakımından aramaması, iki mazeret nedeni arasında gözetilen bilinçli ayrımı ve bilinçli bir boşluğa işaret ederek kıyas yoluyla

²⁰⁰⁵ BGH 25.04.2013 - 4 StR 551/12 (NJW 2013, 2133).

²⁰⁰⁶ Kartal, **a.g.e.**, s. 165; Sucuoğlu, **a.g.m.**, s. 158; Özgenç, **GH**, s. 362; Akbulut, **GH**, s. 556, 678; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**, s. 498.

²⁰⁰⁷ Yalkut, **a.g.m.**, s. 117.

²⁰⁰⁸ Yalkut, **a.g.m.**, s. 110.

²⁰⁰⁹ Y. 1. C.D., T. 20.6.2017, E. 2016/5535, K. 2017/2399.

²⁰¹⁰ Zaafiyete dayanan duyguların olay değil olaya götüren evrede etkin olduğu yönünde bkz., Gropp, Sinn, **a.g.e.**, §6, kn. 171; BGH 03.02.1993 - 3 StR 356/92 (BGHSt 39, 133).

doldurulamaz. Diğer bir söylemle, failin saldırıya kusuru ile sebep olması onun meşru savunmada sınır aşımından yararlanmasına engel olmaz.

Actio libera in causa önerisi bakımından ilk bakışta failin irade yeteneği tamken gerçekleştirdiği bir fiil sonucunda iradesini etkileyen bir hale sebep olması ve iradesinin zayıfladığı bu halde suç işlemesi şeklindeki şartlar benzerlik arz etse de, ana akım örneklerden farklı olarak burada failin ilk kusurlu davranışı esnasında bunun kendisinin kusurunu ortadan kaldıracak bir duruma sebebiyet vereceğini öngörmesi beklenemez. Kaldı ki failin kusur yeteneğinin etkilenme boyutu bakımından da durumlar benzerlik arz etmediği gibi, meşru savunmada sınırın aşılmasında araya bir üçüncü kişi olan saldırganın hareketi girmiştir.

3.4.3.2.7. Duyguların Gerçekliği

Üçüncü kişi lehine yapılan meşru savunmalar prensip olarak kişinin kendi lehine yaptığı savunmadan farklı olmadığından, bu hallerde de TCK md. 27/2'nin (veya AlmCK md. 33'ün) uygulanmasına bir engel yoktur.²⁰¹¹

Türk hukukunda prensip olarak, üçüncü kişi lehine yapılan savunmalar için de TCK md. 27/2 yolu açık olsa da, saldırı mağduru kişinin fail bakımından 'önemli' biri olması, ya da faile belirli bir yakınlığının olması gerektiği belirtilmektedir.²⁰¹² Doğrudan böyle bir yakınlık aramayan görüşler bile, başkası lehine savunma yapılırken sınır aşan failin *affekt* duygulara kapılıp kapılmadığının özellikle iyi araştırılması önerilmiştir.²⁰¹³ Yargıtay'ın da başkası lehine meşru savunmada sınır aşan faili md. 27/2'den yararlandığı kararları bulunmaktadır.²⁰¹⁴

²⁰¹¹ Erb, §33, Kn.16; Duttge, §33, kn. 6; Rogall, §33, kn. 16; Çiftçioğlu, a.g.m., s. 548; Öztürk, Erdem, GH, s. 325.

²⁰¹² Özbek, "Sorunlar ve Görüşlerimiz", s. 26; Sucuoğlu, a.g.m., s. 156; Özbek vd., a.g.e., s. 421.

²⁰¹³ Taner, a.g.m., s. 234; Erem, Danışman, Artuk, a.g.e., s. 590; Şare, a.g.m., s. 119; Topçu, a.g.e., s. 736.

²⁰¹⁴ Örneğin bkz., Y. 1. C.D., T. 9.4.2007, 4811/2535 E-K.

Üçüncü kişi lehine meşru savunmanın (*Nothilfe*) olağan meşru savunmadan (*Notwehr*) farklı isimle kavramsallaştığı²⁰¹⁵ Alman hukukunda ise, sınır aşanı betimlemek için AlmCK md. 33'ün 'saldırıya uğrayan' (*Angegriffene*) değil 'fail' (*Täter*) şeklinde kapsayıcı bir ifade kullanmış olması da gerekçe gösterilerek üçüncü kişi lehine meşru savunmada bulunanların da hükümden yararlanabileceği kural olarak kabul edilmektedir.²⁰¹⁶ Ayrıca madde metninde yalnızca sınırdan değil çoğul şekilde 'sınırlardan' bahsedilmesi ve dayatmacı meşru savunmanın da aslında faillerin 'gereklik' şartında sınır aşmalarının bir görünümü olduğu dikkate alındığında, üçüncü kişi lehine meşru savunmada md. 33'ün uygulanabilmesi gerekir.²⁰¹⁷

Öte yandan belirli bir yakınlığı ve ilişkisi olmadığı halde üçüncü kişi lehine meşru savunmada bulunan kişinin belirli bir cesaret düzeyinde olduğu ve kural olarak kendini savunan kadar kolay zaafiyete dayanan duygulara düşmeyeceği ancak yine de burada da AlmCK md. 33'ün kapılarının kapanmayacağı ileri sürülmüştür.²⁰¹⁸ Gerçekten de madde, mazeret nedeni olan zorunluluk halini düzenleyen md. 35 gibi lehine müdahalede bulunulan kişiler açısından bir yakınlık aramamakta ve AFYM de başkası adına telaş duyulan hallerde maddeyi uygulamaktadır.²⁰¹⁹ Nitekim kişinin çok korkak mizaçlı olduğu hallerde, asıl saldırıya uğrayan kendisi olmasa da aşım hükmünden yararlandırmamak adil olmaz.²⁰²⁰

Kanaatimiz de, özellik arz eden bu savunmalar bakımından TCK md. 27/2'nin önünün kapatılmaması, ancak olay mahkemesinin failin kapıldığı duyguları ve bunların etkisinde hareket ettiğine dair tespitinde titiz davranması gerektiği yönündedir.²⁰²¹

²⁰¹⁵ *Notwehr* kelimesini 'acil savunma', *Nothilfe*'yi ise 'acil yardım' şeklinde doğrudan çevirmek mümkündür.

²⁰¹⁶ Seeberg, **a.g.e.**, s. 177; Fischer, **a.g.e.**, s. 37; Frister, **Struktur**, s. 226; Herzog, § 33, kn. 27.

²⁰¹⁷ Seeberg, **a.g.e.**, s. 190.

²⁰¹⁸ Erb, §33, Kn.16.

²⁰¹⁹ BGH 11.07.1986 - 3 StR 269/86 (NStZ 1987, 20)

²⁰²⁰ Seeberg, **a.g.e.**, s. 179

²⁰²¹ Erb, §33, kn.16.

Bir diğer önemli konu ise, üçüncü kişinin iradesinin meşru savunmanın aksi yönünde olmasına rağmen savunma yaparak sınır aşan failin durumunun nasıl değerlendirileceğidir.²⁰²²

Bu noktada bir konu açıklığa kavuşturulup tartışma kapsamından çıkarılmalıdır: Eğer saldırıya uğrayan hak, kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği haklarından ise bu takdirde ortada saldırı olmadığından fail savunma alanı dışındadır.²⁰²³ Saldırıya uğrayan kişinin savunmayı veto ettiği böyle durumlarda, artık bir diğer hukuka uygunluk nedeni olan ‘rıza’ devreye girer ve böylece olaydaki saldırı ‘haksız’ olmaktan çıkar.

Dolayısıyla böyle durumlarda fail meşru savunmadan yararlanamayacak, meşru savunmayı var zannetmesi halinde duruma göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında kaçınılamaz veya kaçınılabılır hata hükümlerine başvurulabilecektir. Bu durum mefruz meşru savunmaya benzer.²⁰²⁴ Fail TCK md. 27/2’den yararlanamaz. Söz konusu rıza geçersizse, tüm şartlarıyla mevcut bir meşru savunma vuku bulmuştur ve sınır aşılsa elbette yine ilgili hükümlere başvurulabilir.

²⁰²² Alman öğretisinde üçüncü kişi lehine meşru savunmada üçüncü kişinin aksi iradesinin failin pozisyonunu nasıl etkileyeceği meselesini, AFYM’nin 1953 tarihli bir pilot kararının gündeme taşıdığı bilinmektedir: Müstehcen sahneler içeren bir filmin gösterimi esnasında sinema salonuna bir grup tarafından elli civarı koku bombası atılarak izleyicilerin salonu terk etmelerinin sağlanması olayında AFYM, eyalet mahkemesinin beraat kararını bozmuş ve olayda üçüncü kişi lehine meşru savunma olmadığını gerekçelendirmiştir. (BGH 02.10.1953 - 3 StR 151/53 (BGHSt 5, 245, 246). Her şeyden önce izleyicilerin herhangi bir hakkının saldırıya uğradığına şüpheyle yaklaşan mahkeme, kamu düzeninin bozulduğuna dair kolektif hakkın saldırıya uğradığı iddiasını da kabul etmez. Üçüncü kişi lehine meşru savunmalarda, ilgili hak üçüncü kişinin üzerinde tasarruf edebileceği bir hakkı olup da, bu saldırıyı engellemeye yetkisi ve imkanı varsa ve buna rağmen kendini savunmuyorsa, demek ki iradesi savunma yönünde değildir. Bu noktadan sonra artık savunmacının savunmasını ‘dayatmaya’ hakkı yoktur. (BGHSt 5, 245, 248) Öğretide AFYM’nin bu kararı, sinema salonundaki izleyicilerin oraya geçerli rızalarıyla oturdukları için meşru savunmanın şartlarının tartışılmasına hiç gerek olmadığı şeklinde eleştirilmektedir. (Johannes Kaspar, “Die Strafbarkeit der aufgedrängten Nothilfe”, *JuS*, 2014, s. 770) Kaldı ki zaten savunma da burada saldırgan sayılabilecek sinema sahibi veya işletmecisine değil, yine saldırıya uğradığı varsayılan üçüncü kişiye yönelmiştir. (Kaspar, “Nothilfe”, s. 770.) Dayatılmış savunma diyebileceğimiz bu gibi hallerde, üçüncü kişinin varsayılan rızası veya savunmayı vetosunun savunmanın meşruluğunda nasıl belirleyici olacağı asıl sorulması gereken soru olarak karşımıza çıkar. (Kaspar, “Nothilfe”, s. 771)

²⁰²³ Dönmezer, Erman, *II*, s. 358; Hakeri, *GH*, s. 314; Alacakaptan, *a.g.e.*, s. 111; Akbulut, *GH*, s. 559; Demirbaş, *GH*, s. 321; İçel, *GH*, s. 360; Demirci, *a.g.e.*, s. 31 vd.; Düzenli, *a.g.e.*, s. 145.

²⁰²⁴ Detay açıklamalara ilgili konu başlığı altında bakılabilir, bkz. yukarıda: ‘3.3.1.1. Mefruz Meşru Savunma’.

Asıl mesele üçüncü kişinin üzerinde tasarruf edemeyeceği bir hak söz konusu olduğunda başlar. Burada da ana prensip, failin saldırıya uğrayanın iradesini dikkate almaksızın meşru savunmada bulunabilmesi ve bu savunmasının hukuka uygun addedilmesidir.²⁰²⁵ Ancak Alman hukukunda bundan ayrı olarak bazı durumlarda, saldırıya uğrayan üçüncü kişinin üzerinde tasarruf edemediği haklar bakımından da saldırıya ses çıkarmamasına ve hatta müdahale edilmesini istememesine değer tanınmıştır. Buna saldırganla yakın ilişkisi, kendisini, saldırganı veya savunmacıyı tehlikeye atmak istememek veya başka şahsi sebepler neden olmuş olabilir.²⁰²⁶

Öğretide bir görüşe göre, üzerinde tasarruf edilemeyen haklara ilişkin verilen rıza saldırıyı hukuka uygun hale getirmeyeceğinden, savunmacının hareketi başkasına ait bir hakkı koruyarak hukuka uygun olup meşru savunma teşkil ettiği de ileri sürülmüştür.²⁰²⁷ Aslında burada teorik olarak geçerli bir ‘rıзадan’ söz edilemediği hallerde, tasarruf edilemeyen haklarına ilişkin saldırıya uğrayan bireylerin dışardan savunma desteğini reddetme otonomileri çerçevesinde failin sorumluluğu tayine çalışılmaktadır.

İşte üzerinde tasarruf edilemeyen haklarda savunma vetosuna ne ölçüde kıymet tanınacağıнын tetkiki için her şeyden önce meşru savunma hukuka uygunluk nedeninin hukuki temellendirmesine dayanmak gerekmektedir. Meşru savunma hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde tek korunan menfaat, saldırıya uğrayan bireyin kişisel hakları olmayıp, aynı zamanda toplum barışı ve bozulan hukuk düzeninin yeniden tesisi gibi diğer değerlerdir.²⁰²⁸ Her ne kadar Türk ve Alman hukuklarında baskın görüş meşru savunmanın temelini hem bireysel haklarla hem de hukuku savunmakla açıklayan düalist görüş baskınsa da, bu kabul az önceki soruya hâlâ bir yanıt verememektedir.

Şöyle ki: Eğer meşru savunma bakımından kişisel hakkın korunmasına, hukuk düzeninin tesisinden daha yüksek değer biçilecekse, o takdirde üzerinde tasarruf

²⁰²⁵ Cengiz Apaydın, “Üçüncü Kişi Lehine Meşru Savunma”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 12, Sayı: 130, Haziran 2017, s. 25; Karaaslan, “Üçüncü Kişi”, s. 480; Dönmezer, Erman, **II**, s. 359;

²⁰²⁶ Karaaslan, “Üçüncü Kişi”, s. 485 vd.

²⁰²⁷ Dönmezer, Erman, **II**, s. 359.

²⁰²⁸ Karaaslan, “Üçüncü Kişi”, s. 516.

edemediği ve dolayısıyla rızasının geçerli olmadığı haklar bakımından dahi üçüncü kişinin savunmanın yoğunluğunu belirleme ya da tamamen reddetme haklarının bulunduğu kabul edilecektir. Bunun tersine olarak, hukuk düzeninin tesisi, kişisel hakların korunmasına öncelenen bir değer ise, o takdirde saldırıya uğrayanın iradesine ‘rağmen’ savunmacı meşru savunmadan yararlanabilecektir.²⁰²⁹

Alman hukukunda ağırlıklı olarak, üçüncü kişinin açıkça ifade ettiği veya hareketlerinden anlaşılan savunma vetosuna değer tanınır ve dayatılmış savunma meşru addedilmez.²⁰³⁰

Örneğin (E), kocası (M) tarafından sokak ortasında tokatlanmaktayken (D) bu duruma müdahale etmek ister. Ancak (E), gerek kendisini, gerek (D)’yi ve gerekse de kocasını korumak adına bu yardıma engel olmaya çalışır. Ancak (D), gene de müdahale edip (M)’yi durdurursa, kasten yaralama suçundan hüküm giyecek midir?²⁰³¹ Üçüncü kişinin (yani saldırıya uğrayanın) savunmacıyı (yani faili) korumak istediği *ilk halde*, elbette bunun takdiri noktasında savunmacıya da söz hakkı tanınması gerektiğinden, savunmacının kendisini korumak amacıyla yapılan redde uymadığı ve yine de hukuk düzenine hizmet etmeyi tercih ettiği hallerde onu meşru savunma hakkından mahrum bırakmak hakkaniyetli olmayacağından bunu bir nevi müdahale etmeme izni / cevazı gibi yorumlamak gerekmektedir.²⁰³²

Üçüncü kişinin korumak istediği saldırgan veya kendisi olduğu *ikinci halde* ne yapılacağı sorusu ise tartışmalıdır. Öğretide *Karaaslan*, kişisel hakların bu gibi durumlarda hukuk düzeninin tekrar tesisine öncel olduğu gerekçesiyle üçüncü kişinin iradesine saygı duyulması gerektiğini ifade etmektedir.²⁰³³ Örneğin kardeşinin kemik rahatsızlığı olduğunu bilen kişi, onun saldırısını mümkün olan en hafif araçla ve kemik kırığına neden olmayacak bir yöntemle savmak istemektedir. Oysa bundan habersiz olan fail, her ne kadar TCK md. 25/1 gereği ölçülü de olsa, kemik kırmak suretiyle üçüncü kişi lehine savunma yaptığında, birey otonomisini

²⁰²⁹ Karaaslan, “Üçüncü Kişi”, s. 474-5.

²⁰³⁰ Seeberg, **a.g.e.**, s. 173; Erb, §32, kn. 183.

²⁰³¹ Örnek için bkz., Engländer, **a.g.e.**, s. 101 vd.

²⁰³² Aynı yönde, Karaaslan, “Üçüncü Kişi”, s. 491; Erb, §32, kn. 184; Seeberg, **a.g.e.**, s. 173.

²⁰³³ Karaaslan, “Üçüncü Kişi”, s. 492.

âdeta hiçe saymaktadır.²⁰³⁴ Kaldı ki, bireyin üzerinde serbestçe tasarruf edemese de, saldırganı veya kendini korumak gayesiyle saldırıya belli ölçüde katlanma ve savunmanın şekil ve yoğunluğunu belirleme hakkının olduğu da gözden kaçırılmamalıdır.²⁰³⁵

Alman hukukunda da her ne kadar meşru savunma maddesi bir ölçülülük şartı getirmişse de, somut olayda savunma derecesini belirleme yetkisinin saldırıya uğrayanda olduğu ve saldırıya uğrayanın iradesinin ötesine geçen her savunmanın sınırı aşmış addedilmesi gerektiği belirtilmiştir.²⁰³⁶ Dolayısıyla saldırıya uğrayanın iradesi ötesinde vuku bulan savunmaların ‘meşru’ olmadığı ve failin hukuka uygunluktan yararlanamayacağı belirtilmektedir. Ancak, bu davranışların mazur görülüp cezasız kalabilmeleri bir başka sorundur.

Burada, AlmCK md. 33’in hukuki temellendirmesine başvurularak açıklamaya gidilmiştir. Bu yönden de, gerek ortada gerçek bir saldırı ve gerçek bir saldırgan bulunması dolayısıyla haksızlık azalması, bu ve failde zaafiyete dayanan duyguların bundan dolayı oluşup faili aşım yapmaya sevk etmesi dolayısıyla kusur azalması, gerekse de önleyici ceza açıklamaları bakımından tüm bunlarda asli sorumluluğu taşıyan saldırgan olması ve faile uslandırmak için ceza vermenin gerekmiyor olması şeklindeki tüm unsurlar, aslında dayatılmış meşru savunma bakımından da gerçekleşmiştir.²⁰³⁷ Bu durumda failin, saldırıya uğrayanın (üçüncü kişinin) izninden ayrı veya onun ötesinde savunma yapması, savunmanın ‘gereklilik’ sınırını aşmış addedilerek, yoğunlukta sınır aşımı teşkil ettiği ve hükmün en azından kıyasen uygulanması gerektiği belirtilmektedir.²⁰³⁸

Bu konuda bir diğer husus, saldırı mağduru üçüncü kişinin savunmayı reddettiğine dair iradesinin geçerliliği ve içeriği ile ilgilidir. Her şeyden önce standart rıza kuralları gereği rızaya yetkili olmayan kişi tarafından ya da sakatlanmış irade sonucu (saldırıya) verilen rızaların, yani savunma vetolarının hukuken bir

²⁰³⁴ Karaaslan, “Üçüncü Kişi”, s. 472.

²⁰³⁵ Karaaslan, “Üçüncü Kişi”, s. 480-1, 487-9.

²⁰³⁶ Seeberg, **a.g.e.**, s. 173, 222.

²⁰³⁷ Seeberg, **a.g.e.**, s. 220 – 2.

