

# YENİ TCK'DA HUKUKA AYKIRILIK VE BİLHASSA MEŞRU MÜDAFA

Av. M. İhsan DARENDE

## Genel Olarak Hukuka Aykırılık

Suç genel teorisi içinde, hukuka aykırılığın, suçun unsurlarından birisi olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre hukuka aykırılık, suçun unsurlarından birisi değil, niteliğidir<sup>1</sup>. Bu görüşe göre unsur, bir bütünün parçasıdır; bu parçalar birleştiğinde bütünü meydana getirir. Oysa hukuka aykırılık, bir bütün olan suçun parçalarından değildir. Sadece maddi ve manevi unsuru ile ortaya çıkan bu bütün hakkında, dışarıdan verilen değer hükmü, deyim yerindeyse onun niteliğidir. Başka bir görüşe göre ise hukuka aykırılık, suçun unsurlarından birisidir<sup>2</sup>. Çünkü suç, esasen parçalara bölünebilir nitelikte değildir. Ancak, mantıksal bir analiz bakımından, zihnen bölünerek incelenmesi yarar sağlamaktadır. Bu bakımdan, yokluğu suçun oluşumuna engel olabilecek zihni parçalardan birisi olan hukuka aykırılık da diğerleri gibi, suçun unsurlarından birisidir. Bu husustaki tartışma, kanuni unsur ya da tipe uygunlukta da yaşanmaktadır. İlk görüşten yana olanlar, tipe uygunluğu unsurlar arasında saymamaktadır. Bunlara göre tipiklik, suç hakkında verilecek değer hükmüne ilişkindir. İkinci görüşü ileri sürenlerse, hukuka aykırılık gibi, tipikliğin de, bulunmaması halinde suçun teşekkülünü engelleyen unsurlardan olduğunu kabul etmektedir.

Hukuka aykırılığı bağımsız bir unsur saymayanların bir kısmı, onu kusurluluk (manevi unsur) içerisinde değerlendirir. Bunlara göre suç, hukuka aykırı bir fiil ve kusurluluktur. Failin bilinci dışında meydana gelmiş bir fiilin hukuka aykırılığından söz edilemez. O halde hukuka aykırılık, manevi unsur içerisinde erimektedir<sup>3</sup>. Bu fikre karşı (bilhassa Kunter tarafından), “kusurluluk, fiil ile fail arasındaki psikolojik bağa ilişkindir; oysa hukuka aykırılık, fiil ve fail ile hukuk düzeni arasındaki bağdır” eleştirisi getirilmiştir<sup>4</sup>. Hukuka aykırılığı bağımsız unsur saymayanların bir bölümü, onu cezalandırılabilme şartı kabul eder. Bir bölümü ise maddi unsura dâhil sayar.

Bu tartışmaların pratik önemi, hukuka aykırılığın kapsamı üzerindeki görüşlerle ortaya çıkmaktadır. Hukuka aykırılığı sadece şekli olarak kabul edenler, değerlendirmenin sadece fiil ile kanun (bazılarına göre sadece ceza kanunu) arasında yapılacağını ileri sürmektedir. Bunlara göre, suç, bir kuralın ihlalden ibarettir. Bu kuralı ise ancak kanun koyabilir<sup>5</sup>. Hukuka aykırılığın maddi nitelik taşıdığını kabul edenlerse şu açıklamayı yapmaktadır: “Hareket suç tipini ihlal edince, şekli hukuka aykırılık ortaya çıkmış olur. Ancak, normda belirlenmiş bulunan bu şekli hukuka aykırılığın bir de içeriği, iç bünyesi vardır ki, buna da maddi hukuka aykırılık ...”denir<sup>6</sup>. Maddi hukuka aykırılığı kabul edenler, bunun içeriği hususunda farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Bir kısmı, fiilin, tüm hukuk düzeni ile çelişmesi halinde hukuka aykırılık bulunduğunu kabul etmiş; başka bir bölümü, uygarlık kurallarına aykırılığı, bir bölümü insanlık kanunlarına ters düşmeyi, bir kısmı ise sosyal kurallara aykırılığı (anti sosyalliği) aramıştır. Sorun şudur ki; hukuka aykırılık, sadece şekli olarak nitelendirildiğinde, ceza kanunu ya da genel olarak kanun dışında hukuka uygunluk sebebi kabul edilmemektedir. Zaten bu sonuçtan yola çıkan müellifler, hukuka aykırılığın bağımsız bir unsur olmadığını, diğer unsurlardan birisi içinde eridiğini ileri sürmüştür. Hukuka uygunluk sebeplerinin kanun ve bilhassa ceza kanunu dışında da bulunabileceğini kabul eden müelliflerse, şekli aykırılığın yanında maddi aykırılığın da bulunması gerektiğini iddia etmiştir. Bunların büyük kısmı, bu sebepten dolayı hukuka aykırılığı bağımsız bir unsur olarak (“hukuka uygun olmama” şeklinde olumsuz bir unsur şeklinde) değerlendirmiştir.