²⁰³⁸ Seeberg, **a.g.e.**, s. 223-4.

etkisinin olamayacağı ortaya konmalıdır.²⁰³⁹ Buradan çıkan sonuç, rızanın sakat olduğu hallerde üçüncü kişi lehine savunma yapan failin herhangi bir vetoya bağlı olmadan tam bir meşru savunmadan yararlanacağıdır.²⁰⁴⁰

Diğer yandan, savunma vetosunun, kendini, saldırganı veya savunmacıyı korumak dışında gerekçeleri de olabilir. Örneğin Alman öğretisine göre, saldırıya uğrayanın kendini kendisinin savunmak istemesi halinde de - bu hareket mantıksız da olsa, insanların mantıklı davranma yükümlülüğü yoktur - artık savunmacının karışması dayatılmış savunma olacak ve hukuka uygun olmayacaktır. Meğer ki onun savunma aracı veya silahı saldırıya uğrayana göre daha hafif olsun.²⁰⁴¹

Bu *üçüncü hal* grubunu da ilk hale benzer şekilde değerlendirmek ve savunma vetosunun yalnızca faili TCK md. 98 yükümlülüğünden kurtaracağı ancak savunmayı da yaparsa meşru savunmadan yararlanacağı ve dolayısıyla takdir hakkının ona bırakıldığı hal olarak yorumlamak gerekmektedir.²⁰⁴²

Son olarak savunmayı reddin açıklanma biçimi de önem taşımaktadır. Saldırı mağdurunun savunmaya rızasını açıkça belli etmesi gerekip gerekmediğine dair iki görüş mevcut olup, biz de, savunmaya açıkça karşı çıkmadığı müddetçe (varsayılan rıza kurallarının tatbik edilip) rızasının var sayılması gerektiği ve failin hukuka uygunluk nedeninden yararlanması gerektiği görüşüne²⁰⁴³ iştirak ediyoruz. Kaldı ki saldırıya uğrayan rızasını her zaman açıkça belirtecek durumda olmayabileceği gibi, savunmacı da açıkça belirtmediğini düşünmüş olabilir.²⁰⁴⁴

²⁰³⁹ Hata bakımından aynı yönde bkz., Karaaslan, “Üçüncü Kişi”, s. 494. Bkz. Erb, §32, kn. 184.

²⁰⁴⁰ Seeberg, **a.g.e.**, s. 172. Cebir tehdide uğrayan mağdurun bunun etkisinde saldırıya rıza göstermesini otomatik hukuka aykırı sayıp götürü şekilde savunmacının savunmasını meşru saymanın otonominin hiç bir şekilde kabul edilmemesi sonucuna götüreceğinden aksi yöndeki kanaati için bkz., Karaaslan, “Üçüncü Kişi”, s. 497-8.

²⁰⁴¹ Kaspar, “Nothilfe”, s. 774 – 5. Sadece erkeklik gururuna yediremediği için veya savunacak kişinin şahsından dolayı da savunma reddedilmiş olabilir.

²⁰⁴² Aynı yönde bkz., Karaaslan, “Üçüncü Kişi”, s. 490.

²⁰⁴³ Seeberg, **a.g.e.**, s. 172. Burada farazi olarak ‘saldırıya uğrayana sorulsaydı büyük ihtimalle savunmaya rıza gösterir miydi’ kontrol sorusundan destek alınabilir, bkz., Karaaslan, “Üçüncü Kişi”, s. 493.

²⁰⁴⁴ Kaspar, “Nothilfe”, s. 775.

Kanaatimize göre, üçüncü kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği haklar bakımından saldırıya uğraması halinde söz konusu saldırgan sadece bu kişiye zarar vermiş olmaz. Aynı zamanda bir suç işleyerek veya işlemeye kalkışarak kamu düzenini de bozar. Dolayısıyla meşru savunmanın temelini açıklayan dualist görüşlerden yana olarak, sadece bireysel değil, toplumsal savunma niteliği yönüyle de ortada bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu kabul ediyoruz. O yüzden nasıl ki intihar etmek üzere olan birinin engellenmesinde meşru savunma vardır, saldırıya uğrayan üçüncü kişinin müdahaleyi reddettiği hallerde de ölçülülüğe uymak kaydıyla failin fiilinin hukuka uygun olduğunu kabul etmek gerekir.²⁰⁴⁵

Alman hukukunda bu gibi durumlarda, duruma göre meşru savunma ortadan kalkmış ya da sınırlanmış da olsa, savunma yapan failin hareketi aşkın savunma kabul edilmiş ve kimi yazarlarca doğrudan, kimine göre kıyasen AlmCK md. 33'ün bu hallerde uygulanması gerektiği savunulmuştur.²⁰⁴⁶ Zira hükmü açıklayan temeller burada da mevcut olup, üçüncü kişi lehine meşru savunmalarda dayanışma yükümlülüğü dolayısıyla da fail harekete geçmiş olabileceğinden, haksızlık azalması gözden kaçırılmamalıdır.²⁰⁴⁷

Öte yandan, somut olayda savunmacının polis olduğu düşünülecek olursa, görevleri arasında suç işlenmesini önlemek de yer alan memurun, saldırıya uğrayan üçüncü kişinin savunma vetosuna uyarak gözünün önünde vuku bulan saldırıya müdahalesiz kalması düşünülemez. Üstelik müdahalesi halinde ceza alması *kanımızca* kabul edilemez.

Savunmacının kolluk olmadığı haller bakımından ise, meşru savunma devletin güç tekelinin ulaşamayacağı hal ve durumlarda vatandaşlara verilen belirli şartlara bağlı bir hukuk düzeni tesisi yetkisi şeklinde düşünüldüğünde, saldırıya uğrayanın

²⁰⁴⁵ Burada *Karaaslan* şöyle bir örnek vermiştir: Annesiyle tartışan çocuk, çok pahalı bir yemek takımının parçalarını yerlere atmaya başlar. O sırada evde bulunan komşu çocuğa engel olmak ister ancak anne bu savunmayı reddeder. *Kanımızca* zaten bu olayda annenin tabaklarının kırılması bir malvarlığı olarak üzerinde serbestçe tasarruf edilebilen bir hakka ilişkindir. Burada annenin otonomisine saygı duyulması zaten yasa mantığı gereğidir. Örneğin, saldırganı korumak maksatlı savunma vetolarına iyi bir örnek teşkil ettiğini düşünmüyoruz. Bkz. *Karaaslan*, “Üçüncü Kişi”, s. 487.

²⁰⁴⁶ Seeberg, *a.g.e.*, s. 219 vd.; Zieschang, §33, Kn. 8; Erb, §33, Kn. 16.

²⁰⁴⁷ Perron, Eisele, §33, Kn. 11.

tasarruf edemeyeceği hakları için bir veto yetkisinin olduğunu ve bu yetkinin savunmacının savunmasını meşru olmaktan çıkardığını kabul etmek için hukuki hiç bir sağlam dayanak mevcut değildir. Son olarak fail, savunmayı reddeden kişinin bunu gerçekten kendini korumak amaçla mı, saldırganın zarar görmesini istemediği için mi ya da tamamen korkusundan mı yaptığını olay anında bilemez.

Hasılı üçüncü kişi lehine gerçekleştirilen savunmalarda saldırıya uğrayan hak, bu kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği bir hak olup kişi savunmayı reddediyorsa bu olsa olsa savunmacı faili TCK md. 98’de düzenlenen dayanışma yükümlülüğünden muaf kılabilir. Öte yandan meşru savunma bir hak olarak ölçülülük ilkesi çerçevesinde sürer. Failin korku veya telaşa kapılarak bunun sınırını aşmasında ise TCK md. 27/2’yi uygulamamak ya da kısıtlamak için hiç bir gerekçe mevcut değildir.

3.4.3.2.8. Duyguların Tespiti

Duyguların tespitinden önce, mahkemelerin meşru savunmanın kendi şartlarını son derece dikkatli incelemeleri gerektiğini vurgulamak gerekmektedir. Meşru savunmanın teşekkül etmediğinin veya şartlarına riayet edilmediğinin öncelikle kati surette tespit edilmesi gerekmektedir. Bu hususa dair şüphenin mahkemece yenilemediği hallerde meşru savunmanın varlığının kabul edilmesi gerekir.²⁰⁴⁸

Hatta karşılıklı saldırı olaylarında ilk saldırıyı kimin başlattığının bilinemediği hallerde sanıkların ikisi bakımından da meşru savunma hükümlerinin uygulanması icap eder.²⁰⁴⁹ Bu, meşru savunmanın getiriliş amacına aykırı olmadığı gibi,²⁰⁵⁰ bilakis ceza muhakemesinde ispat yükünün hiç bir hâlükârda sanığın üzerine bırakılamayacağı, sanığın ceza muhakemesine katkıda bulunmak yükümlülüğünün olmadığı ve şüpheden sanık yararlanır kadim ilkelerine hizmet eden bir tutum olacaktır.

²⁰⁴⁸ Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat**, Ankara, Yetkin, 2022, s. 208.

²⁰⁴⁹ Hakeri, **GH**, s. 295

²⁰⁵⁰ Aksi yönde bkz., Şare, **a.g.m.**, s. 21.

Nitekim Alman öğretisinde, AFYM içtihadının, AlmCK md. 33'ü yorumlamak noktasında kolayca kaçtığı, maddenin suç unsurları değerlendirildikten sonra son basamak olarak kusur bahsinde ele alınması gerekirken, âdeta bir başlangıç normu olarak, meşru savunmada oranın aşıldığı hemen her halde başvurulmak suretiyle kullanması eleştirilmektedir.²⁰⁵¹ Bundan maksat, olayda md. 33'ün şartları bulunduğu hallerde failin nasılsa ceza almayacağı düşünülerek mahkemelerin meşru savunmada orantılılık şartını değerlendirmekten âdeta vazgeçmesidir.²⁰⁵²

Örneğin, failin en hafif aracı seçmesi değerlendirilirken, saldırıyı kesin olarak sonlandıracak en hafif aracı seçmiş olup, riskli ve daha hafif bir aracı seçmemesi halinde onu meşru savunmadan yararlandırmamak hakkaniyetli olmayacaktır. Failin hukuka uygunluktan yararlanmasının mazeret nedeninden yararlanmasından daha avantajlı olması bir yana, failin fiilinin iştirak edilebilir olup olmaması açısından da mesele önemlidir.²⁰⁵³ Ayrıca, failin hareketi olay öncesi (*ex ante*) değerlendirildiğinde aslında ölçülü olduğu görülebilecekken, hakim olay sonrası (*ex post*) bir değerlendirmeye daha hafifi seçseydi sonucun ne olacağını hesaplayarak bir de bundan md. 33 indirimi yapması artık mantıklı ve yerinde olmayacaktır.²⁰⁵⁴

Türk Yargıtayının da benzer hataya düşerek, olay sonrası (*ex post*) değerlendirme yaptığı için, aslında meşru savunma şartları içerisinde orantılı ve dolayısıyla hukuka uygun olan davranışlara sınır aşma hükmü uygulaması sonucu sanıkları beraat etme hakkından mahrum bıraktığı görülmektedir.²⁰⁵⁵ Bu yüzden eleştiri de almaktadır.²⁰⁵⁶ Oysa her şeyden önce mahkemeler, orantılılık ilkesine

²⁰⁵¹ Heuchemer, §33, kn. 25-6; Erb, §33, kn.4; Gerçekten bir aşım olup olmadığının incelenmeyerek, hükmün başlangıç normu addedilip her türlü beraate gerekçe yapıldığına dair bkz., Fischer, §33, kn. 2.

²⁰⁵² BGH 21.6.1989 – 3 StR 203/89 (NStZ 1989, 474); BGH 9.10.1998 – 2 StR 443/98 (NStZ-RR 1999, 264); BGH 24.07.1979 - 1 StR 249/79 (NJW 1980, 2263) (bu karar bakımından AFYM önüne gelmeden önceki derece mahkemeleri) BGH 17.2.1998 – 1 StR 779/97 (StV 1999, 148).

²⁰⁵³ Heuchemer, §33, Kn. 26.

²⁰⁵⁴ Erb, §33, Kn. 6.

²⁰⁵⁵ Y. C.G.K., T. 01.03.2016, E. 2015/1-1039, K. 2016/96; Y. C.G.K., T. 1.3.2016, E. 2015/1039, K. 2016/96.

²⁰⁵⁶ Ünal, **a.g.m.**, s. 679 vd.; Kartal, **a.g.e.**, s. 200; Y. C.G.K., T. 1.3.2016, E. 2015/1039, K. 2016/96 kararının karşı oy yazısında bir Genel Kurul Üyesi, şu ifadelerle sanıkların meşru savunma dolayısıyla beraat etme haklarının ellerinden alınmaması gerektiğini dile getirmiştir: “ ... *Önemli*

riayet eden savunmanın ve en hafif aracın somut olay ölçüsünde nasıl olması gerektiğini net bir şekilde ortaya koymalıdır.²⁰⁵⁷

Bu konuda örneğin yaklaşık iki yüz kişilik saldırgan grubun arasında askeri araçla sıkışıp kalan sanık uzman çavuş ve yanında bulunan diğer askerlerin yaralanmış ve yaşamlarının tehlike altında olması, aracın camlarının taşlarla kırılması ve nefret söylemleriyle askerlerin dışarı çıkarılmaya çalışılması karşısında grubun uyarılara aldırış etmemesi üzerine rasgele atış yapılması ve bu atışların bir kişiyi öldürmesi olayında Yargıtay TCK md. 27/2'ye göre hüküm kurmuştur.²⁰⁵⁸ Burada neden söz konusu savunmanın orantılı olmadığı izah edilmemiştir. Yalnızca atışın bacaklara doğru yapılması halinde daha orantılı olacağı ifade edilmiştir.

İşte mahkemelerin TCK md. 27/2'yi bu şekilde md. 25/1'e önelediği olaylarda, sadece faildeki manevi unsur ve duyguları değil, aşılın sınırı da ortaya koymaları gerekir. Madem beraat fail için daha lehe bir sonuçtur, hakimnin neden onu değil de bir sonraki basamaktaki bir derece ağır yaptırımını (her ne kadar bu cezasızlık da olsa) tercih ettiğini muhakkak gerekçelendirmesi icap eder. Bu da ancak olay öncesi (*ex ante*) bir değerlendirmeye hangi alternatif hareketlerin orantılı olabileceğinin ya da failin hareketinin neden oranın dışında kaldığının, daha hafif savunmanın neden etkili veya risksiz olacağının varsayıldığının ortaya konması ile olur.

Özetle burada mahkemelerin cevaplaması gereken kilit soru şudur: *Sanık nasıl davransaydı sınırı aşmamış olurdu?* Bu sorunun sanığın eylemi dışında bir cevabı yoksa, hareket ölçülü, fiil hukuka uygundur.

olan, saldırının o an itibarıyla ulaştığı nokta değil, müdahale edilmediği takdirde ulaşabileceği noktadır. (...) Bu durumda, saldırıya maruz kalana, 'saldırgan seni gerçekten öldüreceğini ortaya koyana kadar bekle' anlamına gelecek şekilde yorumda bulunmak, meşru savunma müessesesini anlamsız hale getirecektir. (...) 'sanık (...) nasıl davransaydı sınırı aşmamış olurdu' sorusunun, sanığın gerçekleştirdiği eylem dışında bir cevabı yok(...)' ise savunmayı ölçülü saymak gerekecektir. Kanımızca da mahkemelerin TCK md. 27/2 hükmünü md. 25/1'e nazaran / önceleyerek uyguladıkları kararların gerekçesinde, muhakkak bu soruya tatmin edici cevap vermiş olmaları gerekmektedir.

²⁰⁵⁷ Topçu, **a.g.e.**, s. 747 vd.

²⁰⁵⁸ Y. C.G.K., T. 31.3.2009, E. 2008/201, K. 2009/81.

Öğretide ayrıca, Yargıtay'ın özellikle de ikinci fıkra bakımından, ard arda atış yapılan hemen her halde uygulama yapma tutumu eleştirilmektedir.²⁰⁵⁹ *Kanımızca* da her şeyden önce bu arka arkaya atışlar gerçekten de savunmanın aşılması niteliğinde midir bakılmalıdır. Bu noktada elbette, saldırının ne zaman sona erdiğinin ve saldırganın ne zaman etkisiz hale geldiğinin tespiti son derece önem kazanmaktadır. Ancak bu anın belirlenmesinin ardından onun ötesine geçen bir savunma varsa sınır aşımı tartışılabilir.

Gerçekten de bir bıçağı veya silahı ardı ardına kullanmak başlı başına sınır aşmasına işaret etmez. Saldırı veya riski sürüyor olabilir. Kaldı ki saldırganın bir atışla yere düşüp saldırısını kesin şekilde sonlanmış varsaymak olağan akışın gerçekliğine de uygun değildir.²⁰⁶⁰ Son olarak, meşru savunmanın sınırının nerede olduğu ya da gerçekten aşıp aşılamadığı tespit edilemiyorsa, hakim yenemediği şüphesinde TCK md. 27 değil, md. 25/1'e göre hüküm kurmalıdır. Zira sanığın lehine olan budur.

Elbette Yargıtay'ın failin savunmasını ölçülü addederek, TCK md. 27/2'yi değil, doğrudan md. 25/1'i uyguladığı yerinde pek çok kararları da bulunmaktadır.²⁰⁶¹ Bu konuda bölge adliye mahkemelerinin de orantılılığı daha titiz inceleyerek meşru savunmaya hükmetmeleri ümit vericidir.²⁰⁶²

²⁰⁵⁹ Topçu, **a.g.e.**, s. 754 vd.

²⁰⁶⁰ Detay için bkz. yukarıda: "2.3.2.1.1. Orantılılık (*Erforderlichkeit*)" Bu hal '*ancak aksiyon filmlerinde veya bilgisayar oyunlarında görülebilecek bir durumdur*' Bkz., Topçu, **a.g.e.**, s. 755:

²⁰⁶¹ Örneğin bir kararında kendisine ard arda ateş edilen ve aracının ön camı kırılan failin, maktülün üzerine sürerek onun ölümüne sebep olduğu olayda Yargıtay, TCK md. 27/2'nin değil, md. 25/1 'in uygulanacağını ve sanığın beraat ettirilmesi gerektiğini belirtmiştir, bkz. Y. 1. C.D., T. 27.12.2012; E. 2008/4553, K. 2012/10111. Bir başka kararında ise, yerel mahkemenin kasten öldürmeden kurulan hükmü devam eden saldırıya karşı etkili savunmada bulunduğu gerekçesiyle md. 25/1 uygulanması gereğinden bozmuştur, bkz. Y. C.G.K., T. 14.4.2015, E. 2014/256, K. 2015/100. Yine sınır aşılmasına değinmeden failin kasten yaralama eylemini orantılı bularak meşru savunmadan beraat ettirilmesi gerektiğine hükmettiği karar için bkz., Y. C.G.K., T. 17.2.2015, E. 2014/572, K. 2015/2. Başka karar örneği için ayrıca bkz. Y. 12. C.D., T. 4.2.2020, E. 2017/10647, K. 2020/1085. Daha eski tarihli bir kararında ise, 17 yaşında bir genç kızın ıssız mahalede kendisine tacizde bulunan av tüfeğiyle yaralamasını sınırın aşılması olarak kabul etmemiş, meşru savunma içinde addetmiştir. Bkz., Y. C.G.K., T. 10.10.1995, 1-213/271: **Aktaran**: Centel/ Zafer/ Çakmut, GH, s. 357.

²⁰⁶² Örneğin bkz. Samsun BAM 1. C.D., T. 1.4.2019, E. 2018/3807, K. 2019/1064; Samsun BAM 6. C.D., T. 13.6.2009, E. 2018/4023, K. 2019/1496.

AFYM de, doğru tutumuna örnek gösterilen bir kararında, onu uzun süredir her fırsatta hırpalayan okul arkadaşına, kendisini şiddetli şekilde dövmeye başladığı bir anda cebinde taşıdığı bıçağı çıkarıp saplayan failin beraat ettirilmesi gerektiğine hükmetmiştir. İlk derece mahkemesinin olayda failin en hafif aracı seçmediği için meşru savunmada sınırı aştığına ancak TCK md. 33'ten yararlandırılacağına dair verdiği karar, olayda failin öğretmenlere haber vermesi 'kaçmak' olacağı için ondan beklenemeyeceği, bıçakla sadece tehdit etmesi halinin ise daha güçlü saldırgan karşısında elini hafifleteceğine ve riski arttırabileceği, üst bedenini değil kol veya bacaklarına saplaması gereğini ise, failin eğitimli bir dövüşçü olmamasından olayın sıcaklığında kendisinden bunun beklenemeyeceği gerekçesiyle kaldırılmıştır. Tüm bunlar etkili birer savunma olmaktan uzak addedilerek, failin olayın şartlarında imkanı olan en hafif araçla savunma yaptığı ve sınırı aşmadığına hükmedilmiştir.²⁰⁶³

Değerlendirme sıralamasına riayet ve sınır aşma hükmünün öncül olmadığı fikrine istisna olarak öğretide, olay akışı ve eldeki verilere göre failin orantılılık ilkesine uymadığının ilk bakışta büyük ihtimal olarak görülebildiği hallerde, usul ekonomisi gereği doğrudan AlmCK md. 33'ne göre değerlendirme yapılabileceği ifade edilmiştir.²⁰⁶⁴ Ayrıca belirtmek gerekir ki, AFYM'nin md. 33'ü âdetâ başlangıç normu olarak uygulamasının belki tek avantajı, sosyal etik sınırlamalarla kayıtlanmış ve dar bir meşru savunma hakkı olan failer bakımından, mahkemenin md. 32'i derinlemesine değerlendirmeden ve oradaki oran tespitinin zorluğuna takılmadan cezasızlığa hükmedebilmesidir.²⁰⁶⁵

Kanaatimiz yine de mahkemelerin inceleme sırasına riayet etmesi ve ancak meşru savunmadan şüphesiz şekilde yararlanamayacak ve sınırı aşmış bulunan failer bakımından duygu araştırmasına girişmesinin daha uygun olacağı yönündedir.

Sınır aşma hallerinin tek bir maddede ele alındığı ETCK döneminde de failin ruh halinin adil şekilde göz önünde bulundurulması önerilmekteydi.²⁰⁶⁶ Keza sınırı

²⁰⁶³ BGH 24.07.1979 - 1 StR 249/79 (NJW 1980, 2263).

²⁰⁶⁴ Erb, §33, Kn. 5.

²⁰⁶⁵ Erb, §33, Kn. 8.

²⁰⁶⁶ Gözübüyük, TCK, s. 197.

aşma derecesinin veya cezada yapılacak indirim oranının bu tespiti müteakiben belirlenmesi gerektiği vurgulanmaktaydı.²⁰⁶⁷ O dönemin Yargıtay'ına göre hakim, kendini sanığın yerine koyarak onun ruh halini tespiti ve ona göre karar vermeye çalışmalıydı.²⁰⁶⁸

Güncel Yargıtay²⁰⁶⁹ ve öğretide çoğunluk da, söz konusu duyguların somut olayda hakim tarafından tespit edileceği ve aşan kısım itibariyle failin mazur görülüp görülemeyeceğinin de yine hakimin takdirinde olduğunu kabul etmektedir.²⁰⁷⁰ Türk öğretisinde bu duyguların tespiti, hakimin kusur tespitine dair yetkisine ilişkin bir takdir hakkı olarak addedilir ve bu konuda genel olarak psikoloji dalında bir uzmanın yardımından ya da bilirkişiliğinden söz edilmez.

Ayrıca hakimin kendini fail yerine koyarken değerlendirme yapması, ancak bunu yaparken failin sübjektif özelliklerinin etkisinin de yadsınmaması gerektiği ifade edilmektedir.²⁰⁷¹ Yine kendisini ya da başkasını kurtarmak üzere hareket eden faillerden beklenecek soğukkanlılık düzeyi farklı olacağından, hakimin - kendini savunan bakımından - daha 'mülayim' bir takdir göstermesi beklenecektir.²⁰⁷²

Öğretide TCK md. 27/2'de yer verilen kavramların muğlaklığı ve genellikle fail ve mağdurun başbaşa bulunduğu meşru savunma hallerinde bir de psikolojik tahlil gerektirmesi ispat zorluğu bakımından eleştirilmiştir.²⁰⁷³ Burada failin kapıldığı duyguların, aynı duygulara aynı şartlarda ortalama bir insanın da kapılıp kapılmayacağını da cezadan muaflikta değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.²⁰⁷⁴ Aksi görüş ise, böyle yapılırsa korkak mizaçlı failerin dezavantajlı konuma

²⁰⁶⁷ Gözübüyük, **TCK**, s. 197.

²⁰⁶⁸ Y. C.G.K., T. 3.6.1985, 185/331.

²⁰⁶⁹ Y. 1. C.D., T. 18.6.2008, E. 2007/6072, K. 2008/5146; Y. C.G.K., T. 17.2.2015, E.2014/1-572, K. 2015/2.

²⁰⁷⁰ Güler, **a.g.e.**, s. 111; Şen, Aksüt, **a.g.m.**, s. 125; Çiftçiöğlu, **a.g.m.**, s. 548; Ermeýdan, **a.g.m.**, s. 162.

²⁰⁷¹ Şahin, **a.g.m.**, s. 348.

²⁰⁷² Erem, Danışman, Artuk, **a.g.e.**, s. 490.

²⁰⁷³ Şenses, **a.g.m.**, s. 391; Erem, "Hakkın Kullanılması", s. 16-7.

²⁰⁷⁴ Şen, Aksüt, **a.g.m.**, s. 137.

sokulacağını ifade ederek asıl değerlendirilmesi gerekenin somut olaydaki failin irade yeteneğinin ne kadar etkilendiği olduğunu belirtir.²⁰⁷⁵

Alman hukukunda ise, tarafsız ve makul üçüncü bir gözlemcinin somut olayda en hafif aracı seçemeyeceği ya da olaydaki gibi bir saldırı karşısında herkesin fail gibi tepki vereceği bekleniyorsa, failin hâlâ meşru savunmadan yararlandırılması gerektiği ifade edilmektedir.²⁰⁷⁶ Ancak tarafsız üçüncü kişiden daha hafif bir savunma yapması bekleniyor ise, o takdirde failin duygularının onu AlmCK md. 33'den yararlandırabilecek olup olmadığı değerlendirilecektir.

Kanaatimize göre, her ne kadar meşru savunmanın ölçülülük şartında failin hareketinin hukuka uygunluğu tartılırken makul ve tarafsız üçüncü kişinin baz alınması yersiz değilse de, kusur aşamasında ortalama bir faile göre objektif bir değerlendirme yapılması yaklaşımı yerinde değildir. Failin ilgili duygulara kapılıp kapılmadığı ya da duyguların belirli derecede olup olmadıklarını tespit ancak somut olay ve bu olaydaki failin kişisel özelliklerinin beraber değerlendirilmesi ile mümkündür. Her olay her failde aynı ya da aynı derecede duygu doğurmayacağı gibi, hangi veya hangi derecedeki duyguların hangi failer bakımından mazur görülebileceği de son derece sübjektif bir değerlendirme arz eder. Yine söz konusu değerlendirme, olay öncesi (*ex ante*), yani olaya gidilerek ve olay öncesi şartlar dikkate alınarak yapılmalıdır.²⁰⁷⁷ Yoksa olay sonrasına dair, failin başka türlü davranıyorsa başka sonuçların ortaya çıkabileceği şeklinde bir tespit adil olmaz.

Duyguların tespit edilip TCK md. 27/2 uygulanması mümkün olduysa, artık fail hakkında yalnızca ceza verilmemekle kalmaz, kendisine güvenlik tedbiri de uygulanamaz, meğer ki söz konusu duygular akıl hastalığına ilişkin hükümlere gitmeyi gerektirecek kadar failin ruhsal sağlığını etkilemiş olsun.²⁰⁷⁸ Bu durum hükmün, failin kusurunun kalkmış sayıldığı, bir diğer deyişle farz edildiği, ancak hâlâ kusur yeteneğini sürdürdüğü bir mazeret nedeni teşkil etmesiyle alakalıdır.

²⁰⁷⁵ Topçu, **a.g.e.**, s. 723-4.

²⁰⁷⁶ Rückert, **a.g.e.**, s. 286.

²⁰⁷⁷ Ünal, **a.g.m.**, s. 671.

²⁰⁷⁸ Erb, 33, kn. 26.

SONUÇ

5237 sayılı TCK kast ve taksiri suçun işlenme şekilleri ve tipin manevi unsurları olarak tanımlamıştır. 5271 sayılı CMK da tipikliğin gerçekleşmediği ya da bir hukuka uygunluk nedeninin fiilin haksızlığını ortadan kaldırdığı hallerde faili beraat ettirirken, kusurun ortadan kalktığı hallerde yalnızca cezayı kaldırmaktadır. Dolayısıyla suçun unsurları suç tanımında yer alan maddi, bunları kapsamına alan kast ve taksir olarak manevi olmak üzere tipe uygunluk ve hukuka aykırılık olup iki tanedir. Kusurluluk kınama yargısı olarak bu unsurların dışında yer alır.

TCK'da hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluluğu etkileyen haller aynı bölümde düzenlenmiş ve hukuki nitelikleri belirlenmemiştir. Öte yandan CMK'nın 223'üncü maddesi bu hallerin hangilerinde hangi kararın verileceğini ortaya koyarak aslında bu belirlemeyi yapmış görünmektedir. Hukuki nitelikleri birbirinden çok farklı olan bu kurumların ortak özelliği, faili cezadan kurtarmasıdır. Bu ise ancak, her bir nedenin kendi sınırları içerisinde kalınması halinde geçerlidir.

TCK md. 27/1 'ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde' sınırın aşılmasını düzenleyerek kapsayıcı bir ifade kullanmıştır. Bunun aksine ikinci fıkra, heyecan, korku veya telaşa başka hallerde de kapılmak mümkün görünmesine rağmen sadece meşru savunmaya has şekilde düzenlenmiştir. Dolayısıyla çalışma çerçevesinde çözülmeye gayret edilen *ilk soru, söz konusu hükümlerin hukuki niteliklerinin ve kapsamlarının belirlenmesi* olmuştur.

İlk fıkra bakımından Yargıtay ve öğretide çoğunluk, kusurluluğu azaltan hal değerlendirmesinde bulunmaktadır. Oysa kusur, manevi unsurdan bağımsız ele alındığından, kusurluluğu azaltan bir düzenlemenin kastlı hareketleri neden

kapsamından dışladığı açıklanamaz. Öte yandan hükmün kusuru azaltabilmesi için bir hukuka uygunluk nedeninden yararlanıyor olmanın başlı başına kusuru da düşürdüğü kabul edilmelidir ki, özellikle de meşru savunma dışında kalan rıza, görevin ifası, hakkın kullanılması gibi nedenler düşünüldüğünde bunu anlamlandırmak imkânsızdır.

Eğer bir an için hükmün mazeret nedenlerine de uygulanabileceği düşünülse bile, zaten kusur azalmasına dayalı ceza muafiyeti doğmuşken, aynı azalmadan faili sınırın ötesinde de yararlandırmak, hem ilgili mazeret nedenlerinin sınırları olmasını anlamsız kılmakta, hem de mantıkla çelişmektedir. Dolayısıyla bu argüman da reddedilmelidir.

Hükmün hukuka uygunluk nedenlerinin sınırında hata olarak ele alınmasına da düzenlemede geçen ‘kast olmaksızın’ ifadesi engel olmaktadır. Nitekim TCK sistematüğinde hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata, tipe dair olan kastı kaldırmaz. Son olarak hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatanın kusuru kaldırdığını kabul eden ancak yine de fıkrayı hata olarak ele alan görüş de bu yönden kendi içinde çelişkilidir. Zira bu görüşçe hata eden fail hâlâ kasten davranmaktadır ve bu hüküm kasten aşımara uygulanamamaktadır.

Böylece ilk fıkranın haksızlığı etkileyen neden olarak ortaya konması gerekmektedir. Kanun koyucu da fıkrayı yalnızca objektif yönden tanımlaması, faile ilişkin irade etkilenmesine yer vermemesi ve hükmün aynı durumdaki tüm failer bakımından istisnasız uygulanma kabiliyeti bulunması bu görüşü desteklemektedir. Kaldı ki halihazırda taksirli suçların haksızlık içeriğinin kastlı suçlardan daha az olması ve istisnaen cezalandırılmaları göz önünde bulundurulduğunda, taksirle sınır aşan failer, herhangi bir hukuka uygunluk nedeni içerisinde bulunmaksızın taksirli bir suç işleyen faillerden ‘daha az haksız’ davranmış addedilirler ve cezaları düşürülür. Demek ki kanun koyucu burada, hukuka uygunluk nedeni içinde davranan faillerden beklediği objektif dikkat ve özen yükümlülüğünün derecesini, alelade bir faile göre düşürmektedir. Kanaatimizce bu noktada, sınırı aşıl原因 hukuka

uygunluk nedeninin etkisi, sınırın ötesindeki taksirli fiillere sirayet etmiş vaziyettedir.

Buradan alarak ilk fıkranın uygulanma alanının yalnız hukuka uygunluk nedenleriyle sınırlı olacağını tespit etmek artık zor olmayacaktır. Zira madem TCK md. 27/1, haksızlığı azaltan bir neden olarak düzenlenmiştir, mazeret nedenlerinde fail hâlâ hukuka aykırı hareket ettiğinden, bu nedenler bakımından hukuka uygunluğun sirayeti söz konusu olamaz. Kaldı ki mazeret nedenleri çerçevesinde dikkatsiz davranıp aşkın sonuçlara neden olan failer ya zaten mazeret nedeni kapsamında mazur görülecek ya da mazeret nedeni baştan oluşmamış sayılacaktır. Kusur yeteneğini kaldıran haller ve hata ise, bu nedenlerin failin aşabileceği olgusal sınırları olmadığından bu tartışmanın dışında kalmaktadır.

İlk fıkranın sadece hukuka uygunluk nedenlerine uygulanabileceğinin tespitinden sonra, bunların neler olduğu da önem taşımaktadır. Öğretide niteliği tartışmalı olan zorunluluk hali, TCK md. 25/2'deki düzenleme itibarıyla bir mazeret nedenidir. Hükmün hukuki değer üstünlüğünü muhakkak aramaması, denk değerler arasında da zorunluluk haline imkan tanınması ve CMK'da açıkça kusurluluğu kaldırdığının kabul edilmesi karşısında, bir mazeret nedenine vücut verdiğinden md. 27/1 kapsamı dışında kalır. Ancak TBK'da düzenlenen zorunluluk hali ise, aynı isimle de anılsa, üstün menfaati koruma ilkesi çerçevesinde, sadece malvarlığı değerlerine yönelen zararlar için getirilmiş olan bir hukuka uygunluk nedenidir. Elbette bu neden de mevzuattaki ve diğer tüm hukuka uygunluk nedenleri gibi ceza hukukunda da geçerli olup md. 27/1 çerçevesi içinde kalır.

Diğer yandan rızanın, ilgili suç tipinde yokluğunun aranması, yani özel hükümlerde bir suçun mağdur rızası olmaksızın işlenmesinin düzenlenmesi halinde artık tipikliğin bir unsuru olduğunu, bunun dışındaki hallerde hukuka uygunluk nedeni olan rızadan söz edilmesi gerektiğini kabul etmekteyiz. Bu iki mefhum, yine aynı adla da anılsa, aslında farklı nitelikte olduklarından, elbette tipin bir nevi olumsuz unsuru olan rıza bakımından TCK md. 27/1 uygulanamaz. Bu hüküm için

mevzubahis rızanın, muhakkak hukuka uygunluk nedeni olan rıza olması gerekmektedir.

İkinci fıkra ise bir mazeret nedenidir. Bundan sebep, hem dış zorlamanın etkisiyle haksızlık derecesi bir nebze azalmakta, hem de rağmen failin iradesi, ondan norma uygun davranmasının beklenilemeyeceği ölçüde etkilendiğinden kusur, cezalandırmayı anlamsızlaştıracak derecede düşmektedir. Failin ikinci fıkra gereği cezasız kalması yalnızca korku veya telaşa kapılarak sınır aşmasına değil, aynı zamanda aşım mağdurunun, haksız saldırıda bulunan ve failin bu duygulara kapılmasından sorumlu olan saldırgan olmasına dayanır. Bu özellikler de cezayı kaldıran nedenlerden yalnız meşru savunmaya has olduğundan, kanun koyucunun bilinçli olarak bu hale hasrettiği fıkranın uygulama alanı da yalnız bu nedenle sınırlı olmalıdır.

Çalışmanın en önemli *ikinci sorusu ise TCK md. 27 hükümlerinin uygulanma şartlarının neler olduğudur.* Bu soru bir nebze daha geniş kapsamlı olup, parçalara ayrılarak incelenmesi daha uygundur. Bu yüzden her fıkra bakımından öncelikle objektif, ardından sübjektif şartlar ele alınmalıdır.

İlk fıkranın ilk objektif şartı bir hukuka uygunluk nedeninin gerçekten mevcut olmasıdır. Söz konusu hüküm gereği taksirle bir aşımında bulunan failin fiilinin, bir hukuka uygunluk nedeni öevcut olmaksızın taksirli suç işleyen alelaide bir failinkine nazaran, daha az haksız sayılarak cezasının düşürülebilmesi için, sınır aşımından önce gerçekten bir hukuka uygunluk nedeninin içinde davranıyor olması gerekir.

Burada bazı görüşlerce, aslında sınır aşan failin, ilgili hukuka uygunluk nedeninin bir şartına uygun davranmadığı, bu yüzden de sınır aşma hareketi ile hukuka uygunluğun da tam olarak teşekkülüne mani olunduğu, bir fiil hukuka uygun ve aykırı kısımlara bölünemeyeceğinden, hukuka uygunluk nedeni içinde kalan kısmın uygun, dışında kalan aşkın kısmının ise aykırı olduğu değerlendirmeleri yapılmasının yanlış olduğu, aslında ortada hukuka uygunluk nedeni içinde kalan kısmın da hiç bulunmadığı ve fiilin tümünden hukuka aykırı olduğu iddia edilerek, bu

mevcudiyet şartı reddedilmektedir. Bu ve çalışma içerisindeki başka bazı problemleri çözmek için sınır aşma olaylarına fikri içtimada uygulanan hareket tekliği yaklaşımının uygulanmasını önermekteyiz.

Buna göre, elbette taksirle aşımından söz edebilmek için, failin dikkatsiz ve özensizliğinin daha hukuka uygunluk nedeni içinde hareket ederken başlamış olması gerekmektedir. Bir neticeye taksirle sebep olunmuşsa, harekette de dikkatsizlik bulunmalıdır. Dolayısıyla bir hukuka uygunluk nedeni içerisinde başlayan, tarafsız gözlemcinin nazarında teklik arz eden bir hareket içinde aynı anda hem ölçülü ve kastlı olmak suretiyle hukuka uygun, hem de dikkatsizlikle istenmeyen öngörülebilir neticeye sebep olmak suretiyle taksirli hukuka aykırı fiil bulunmaktadır. Söz konusu taksirli fiil, en baştan itibaren ve bütünüyle hukuka aykırıdır. Böylece bir hukuka uygunluk nedeni gerçekten de teşekkül etmiştir ve sınır aşan fiil sadece sınırdan sonraki kısmıyla değil, tümünden hukuka aykırıdır.

Yine objektif olarak oluşmadığı halde failin yanılarak var zannettiği hukuka uygunluk nedeni de gerçekten teşekkül etmediğinden, sınır aşımında indirim uygulanamaz. Bundan başka, bir hukuka uygunluk nedeni mevcut olup, fail herhangi bir şartında hata edecek olsa ve bu yüzden objektif manada bir sınırı aşacak olsa, burada da failin kastı süreceğinden ilk fıkra uygulanamaz. Diğer yandan bir şartta hata edip bunun üzerine de tekrar sınır aşılsa, burada ‘çifte aşım’ olarak adlandırmayı uygun gördüğümüz hal mevcut olacak ve fail ilk hatası ile zaten sınırın dışına çıktığından, ikinci aşımı bakımından, bir hukuka uygunluk nedeni hiç doğmamış gibi hukuka aykırı alanda hareket ediyor sayılacaktır.

İlk fıkranın ilk objektif şartı böylece ‘tüm şartlarıyla oluşmuş bir hukuka uygunluk nedeninin artık mevcut olmaması’ şeklinde ortaya konduktan sonra ikinci objektif şart sorusu olarak sıra, hangi şartlar bakımından sınırın aşılabileceğine gelmektedir. Oran şartı tartışmasız şekilde bu kategoride sayılmakla birlikte ezici çoğunluk zaten sınır mefhumunu doğrudan ‘oran şartının sınırı’ şeklinde tanımlamayı tercih etmektedir. Ancak bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı madem onun şartlarının taksirle aşılmasının haksızlık değerini düşürmektedir ve sınır

kelimesi ölçü kelimesi ile eş anlamlı değildir, elbette zaman ve kişi şartları bakımından da sınır aşılmasına imkân tanımak gerekmektedir.

Her ne kadar hukuka uygunluk nedeninin henüz hiç doğmadığı ve oluşmadığı halde zamanda geriye doğru sınır aşılmasından (evvel zamansal aşım) söz edilemese de, zira buna ilk objektif şart olan ‘mevcudiyet’ engel olmaktadır, hukuka uygunluk nedeninin devam ettiği süreçte o nedenin zaman sınırını aşmış (ahir zamansal aşım) failin prensipte oran sınırını aşan failden farkı yoktur. Keza hedefte sapma hallerinde de hukuka uygunluk nedenine muhatap olan kişiden (örneğin meşru savunmada saldırgan, rızada ilgili fiile rızasını veren, kanun hükmünü icrada yakalanması gereken suç şüphelisi vb.) başka kişi üzerinde doğan taksirli neticeler bakımından da TCK md. 27/1 uygulanabilir.

Zaman ve kişi şartları açısından ortada bir hukuka uygunluk nedeni olmadığından sınırın da aşılamayacağı iddia edilse de, oran şartı bakımından da aşkın ölçüde işlenen fiiller ilgili hukuka uygunluk nedeni kapsamında kalmadığına göre, orada da yararlanılan bir neden yoktur. Mesele halihazırda doğmuş ve yararlanılan bir nedenin bu yararlanmayla sıkı bağlantı içindeki fiiller bakımından failin kendisinden beklenen objektif dikkatin düşmüş olmasıdır.