Kanımcı hukuka aykırılık hususunda değerlendirme yapabilmek için hukukun ve bilhassa ceza hukukunun amacı göz önünde bulundurulmalıdır. [Bir başka yazıda](#) belirttiğim gibi<sup>7</sup>, işbölümü, insanın tabiata karşı mücadelesinde, onu değiştirip dönüştürmesinde, böylece özgürleşmesinde kullandığı en önemli araçtır. İş bölümünün hayata geçmesi ise insanların toplum halinde örgütlenerek yaşaması ile mümkün olmaktadır. Bu nedenle toplumsal zekâ (ortak akıl), toplumsal gelişme imkânlarını sürekli olarak açık tutmanın, bunu engelleyen her türlü faktörle mücadele etmenin araçlarını üretip yaratmakla görevlidir. Bu amaçla birçok kural koyar, bu kurallar vasıtasıyla, tüm toplumun uyum içinde yaşamasını, en üst seviyede iş bölümünün gerçekleşmesini sağlamaya çalışır. Toplumsal zekânın (ortak aklın) geliştirdiği kurallar çeşit çeşittir. Bunların bir kısmı nezaket kuralıdır; bir kısmı ahlâk kuralıdır; diğer bir bölümü ise gelenek-görenektir. Ancak toplumsal uyum, barış, huzur ve gelişme için daha önemli olan kurallar, hukuk kurallarıdır. Hukuk kuralları da diğerleri gibi, toplumsal zekânın, toplumsal gelişmeyi devam ettirebilmek için oluşturduğu normlardır. Toplumsal gelişme imkânlarını sürekli olarak açık tutabilmek için, bu gelişme ve uyumu engelleyen, yavaşlatan, durduran her türlü olgunun önlenmesi, önlenememişse, sonuçlarının bertaraf edilmesi zorunludur. İşte bu olgulardan en önemlileri, ceza hukukunun konusunu oluşturmaktadır. Bunlar o kadar önemli olgulardır ki, varlıkları toplumsal gelişme ve huzuru en ciddi şekilde etkilemektedir. Bu sebeple toplumsal zekâ, bu olgularla ve onların failleriyle özel olarak ilgilenmeyi gerekli bulmuştur. İşte **ceza hukukunun nihai amacı, insanlığın azami özerkliğe-özgürlüğe kavuşabilmesi için, toplumsal gelişme imkânlarını sürekli olarak açık tutabilmektir.** Bu nihai amaca ulaşmak için, toplumsal gelişmeyi engelleyecek önemdeki olguları tespit edip, bu olgulardan doğan olumsuzlukları ortadan kaldırmak da görevleri ve hedefleri arasındadır. Ancak asıl ve nihai amaç, her bir bireyin tanımlanmış hak ve özgürlükler alanının, toplumsal gelişme neticesinde olabildiğince genişlemesini sağlamaktır.

Keza [bir başka yazıda](#)<sup>8</sup> belirttiğim üzere, suçun maddi unsuru içinde yer alan hareket, kanımcı, toplumsal aklın koyduğu kurallara aykırılık teşkil eden insan davranışı; netice ise bu davranış sebebiyle ortaya çıkan gerginlik; toplumsal gelişme imkânlarındaki duraklama-gerilemedir. Ceza hukukunun amacı bu şekilde belirlenince, hukuka aykırılığa, sadece şeklî bir anlam yüklemek mümkün değildir. Mademki amaç, insanca yaşamayı sağlamaktır ve mademki bu amaçla toplumsal gelişme imkânları sürekli olarak korunmak zorundadır; o halde, önce, toplumsal barışı korumanın ortak kavramları belirlenmelidir. Daha doğrusu, hangi davranışların, toplumsal barışı bozduğu, insanlarda gerginlik ve endişeye yol açtığı, sükûnete, huzur içinde yaşama ve çalışmaya, üretim güçlerini geliştirmeye engel teşkil ettiği doğru biçimde saptanmalıdır. Bunu tespit eden yazılı kurallar, ceza normlarını teşkil edecektir. Suç, onu oluşturan iki temel unsur olan, maddi ve manevi unsurun varlığıyla meydana gelmekle birlikte, ayrıca hukuka aykırı olmak zorundadır. Kanımcı hukuka aykırılık suçun teşekkülünü sağlayan bir unsur değil; maddi ve manevi unsurlarla ortaya çıkan olgu hakkında verilen bir değer hükmüdür. Tıpkı kanunilik gibi, hukuka aykırılık da, mevcut olguyu, hukuk normları ile karşılaştırmayı gerektirmektedir. Kanunilik, mevcut olguyu ceza normu ile karşılaştırmayı; hukuka aykırılık ise tüm hukuk düzeni ile karşılaştırmayı zorunlu kılmaktadır.

Ancak bu değer hükmünün, suçun maddi ve manevi unsurlarına ilişkin olan iki ayrı yönü bulunmaktadır. Maddi unsura ilişkin bölümü, bizatihi eylemin toplumsal normlarla karşılaştırılmasını gerektirmektedir. Bu anlamda hukuka aykırılığın biçimsel yönünü, yazılı ceza normları ve diğer yazılı hukuk kuralları oluşturmaktadır. Ancak, hukuka aykırılığın, bir de, maddi yönü bulunmaktadır ki; işte asıl önemli olan budur. Herhangi bir (maddi ve manevi unsurlardan teşekkül eden) eylem, sadece yazılı hukuk kurallarına aykırı

olmakla suç teşkil etmemelidir; suç teşkil etmesi için, bir de maddi yönden hukuka aykırı bulunmalıdır. Aksi takdirde, ceza hukukunu, insanca yaşamayı sağlamak için, toplumsal gelişmeyi açık tutmayı amaçlayan bir araç olmaktan çıkartmış, toplumu yöneten insanların, diğer insanlar üzerindeki baskı aracı seviyesine düşürmüş oluruz. Bu nedenle yargıç, kanunda yapılan tanımlamaları ve pozitif hukuk kurallarını incelemekle yetinmemeli, eylemin, maddi yönden de hukuka aykırı olup olmadığını araştırmalıdır. İşte sorun, burada temel alınacak kuralların tespitinde ortaya çıkmaktadır. Hukuka aykırılığın maddi temelini oluşturan kurallar, insanlık yasaları gibi, soyut, günümüzde saptanma ve uygulanma imkânı bulunmayan, günümüzde uygulanmaya çalışıldığı takdirde, toplumsal barışı koruma fonksiyonunu gerçekleştiremeyecek olan kurallar olmamalıdır. Örneğin, üretim güçlerinin belirli bir gelişme aşamasında, her türlü ihtiyacın engelsizce karşılanabilmesi imkânı bulunduğu bir aşamada, insanlar arasında paylaşım eşitliği, şimdiki gibi, aritmetik bir anlam taşımayacaktır. Öyle ki, aynı miktar emek harcayan insanlardan birisi zayıf, birisi güçlüdür; birisi varlıklı birisi yoksuldur vs. Yani bu insanlar eşit değildir. Dolayısıyla, aslında eşit konumda olmayan bu insanlara, sadece eşit miktarda emek harcadıkları için, eşit ürün dağıtımı yapılması, gerçekte eşitsizlik olacaktır. Ancak bu durum, üretimin yeterli seviyeye geldiği bolluk ortamı için geçerlidir. Bu kuralı, bu günkü üretim seviyesinde uygulamaya kalkmak, eşitsizlik yaratacaktır. İşte bu nedenle, hukuka aykırılığın maddi temelini oluşturan kurallar, insanlık yasaları gibi soyut ve içi boş kurallar yerine, toplumun gelişmişlik seviyesi ile paralellik arz eden, başta sosyal ahlak kuralları olmak üzere, ortak aklın tüm kuralları olmalıdır. Çünkü bu kurallara aykırı olmayan bir eylem, sosyal barışı bozmayacak, toplumda gerginlik ve huzursuzluk yaratmayacaktır. Ancak burada, soyut kurallar olarak, ceza normu ile sosyal ahlak normunu (ve diğer toplumsal normları) karşılaştırıp; ahlâk normunu üstün tutmaktan söz etmiyoruz. Tam tersine, her somut olayın tüm ayrıntılarını inceleyip, özellikle failin saikini irdeleyerek, burada, sosyal ahlâka aykırılık bulunup bulunmadığı, toplumsal barışı bozma, topluma karşı gelme iradesi olup olmadığının araştırılması gerektiğini ileri sürüyoruz. Örneğin, sosyal ahlâk kuralları, yaşamına yönelen tehlikeyi bertaraf zorunluluğu altındaki kişinin işlediği cinayeti, savunma olarak kabul etmektedir. O halde meşru müdafaa, ceza kanununda düzenlenmiş bir hukuka uygunluk sebebi olmasa da, eylem, maddi yönden hukuka aykırı olmadığından suç teşkil etmeyecektir. Keza bir boksör, karşısındakine etkili eylemde bulunduğunu bilmektedir. Ancak burada, spor saiki ile hareket etmektedir ve sosyal ahlak kuralları buna cevaz vermektedir. Dolayısıyla eylem, maddi yönden hukuka aykırı değildir. Bir başka örnek; bir memur, kamuya ait kalemlerle, özel mektup yazmakta ve mürekkep harcamaktadır; ya da kamuya ait bir tek kâğıdı da bu amaçla kullanmaktadır. Burada zimmet suçunun tüm unsurları bulunmaktadır ancak, sosyal ahlak kuralları, bu ölçüde değersiz kullanıma cevaz verdiğinden, eylem hukuka aykırı değildir; fail, toplumsal barışa karşı gelme saikiyle hareket etmemektedir. Bugünkü gelişmişlik koşullarında, ötenazi, acı çeken hastaya yardım amacı taşımasına karşın, halen sosyal ahlak kurallarına aykırıdır. Ancak, bir gün, tıp biliminin iyice ilerlediği, bilimsel olarak yaşamın çözümlendiği bir aşamada bu eylem, sosyal ahlaka aykırı olma özelliğini kaybedecektir. İşte o zaman ötenazi, maddi yönden hukuka aykırı olamayacağından, suç teşkil etmeyecektir. Keza, bahçeden dışarı sarkan dallardaki meyvelerden bir iki tane koparmaya, sosyal ahlak kuralları cevaz veriyor ise, bu eylemi yapan kişi için, hırsızlık suçu (maddi olarak hukuka aykırılık bulunmadığından) oluşmayacaktır.

Burada, yargıca büyük bir iş düşmektedir. Sosyal ahlak kurallarını ve diğer toplumsal normları doğruca saptayacaktır. Ancak bununla da yetinmeyerek, toplumsal gelişme yasalarını araştırarak ve o an için geçerli olan toplumsal normların, toplumsal gelişme yasalarına aykırı olup olmadığını, toplumun ileri gitmesini engelleyip engellemediğini belirleyecektir. Özellikle, pozitif hukuk kurallarının, toplumu bağlı tutan geri nitelikteki gelenek-görenekleri aşma amacıyla ihdas edildiğini tespit ettiği takdirde, toplumsal

normları dikkate almayacaktır. Ancak bu tespit, objektif amaca göre yorum kurallarını uygulayacak, yasa koyucunun subjektif amacı yerine, toplumsal gelişmişliğin ortaya koyduğu objektif amacı (ortak iradeyi) esas kabul edecek ve pozitif hukuk kuralı ile sosyal ahlak kaidesini bu ölçüde göre karşılayacaktır.