Mevcudiyetin akabinde, aşılın sınırların nitelik incelenmesine geçilebilir. Oran şartı bakımından kişinin aşırı aşımında bulunması bu aşırılığın sınırının nereye çizileceği belli olmadığı ve düzenlemeden de böyle bir anlam çıkarılamayacağı için hükmün uygulanmasına engel değildir. Aşım mağduru saldırganların kusursuz olması ya da savunmacı failin aslında saldırıya kendi kusuryla sebep olmuş olması halleri, Türk hukuku bakımından münferit değerlendirme gerektirmez. Gerekirse söz konusu indirime daha az oranlarda hükmedilebilir, yeter ki aşım taksirle gerçekleşmiş olsun.

Ahir zamansal aşım ilk fıkra bakımından teoride mümkünse de uygulamada çok rastlanacak bir durum olmayacaktır. Kişide aşım hallerinin başlıca örneği olarak ise hedefte sapma hallerinde, (üçüncü kişi) mağdurun zarar gören menfaatine göre

fail ya hukuka uygunluk ya da mazeret nedeni olarak zorunluluk halinden yararlanabileceğinden, çoğu kez TCK md. 27/1'e başvurmaya hacet kalmayacaktır. Kişide ve zamanda aşım örneği olarak önceden kurulmuş savunma mekanizmalarının (*offendicula*) meydana çıkardığı ve faile taksir atfedilebilen hallerde de, her ne kadar md. 27/1 teorik olarak uygulanabilecekse, kaçınılmaz hata hükümleri gereği fail cezadan muaf olacaktır.

İkinci fıkra bakımından ise objektif şartlara, hükmün mazeret nedeni olma niteliği göz önünde bulundurularak yaklaşılmalıdır. Bu fıkra bakımından meşru savunmanın savunma iradesi ile birlikte mevcudiyeti birinci şarttır. Burada failin farz ettiği meşru savunmanın veya başka hukuka uygunluk nedenleri ile mazeret nedenlerinin de failde TCK md. 27/2'deki duyguları uyandırabileceği iddia olunmuştur. Ancak hüküm sadece ilgili duygulara kapılan failleri cezadan muaf tutmayı amaçlayan bir kusuru kaldıran hal değil, aynı zamanda aşımın zarar görenin bu duygulara neden olan saldırgan olması gerektiğine ve dolayısıyla haksızlık azalmasına da dayanan mazeret nedeni olduğundan bu iddia kolaylıkla reddedilebilir.

Yine ahir zamansal aşımın bulunan failin oranda aşım yapan fail gibi mazur görülmesi gerekmektedir. Bunun için tek gereklilik, söz konusu aşım fiiliyle, savunma fiilinin gerçek içtima ilişkisi doğurmayacak kadar birbirine yakın, zamansal doğrudan bağlantı içinde olmalarıdır. Bu bağlantıyı tespit için de yine, fikri içtimadaki 'tek hareket' kıstasından yararlanılabilir.

Ancak örselenmiş kadın sendromu yaşayan, uzun süredir şiddet gören ve bu kısır döngüden kurtulamayan kadınların, kendilerine şiddet uygulayan partnerlerini savunmasız anlarında yaralama ya da öldürmelerinde meşru savunma hali vuku bulmamıştır. Güncel bir saldırının yokluğunda zaten ne meşru savunma, ne de sınırın aşılması hükümleri devreye sokulamaz. Ahir zamansal aşım çerçevesinde değerlendirmek isteyen görüşler de bu noktada, söz konusu 'aşım' (teşkil ettiği iddia edilen) fiiller, gerçekten doğmuş ve güncel bir meşru savunma davranışı ile teklik

arz eder şekilde gerçekleşmediğinden TCK md. 27/2 kapsamında kabul edilemeyeceği argümanı ile reddedilebilir.

Kişi bakımından aşımın da yine bu fıkra çerçevesinde mazur görülemez. Zira hükmün niteliği ne ortada meşru savunma olmasına dayanarak yalnızca haksızlık, ne de duygulara dayanarak yalnızca kusur azalmasıdır. Mazeret nedeni olarak hüküm, bunların birleşimini bünyesinde barındıran karma bir nitelik arz ettiğinden, failin yalnızca sorumlu saldırganıya yönelen fiillerinin affedilmesini zorunlu kılar. Failin hareketi genel olarak hukuk dünyasında daha az haksız değil, yalnızca kendisine saldırıda bulunan ve iradesini zayıflatan mağdura karşı yaptığı aşkın savunma daha az haksızdır. Zorunluluk halleri kapsamına giren durumlar saklıdır.

İkinci fıkra bakımından da yine ‘çifte aşım’ hallerinde uygulama yapılamaz. Bu nedenle zamanda ve oranda aşımın beraber ya da peş peşe gerçekleştirildiği ya da bunlardan herhangi birinin hataya dayandığı hallerde hükmün uygulanamaması, ahir zamansal aşımın reddine değil, olaylarda failin ikinci aşımının bir hukuka uygunluk nedeninden çoktan çıkmışken gerçekleşmiş olmasına bağlıdır.

Tezin yanıt aradığı ana iki sorusundan, hükümlerin uygulanma şartlarının neler olduğuna ilişkin ikinci sorusunun ikinci kısmı subjektif koşullar yönünden yanıtlanmalıdır.

İlk fıkra bakımından ‘taksirle’ aşımın müsaade edilmesi ve kasten aşımın kati surette yasaklanması karşısında bu kavramların yerli yerinde tanımı hayati önem arz etmektedir. Öğretide bir kısım yazar hükmü hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hata olarak tanımlarken, diğer kısmı düzenlemenin hatadan ayrı ve farklı olduğunu, zira hatada ortada bir hukuka uygunluk nedeni yokken, sınırın aşılmasında mevcut bir hukuka uygunluk nedeninden söz edildiğini ifade eder. Görünen o ki bu ikinci görüşe göre hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında yanılmak yalnızca bir bütün olarak var olmayan nedeni var saymak şeklinde gündeme gelebilir.

Bu tutumların her ikisi de kastı, tipikliğin manevi unsuru olarak kanunda düzenlendiği şekilde teknik anlamıyla kast olarak ele almamaktadır. İlk görüşe göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata kastı kaldırdığından, sınırda hata eden faili taksirle hareket ediyor addetmek ve taksir indirimini uygulamak doğrudur. İkinci görüş olan çoğunluk ise taksiri sınıra ilişkin dikkatsizlik, kastı da sınırı ‘fırsattan istifade’ aşmak olarak tanımlar. Bu da şu sonucu doğurmaktadır: Fail hukuka uygunluk iradesi ile davrandığı sürece hep taksirle sınır aşmaktadır. Ya da: Fail sınırı amaçta değil araçta aştığı her halde taksirle davranmaktadır. Ancak bu tanımlar ceza hukukundaki kast ve taksirin doğru karşılıkları değildir.

Fail amacını aşmamasına rağmen hâlâ kasten davranıyor ve araçlarda sınır aşıyor olabilir. Bunun en sık karşılaşılan hali ise, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata halidir. Kasta savunma iradesi eklenmesi, onu otomatik olarak taksire indirilemez. TCK md. 27/1 fıkrası ise, kasten hareket eden failin taksirli suçun indirimli cezasından yararlanmasını öngören bir hüküm değildir.

Kanun koyucunun, hatada dahi ‘kaçınılabılır’ ve ‘kaçınılamaz’ ifadelerine başvururken yeknesaklığı bozup, bu hükümde ‘kast’ ve ‘taksir’i, tipe dair manevi unsurlar dışında anlama büründürdüğüne inanmak için sebep yoktur. Örneğin saldırganın ayağına ateş edecekken sapan kurşunun onu öldürdüğü olayda taksirle aşım; karanlıkta saldırganı silahlı zannedip gereğinden ağır savunma yaparak mağdurun öldüğü olayda kasten aşım, ancak kaçınılabılır hata vardır. İkinci halde TCK md. 27/1 uygulanamaz.

Neticesi sebebi ile ağırlaşmış suç şeklinde aşım görünen halleri de değerlendirirken, temel suça vücut veren kastlı hareketin hukuka uygun icra edildiği ve dolayısıyla burada artık neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan değil, doğrudan taksirle işlenen bir suçtan söz etmek gerektiği ifade edilmelidir. Burada artık tek bir neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan değil, kastlı ve hukuka uygun hareketle icra edilen ilk ve bununla fikri içtimada olduğu gibi tek hareket görünümü arz eden taksirli ve hukuka aykırı hareketle icra edilen ikinci bir suçtan söz etmek gerekir.

İşte bu ikinci taksirli suç da hukuka uygun bir harekete yapışık olarak doğduğundan, TCK md. 27/1 hükmündeki indirimden yararlandırılır.

TCK md. 27/2 fıkrasının sübjektif unsurları hususunda tartışma, failin kastlı ve taksirli ya da hatalı veya hatasız hareketleri arasında ayrım yapılarak yürütülmelidir. Nitekim hükmün lafzı ve mazeret nedeni olmasına dayanan niteliği kastlı hareket eden failerin de yararlanabilmesine müsaittir. Öte yandan fail hataya düşmüş ve bu yüzden sınır aşmış ise burada ikisi de kusuru kaldıran nitelikteki md. 30/3 ve md. 27/2 yarışacaktır. Ancak hata kaçınılabilir ise, hata hükmü faili sorumluluktan kurtarmasa da md. 27/2'ye hâlâ başvurularak cezasızlık sonucuna ulaşılabilecektir. Hükmün uygulanması için failin hatalı davranması, yani aşımı bilinçsiz yapması bir gereklilik olmadığından, hatasız davranan faile dahi uygulanabilen fıkranın kaçınılabilir hata yapan faili cezadan kurtarması evleviyetle gerçekleşir. Yeter ki hükümde yer verilen duygular failde mazur görülebilecek derecede oluşmuş ve ona sınır aştırmış olsun.

Duygularla alakalı yapılan incelemeler neticesinde bunların yalnızca kanunda sayılanla sınırlı olduğu ve failin mazur görülebilmesi için belirli bir yoğunlukta olmalarının aranacağı sonucuna varılmıştır. Bundan başka, hükümde yer verilen duygulardan biri olarak 'heyecan' kelimesi, gerek hukuk gerek adli psikiyatri metinlerinde coşkun duygulanımları ve dolayısıyla öfke gibi haksız tahriğe vücut veren ve fıkra dahilinde olmayan pek çok duyguyu kapsamına almaktadır. Keza mehaz hükümde de heyecan duygulardan biri olarak sayılmamıştır. Dolayısıyla pek çok duygunun zaten 'heyecan' olarak adlandırılabilir olması, hükmün mantığına aykırı olup, uygulamada adaletsizliklere de neden olabilecek niteliktedir. Buradan alarak fıkra metninde yer verilen 'heyecanların', "*telaş, korku veya panik*" şeklinde düzeltilmesini öneriyoruz.

Telaş, korku veya panik, güce dayanan öfke, kızgınlık, intikam gibi duygularla bir arada meydana geldiğinde adil olan elbette, söz konusu 'saik demeti'nde zaafiyete dayanan duyguların en azından baskın olmasının aranmasıdır. Ancak uygulamada bu duygulara aynı anda sahip olan failin hangilerinin baskınlığında

hareket ettiğini tayin son derece zor olacağından, çoğunlukla *in dubio pro reo* ilkesi gereği, hükümdeki duyguların sadece varlığı faili mazur görmeye yetecektir. Öte yandan, söz konusu telaş, korku veya panik ile sınır aşımı hareketi arasında neden olma bağı aranacak, yani bu duygular failde saldırı sonucu doğacak ve aşımından da saldırgan mağdur olacaktır.

Üçüncü kişi lehine gerçekleştirilen meşru savunmalarda, kişinin üzerinde tasarruf edemeyeceği hakları bakımından saldırıya gösterdiği rıza geçersiz olacağından, failin savunması meşru olmayı sürdürür. Dolayısıyla bu hallerde de, şartları mevcutsa onu sınır aşma hükümlerinden yararlandırmak gereklidir.

Son olarak ilgili duygular, mahkemenin kusur değerlendirmesi aşamasında tespit edileceğinden, belirlenmesi hakime bırakılan mefhumlardır. Elbette her ne kadar cezasızlık sonucu doğursa da bu hüküm bir mazeret nedenine vücut verdiğinden, gerçekten de meşru savunmada bulunan faili beraat etme avantajından mahrum bırakmamak için mahkemeler öncelikle orantılılık şartının gerçekleşmediğinden emin olup, ardından md. 27'nin incelenmesine geçmelidirler.

KAYNAKÇA

Abanoz Öztürk, Buket, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Hata”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul, 2021. (danışman: Adem Sözüer)

Abanoz Öztürk, Buket, “Türk ve Alman Hukukunda Çift Taraflı Hatanın Değerlendirilmesi”, **Ankara Hacı Bayram Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 17, Sayı: 1, Ocak 2023, ss. 253 – 282. (Abanoz Öztürk, “Çift Taraflı”)

Akbulut, Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, Ankara, Adalet, 2022. (Akbulut, **GH**)

Akdağ Yüksel, Hale, “TCK’da Düzenlenen Kusurluluğu Kaldıran ve Azaltan Nedenler”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara, 2018.

Akkurt, Ali, “Yetkili Amirin Emrini İfa ve İfadan Doğan Sorumluluk”, **Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 1, Haziran 2013, ss. 55 – 75.

Mehmet Akman, “Osmanlı Ceza Hukuku Çalışmaları Üzerine Bir İcmal,” **Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 5, 2005.

Akman, Yağmur Müge, “Ceza Hukukunda Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku) Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2015. (danışman: Türkan Yalçın Sancar)

Alacakaptan, Uğur, **Suçun Unsurları**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1975.

Albrecht, Anna Helena, “Notwehrexzess und Putativnotwehr”, **GA**, 2013, ss. 369 – 388.

Alwart, Heiner, “Zum Begriff der Notwehr”, **JuS**, 1996, ss. 953 – 958.

Apaydın, Cengiz, “Ceza Hukukunda Fiili Hata”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 12, Sayı: 135, Kasım 2017, ss. 52 – 61. (Apaydın, “Fiili Hata”)

Apaydın, Cengiz, “Kötü Muameleye (Şiddete) Maruz Kalan Kadın Reaksiyonunun Meşru Savunma Hukukundaki Yansımaları”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 12, Sayı: 125, Ocak 2017, ss. 44 – 52. (Apaydın, “Kötü Muamele”)

Apaydın, Cengiz, “Üçüncü Kişi Lehine Meşru Savunma”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 12, Sayı: 130, Haziran 2017, ss. 22 - 29. (Apaydın, “Üçüncü Kişi”)

Apaydın, Cengiz, **Meşru Savunma**, Ankara, Seçkin, 2020.

Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet; Alşahin, Mehmet Emin; Çakır, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara, Adalet, 2020. (Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, **GH**)

Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet; Yenidünya, Caner, **Türk Ceza Kanunu Şerhi, 1. Cilt, Madde 1 – 50**, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014. (Artuk, Gökçen, Yenidünya, **TCK**)

Artuk, Mehmet Emin; Yılmaz, Erkam, “Basit Tıbbi Müdahalelik Yaralamalar ve Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç Hükümlerinin Tatbiki Meselesi”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 26, S. 1, 2022, ss. 263 – 310.

Aschermann, Hans, **Die Rechtsnatur des §33 StGB**, Hamburg, Dissertations Druck Darmstadt, 1990.

Atalay, Osman, “5237 Sayılı TCK’nın 87/4. Maddesinde Düzenlenen Kasten Yaralama Sonucu Ölüm (Kastı Aşan Adam Öldürme)”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 117, Mayıs 2016, ss. 58-68.

Avcı, Gökmen, “Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Sayı: 52, Aralık 2010, ss. 83 – 101.

Avcı, Mustafa, **Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Konya, Mimoza Yayınları, 2010.

Aydın, Devrim, “Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması Suçu”, **Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan**, Ankara, 2015, ss. 137 – 174.

Aygörmez, Gülsün Ayhan, “Hukuki Kurum Rızanın, Tıp Ceza Hukukunda Geçerli Olarak Kurulması”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 6, Sayı:2, 2009, ss. 135-171.

Balak, Ahmet Can, “Türk Ceza Kanununda Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata ve Failin Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, **ÇÜHFD**, C. 6, S. 2, Ekim 2021, ss. 653 – 676.
Balcıoğlu, İbrahim; Yılmaz, Özden, “Heyecan ve Adli Psikiyatri”, **Geniş Açık: Actual Medicine**, Mart 2010, ss. 69 – 71.

Baldus, Paulheinz, **Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar; Grosskommentar**, Yayına Hazırlayanlar: Paulheinz Baldus, Günther Willms, Berlin, DeGruyter, 1974, §53. (Baldus, §53)

Başer Doğan, Zehra, “Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı ve Objektif İsnadiyet”, Bahçeşehir Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Kamu Hukuku Doktora Programı, Doktora Tezi, İstanbul, 2020.

Baumann, Jürgen; Weber, Ulrich; Mitsch, Wolfgang; Eisele, Jörg, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 13. Auflage, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2021.

Baumgarten, Arthur, **Der Aufbau der Verbrechenslehre**, Tübingen, Mohr, 1913.
Bayındır, Sinan, “Türk Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Sonuçları”, **Legal Hukuk Dergisi**, Mart 2011, ss. 889 – 916.

Bayraktar, Köksal, “Yeni Türk Ceza Kanununda Hukuka Uygunluk Nedenleri”, **Erdoğan Teziç’e Armağan**, İstanbul, Beta Yayınları, 2007, ss. 15 – 25.

Bechtel, Alexander, “Der übergesetzliche entschuldigende Notstand Vernachlässigte Größe im System des strafrechtlichen Schuldaußschlusses”, **JuS**, 2021, ss. 401 – 407.

Beck, Susanne, “Fahrlässiger Umgang mit der Fahrlässigkeit! – Teil 1”, **JA**, 2009, ss. 111-115.

Becker, Christian; Rönnau, Thomas, “Grundwissen – Strafrecht: Der Verbotsirrtum (§ 17 StGB)”, **JuS**, 2022, ss. 491 – 495.

Berster, Lars, “Der subjektive Exzess der Notwehr und Putativnotwehr”, **GA**, 2016, ss. 36 – 55.

Bertel, Christian, “Notwehr gegen Verschuldete Angriffe”, **ZStW**, 1972, ss. 1-36.

Beulke, Werner, “Die fehlgeschlagene Notwehr zur Sachverteidigung”, **JURA**, 1988, ss. 641- 645.

Birtek, Fatih, “Haksız Tahrikte Yön Değiştirme (Etki – Tepki Dengesinin Fail Lehine Bozulması)”, **CHD**, Yıl: 16, Sayı: 46, Ağustos 2021, ss. 333 – 367. (Birtek, “Haksız Tahrik”)

Birtek, Fatih, “Tıbbi Uygulama Hataları Bakımından Taksir - Bilinçli Taksir Ayrımı (Komplikasyon - İzin Verilen Risk Ayrımı Bağlamında)”, **ERÜHFD**, C. X, S. 1, 2015, ss. 63 - 106. (Birtek, “Tıbbi”)

Birtek, Fatih, **Tamamı Örnek Olaylarla Açıklanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.

Bockelmann, Paul, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, München, C.H. Beck, 1979.

Bosch, Nicholas, “Erfordernis eines Verteidigungswillens bei Notwehr und Notwehrexzess”, **JURA**, 2016, s. 702.

Bostancı, Gülşah, “Haksız Tahrik”, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2013. (danışman: Ümit Kocasakal)

Bottalico, Barbara; Bruni, Tommaso, "Post Traumatic Stress Disorder, Neuroscience, and the Law", **International Journal of Law and Psychiatry**, V.35, 2012, ss. 112-120.

Bozbayındır, Ali Emrah, “Meşru Savunmada Sınırın Aşılması”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 18, Nisan 2012, ss. 113-135.

Börner, René, “Der Erlaubnistatbestandsirrtum bei Fahrlässigkeitsdelikten”, **GA**, 2002, ss. 276 – 286.

Brüning, Janique, “BGH, Urt. v. 25.4.2013 – 4 StR 551/12”, **ZJS**, 2013, ss. 511 – 517.

Callahan, Renee, “Will The Real Battered Woman Please Stand Up? In Search Of a Realistic Legal Definition of a Battered Women Syndrome”, **Journal of Gender and the Law**, Vol. 3, Fall 1994, ss. 117-152.

Centel, Nur; Zafer, Hamide; Çakmut, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 11. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2020.

Cookson, Cara, "Confronting Our Fear: Legislating Beyond Battered Woman Syndrome and The Law of Self -Defense in Vermont", **Vermont Law Review**, Vo. 34, 2009, ss. 415- 447.