Bu yöntemde, pozitif hukuk kurallarının çiğnendiği, yargılamada keyfiliğin oluşacağı söylenemez. Çünkü yargıç, hiçbir uygulamasında, yasa koyucunun subjektif amacına bağlı kalmayacak, kuralları yorumlarken, toplumsal ihtiyaçları dikkate alarak, normun amacını bu ihtiyaçlara; ortak aklın objektif iradesine göre tespit edecektir. Aksi takdirde hukuk, toplumsal gelişmenin önünde ayak bağı olmaktan kurtulamayacaktır. Bunun gibi, yargılamada temel olarak pozitif kurallara bağlı kalacak olan yargıç, sadece hukuka aykırılık bakımından sosyal ahlak kurallarını göz önünde bulunduracak, böylece, bir eylemin, toplumsal barışı bozma niteliğine sahip olup olmadığını da dikkate alacaktır. Diğer yandan, maddi yönden hukuka aykırı olsa da, şekli yönden hukuka aykırı olmayan bir eylem nedeniyle ceza verme imkânı bulunmadığından (yani kanunsuz suç olmayacağından) yargıcın keyfi davranması mümkün olmayacaktır.

Hukuka aykırılığın manevi unsura ilişkin olan yönü ise şudur: Failde yaptığı hareketin toplumsal düzene aykırılık teşkil ettiği bilinci bulunmaması halinde, manevi unsurun gerçekleştiği kabul edilemez. Manevi unsur, başka bir incelemenin konusunu oluşturmakla birlikte, kanımca, kasıtlı ve taksirli sorumluluğu birleştiren bir ana temele oturmaktadır ve o da hukuka aykırılık bilincidir. Kasıtlı suçlar için kanımca, failin, hareketten doğan neticeyi bilmesi ve ayrıca gerek hareketin, gerekse bildiği neticenin, ortak aklın kurallarına aykırı olduğunun bilincinde bulunması gerekmektedir. Ancak bu bilincin varlığı halinde ceza sorumluluğunun varlığından söz edilebilir. Taksirli suçlarda ise hareketin ortak aklın kurallarına aykırı olduğu bilinci gereklidir. En azından fail, özen yükümlülüğüne aykırı davrandığının bilincinde olmalıdır. Ayrıca neticenin bilincinde olması gerekli değildir, ancak bilinç neticeyi de kapsamakta ise bilinçli taksirin varlığından söz edilir. Bu asgari ölçüdeki bilincin bulunmaması halinde dahi ceza sorumluluğunun varlığını kabul etmek, ortak akla uygun davrandığı bilincine sahip olan fail hakkında, haksız bir yaptırım uygulama sonucu doğuracaktır. Çünkü cezanın amaçlarından birisi de, faili yeniden topluma kazandırmak, ıslah etmektir. Hukuka aykırılık bilincine sahip olmayan fail hakkında yaptırım uygulamak, bu amaca ters düşeceği gibi, bilince dayalı olması gereken sorumluluk esaslarına da aykırıdır.

5237 sayılı yeni TCK'da, açıkça değilse de, hukuka aykırılığın, hem maddi unsura, hem de manevi unsura ilişkin yönlerinin dikkate alındığı ve maddi anlamda hukuka aykırılığın gözetildiği gözlenmektedir: Gerçekten de, YTCK'nın 4. maddesi şöyledir: “(1) Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz./ (2) Ancak sakınamayacağı bir hata nedeniyle kanunu bilmediği için meşru sanarak bir suç işleyen kimse cezaen sorumlu olmaz”. Hükmün gerekçesinde ise şu açıklama bulunmaktadır: “Tasarıda, kişinin bir fiilin hukuk düzenince yasaklandığına ilişkin kaçınılamayacak hatası dikkate alınmamaktaydı. Anayasamızda güvence altına alınan kusur ilkesiyle açık biçimde çelişen bu durumun düzeltilmesi zorunluluğu nedeniyle maddeye ikinci fıkra eklenmiştir./ Bu hükümlerle, kişinin işlediği fiilden dolayı kusurlu ve sorumlu tutulabilmesi için, bu fiilin bir haksızlık oluşturduğunu bilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre, kişi, işlediği fiilin hukuken kabul görmez bir davranış olduğunun bilincinde olmalıdır. Ancak, işlenen fiilin kanunlarda suç olarak tanımlanmış olduğunu bilmek gerekmez./ İşlenen fiilin hukuken kabul görmez bir davranış oluşturduğu hususundaki hatanın kaçınılamaz olması hâlinde, kişi kusurlu sayılamaz. Hatanın kaçınılamaz olduğunun belirlenmesinde ise, kişinin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşulları göz önünde bulundurulur./ Hatanın kaçınılabılır olması durumunda

kişi kusurlu sayılacak ve bu husus, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır”. Kanun koyucu, bu hükümde, açıkça hukuka aykırılık bilincini aramıştır<sup>9</sup>. Gerekçe daha açık bir şekilde düzenlenmiştir. Böylece, yaptığı hareketin hukuk düzenine aykırı düştüğünün bilincinde olmayan şahıs, hataya düşmekte haklı ise, ceza sorumluluğuna sahip olmayacaktır. Çünkü o, hareketinin meşru olduğunu sanmaktadır. Eğer hareket gerçekte hukuka uygun değilse ve buna rağmen fail hata sonucunda hukuka uygun olduğunu düşünmüşse, hatanın kaçınılmaz olup olmadığına bakılacaktır. Eğer hata kaçınılmaz ise ceza sorumluluğu yoktur. Eğer hatanın kaçınılmaz olmadığı kabul ediliyorsa, yani fail hataya düşmekte kusurlu ise ceza sorumluluğu mevcuttur. Çünkü fail, özen yükümlülüğüne aykırı davranmıştır; yani toplumsal kuralları araştırma görevini ihmal ettiğinin farkındadır. Özen yükümlülüğüne aykırı davrandığının farkında olan fail, hukuka aykırılık bilincine sahip demektir. Böylece YTCK, 765 sayılı TCK’da olmayan bu düzenlemeyi kabul etmiş, ceza sorumluluğunun temelini, kusur esasında bulmuştur<sup>10</sup>. Böylece, hukuka aykırılığın manevi unsura ilişkin bölümünde, hukuka aykırılık bilincinin varlığını şart koşmuştur.

Yeni TCK’da, maddi anlamda hukuka aykırılığın da gözetildiğine ilişkin işaretler bulunmaktadır: YTCK’nın 145. maddesi uyarınca; “Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, **ceza vermektен de vazgeçilebilir**”. Buna benzer bir hüküm de CMK’da bulunmaktadır. 5271 sayılı CMK’nın 223. maddesinin 4. fıkrasının “d” bendi uyarınca; “İşlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı,/ dolayısıyla, faile ceza verilmemesi hallerinde, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir”. Bu hükümler, eylemin haksızlık içeriğinin azlığı halinde, faile ceza verilemeyeceğini açıklamaktadır. O halde kanun koyucu, eylemin maddi anlamda da hukuka aykırı olması gerektiği inancındadır. Çünkü belirtilen durumlarda suç bütün unsurları ile gerçekleşmiştir. Ancak malın değeri çok azdır ya da haksızlık içeriği çok zayıftır. Bu durumda hukuk düzenine aykırılık, şeklen mevcuttur, ancak maddeten yoktur. Çünkü ortak akıl, bu ölçüde az haksızlıklara müsamaha göstermektedir. İşte bu sebeple eylem yaptırıma tabi tutulmamaktadır.

Kısaca yeni TCK ve CMK, hukuka aykırılığın hem maddi, hem de manevi unsura ilişkin yönlerini ayrı ayrı dikkate almış ve maddi anlamda hukuka uygunluğun mevcudiyeti halinde eylemin cezalandırılmayacağını kabul etmiştir. Böylece, modern ceza hukukunun gereklerine çok uygun bir adım atılmıştır.

### **Hukuka uygunluk sebeplerinden meşru müdafaa:**

Yeni TCK’da, meşru müdafaa ve müdafaa sınırının aşılması ile ilgili olarak ihtiyaçlara uygun düzenlemelere yer verilmiştir. Bunların incelenmesine geçmeden önce, “meşru müdafaa”nın hukuki esası üzerindeki tartışmalara kısaca göz atmakta yarar bulunmaktadır:

Bir görüşe göre meşru müdafaa, doğal bir haktan ibarettir. Bu görüşten yana olanlara göre, meşru müdafaa, yazılı değil, doğuştan beri yer alan bir kanundur. Onu öğrenmeyiz, iktibas etmeyiz, tabiatın kendisinden doğrudan alırız<sup>11</sup>. Bu görüşe katılanlardan bir kısmı, meşru müdafaayı, kamu savunmasının önünde bir yere oturtmakta, kamusal savunmaya tali nitelik tanımaktadır. Bir başka görüşe göre meşru müdafaada hareket kusurludur, ancak amaca uygunluk düşüncesiyle cezalandırılmamaktadır<sup>12</sup>. Bir grup müellif meşru müdafaayı, saldırıdan kaynaklanan manevi cebrin etkisi ile işlenmiş kabul etmekte ve faili, irade serbestisi kalmadığından kusursuz bulmaktadır<sup>13</sup>. Bir başka grup, meşru müdafaa halindeki failin, kötülüğün kötülükle karşılanması esassından hareketle cezalandırılmaması gerektiğini ileri sürmektedir<sup>14</sup>. Hakların çatışması teorisinden yana olanlara göre, iki hak

çatıştığında devlet bunlardan üstün olanını korumakla yükümlüdür ve saldırıya uğrayan kimsenin hakkı, diğerinden üstündür<sup>15</sup>. Pozitivist okul ise kendisini savunmak zorunda kalan kişinin saikinin meşru olduğunu, bu haliyle tehlike yaratmadığını kabul etmektedir<sup>16</sup>.