Coşkun, Neslihan, “Fikri İçtima”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara, 2009. (danışman: İzzet Özgenç)

Cutler, Jeffrey M., “Criminal Law , Battered Women Syndrome: The Killing of a Passive Victim – A Perfect Defense or a Perfect Crime? – State v. Norman”, **Campbell Law Review**, Sayı: 11, 1989, ss. 263 – 278.

Çataklı, Hasan, “Kişisel Haksızlık Öğretisini İkna Edici Kılan Suç Dogmatığı ve Norm Teorisine İlişkin Argümanlar”, **EBYÜHFD**, C. XXIII, S. 3–4, 2019, ss. 279 - 309.

Çetin, Barış, “Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma”, Kırşehir Ahi Evran Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Kırşehir, 2020.

Çetin, Soner, “Türk Öğretisinde Kıyas ve Genişletici Yorum Yasağı”, içinde: **Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi – Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht**, Alman ve Türk Ceza Hukukuna İlişkin Araştırmalar, Cilt: 3, Ed. Yener Ünver, Gunnar Duttge, ss. 231 – 276.

Çiftçioğlu, Cengiz Topel, “Türk Ceza Hukuku’nda Taksir”, **Ankara Barosu Dergisi**, Cilt: 3, 2013, ss. 317 – 338.

Çiftçioğlu, Cengiz Topel, “Türk Ceza Kanununda Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Aşılması”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı:2 - 1 - Temmuz - Ağustos 2016, ss. 529-555.

Çolak, Haluk, **Güncel Ceza Hukuku & Türk Ceza Kanunu**, Ankara, Bilge Yayınevi, Şubat 2005.

D’Angelo, Michela, “Merkmal der Gegenwärtigkeit im Notwehrrecht bei neuen Konfliktmustern aus Rechtsvergleichender Sicht”, Università degli Studi di Padova, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Doktora Tezi, Legnaro, 2015. (danışman: Marro Ranco, Walter Perron)

Darende, İhsan, “Yeni TCK'da Hukuka Aykırılık Ve Bilhassa Meşru Müdafaa”, Türk Hukuk Sitesi, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_191.htm, E.T. 21.12.2022.

Değirmenci, Olgun, “Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, **TBB Dergisi**, Sayı: 110, 2014, ss. 129 - 188. (Değirmenci, “Yanılma”)

Değirmenci, Olgun, “Türk Ceza Hukukunda Amirin Emrini İfa”, **TAAD**, Yıl: 3, Sayı: 10, Temmuz 2012, ss. 455 - 484. (Değirmenci, “Amirin Emri”)

Demirbaş, Timur, “Türk Ceza Kanununda Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması”, **İÜHFİM, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e Armağan**, 1995, ss. 277 – 286. (Demirbaş, “Sınırın Aşılması”)

Demirbaş, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Güncelleştirilmiş 18. Baskı, Ankara, Seçkin, 2023. (Demirbaş, **GH**)

Demirbaş, Timur, **Haksız Tahrik**, 4. Baskı, Ankara, Seçkin, 2024. (Demirbaş, **Haksız Tahrik**)

Demirci Yetik, Bahar, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Aşılması”, **Adalet Dergisi**, Sayı: 49, Mayıs 2014, ss. 54 – 74.

Demirci, Ömer, “Meşru Savunma”, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Nisan 2014, s. 88. (danışman: Doğan Soyaslan)

Demirel, Hakkı, “Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hata”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 12, Sayı:3, 1955, ss. 100 – 110.

Demirel, Muhammed, **Amirin Emrini Yerine Getirmenin Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014.

Demirkol, Neslihan, “Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Bir Sebep Olarak Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi”, **SDÜHFD**, Vol.: 11, No: 2, 2022, ss. 419 – 470.

Diederich, Heike, **Ratio und Grenzen des straflosen Notwehrexzesses**, Berlin, Mensch & Buch Verlag, 2001.

Dilber, Alev, “Amerikan Ceza Hukukunda Meşru Savunma”, Özyeğin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014. (danışman: Yener Ünver)

Doğan, Koray, “Ceza Muhakemesinde Hüküm”, **CHD**, C.3, S.7., Ağustos 2008, ss. 171 - 201.

Doğan, Koray, “Kast, Taksir ve Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar”, **CHD**, Sayı: 26, Aralık 2014, ss. 225 – 231.

Doğan, Koray, “Neticesi Sebebi İle Ağırlaşmış Suç”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İzmir, 2010. (danışman: Veli Özer Özbek)

Donay, Süheyl, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, İstanbul, Beta, 2007. (Donay, **TCK Şerhi**)

İbrahim Kafi Dönmez, “Meşru Müdafaa”, **TDV İslam Ansiklopedisi**, <https://islamansiklopedisi.org.tr/mesru-mudafaa>, E.T.: 21.12.2022.

Dönmezer, Sulhi, “Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi ve İnsan Hakları”, içinde: **Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi**, Ceza Hukuku Derneği Yayınları, No. 6, 2005, ss. 9-25.

Dönmezer, Sulhi; Erman, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt: II**, 12. Bası, İstanbul, Beta, 1997. (Dönmezer, Erman, **Cilt: II**, 1997)

Dönmezer, Sulhi; Erman, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: II**, 14. Bası, İstanbul, Der Yayınları, 2019. (Dönmezer, Erman, **II**)

Dreher, Eduard, “Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe”, **Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag**, Ed. Hans Lüttger, Berlin, De Gruyter, 1972, s. 207 - 228.

Dreschner, Angelika, "Anmerkung zum Urteil des BGH v. 3.2.1993 – 3 StR 356/92 (BGHSt 39, 133)”, **JR**, 1994, ss. 423 – 425.

Dressler, Joshua, “Battered Woman and Sleeping Abusers: Some Reflections”, **Ohio State Journal of Criminal Law**, Vol: 3, 2006, ss. 457 – 475.

Dursun, Selman, “Türk Ceza Hukuku’nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku’yla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVIII, S.2, 2014, ss. 203 - 252.

Dursun, Selman; Bozbayındır, Ali Emrah, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi”, **İÜHF**, C. 83, S. 1, 2015, ss. 63 – 90.

Duttge, Gunnar, **Gesamtes Strafrecht, StGB, StPO, Nebengesetze, Handkommentar**, 5. Auflage, Baden – Baden, Nomos Verlag, 2022, §33. (Duttge, §33)

Dülger, Murat Volkan, “Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Mazeret Nedenleri Arasındaki Ayrımın Tarihçesi, Niteliği ve Gerekliliği Üzerine Karşılaştırmalı Bir Deneme”, **CHD**, Sayı: 24, Nisan 2014, ss. 121-180. (Dülger, “Hukuka Uygunluk”)

Dülger, Murat Volkan; Özkan, Onur; Bakdur, Merve, “Ceza Hukukunda Hata ve Hataya Bağlanan Sonuçlar”, **TAAD**, Yıl:12, Sayı: 45, Ocak 2021, ss. 227 - 264.

Düzenli, Hilal, “Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku (Ceza Ve Ceza Muhakemesi Hukuku) Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2017. (danışman: Türkan Yalçın Sancar)

Eker Kazancı, Behiye, “Mağdurun Davranışları ve Heyecan Halinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, **DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 15, Özel Sayı, 2013, ss. 1309 – 1357.

Ekici Şahin, Meral, “Ceza Hukukunda Rıza”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı (Ceza Ve Ceza Usul Hukuku), Doktora Tezi, Ankara, 2010. (danışman: Muharrem Özen)

Engländer, Armin, “Die Entschuldigung nach § 33 StGB bei Putativnotwehr und Putativnotwehrexzess”, **JuS**, 2012, ss. 408 - 412. (Engländer, “Die Entschuldigung”)

Engländer, Armin, “Die Verteidigungswille bei Notwehr und Notwehrexzess”, **HRRS**, Hamburg, Oktober 2013, ss. 389 – 393. (Engländer, “Die Verteidigungswille”)

Engländer, Armin, **Grund und Grenzen der Nothilfe**, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2008.

Er, Elif, “Türk Hukukunda Meşru Savunmada Sınırın Aşılması”, **Fasikül Dergisi**, Sayı: 70; Eylül 2015, ss. 13 – 21.

Erb, Volker, **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch**, Yayına Hazırlayanlar: Volker Erb, Jürgen Schaefer, Bernd von Heintschell-Heinegg, 4. Auflage, München, C.H. Beck, 2020, §32, §33. (Erb, §32 / Erb, §33)

Erden Tütüncü, Efser, “ ‘Örselenmiş Kadın Sendromu’ Argümanının Türk Hukukunda Meşru Savunma Kapsamında Uygulanabilirliği Üzerine Düşünceler”, **Fasikül Dergisi**, Sayı: 111, Şubat 2019, ss. 469 - 482.

Erdin, Selim, “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sübjektif Unsur Sorunu”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2020. (danışman: Adem Sözüer)

Erem, Faruk, “Ceza Hukukunda Hakkın Kullanılması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 41, 1990, ss. 5-17. (Erem, “Hakkın Kullanılması”)

Erem, Faruk, **Adalet Psikolojisi**, Ankara, Başkent Klişe Matbaacılık, 2003.

Erem, Faruk, **Türk Ceza Kanunu Şerhi, Genel Hükümler**, Cilt: 1, Ankara, Seçkin, 1993. (Erem, **TCK**)

Erem, Faruk, **Umanist Öğreti Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt II**, 12. Baskı, Ankara, Seçkin, 1985.

Erem, Faruk; Danışman, Ahmet, Artuk, Mehmet Emin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara, Seçkin, 1997. (Erem/ Danışman/ Artuk, **GH**)

Ergüne, Elif; Demirel, Muhammed, “Müteaddit Defa Cinsel Saldırı Suçunun Mağduru Olan Kadının ‘Muhtemel Cinsel Saldırıya’ Binaen Faili Öldürmesine İlişkin ‘Birbiriyle Çelişen’ İki Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Türkan Rado’nun Anısına Armağan**, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2020, ss. 165 - 178.

Ergüne, Elif; Sarıtaş, Erkan, “Provokatif Meşru Savunma”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXVI, Sa. 2, 2022, ss. 477 - 524.

Erman, Ragıp Barış, “Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul, 2006. (danışman: Füsün Sokullu Akıncı)

Ermeydan, İdris, “Yargıtay Kararları Işığında Meşru Savunmada Sınırın Aşılması”, **FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi**, Sayı: 3, 2014, ss. 131 – 170.

Eroğlu, Fulya; Özeroğlu, Alev, “Kötü Muameleye Maruz Kalmış Kadın Sendromunun Meşru Savunma Açısından Değerlendirilmesi”, **ÇÜHFD**, C. 5, S. 1, Nisan 2020, ss. 1405 – 1431.

Ersan, Aykut, “Meşru Savunmada Sınırın Aşılması”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012. (danışman: Adem Sözüer)

Eryıldız, H. Sefa, “Alman Ceza Hukuku’nda Meşru Müdafaa Sınırlarının Aşılması (ALM. CK. M. 33)”, **CHD**, Sayı: 31, Ağustos 2016, ss. 93 – 124.

Eser, Albin, “Das Überschreiten der Grenzen von Rechtfertigungsgründen - Notwerexzess aus Erregung, Furcht oder Schrecken”, içinde: **Beiträge zum deutschen und türkischen Strafrecht und Strafprozessrecht**, Yayına Hazırlayanlar: Walter Gropp, Bahri Öztürk, Adem Sözüer, Liane Wörner, Baden-Baden, Nomos, 2010, ss. 247 - 259. (Eser, “Das Überschreiten”)

Eser, Albin, “Justification and Excuse”, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 24, 1976, ss. 621 – 637. (Eser, “Justification”)

Fahl, Christian, “Unter Brüdern”, **JURA**, Heft:1, 2003, ss. 60 -67.

Faigman, David, “The Battered Woman Syndrome and Self Defense: A Legal and Empirical Dissent”, **Virginia Law Review**, Vol.72, 1986, ss. 619-647.

Fakhri, Farah Salah, “Meşru Savunmanın Şartları, Ölçülülük İlkesi, Savunmanın Sınırlarının Aşılması”, İstanbul Gedik Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Mart 2023. (danışman: Ahmet Kesik)

Feyzioğlu, Metin, **Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat**, Ankara, Yetkin, 2022.

Figuaroa, Dante, “Italy: Law on Legitimate Defense in Criminal Cases Enters into Force”, **Library of Congress**, <https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2019-06-10/italy-law-on-legitimate-defense-in-criminal-cases-enters-into-force/>, E.T.: 22.09.2022.

Fischer, Jürgen, **Die straflose Notwehrüberschreitung**, Frankfurt am Main, Dissertatiton, 1971.

Fischer, Thomas, **Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen**, 71. Auflage, Minchen, C.H. Beck, 2024. (Fischer, §32/ Fischer, §33)

Friedrich von Scherenberg, Carl, **Die soziaethischen Einschränkungen der Notwehr**, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2009.

Frisch, Wolfgang, "Grund- und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselements", **Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag**, Ed.: Wilfried Küper, Ingeborg Puppe, Jörg Tenckhoff, Berlin, De Gruyter, 1987, ss. 113 – 148.

Frisch, Wolfgang, **Strafrecht**, München, Verlag Franz Vahlen, 2022.

Frister, Helmut, **Die Struktur des ‘voluntativen Schuldelements’**, Berlin, Duncker & Humbolt, 1993. (Frister, **Die Struktur**)

Frister, Helmut, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 10. Auflage, Münih, C.H. Beck, 2023.

Gaede, Karsten, “Der Verteidigungswille - konstitutive Voraussetzung bei Notwehr und Notwehrexzess?”, **Festschrift für Rudolf Rengier zum 70. Geburtstag**, Ed.: Bernd Hecker, Bettina Wießer, Christian Brand, München, C.H. Beck, 2018, ss. 27 – 38.

Gallas, Wilhelm, “Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs”, **Festschrift für Paul Bockelmann**, Ed. Arthur Kaufmann v.d., München, C.H. Beck, 1979, ss. 155 179.

Gasa, Kjell, “Die Behandlung des Irrtums über rechtfertigende Umstände im Gutachten - Typische Fehler”, **JuS**, 2005, ss. 890 – 895.

Geerds, Friedrich, **Einwilligung und Einverständnis des Verletzten**, Inaugural-Dissertation, zur Erlangung des Grades eines Doktors, der Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, Kiel, 1953.

Geilen, Gerd, “Notwehr und Notwehrexzess (Schluss)”, **JURA**, 1981, ss. 370 – 380.

Geppert, Klaus, “Die subjektiven Rechtfertigungselemente”, **JURA**, Volume: 17, Band: 2, 1995, ss. 103 – 108.

Geppert, Klaus, “Notwehr und Irrtum - Putativnotwehr, intensiver und extensiver Notwehrexzess, Putativnotwehrexzess”, **JURA**, Heft: 1, 2007, ss. 33 – 40. (Geppert, “Notwehr und Irrtum”)

Ghigheci, Cristinel, “Regulating Negligence in French and Italian Criminal Law”, **Juridical Tribune**, Sayı:9, Ekim 2019, ss. 127 - 133.

Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa, **Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu – Cilt I Madde 1-44**, Adalet, Ankara, 2021.

Gökdere, Fatma Sıla, “Şiddete Maruz Kalmış Kadın Sendromunun Meşru Savunma Açısından Değerlendirilmesi”, MGC Legal, <https://www.mgc.com.tr/siddete-maruz-kalmis-kadin-sendromunun-mesru-savunma-acisinden-degerlendirilmesi/>, E.T. 21.12.2022.

Göktürk, Neslihan, “Hukuka Uygunluk Nedenleri Objektif Nitelikte Midir?”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Sayı: 27, Nisan 2015, ss. 7 - 28. (Göktürk, “Yanılgı”)

Göktürk, Neslihan, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılgının Hukuki Niteliği”, **CHD**, Sayı: 26, Aralık 2014, ss. 7 – 30. (Göktürk, “Objektif”)

Gölcüklü, Feyyaz, “Suçta Kanuni Unsurun Ortadan Kalkması, Fiilin Hukuka Aykırılığı Kavramı ve Hukuka Uygunluk Sebepleri Konusunda Bazı Mülahazalar”,

Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: XXIII, No: 1, Mart 1968, ss. 187-215.

Gözübüyük, Abdullah Pulat, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, C. 1, M. 1 – 124, Ankara, Ajans Türk Matbaası, 1960. (Gözübüyük, TCK)

Graul, Eva, “Der "umgekehrte" Erlaubnistatbestandsirrtum”, **JuS**, 2000, ss. 41 – 43.

Gropp, Walter, “Rechtfertigungsgründe im Vorwurf von 1989 eines Türkischen Strafgesetzbuches aus Deutscher Sicht”, içinde: **Türk Ceza Kanunu Tasarısı için Müzakereler Diskussionsbeiträge zum Entwurf des Türkischen Strafgesetzbuches**, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya, 1998, ss. 175 - 203. (Gropp, “Rechtfertigungsgründe”)

Gropp, Walter, “Abschied vom Doppelirrtum”, **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, Vol. 9, 2016, ss. 601- 608. (Gropp, “Abschied”)

Gropp, Walter; Sinn, Arndt, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Berlin, Springer, 2020.

Grünhagen, Eva, **Antizipierte Notwehr –Ein Beitrag zur Frage der Zulässigkeit automatisierter Verteidigung im deutschen, englischen und französischen Recht-**, Bonn, Druckerei Schwarz, 2005.

Güler, Dilek, “Meşru Savunma”, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku (Ceza Ve Ceza Muhakemesi Hukuku) Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Şubat 2017. (danışman: Doğan Soyaslan)

Gülşen, Recep, **Ceza Hukukunda Sorumluluğu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2007.

Gültekin Diken, Nil Melek, “Ceza Hukukunda Taksire Dayalı Sorumluluk”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2018. (danışman: Yusuf Yaşar)

Gümüşay, Feyza Erol, “Tanzimat Dönemindeki Düzenlemelerde Suçta ve Cezada Kanunilik, Kusur ve Hümanizm İlkeleri”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.

Günel, Yılmaz, “Amirin Emrini İcrada Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi”, **AÜSBFD**, C. 20, Sa. 2, ss. 635 - 669.

Günel, Yılmaz, **Yetkili Mercinin Emrini İfa**, Ankara, AÜSBF Yayınları, No: 224-206, 1967.

Gündüz, Hakan; Sarıgül, Ali Tanju, “Meşru Savunmanın Sınırının Aşılması”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 17, S. 4, 2023, ss. 391 – 442.

Güneysu, Gökhan, **Uluslararası Hukukta Amirin Emri**, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2015.

Güngör, Devrim, **Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata**, Ankara, Yetkin, 2007.

Hacıfazlıoğlu, Ali, **Teori ve Uygulamada Suçların İçtimai**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2014.

Hacıfazlıoğlu, Tuğçe, “Meşru Savunmanın Şartları”, **Fasikül**, Sayı: 86, Ocak 2017, ss. 13 – 21.

Hafizoğulları, Zeki, “Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi (Nichtzumutbarkeit /L’inesigibilita)”, **AÜHFD**, Cilt: 57, Sayı:3, 2008, ss. 337 - 369. (Hafizoğulları, “İstenemezlik”)

Hafizoğulları, Zeki, “Türk Ceza Hukuku Sisteminde Zaruret Hali ve Üçüncü Kişiyi Kurtarma”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 28, S. 1, Mayıs 1971, ss. 92 – 132.

Hafizoğulları, Zeki, **Türk Ceza Hukuku Ders Notları**, 2008, <https://alokocubaba.files.wordpress.com/2013/12/cezahukuku-ders-notlari.pdf>, E.T. 10.03.2024.

Hafizoğulları, Zeki; Özen, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, USA Yayıncılık, Ekim 2019.

Hakeri, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 25. Baskı, Ankara, Adalet, 2021.

Hakeri, Hakan, **Genel Hükümler ve Ceza Muhakemesi Kanunu Hükümlerine Göre Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2021. (Hakeri, **Tazminat**)

Hakeri, Hakan, **Tıp Ceza Hukuku**, Ankara, Seçkin, 2021. (Hakeri, **Tıp Ceza**)

Hakeri, Hakan, **Tıp Hukuku**, 1. Cilt, 23. Baskı, Ankara, Seçkin, 2021. (Hakeri, **Tıp**)

Hakeri, Hakan, **Tıp Hukuku**, 2. Cilt, 23. Baskı, Ankara, Seçkin, 2021. (Hakeri, **Tıp**)

Hakeri, Hakan; Gülşen, Recep, "Offendicula Ve Yeni Türk Ceza Kanunu", **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: IX, Sayı: 1-2, 2005, ss. 41-71.

Hardtung, Bernhard, “Der Irrtum über die Schuld im Lichte des §35 StGB”, **ZStW**, Cilt: 108, Sayı:1, 1996, ss. 26 – 60.

Hasan İba, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Unsurlarında Hata”, **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Kamu

Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Erzincan, 2022. (danışman: Burhan Caner Hacıoğlu)

Hecht, Lisa, “Provocateurs and Their Rights to Self Defence”, **Criminal Law and Philosophy**, 2018, ss. 1-21.

Hecker, Bernd, “Notwehrexzess bei schuldhaft provoziertem Angriff”, **JuS** 2016, ss. 177 – 179.

Heger, Martin, **Strafgesetzbuch Kommentar**, Yayına Hazırlayanlar: Karl Lackner, Kristian Kühl, Martin Heger, 30. Auflage, München, C.H. Beck, 2023, §32, §33. (Heger, §32/ Heger, §33)

Heidegger, Martin, **Einführung in die Metaphysik**, Thübingen, Niemer Verlag, 1953.

Heinrich, Bernd, **Ceza Hukuku Genel Kısım – I**, Ed. Yener Ünver, Ankara, Adalet Yayınevi, Mart 2014. (Heinrich, I)

Heinrich, Bernd, **Ceza Hukuku Genel Kısım – II**, Ed. Yener Ünver, Ankara, Adalet Yayınevi, Ekim 2015. (Heinrich, II)

Herzog, Felix, **Strafgesetzbuch**, Yayına Hazırlayanlar: Urs Kindhauser, Hans-Jörg Albrecht, 3. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2010, §32, §33. (Herzog, §32/ Herzog, §33)

Heuchemer, Michael, “§ 33 StGB: Anwendbarkeit der Exzeßentschuldigung bei Motivbündeln”, https://www.michael-heuchemer.de/dl/august/Besprechung_33.pdf , E.T. 8.12.2023. (Heuchemer, “Motivbündel”)

Heuchemer, Michael, “Zum Notwehrexzeß (§ 33 StGB): Putativnotwehrexzeß und Exzeß bei anderen Rechtfertigungsgründen”, https://www.michael-heuchemer.de/dl/august/Aufsatz_33.pdf , E.T.: 18.10.2022. (Heuchemer, “Zum Notwehrexzeß”)

Heuchemer, Michael, **BeckOK Strafgesetzbuch**, Yayına Hazırlayan: Bernd von Heintschel – Heinegg, 60. Auflage, München, C.H. Beck, 2024, §33.

Heuchemer, Michael, **Der Erlaubnistatbestandsirrtum**, Berlin, Duncker & Humblot, 2005.

Hıra, Ayhan, “Yeni Türk Ceza Kanunu ve İslam Hukuku Mukayesesi Bakımından Meşru Müdafaa'nın Uygulama Alanları ve Ölçütleri”, **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, S. 17, 2011, ss. 323 - 346.

Hilgendorf, Eric; Valerius, Brian, **Alman Ceza Hukuku Genel Kısım**, Çev. Salih Oktar, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021.

Hillenkamp, Thomas, **Vorsatz und Opferverhalten**, Göttingen, Verlag Otto Schwarz, 1981

Hillenkamp, Thomas; Cornelius, Kai, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarının Hatalı Varsayılması Kasti Ortadan Kaldırır Mı?”, Çev. Buket Abanoz Öztürk, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, S. 78, C. 4, 2020, ss. 2111 – 2129.

Hillenkamp, Thomas; Cornelius, Kai, **32 Probleme aus dem Strafrecht**, 15. Auflage, München, Verlag Franz Vahlen, 2017.

Hirsch, Hans Joachim, “Die Notwehrvoraussetzung der Rechtswidrigkeit des Angriffs”, **Festschrift für Eduard Dreher**, Berlin, 1977, ss. 211- 233.

Hoffmann-Holland, Klaus, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, Tübingen, Mohr&Siebeck, 2023.

Hoven, Elisa; Mitsch, Wolfgang, "Notwehr und Notwehrexzess – Vorschlag einer neuen Formulierung der §§ 32, 33 StGB", **KriPoZ**, Vol: 6, 2023, ss. 430 – 441.

Hörnle, Tatjana, “Der Entschuldigende Notstand (§35 StGB)”, **JuS**, Heft: 10, 2009, ss. 873 – 880.

Hughes, Paul, "Paternalism, Battered Women, and the Law", **Journal of Social Philosophy**, Vol.30, No.1, 1999, ss. 18 – 28.

Ingeborg Puppe, “Zur Struktur der Rechtfertigung”, **Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag**, Ed.: Wilfried Küper, Jürgen Welp, C.F. Müller, Heidelberg, 1993, ss. 183 – 202.

İba, Hasan, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Usurlarında Hata”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Erzincan, Aralık 2022. (danışman: Burhan Caner Hacıoğlu)

İba, Hasan, “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenlerde Sınırın Aşılmasının Hukuki Niteliği”, **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 26, Sayı:2, Aralık 2022, ss. 619 - 671.

İçel, Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2021. (İçel, GH)

İçel, Kayıhan; Evik, A. Hakan, **İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Kitap, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul, Beta, 2007.

İçel, Kayıhan; Sokullu-Akıncı, Füsün; Özgenç, İzzet; Sözüer, Adem; Mahmutoğlu, Fatih Selami; Ünver, Yener, **İçel Suç Teorisi**, 3. Baskı, İstanbul, Yetkin Yayınları, 2004.

İnci, Z. Özen, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’na Göre Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenlerde Sınırın Aşılması”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Sayı: 37, Eylül 2009, ss. 111 – 134.

İşten, İnanç, **Türk Ceza Hukukunda Suçların İçtimai**, Ankara, Adalet, 2021.

Jäger, Christian, **Examens - Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil**, 8. Auflage, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2017.

Jäger, Christian, “Zeckenalarm”, **JA**, Heft: 9, 2013, ss. 208 – 210.

Jagusch, Heinrich, **Strafgesetzbuch : Leipziger Kommentar, Band I: Einleitung und §§ 1 – 152**, Yayına Hazırlayanlar: Heinrich Jagusch, Edmund Mezger, 8. Auflage, 1957, § 53. (Jagusch, §53)

Jakobs, Günther, **Schuld und Prevention**, Tübingen, Mohr, 1976.

Jakobs, Günther, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, Berlin, De Gruyter, 1993.

Jescheck, Hans-Heinrich, Weigend, Thomas, **Lehrbuch des Strafrechts**, 5. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 1996.

Joecks, Wolfgang; Jäger, Christian, **Strafgesetzbuch Studienkommentar**, 12. Auflage, München, C.H. Beck, 2018.

Joerden, Jan C., “Ceza Hukukunun Sınırı Olarak Zorda Kalış Hali (Türk Hukukuna İlişkin Karşılaştırmalı Hukuk Görüşleriyle)”, Çev. Yener Ünver, **Hukuk Köprüsü**, No.2, Sayı:2, 2012, ss. 127 – 140.

Jünemann, Alexander, “Alman Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenleri Sistemi”, Çev. İlker Tepe, **CHD**, Aralık 2014, Sayı: 26, ss. 279 – 281.

Kan, Çağrı, “Türk Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Ceza Ve Ceza Muhakemesi Hukuku) Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara, 2016. (danışman: Devrim Güngör)

Kangal, Zeynel, “Anayasal Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi”, **CHD**, Sayı: 17, Aralık 2011, ss. 61 – 106. (Kangal, “Kanunilik”)

Kangal, Zeynel, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi”, **BAU Hukuk Fakültesi Kazancı Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 89 - 90, 2012, ss. 23 – 68. (Kangal, “Kanun Hükmü”)

Kangal, Zeynel, “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, **EÜHFD**, C. XIV, S. 3-4, 2010, ss. 19 – 68. (Kangal, “Haksız Tahrik”)

Kangal, Zeynel, “Zorunluluk Durumunun Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2006. (danışman: Füsün Sokullu Akıncı).

Kangal, Zeynel, **Askeri Ceza Hukuku**, 2. Bası, Ankara, Seçkin, 2012.

Kapusuzoğlu, Aykut Alp, “Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suç”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011.

Karaaslan, Reşit, “Ceza Hukukunda Şahısta Hata ve Hedefte Sapma”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** - 2019/2, ss. 216-315. (Karaaslan, “Sapma”)

Karaaslan, Reşit, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Hata”, **Legal Hukuk Dergisi**, No. 172, 2017, ss. 1665 – 1721. (Karaaslan, “Hata”)

Karaaslan, Reşit, “Üçüncü Kişi Lehine Meşru Savunma”, **CHD**, Yıl: 15, Sayı: 43, Ağustos 2020, ss. 463 – 521. (Karaaslan, “Üçüncü Kişi”)

Karakoyun Berkyez, Betül, “Askerî Ceza Hukukunda Amirin Emrini İfa ve Sorumluluk”, Yalova Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Yalova, Mayıs 2021. (danışman: İsmail Dursun)

Karakurt, Ahu, “Türk Ceza Kanununda Hata”, **CHD**, Sayı:10, Ağustos 2009, ss. 109 – 155.

Kartal, Melik, “Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gerekliklik ve Orantılılık”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2018. (danışman: Adem Sözüer)

Kartal, Melik, “Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 05.02.2019 Tarihli, 2015/1-705 Esas ve 2019/59 Karar Sayılı Kararının Değerlendirilmesi (Kasten Öldürme/Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama, Meşru Savunma/Meşru Savunmada Sınırın Mazur Görülebilecek Bir Heyecan, Korku ve Telaşla Aşılması/Haksız Tahrik)”, **İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 2, Eylül 2023, ss. 956 – 968.

Kaspar, Johannes, “Die Strafbarkeit der aufgedrängten Nothilfe”, **JuS**, 2014, ss. 769 – 776.

Kaspar, Johannes, “Grundprobleme der Fahrlässigkeitsdelikte” (Teil 2), **JuS**, 2012, ss. 112 – 117. (Kaspar, “Fahrlässigkeitsdelikte”, (2))

Kaspar, Johannes, “Grundprobleme der Fahrlässigkeitsdelikte”, **JuS**, 2012, ss. 16 - 21. (Kaspar, “Fahrlässigkeitsdelikte”)

Katoğlu, Tuğrul, **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, Ankara, Seçkin, 2003.

Kaufmann, Armin, “Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung”, **JZ**, 1955, ss. 37 – 41.

Kaymaz, Seydi, Gökcan, Hasan Tahsin, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları**, Ankara, Seçkin, 2006.

Seydi Kaymaz, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 87/4. Maddesinde Düzenlenen Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama Suçu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Cilt: 18, Sayı: 58, Mayıs 2005, ss. 73-119.

Kazaker, Gözde, “Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İzmir, 2019. (danışman: Veli Özer Özbek)

Keçeligil, Hasan Tahsin, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Aşılması (TCK md. 27)”, **Yargıtay Dergisi**, C. 44, S. 2, 2018, ss. 373 – 411.

Keçelioğlu, Elvan, “Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticenin Haksızlığı (Alman Hukuku Üzerine Bir İnceleme)”, **CHD**, Sayı: 21, Nisan 2013, ss. 21 – 32.

Keçelioğlu, Elvan, “Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK'nin Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları”, **TBB Dergisi**, Sayı: 87, 2010, ss. 299-321. (Keçelioğlu, “Kusurluluk”)

Keçelioğlu, Elvan, **Der Einfluss des deutschen Strafgesetzbuches auf das neue türkische Strafgesetzbuch**, Hamburg, Dr. Kovac Verlag, 2009.

Keçelioğlu, Elvan, **Taksirli Suçun Dogmatiği**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015. (Keçelioğlu, **Taksir**)

Keyman, Selahattin, “Hekimin Cezai Sorumluluğu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 35, Sayı:1, Mayıs 1978, ss. 57 – 89.

Kılıç, Ahmet, “Suçların İctimai Bağlamında Fiil Tekliği”, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara, 2023. (danışman: Ömer Çelen) (Kılıç, “Fiil Tekliği”)

Kılıç, Ali Şahin, “Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara, Temmuz 2020. (danışman: İzzet Özgenç)

Kılıç, Burak, “Suçun Manevi Unsuru Olarak Amaç ve Saik”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Eylül 2020. (danışman: Cumhur Şahin)

Kıyğı, Osman Nazım, **Kiygi Wörterbuch Recht = Hukuk Sözlüğü, Taschenwörterbuch**, Mainz, C.H. Beck, 2009.

Kindhäuser, Urs, **Strafgesetzbuch Kommentar**, Yayına Hazırlayanlar: Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans Ullrich Paeffgen, 6. Auflage, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2023, §32, §33. (Kindhäuser, §32/ Kindhäuser, §33)

Kindhäuser, Urs; Zimmermann, Till, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 10. Auflage, Nomos, Baden – Baden, 2022.

Koca, Mahmut, “YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C.1, S.1., Eylül 2006, ss. 111 - 143. (Koca, “HUN”)

Koca, Mahmut, Üzülmaz, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Ankara, Seçkin, 2023. (Koca, Üzülmaz, **GH**)

Koca, Mahmut; Üzülmaz, İlhan, “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması”, **EÜHFD**, Cilt: 11, Sayı: 1-2, 2007, ss. 39 – 53.

Koç, Ziya, “Rızanın Varlığında Hatanın Cinsel Saldırı Suçu Bakımından Değerlendirilmesi”, **CHD**, Yıl: 15, Sayı: 42, Nisan 2020, ss. 229 – 273.

Koparan, Reşit, “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Sayı: 2, Ekim 2006, ss. 17 – 40.

Köhler, Michael, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Berlin, Springer, 1997.

Krack, Ralf, “Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente-insbesondere zum Irrtum über die Zielrichtung des Angriffs”, **Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie und die Reform der Juristenausbildung**, Ed.: Heinz Koriath, Ralf Krack, Henning Radtke, Jörg-Martin Jehle, Göttingen, Universitätsverlag Göttingen, 2010, ss. 145 - 158.

Kretschmer, Joachim, “Notwehr bei Fahrlässigkeitsdelikten”, **JURA**, Vol.2, 2022, ss. 114 – 117.

Krey, Volker; Esser, Robert, **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, Stuttgart, W. Kohlhammer, 2022.

Krümpelmann, Justus, “Stufen der Schuld beim Verbotsirrtum”, **GA**, 1968, ss. 129 – 148.

Kudlich, Hans, “An den Grenzen der Notwehr”, **JA**, 2014, ss. 587- 591. (Kudlich, “An den Grenzen”)

Kudlich, Hans, **BeckOK Strafgesetzbuch**, Yayına Hazırlayan: Bernd von Heintschel – Heinegg, 60. Auflage, München, C.H. Beck, 2024, §15. (Kudlich, §15)

Kudlich, Hans; Koch, Jennifer, “Tatbestandsirrtum – error in persona – aberratio ictus”, **JA**, 2017, ss. 827 – 832.

Kunter, Nurullah, **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi**, İsmail, İstanbul Akgün Matbaası, 1949.

Kunz, Karl-Ludwig, “Die automatisierte Gegenwehr – Zur Zulässigkeit der Offensivverteidigung mit selbsttätigen Schutzvorrichtungen-,” **GA**, Heidelberg, R.v. Decker’s Verlag, 1984, ss. 539 – 553.

Küçüktaşdemir, Özgür, “Ceza Hukukunda Örselenmiş Kadın Sendromu”, **Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 1, 2015, ss. 489 – 528.

Kühl, Kristian, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 8. Auflage, München, Vahlen Jura, 2017.

Langels, Herald, **Strafrecht AT 1, Allgemeine Lehren der Straftat**, 6. Auflage, Bonn, Abels&Langels, 2017. (Langels, AT I)

Langels, Herald, **Strafrecht AT 2, Allgemeine Lehren der Straftat**, 6. Auflage, Bonn, Abels&Langels, 2017. (Langels, AT II)

Lauth, Roman, **Antizipierte Notwehr**, Berlin, Logos Verlag, 2004.

Lenckner, Theodor, “Notwehr bei Provoziertem und Verschuldetem Angriff”, **GA**, R. v. Decker’s Verlag, G. Schenck, Hamburg, 1961, ss. 299-314.

Lindemann, Michael; Reichling, Tilman, “Die Behandlung der so genannten Abwehrprovokation nach den Grundsätzen der actio illicita in causa”, **JuS**, Sayı: 6, 2009, ss. 496 – 501.

Loewenheim, Ulrich, “Error in Obiecto ve Aberratio Ictus (Mahkeme Kararı Kroniği)”, Çev: Kayıhan İçel, **Journal of Istanbul University Law Faculty**, Cilt: 36, Sayı: 1-4, Yıl 1970, 2011, ss. 422 -438.

Mahmutoğlu, Fatih Selami, “TBMM Adalet Komisyonunda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş”, içinde: **Türk Ceza Kanunu Reformu- İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004, ss. 357-378. (Mahmutoğlu, “TBMM”)

Mahmutoğlu, Mahmut Selami, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hukuka Uygunluk Nedenleri”, **Hukuk ve Adalet Dergisi**, Yıl:2, S:5, Nisan 2005, ss. 42-60. (Mahmutoğlu, “Hukuka Uygunluk”)

Mahmutoğlu, Mahmut Selami; Karadeniz, Serra, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, 2. Baskı, İstanbul, Beta, 2021.

Majno, **Ceza Kanunları Şerhi Türk ve İtalyan Ceza Kanunları**, Cilt: 1, Ankara, Sevinç Matbaası, 1977.

Malkoç, İsmail, **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt: I, Madde: 1 – 81**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.

Marinucci, Giorgio, “Rechtfertigung und Entschuldigung im italienischen Strafrecht”, içinde: **Rechtfertigung und Entschuldigung: deutsch-italienisch-spanisches Strafrechtskolloquium 1990**, Ed. Albin Eser, Walter Perron, Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, Vol. III, Freiburg im Breisgau, 1991, ss.

Maurach, Reinhart; Zipf, Heinz, **Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband I**, 8. Auflage, Heidelberg, Müller, 1992.

Mayer, Helmuth, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Mainz, Kohlhammer, 1967.

Meraklı, Serkan, “Mazeret Sebeplerinin Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi”, **CHD**, Ankara, Yıl: 5, Sayı: 12, Nisan 2010, ss. 261-302.

Meraklı, Serkan, “Ceza Hukukunda Kusur”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İzmir, 2017. (danışman: Veli Özer Özbek) (Meraklı, “Kusur”)

Meran, Necati, **Açıklamalı-İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu**, 2. Bası, Ankara, Seçkin, 2007.

Meran, Necati, “Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suç Kavramı ve Yaralama Suçları”, **Terazi Hukuk Dergisi**, 8(83), s. 44-50.

Merkel, Adolf, **Lehrbuch des deutschen Strafrechts**, Stuttgart, Verlag Ferdinand Enke, 1889.

Merki, Duygu, “Türk Ceza Hukukunda Sapma”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:8, Sayı:2, Aralık 2013, ss. 515 – 530.

Mitsch, Wolfgang, “Die provozierte Provokation”, **JuS**, 2017, ss. 19 – 24. (Mitsch, “Provokation”)

Mitsch, Wolfgang, “Festnahme mit Todesfolge - BGH, NJW 2000, 1348”, **JuS**, 2000, ss. 848 – 852.

Mitsch, Wolfgang, “Vorläufige Festnahme und Notwehr”, **JA**, 2016, ss. 161 – 167. (Mitsch, “Vorläufige Festnahme”)

Motsch, Thomas, **Der straflose Notwehrexzess**, Berlin, Duncker & Humbolt, 2003.

Murmann, Uwe, **Grundkurs Strafrecht**, 6. Auflage, Münih, C.H. Beck, 2021.

Müller-Christmann, Bernd, “Der Notwehrexzeß”, **JuS**, 1989, ss. 717 – 720. (Müller-Christmann, “Der Notwehrexzess”)

Müller-Christmann, Bernd, “Überschreiten der Notwehr”, **JuS**, 1994, ss. 649 – 651.

Müssig, Bernd, “Antizipierte Notwehr -Das Prinzip der Abwehr rechtswidriger Angriffe als Kriterium objektiver Zurechnung-”, **ZStW**, Band 115, Heft 2, 2003, ss. 224 – 248.

Nadir, İlkay, “Türk Ceza Hukuku Bakımından Örselenmiş kadın Sendromu”, Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Bursa, 2023. (danışman: Zeynel Kangal)

Niese, Werner, **Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit**, Tübingen, Mohr Siebeck, 1951.

Nolden, Waltraud, **Strafrecht AT**, Kapitel V: Das Fahrlässigkeitsdelikt, http://www.go-jura.de/plus/pdf/fr_fahrlaessigkeit.pdf, E.T.:27.07.2023.

Nomer, Haluk N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2017, para. 109.5

Oğuzman, Kemal; Öz, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt: II, 12. Baskı, İstanbul, Vedat, 2016.

Okdemir, Erdem; Savaş Ketten, Semra; Avşar, Abdullah; Önay, Hakan, “Meşru Savunmada Orantılılık ve Durdurucu Güç Kavramı”, **TAAD**, Yıl: 6, Sayı: 22, Temmuz 2015, ss. 123 – 131.