Kanımcı meşru müdafanın hukuki esası, ceza verme hakkı ve hukuka aykırılık hususundaki genel görüşte aranmalıdır. Mademki hukuk kuralları, ortak aklın, toplumsal gelişme imkânlarını sürekli olarak açık tutmak üzere ihdas ettiği normlardır ve mademki amaç, bu gelişmeyi engelleyecek her türlü gerginlik ve huzursuzluğu önlemek; olmadığı takdirde, neticelerini bertaraf etmektir, o halde **meşru müdafaa, ortak aklın, toplumsal gerginlik yaratacak bir eylemi engelleyebilmek için, ona nispetle daha az gerginlik yaratacak başka bir eyleme verdiği izin; tanıdığı meşruiyettir**. Bu sebeple, sadece saldırıya uğrayan kişiye değil, onu bu saldırıdan kurtarma zaruretiyle hareket eden üçüncü şahıslara da müdafada bulunma imkânı tanınmıştır. Ancak bunun için, toplumsal gerginlik yaratan saldırıyı engelleme zarureti bulunmalı ve engellemek için icra edilen eylemle doğacak gerginlik, saldırının oluşturduğu gerginliğe nispeten daha hafif olmalıdır. Kısaca meşru müdafaa, haksız saldırı ile oluşacak toplumsal huzursuzluk ve gerginliği önleme amacıyla, saldırıyı bertaraf eden ve onunla oluşacak gerginlikten daha az gerginlik yaratacak bir eyleme tanınan meşruiyettir ve bu yönüyle bir hukuka uygunluk sebebidir. Bu açıklama, hem kendi yararına, hem üçüncü şahıs yararına savunmada bulunan şahıslar için geçerlidir.

Bununla birlikte, kendi yararına savunmada bulunan şahıs, aynı zamanda kusursuz da bulunabilecektir. Ceza sorumluluğunun esaslarına ilişkin yazımda belirttiğim gibi, herhangi bir dış etkiyle karşılaşan bir insanın zihninde, bu etkiye vereceği tepkiye ilişkin olarak birçok seçenek belirebilir. Ancak bu seçenekler sınırsız değildir ve failin içinde bulunduğu koşullar, çevresel etkenler, biyolojik ve psikolojik yapısı gibi birçok sebeple, zihninde oluşabilecek seçeneklerin sayısı azalmaktadır. Her şeye rağmen, birden fazla seçenek oluşabileceği için, insan iradesi özerktir ve ceza sorumluluğu, bu özerkliğe dayalı olarak mevcuttur. Buna karşılık, bu seçeneklerin sayısı bire inmişse, iradenin özerkliğinden söz etmek de mümkün değildir ve bu durumlarda ceza sorumluluğu yoktur. Bu sebeple, haksız bir saldırıya uğramış veya uğrayacağı muhakkak olan bir şahsın, bu saldırıyı bertaraf etme güdüsü altında, zihninde oluşabilecek başka seçenek kalmamışsa, ceza sorumluluğunun bulunduğundan söz etmek de mümkün değildir. İşte bu yüzden, kendi yararına meşru müdafada bulunan bir şahıs, zaruret altında kalmışsa, kusursuz sayılacağı için cezalandırılmayacaktır. Özetle, meşru müdafanın hukuki esası, gerek kendi yararına, gerekse üçüncü şahıs yararına yapılmış olsun, saldırıyla oluşacak toplumsal gerginliği önlemenin meşruiyetinde yatmaktadır ve bu yönüyle hukuka uygunluk sebebidir. Ancak, ayrıca, kendi yararına meşru müdafada bulunan şahıs, kusursuz da bulunabilecektir. Bu durumda, saldırının koşulları dikkatlice değerlendirilmeli ve saldırı mağdurunun zihnindeki seçeneklerin gerçekten ortadan kalkıp kalkmadığı incelenmelidir. Çünkü meşru müdafanın hukuka uygunluk sebebi olarak kabulü için, saldırının yöneldiği hak, savunma için ihlal edilen haktan üstün olmalıdır. Aksi takdirde, saldırıyla oluşacak gerginlikten daha ağır bir gerginlik ortaya çıkmış olur ki, ortak aklın buna cevaz vermesi düşünülemez. Ancak kendi yararına savunmada bulunan şahıs için, saldırı, zihninde oluşacak seçenekleri ortadan kaldırmış ise hukuka uygunluk değil; kusursuzluk söz konusu olacaktır. Bunun içinse, saldırı mağdurunun psikolojik durumunun doğru bir tahlile tabi tutulması gerekmektedir. Burada hukuka uygunluk söz konusu olmadığı için, saldırı ve savunmayla ihlal edilen haklar eşit olabileceği gibi, mazur görülebilir bir korku ve heyecan sebebiyle, daha ağır bir hak ihlal edilmiş olsa dahi cezalandırma yoluna gidilemeyecektir. Çünkü artık söz konusu olan, kusursuzluktur.

Yeni TCK'da meşru müdafaa ve sınırın aşılması hakkında yapılan düzenlemelerle, yukarıda ileri sürülen görüşe yakın bir yol seçilmiştir. Şimdi bu hükümler ışığında, meşru müdafaa'nın şartlarını incelemek yararlı olacaktır:

YTCK'nın 25/1. maddesi uyarınca; "Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hâl ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez". Bu hükme göre, önce saldırının şartlarını incelemek gerekmektedir:

1. Meşru müdafaa'nın kabulü için, öncelikle **haksız** bir saldırının varlığı gereklidir. Saldırının haksız olması yeterlidir; ayrıca suç teşkil etmesi gerekmez. Keza, objektif olarak haksız olması yeterlidir. Ayrıca bir de kusurlu sayılması gerekmez. Diğer yandan, saldırıya uğrayanın, buna kendi hareketi ile sebebiyet vermesi durumu değiştirmez<sup>17</sup>. Meğerki saldıran, diğerinin haksız saldırısından kurtulmak için saldırmak zorunda kalmış olsun. Yani saldırı, esasen savunma amacıyla yapılmışsa haksız olmayacaktır ve bu sebeple, bu saldırıdan kurtulmak için yapılan savunma haklı sayılmayacaktır. Ancak saldıran, meşru müdafaa durumunda değil de, örneğin haksız tahrik altında ise, yine de mağdur için meşru müdafaa'nın şartlarının oluştuğu kabul edilecektir.