Otto, Harro, “Grenzen strafloser Überschreitung der Notwehr, §33 StGB”, **JURA**, 1987, ss. 604 – 607.

Ozansü, Mehmet Cemil, “Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2007. (danışman: Yener Ünver)

Önder, Ayhan, **Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992.

Önder, Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Cilt: II, İstanbul, Beta, 1992. (Önder, **GH**)

Öner, Senem, “Çeviri Yoluyla Kanun Yapmak: 1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunu’nun 1810 Tarihli Fransız Ceza Kanunu’ndan Çevrilmesi”, Yıldız Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Batı Dilleri ve Edebiyatları Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2019.

Önok, R. Murat; Önay, Işık, “Hukuk Düzeninin Birliği İlkesi Çerçevesinde Zorunluluk Hâlinin Hukukî Niteliği”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, Vol: 77, Sayı:2, ss. 847 - 895.

Özar, Süleyman, “Türk Ceza Hukukunda ‘Sapma’”, **TBB Dergisi**, Sayı: 66, 2006, ss. 225 - 256.

Özbek, Veli Özer - Doğan, Koray, “Zorunluluk Halinin (TCK m. 25/2) Hukuki Niteliği”, **DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2 (9), 2007, ss. 195 - 222.

Özbek, Veli Özer, “Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 4, Ağustos 2007, ss. 223-246.

Özbek, Veli Özer, “Suç Genel Teorisi Bakımından Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar ve Görüşlerimiz”, **CHD**, Sayı: 15, Nisan 2011, ss. 19 - 28. (Özbek, “Sorunlar ve Görüşlerimiz”)

Özbek, Veli Özer, “Türk Ceza Kanununda Hata”, **CHD**, Sayı:7, 2008, ss. 83 - 98. (Özbek, “Hata”)

Özbek, Veli Özer, **TCK İzmir Şerhi – Türk Ceza Kanununun Anlamı**, Cilt: 1 – Genel Hükümler, Madde 1-75, 4. Bası, Ankara, Seçkin, 2010. (Özbek, **İzmir Şerhi**)

Özbek, Veli Özer; Doğan, Koray; Meraklı, Serkan; Bacaksız, Pınar; Başbüyük, İsa, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara, Seçkin, 2023. (Özbek vd.)

Özen, Muharrem, **Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa**, Ankara, Seçkin Yayınları, 1995. (Özen, **Meşru Müdafaa**)

Özen, Muharrem, **Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk**, Ankara, US-A Yayıncılık, 1998.

Özen, Mustafa, “5237 Sayılı Ceza Kanunu’na İlişkin Eleştiriler”, **TBB Dergisi**, Sayı: 65, 2006, ss. 200 – 213. (Özen, “Eleştiriler”)

Özen, Mustafa, **Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Adalet, 2021. (Özen, **GH**)

Özenbaş, Nazmiye, “Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Ceza Sorumluluğunun Esası”, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Eskişehir, Ocak 2012. (danışman: Hamide Zafer)

Özgenç, İzzet, “Kast-Taksir Kombinasyonları”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Süleyman Arslan Armağanı, Cilt: 6, Sayı: 1-2, 1998, ss. 345 - 375.

Özgenç, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 19. Baskı, Ankara, Seçkin, 2023. (Özgenç, **GH**)

Özgenç, İzzet, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin, 2005. (Özgenç, **Gazi Şerhi**)

Özgenç, İzzet; Şahin, Cumhur, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2001.

Özgenç, Nuri Berkay, “Meşru Savunmada Orantılılık”, **HKÜHFD**, Cilt: 12, Sayı: 24, Temmuz 2022, ss. 245 - 270.

Öztekin, Alp, “Suça İştirak ve Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda İştirak Hükümlerinin Uygulanması”, **Ankara Barosu Dergisi**, Cilt 83, Sayı 1, Ocak 2025, ss. 1-76.

Öztürk, Bahri; Erdem, Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 22. Baskı, Ankara, Seçkin, 2022. (Öztürk, Erdem, GH)

Paeffgen, Hans Ullrich; Zabel, Benno, **Strafgesetzbuch Kommentar**, Yayına Hazırlayanlar: Urs Kindhauser, Ulfrid Neumann, Hans Ullrich Paeffgen, 5. Auflage, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2017, §32. (Paeffgen, Zabel, §32)

Paeffgen, Hans Ullrich; Zabel, Benno, **Strafgesetzbuch Kommentar**, Yayına Hazırlayanlar: Urs Kindhauser, Ulfrid Neumann, Hans Ullrich Paeffgen, 6. Auflage, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2023, Vorbemerkungen zu §32 – 35. (Paeffgen, Zabel, Vor §32- 35)

Parlar, Ali, **Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Haksız Tahrik**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2015.

Parlar, Ali; Hatipoğlu, Muzaffer, **Açıklamalı – Yeni İçtihatlarla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Cilt: 1 (1 ve 75. Maddeler), Ankara, Seçkin, 2010. (Parlar, Hatipoğlu, TCK)

Perron, Walter, **Strafgesetzbuch: StGB Kommentar**, Yayına Hazırlayanlar: Adolf Schönke, Horst Schröder, 30. Auflage, München, C.H. Beck, 2019, §32. (Perron, §32)

Perron, Walter; Eisele, Jörg, **Strafgesetzbuch: StGB Kommentar**, Yayına Hazırlayanlar: Adolf Schönke, Horst Schröder, 30. Auflage, München, C.H. Beck, 2019, §33. (Perron, Eisele, §33)

Pipitone, Stefano, “Reform of the Italian Self Defense: does the castle doctrine enter Italy?”, <https://www.stefanopipitone.eu/notizie/reform-of-the-italian-self-defense-does-the-castle-doctrine-enter-italy/>, E.T.: 22.09.2022.

Polat, Harun Ersin, “ Türk Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükümünü Yerine Getirme”, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ceza Hukuku Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Haziran 2015. (danışman: Doğan Soyaslan)

Pötters, Stephan, “StrafrechtClassics–DerKatzenkönig(BGHSt35,347)”, Juraexamen – die E-Zeitschrift, <https://www.juraexamen.info/strafrecht-classics-der-katzenkonig-bghst-35-347/>, E.T.: 14.11.2022.

Puppe, Ingeborg, **Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung**, 4. Baskı, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2019.

Radbruch, Gustav, “Zur Systematik der Verbrechenslehre”, **Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag**, Ed. August Hegler, Tübingen, Mohr Siebeck, 1930, ss. 158 – 173.

Rath, Jürgen, **Das subjektive Rechtfertigungselement**, Berlin, Springer, 2002.

Rengier, Rudolf, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 15. Auflage, München, C.H. Beck, 2023.

Renzikowski, Joachim, “Der verschuldete Notwehrexzeß”, içinde: **Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag**, München, C.H.Beck, 1998, ss. 249 – 265.

Rinck, Klaus, **Der zweistufige Deliktsaufbau**, Berlin, Duncker & Humblot, 2000.

Rogall, Klaus, “Der Notwehrexzess – ein Schuldprivileg”, içinde: **Rechtsstaatlicher Strafprozess und Bürgerrechte: Gedächtnisschrift für Edda Weßlau**, Berlin, Duncker & Humblot, 2016, ss. 529 – 550.

Rogall, Klaus, **Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch**, Band I, Yayına Hazırlayan: Jürgen Wolter, 9. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2017, §32, §33. (Rogall, §32/ Rogall, §33)

Romano, Mario, “Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen im italienischen Strafrecht”, içinde: **Rechtfertigung und Entschuldigung: deutsch-italienisch-spanisches Strafrechtskolloquium 1990**, Ed. Albin Eser, Walter Perron, Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, Vol. III, Freiburg im Breisgau, 1991.

Rosenau, Henning, “Der Notwehrexzess”, **Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag**, ss. 225 – 232.

Rosenau, Henning, “Begrenzung der Strafbarkeit bei medizinischen Behandlungsfehlern”, içinde: **Beiträge des 3. Deutsch-Türkischen Symposiums zum Medizin- und Biorecht**, Baden – Baden, Nomos, 2008.

Roxin, Claus, “Die Sozialethischen Einschränkungen des Notwehrrechts”, **ZStW**, 1981, ss. 68-104.

Roxin, Claus, “Die Behandlung des Irrtums im Entwurf 1962”, **ZStW**, Heft: 76, 1964, ss. 582 – 618. (Roxin, “Die Behandlung”)

Roxin, Claus, “Über den Nehrexzess”, **Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag, Göttingen**, Verlag Otto & Schwarz Co., 1975, ss. 105-127. (Roxin, “Über den Nehrexzess”)

Roxin, Claus, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Band:1, 4. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2006.

Roxin, Claus; İsfen, Osman, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Genel Hükümleri”, içinde: **Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3: Suç Politikası**, Ed. Yener Ünver, Ankara, Seçkin, Ocak 2006, ss. 277 – 293.

Rönnau, Thomas, “Grundwissen - Strafrecht: Einwilligung und Einverständnis”, **JuS**, Heft: 1, 2007, s. 18 – 20. (Rönnau, "Einwilligung")

Rönnau, Thomas, “Grundwissen – Strafrecht: Subjektive Rechtfertigungselemente”, **JuS**, Vol. 7, 2009, ss. 594-597.

Rönnau, Thomas; Hohn, Kristian, **Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar: Großkommentar, Band III, §32-37**, Yayına Hazırlayanlar: Thomas Rönnau, Kristian Hohn, Frank Zieschang, Andreas Grube, Christian Klie, 13. neubearbeitete Auflage, Berlin, DeGruyter, 2019, §32. (Rönnau, Hohn, §32)

Rudolphi, Hans-Joachim, “Notwehrexzess nach provoziertem Angriff”, **JuS**, 1969, ss. 461 – 465.

Rückert, Christian, “Gewaltsame Verteidigung gegen rechtswidrige staatliche Vollstreckungsmaßnahmen”, **JURA**, 2017, ss. 33 - 38.

Rückert, Christian, **Effektive Selbstverteidigung und Notwehrrecht**, Tübingen, Mohr & Siebeck Verlag, 2017.

Sağlam, Hacer, “Meşru Savunma”, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2021.

Saman, Rojda, “Yargıtay Kararları Işığında Meşru Savunma”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 95, Sayı:2, 2021, ss. 298-313.

Sarıgül, Ali Tanju, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXIV, Sa. 3, 2020, ss. 325 - 359.

Satzger, Helmut, “Dreimal „in causa“ – actio libera in causa, omissio libera in causa und actio illicita in causa”, **JURA**, Heft 7, 2006, ss. 513-520.

Sauren, Jürgen, “Zur Überschreitung des Notwehrrechts”, **JURA**, 1988, ss. 567 – 573.

Savaşçı Temiz, Bilgehan, “Ceza Hukukunda Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku (Ceza Ve Ceza

Muhakemesi) Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara, 2018. (danışman: Muharrem Özen)

Saygılar, Yasemin Filiz, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Taksir”, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul, Aralık 2011. (danışman: Bahri Öztürk)

Schlüchter, Ellen, “Antizipierte Notwehr”, **Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag**, München, C.H.BECK, 1998, ss. 313 – 332.

Schlüchter, Ellen, **Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht**, Tübingen, Mohr & Siebeck, 1983.

Schmidhäuser, Eberhard, “Der Verbotsirrtum und das Strafgesetz (§ 16 I Satz 1 und § 17 StGB)”, **JZ**, 1979, ss. 361 - 369.

Schmidhäuser, Eberhard, **Strafrecht Allgemeiner Teil: Studienbuch**, 2. Auflage, Tübingen, Mohr, 1984.

Schmidt, Rolf, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 22. Auflage, Bremen, Rolf Schmidt Verlag, 2021.

Schönke, Adolf, **Strafgesetzbuch Kommentar**, Yayına Hazırlayanlar: Adolf Schönke, Horst Schröder, 17. Auflage, München, 1974, §53. (Schönke, §53)

Schroeder, Friedrich – Christian, “Notstandslage bei Dauer Gefahr”, **JuS**, 1980, ss. 336 – 342.

Schroth, Ulrich, “Die Annahme und das ‘Für-Möglich- Halten’ von Umständen, die einen aner- kannten Rechtfertigungsgrund begründen”, **Strafgerechtigkeit – Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag**, Ed. Fritjof Haft v.d., Heidelberg, C.F. Müller, 1993, s. 595- 610.

Schröder, Horst, “Notwehrüberschreitung und Putativnotwehr”, **ZakDR**, 1944, ss. 123.

Schuster, Frank Peter, “Der Doppelirrtum auf Rechtfertigungsebene”, **JuS**, 2007, ss. 617 – 621.

Schünemann, Bernd, “Die deutschsprachige Strafrechtswissen- schaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars – 1. Teil: Tatbestands- und Unrechtslehre”, **GA**, 1985, ss. 341 – 380.

Schwabe, Winfred, **Lernen mit Fallen, Strafrecht Allgemeiner Teil**, 10. Baskı, Stuttgart, Boorberg Verlag, 2019.

Seeberg, Rouven, **Aufgedrängte Nothilfe, Notwehr und Notwehrexzess**, Frankfurt am Main, Lang, 2005.

Selçuk, Sami, “Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Yükümlülüklerin / Görevlerin Çatışması ve Yargıtay Kararları”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Sayı: 45, Mayıs 2010, ss. 87 – 104.

Sınar, Hasan, “Self – Defense as a Justification Reason in Turkish Criminal Law”, **CHD**, Sayı: 30, Nisan 2016, ss. 29 – 62.

Simon, Eric, “Einschränkung des Notwehrrechts bei unvermeidbar irrendem Angreifer - BSGE 84, 54”, **JuS**, 2001, ss. 639 – 643.

Slobogin, Christopher, "Psychological Syndromes and Criminal Responsibility", **Annual Review of Social Science**, V.6, 2010, ss. 109-127.

Soyaslan, Doğan, “Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi”, **Prof. Dr. Ali Naim İNAN’a Armağan**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, ss. 1271 – 1281.

Soyaslan, Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Ankara, Yetkin, 2022. (Soyaslan, **GH**)

Sözüer, Adem, “Hukuki Hata”, **Yargıtay Dergisi**, No:4, 1995, ss. 466- 480.

Sözüer, Adem, “Prof. Dr. Dr. h. c. Mult Hans-Heinrich Jescheck ‘in Türk Ceza Hukuku Reformuna Katkıları”, **Criminal Law in the Global Risk Society**, Yayına Hazırlayanlar: Ulrich Sieber, Feridun Yenisey, Series of the Max Plank Institute for Foreign and International Criminal Law, 2011, ss. 243-270. (Sözüer, “Jescheck’in Katkıları”)

Sözüer, Adem, “Türk Ceza Hukuku Reformu: Dünyü, Bugünü ve Yarını Türk Ceza Hukuku Reformunun AB Üyesi Kara Avrupası Ülkelerindeki Reformlarla Karşılaştırılmasına İlişkin Notlar”, **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C.21, Özel S., 2019, ss. 331 - 350.

Sözüer, Adem, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Uygulanması Sorular ve Cevaplar – Türk Ceza Kanunu’nda Öngörülen Mazeret Sebeplerine İlişkin Sorular ve Cevaplar”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S. 6, Mayıs 2006, ss. 227-237. (Sözüer, “Yeni Türk Ceza Kanunu”)

Sözüer, Adem, **Suçta Teşebbüs**, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1994.

Spendel, Günter, **Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar: Großkommentar, Band II, §32-60**, Yayına Hazırlayanlar: Klaus Geppert, Günter Gribbohm, Hans-Joachim Hirsch, Joachim Häger, Ruth Rissing van Saan, Günter Spendel, 11. neubearbeite Auflage, Berlin, DeGruyter, 2018, § 32, §33 (Spendel, §32/ Spendel, §33)

Stemler, Patrick, “Die Notwehr”, **ZJS**, 3/2010, ss. 347 – 356.

Sternberg-Lieben, Detlev; Schuster, Frank, **Strafgesetzbuch: StGB Kommentar**, Yayına Hazırlayanlar: Adolf Schönke, Horst Schröder, 30. Auflage, München, C.H. Beck, 2019, §15. (Sternber-Lieben, Schuster, §15)

Stile, Alfonso, “Der Irrtum als Unrechts- und/oder Schuldausschluß im italienischen Strafrecht”, içinde: **Rechtfertigung und Entschuldigung: deutsch-italienisch-spanisches Strafrechtskolloquium 1990**, Ed. Albin Eser, Walter Perron, Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, Vol. III, Freiburg im Breisgau, 1991.

Street Fight Mentality, “Excess Self-Defense in Italy”, <https://expertfightingtips.com/en/excess-self-defense-in-italy/>, E.T.: 22.09.2022.

Sucuoğlu, Arif Naci, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Aşılması”, **ÇÜHFD**, C. 3, S. 2, Ekim 2018, ss. 135 - 167.

Şahin, Cumhuri; Özgenç, İzzet; Kılıç, Ali Şahin, “Meşru Savunmada Sınırın Heyecan, Korku veya Telaş Nedeniyle Aşılması”, içinde: **Prof. Dr. Rıza Ayhan’a Armağan**, Cilt: II, Ankara, Yetkin, ss. 2301 – 2325.

Şahin, Mehmet, “Yasal (Meşru) Savunmada Sınırın Aşılması”, **TBB Dergisi**, Sayı: 76, 2008, ss. 321 – 354.

Şare, Ersin, “Yüksek Mahkeme Kararlarında Meşru Savunma”, **İzmir Barosu Dergisi**, Yıl: 83, Sayı: 1, Ocak 2018, ss. 13 - 58.

Şen, Ersan ; Akpınar, Selvecan, “Ceza Hukukunda Hata”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 16, Sayı: 180, 2021, ss. 1560-1569.

Şen, Ersan, “TCK m.27 Kapsamında Sınırın Aşılması ve Haksız Tahrik”, **Hukuki Haber**, 2 Eylül 2015, <https://www.hukukihaber.net/tck-m27-kapsaminda-sinirin-asilmasi-ve-haksiz-tahrik-makale,4230.html>, E.T.: 28.09.2022. (Şen, “TCK m.27 Kapsamında”)

Şen, Ersan, **Yeni TCK Yorumu**, Cilt: I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006.

Şen, Ersan; Aksüt, Ertekin, “TCK md. 27 kapsamında Sınırın Aşılması ve Haksız Tahrik”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 113, Ocak 2016, ss. 10-127.

Şen, Ersan; Şahin, Buğra, “Önleyici Meşru Savunma”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 15, S. 162, ss. 346 - 351.

Şenol, Cem, “5237 sayılı TCK’ya Göre Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Maddi Koşullarında Hata”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 14, Sayı: 149, Ocak 2019, ss. 60-69.

Şenses, Erkan, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararı”, **TBB Dergisi**, Sayı: 105, 2013, ss. 379-400. (Şenses, “CYOK”)

Şenses, Erkan, “Yargıtay Kararları Işığında Türk Ceza Kanunu’nda Meşru Savunma”, **TBB Dergisi**, Sayı: 112, 2014, ss. 398 – 409.

T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, Sayı: B.02.0.KKG.0.10/101-540/2092, **Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593)**, S. Sayısı: 664, 12.5.2003

Talas, Serdar, “Ceza Hukukunda Kusur İlkesi Bağlamında Nedeninde Serbest Hareket Kavramı ve Geçici Nedenlerin Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Doktora Programı, Doktora Tezi, İstanbul, 2011. (danışman: Adem Sözüer)

Tan, Mehmet, **TCK Genel Hükümler**, 1. Cilt, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, 2011. (Tan, TCK)

Taner, Fahri Gökçen, “Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma”, **CHD**, Nisan 2010, Sayı: 12, ss. 219-253.

Taner, Tahir, “Meşru Müdafaa’nın Genişliği ve Mala Karşı Yapılan Tecavüzlerde Meşru Müdafaa”, **Ebül’ula Mardin’e Armağan**, İstanbul, Kenan Matbaası, 1994, ss. 631-649.

Taşkın, Ozan Ercan, “Kötü Muameleye Maruz Kalmış Kadın Reaksiyonu: Meşru Savunma Mı, Mazeret Nedeni Mi?”, **CHD**, Sayı: 20, Aralık 2012, ss. 43-58.

Tekin, Abdurrahman, “Polisin Zor Kullanma Yetkisi”, **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:7, Sayı:1, Haziran 2017, ss. 27-58.

Tepe, İlker, “Türk Ceza Kanununda Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sistematiği ve Bir Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Meşru Savunma (TCK m. 25/1)”, **CHD**, Sayı: 26, Aralık 2014, ss. 267 – 269.

Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan, “Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu”, içinde: **Türk Ceza Kanunu Reformu- İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar**, Ankara, TBB Yayınları, 2004, ss. 327 356.

Theile, Hans, “Der bewusste Notwehrexzess”, **JuS**, 2006, ss. 965 – 967.

Timpe, Gerhard, “Grundfalle zum entschuldigenden Notstand (§35/1 StGB) und zum Notwehrexzess (§33 StGB)”, **JuS**, 1985, ss. 117 – 122.

Topaç, Tahir Hami, **Türk Hukukunda Taksir**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.

Topçu, Namık Kemal, **Kasten Yaralama Sonucu Ölüme Neden Olma**, Adalet Yayınevi, İstanbul, Ocak 2013.

Topçu, Namık Kemal, **Meşru Savunma (İngiliz ve Amerikan Hukukuyla Karşılaştırmalı)**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2022.

Toprak, Ufuk, “Alman Ceza Hukuku’nda Düzenlenen Kasıt ve Yanılma Türlerine Dair Kısa Bir İnceleme”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl: 7, Sayı: 67, Mart 2012, ss. 29-45.

Toroslu, Nevzat, **Ceza Hukukunda Zaruret Hali**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1968. (Toroslu, **Zaruret**)

Toroslu, Nevzat; Ersoy, Yüksel, “Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı”, içinde: **Türk Ceza Kanunu Reformu- İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004, ss. 1 – 20.

Toroslu, Nevzat; Toroslu, Haluk, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Ankara, Savaş, Eylül 2019.

Trentmann, Christian, “Digital antizipierte Notwehr Problemlagen und Haftungsfragen am Beispiel einer computergesteuerten Selbstschussanlage”, **JuS**, 2018, ss. 944 – 950.

Tulay, M. Emre, “Zorunluluk Halinde Sınırın Aşılması Meselesi”, **ÇÜHFD**, C.5, S.1., Nisan 2020, s. 3171 - 3191.

Tunç, Kübra, “Ceza Hukukunda Kastı Engelleyen Hata”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Hukuk Bilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2020. (danışman: Hamide Zafer)

Turabi, Selami, “Kusurluluk ve Kusurluluğu Etkileyen Haller”, **TBB Dergisi**, Sayı: 101, 2012, ss. 267-292.

Turanlı Özcan, Asiye Merve, “Ceza Hukukunda İlgilinin Rızası”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2018. (danışman: Yusuf Yaşar).

Aras Türey, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 5. Maddesine İlişkin Bir İnceleme”, **Nur Centel’e Armağan**, ss. 1727 – 1746.

Türk Tabipleri Birliği, **Hekimlik Meslek Etiği Kuralları**, Ankara, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Mayıs 2012.

Türkoğlu, Selin, “Self-Defence and Domestic Violence: An Analysis of Turkish Criminal Law Practice”, **Athens Journal of Law**, Vol: X, No:7, 9/1-30, 2022, ss. 1 - 14.

Udeh, Abdülkadir, **İslam Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk**, Cilt: 1, Çev.: Akif Nuri, İstanbul, İhya Yayınları, 1976.

Uğraş, Dilek Özge, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Suçun Yapısı İçerisindeki Yeri ve Muhtevası”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl:9, Sayı: 18, Aralık 2021, s. 369 - 416.

Uluslan, İlhan, **Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı**, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Yayınevi, 2012.

Ulusoy, Engin, “Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması Suçu (Tck. Madde 256)”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Ana Bilim Dalı, Kamu Hukuku Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011. (danışman: Mehmet Emin Artuk)

Uruşak, Uğur, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Bir Hakkın Kullanılması”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2008. (danışman: Korkut Kanadoğlu)

Ümit, Ceyda, “Hekimlerin Mesleklerini Uygulamasından Doğan Ceza Sorumluluğu”, **TAAD**, Yıl: 8, Sayı: 32, Ekim 2017, ss. 197 – 246.

Ünal, Ertuğrul, “Heyecan, Korku Veya Telaş Sebebiyle Meşru Savunmada Sınırın Aşılmasının Türk Ve Alman Hukukundaki Uygulaması”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 12 (2), 2021, ss. 671 – 684.

Ünver, Yener, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenleri”, içinde: **1. Türkiye - Azerbaycan Hukuk Sempozyumu**, Ed.: Yener Ünver, İstanbul, Özyeğin Üniversitesi Yayınları, 2011, ss. 51 - 93. (Ünver, “Hukuka Uygunluk”)

Ünver, Yener, “Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü, Doktora Tezi, İstanbul, 1996. (danışman: Kayıhan İçel) (Ünver, “İzin Verilen Risk”)

Ünver, Yener, “TCK'nda Kamu İdaresine Karşı Suçlar”, içinde: **Alman Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.

Ünver, Yener, “Türk Ceza Hukuku ve Avrupa”, içinde: **Alman – Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku**, C.1, İstanbul 2010.

Ünver, Yener, “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, 2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: III, 2006, ss. 227 – 288.

Ünver, Yener, “YTCK’da Kusurluluk”, **CHD**, Cilt: 1, Sayı: 1, Ekim 2006, ss. 41-78. (Ünver, “Kusurluluk”)

Üzülmez, İlhan, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Aşılması (TCK m. 27/1) ve Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Meşru Savunmada Sınırın Heyecan, Korku ve Telaştan Aşılması (TCK m. 27/2)”, içinde: **Beiträge zum deutschen und türkischen Strafrecht und Strafprozessrecht - Die Entwicklung von**

Rechtssystemen in ihrer gesellschaftlichen Verankerung, Yayına Hazırlayan: Walter Gropp, Bahri Öztürk, Adem Sözüer, Liane Wörner, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2010, ss. 209-215.

Üzülmez, İlhan, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Sartlarında Hata (Karar Tahlili)”, **Dünyada ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi**, C: II., 26 Mayıs/May- 4 Haziran/June 2010.

Vatansever Öztürk, Müge, “Osmanlı Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebepleri”, **ERÜHFD**, Cilt: 13, Sayı: 2, 2018, ss. 371 – 411.

Vormbaum, Thomas; Welp, Jürgen, **Strafgesetzbuch, Sammlung der Änderungsgesetze und Neubekanntmachungen**, Band: 1, Baden – Baden, Nomos, 1999.

Walker, Leonore, **The Battered Woman Syndrome**, 3. Baskı, Springer Publishing Company, Neew York, 2009.

Wannop, Alexandra L., “Battered Woman Syndrome and Defense of Battered Woman in Canada and England”, **Suffolk Transnational Law Review**, Vol. 19, 1995-6, ss. 251 – 267.

Weber, Helmuth, “Irrtum über einen Rechtsfertigungsgrund”, **JZ**, 1951, ss. 260 – 263.

Welzel, Hans, “Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem”, **ZStW**, Heft: 67, 1955, ss. 196 – 228.

Welzel, Hans, **Das deutsche Strafrecht**, 11. Auflage, Berlin, DeGruyter, 1969.

Wessels, Johannes; Beulke, Werner; Satzger, Helmut, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 52. Baskı, Heidelberg, C.F. Müller, 2022.

Wise, Edward M., **The Italian Penal Code**, 1978, art. 55, <https://home.heinonline.org/>, E.T.: 28.09.2022.

Witteman, Frank, **Grundlinien und Grenzen der Notwehr in Europa**, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1997.

Yakut, Muhammet, “Türk Ceza Kanununda Meşru Savunma”, **İKÜHFD**, Sayı: 15, Cilt: 1, 2016, ss. 925 - 940.

Yalkut, Necdet, “Türk, İtalyan ve Fransız Ceza Hukuku Açısından Meşru Müdafaa”, **Adalet Dergisi**, Yıl: 69, Sayı: 1-2, 1978, ss. 105 – 118.

Yarsuvat, Duygun; Bayraktar, Köksal; Yüzbaşıoğlu, Necmi, “Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu”, **TCK Tasarısı**

Hakkında Makaleler Görüşler Raporlar İkinci Kitap, Ankara, TBB Yayını, 2004, ss. 285 - 318.

Yaşar, Osman; Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa, **Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu – Cilt I Madde 1-44**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010.

Yıldız, Ali Kemal, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, No.1, 2006, ss.131 – 214.

Yılmaz, Ejder, **Hukuk Terimleri Sözlüğü**, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021.

Yiğit, Yaşar, “İslam Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa ve Hukuki Sonuçları”, **Kuran Mesajı İlmî Araştırmalar Dergisi**, Nisan-Mayıs-Haziran 1999, Sayı: 16-17-18, ss. 196 – 208.

Yokuş Sevük, Handan, “Rechtfertigungsgründe im türkischen Strafgesetzbuch (Zusammenfassung) – Türk Ceza Kanununda Hukuka Uygunluk Nedenleri”, içinde: **Aktuelle Grundlagenprobleme des materiellen Strafrechts**, Editörler: Gunnar Duttge, Yener Ünver, Cilt: 1, Forschungszentrum für Deutsches Recht an der Özyeğin Universitaet, İstanbul, Seçkin, 2012, ss. 87 – 127.

Yurtcan, Erdener, **Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu**, 2. Baskı, Ankara, TBB Yayınları, No. 317, 2016.

Yurtseven, Yılmaz, “İslam-Osmanlı Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Meşrû Müdâfaa”, **II. Türk Hukuku Tarihi Kongresi Bildirileri**, Cilt: 1, İstanbul, 2016, ss. 745 – 764.

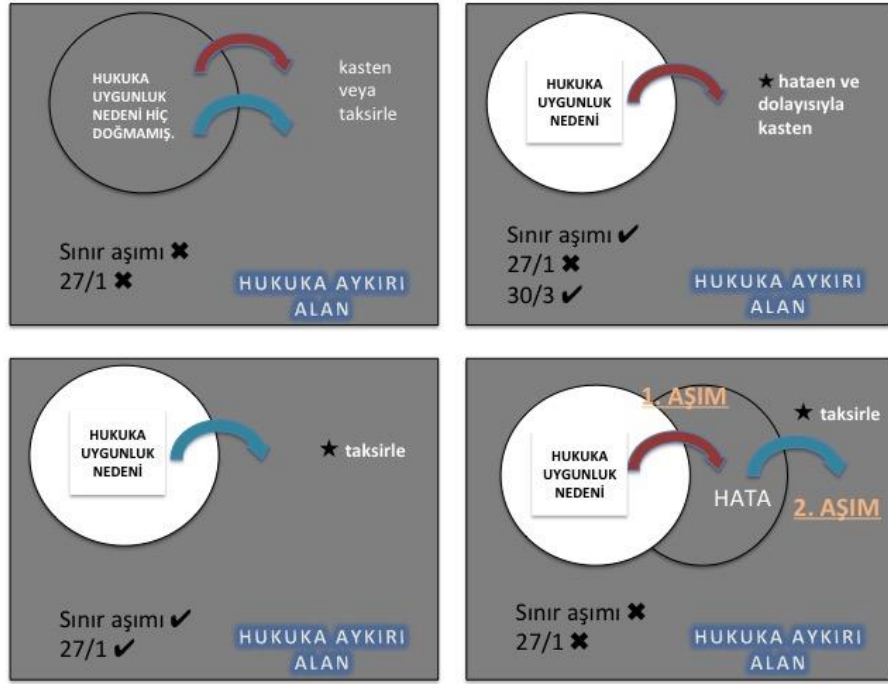
Zafer, Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler – TCK m. 1-75**, İstanbul, Beta, 2015. (Zafer, **GH**)

Zieschang, Frank, **Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar: Großkommentar, Band III, §32-37**, Yayına Hazırlayanlar: Yayına Hazırlayanlar: Thomas Rönnau, Kristian Hohn, Frank Zieschang, Andreas Grube, Christian Klie, 13. neubearbeite Auflage, Berlin, DeGruyter, 2019, §33, §35. (Zieschang, §33/ Zieschang, §35)

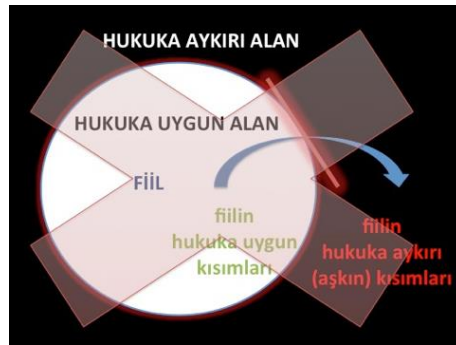
Zimmermann, Till, “Der Notwehrexzess im Völkerstrafrecht Dogmatische Grundfragen und die Rechtslage unter dem VStGB”, **ZIS**, 1/2015, ss. 57 – 66.

ŞEKİLLER

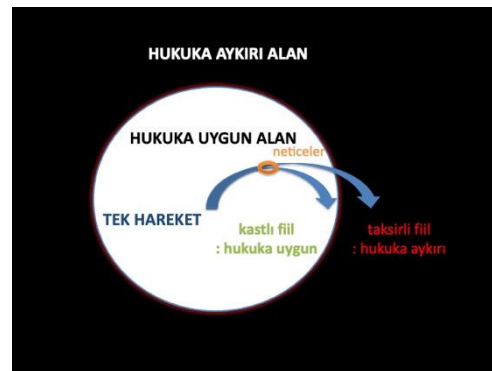
Şekil 1: Çifte Aşım



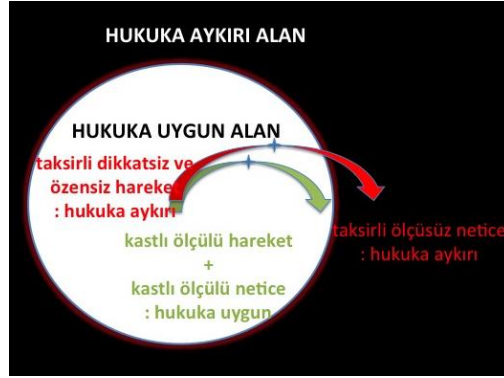
Şekil 2: Fiil hukuka uygun ve aykırı kısımlara bölünemez



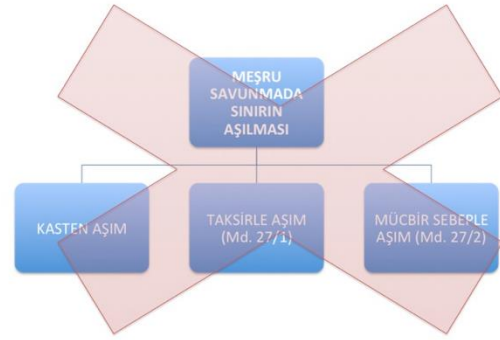
Şekil 3: “Doğal Fiil Tekliği”



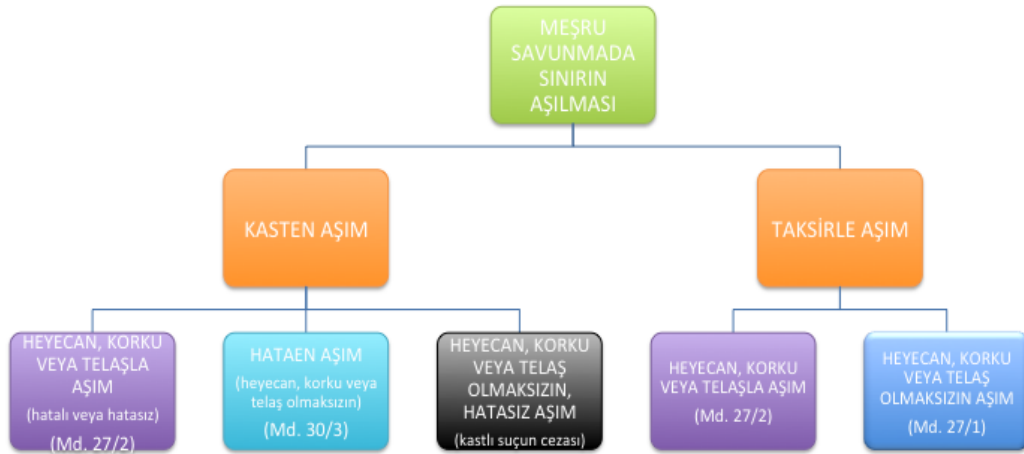
Şekil 4: Sınır aşan hukuki hareketin baştan itibaren hukuka aykırılığı



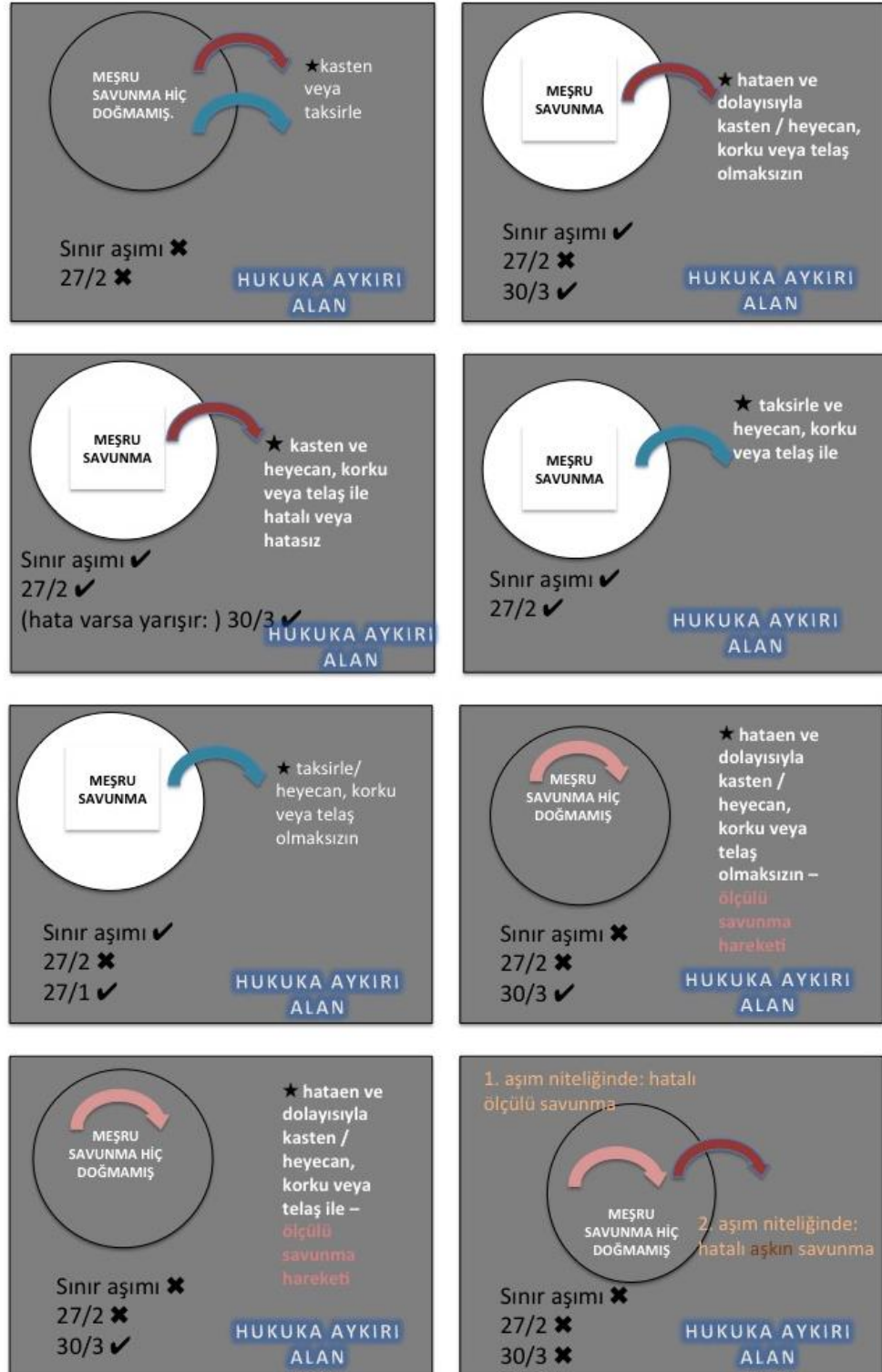
Şekil 5: Meşru savunmada sınır aşılmasında bugün geçerli olmayan üçlü ayırım



Şekil 6: Meşru savunmada sınırın aşılmasında güncel ayırım



Şekil 7: Meşru savunmada sınırın aşılmasına ilişkin ihtimaller



ÖZGEÇMİŞ



TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : Nuran HAYDAR ÇELİK
Tez Başlığı : TÜRK CEZA HUKUKUNDA HUKUKA UYGUNLUK
NEDENLERİNDE SINIRIN AŞILMASI
Savunma Tarihi : 07 / 05 / 2025
Danışman : Prof. Dr. E. Eylem AKSOY RETORNAZ

JÜRI ÜYELERİ:

Unvan, Ad-Soyadı

İmza

Prof. Dr. Yener ÜNVER
Prof. Dr. E. Eylem AKSOY RETORNAZ
Prof. Dr. Vesile Sonay EVİK
Prof. Dr. Pınar MEMİŞ KARTAL
Doç. Dr. Selman DURSUN

Prof. Dr. Ulun AKTURAN
Enstitü Müdürü