2. Saldırının, herhangi bir hakka yönelmiş olması gerekmektedir. Bu hak, savunmanın kendisine ilişkin olabileceği gibi, başkasına ait olması da mümkündür. ETCK'dan farklı olarak, saldırının, kişiliğe ilişkin bir hakka yönelmesi zorunlu değildir. Malvarlığına ilişkin olsa bile, herhangi bir hakka yönelmiş olması yeterlidir. Yeter ki, aşağıda açıklanacağı üzere, savunma için kullanılan araçlar ve konu yönünden orantılılık bulunsun. YTCK'nın getirdiği en önemli yeniliklerden birisi, saldırının yöneldiği hakkın kapsamındaki bu genişlemedir.

3. Saldırının halen var olması gerekmektedir. Ancak, saldırının, başlamış, başlayacağı muhakkak veya bitmiş olsa dahi, tekrarı muhakkak olması halinde, halen var olduğunun kabulü gerekmektedir. ETCK'da yer almamakla birlikte, doktrin ve uygulama ile kabul edilen<sup>18</sup> başlayacağı veya tekrarı muhakkak saldırı şartı, YTCK'da açıkça düzenlenmiştir.

Savunmaya ilişkin şartlar ise şöyle düzenlenmiştir:

4. Savunmada zorunluluk bulunması: Meşru müdafaa'nın hukuka uygunluk sebebi olarak kabulü için, saldırıdan başka suretle kurtulma imkânı bulunmaması gerekmektedir. Aksi takdirde, toplumsal gerginliği önleyecek başka imkânlar dururken, yeni bir gerginlik yaratarak bu yola gitmeyi meşru kabul etmek gerekecektir ki, ortak aklın buna izin vermesi düşünülemez. Bununla birlikte, mağduru kaçmaya mecbur bırakmak da mümkün değildir. Yani saldırıdan kaçma yerine savunmada bulunan şahsın eylemi de hukuka uygundur; çünkü ortak akıl, hiç kimseye, ortak değer yargılarına göre onursuz sayılan bir davranışta bulunma mükellefiyeti yükleyemez<sup>19</sup>. Zorunluluk değerlendirilirken, o andaki somut hal ve şartları esas almak gerekmektedir. Bu hususta soyut bir değerlendirme yapılamaz.

5. Savunma ile saldırı arasında oran bulunması gerekmektedir. Bu orantının, gerek saldırı ve savunmayla ihlal edilen haklar arasında, gerekse kullanılan araçlar hususunda bulunması zorunludur. Yani, gerek konu, gerekse araç açısından, saldırı ile orantılı bir

savunma bulunması gerekmektedir. Bu şart, YTCK sisteminde bir kat daha fazla önem kazanmıştır. Çünkü yukarıda açıklandığı gibi, ETCK'dan farklı olarak, yeni kanunda, her türlü hakka yönelen saldırı için meşru müdafaa kabul edilmiş, yani, bu hukuka uygunluk sebebinin alanı genişletilmiştir. Ancak bunun için, orantılılık ilkesinin daha hassas bir şekilde değerlendirilmesi zorunludur. Bilhassa, malvarlığı haklarına yönelen bir saldırıdan kurtulmak için yapılan savunmayla ihlal edilen hakkın ağır olmaması zorunludur. Aksi takdirde, saldırıyla oluşacak olandan çok daha ağır bir toplumsal gerginlik doğacaktır ki, ortak aklın buna meşruiyet tanınması mümkün değildir. Orantılılık açısından da, o andaki somut hal ve şartların dikkate alınması gerektiği, bizatihi, kanun metninde belirtilmiştir. Yani bu hususta da soyut belirlemelerden kaçınılması gerekmektedir. Araçta orantılılık tespit edilirken, savunanın, saldıran ile aynı aracı kullanması aranmayacaktır. Ancak, somut olayda aracın kullanılış biçimi, aracın fonksiyonundan daha önemli olacaktır.

### **Meşru müdafaada sınırın aşılması:**

YTCK'nın 27. maddesi şu hükmü taşımaktadır: “(1) Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması hâlinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altıda birinden üçte birine kadarı indirilerek hükmolunur./ (2) Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez”.

Hükmün birinci fıkrası, bütün hukuka uygunluk sebepleri ile ilgilidir. İkinci fıkra ise sadece meşru müdafaada sınırın aşılmasını düzenlemektedir. Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, bu hüküm, sınırın sadece taksirle aşılması halinde uygulanacaktır. ETCK'nın 50. maddesinde, sınırın taksirle aşılması hususunda bir açıklık bulunmamaktaydı. Ancak gerek doktrin, gerekse uygulamada, sınırın kasten aşılması durumunda, 50. maddenin uygulanamayacağı kabul edilmekteydi. Bu yönüyle YTCK'nın mezkûr hükmü, sadece uygulamaya açıklık getirmiştir. Gerçekten de, hukuka uygunluk sebebinin sınırı kasten aşılmışsa, yani fail sınırı aştığını biliyor ve bunu istiyorsa, artık hukuka uygun davranışta bulunduğundan söz edilemez. Çünkü o, ortak aklın kurallarına aykırı davrandığını bilmektedir ve bunu istemektedir. Yani fail, hukuka aykırılık bilincine sahiptir. Bu bilince sahip olan şahsın davranışının, hukuk düzenince korunması mümkün değildir. Örneğin, yumrukla gerçekleşen bir saldırının muhatabı, silahını çekip, saldırganın açığına ateş ederek, ya da en çok, kolunu-bacağını hedef alarak bu saldırıyı defedebilecek durumdadır. Buna rağmen, bilerek ve isteyerek hayati organlara ateş ederse, sınırı kasten aşmış olur. Bu durumda da, saikin sosyallığından söz edilmesi mümkün değildir; çünkü hedefine ulaşmak için, kendisine yönelen saldırıyı kullanmış durumdadır. O halde, sınırı kasten aşmış bu şahıs hakkında, doğrudan adam öldürme ya da yaralama ya da bu suçlara teşebbüsten hüküm kurulması gerekmektedir.

Buna karşılık sınır taksirle aşılmış ise YTCK'nın 27. maddesi hükmü tatbik edilecektir. Bu hükmün, ETCK'nın 50. maddesine oranla getirdiği en önemli yenilik, sınırın aşılması halinde, ancak taksirle işlenebilen bir suç ortaya çıkması halinde ceza verilebilmesidir. Yani sınırın aşan şahsın eylemi, kanuna göre taksirle işlenebilen bir suç oluşturmuş ise o ancak bu durumda ve taksirli eylemi sebebiyle cezalandırılacak, üstelik taksirli suçun cezasında indirim de yapılacaktır. Buna karşılık sınırın aşarken gerçekleştirilen suç taksirle işlenemiyorsa, cezalandırma mümkün olmayacaktır. Örneğin, savunma sınırını aşarak, saldırganı öldüren fail, taksirle adam öldürme suçu sebebiyle cezalandırılacaktır; o da aşağıda açıklanacağı gibi, ancak, mazur görülen bir korku, telaş ve heyecan sebebiyle aşmamış ise... Çünkü kanuna göre adam öldürme suçu, taksirle de işlenebilen bir suçtur. Buna



karşılık sınırı aşarken eşyaya zarar veren bir fail, her hangi bir suçtan dolayı ceza almayacaktır. Çünkü kanuna göre nas-ı ızzar suç, ancak kasten işlenebilir. Oysa ETCK'nın 50. maddesinde bu ayırım mevcut değildi. Sınırı aşarken işlenen suç kasten işlenen bir suç da olsa, fail, 50. maddedeki indirim yapılmak suretiyle cezalandırılmaktaydı. Kanunun bu düzenlemesi, her bakımdan isabetli olmuştur. Öncelikle müessese, isabetli bir temele oturmuştur. Çünkü sınırı taksirle aşan şahsın eylemi, hukuka uygun olma vasfını kaybetmişse de, bunun sebebi, sınırı aşarken kusurlu olmasıdır. Yani fail özen yükümlülüğüne uygun davranmadığı için ve sadece bu sınıra kadar hukuka aykırılık bilincine sahiptir. Bu durumda ise ceza sorumluluğu, sadece taksirli suçlar bakımından gerçekleşmiş demektir. O halde ortaya çıkan eylem sebebiyle, taksirli sorumluluk kuralları uygulanmalıdır.

Diğer yandan, meşru müdafaa sınırının aşılmasına, mazur görülen bir korku, telaş ya da heyecan sebebiyet vermişse, failin ceza sorumluluğu yoktur (YTCK 27/2)<sup>20</sup>. Çünkü onun zihninde oluşabilecek tüm seçenekleri, bu haksız saldırı ve onun yarattığı korku ve heyecan yok etmiştir. Üstelik saldırı öylesine etkilidir ki, mağduru sınırı aşmaya sevk eden korku, telaş veya heyecan, objektif açıdan da mazur görülmüştür. İşte bu yüzden, eylem hukuka uygunluğunu kaybettiği halde, fail cezalandırılmamaktadır çünkü kusurlu değildir. Bu düzenleme de, yukarıda açıldığımız görüşe uygundur ve kanımca çok isabetli olmuştur. Gerçekten de, CMK'nın 223. maddesi uyarınca, hukuka uygunluk sebebinin varlığı halinde “beraat” kararı; buna karşılık “meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması” halinde, kusurunun bulunmaması dolayısıyla “ceza verilmesine yer olmadığı” kararı verilmektedir. Yani kanun koyucu, meşru müdafaayı, esas itibarıyla hukuka uygunluk sebebi olarak kabul etmiş, ancak, kendi yararına savunma yapan şahsın, sınırı mazur görülebilecek bir korku, telaş veya heyecanla aşması halinde ise hukuka uygunluğu değil, kusursuzluk sebebiyle ceza verilmeyeceğini ortaya koymuştur.

### **Mefruz meşru müdafaa:**

Meşru müdafaa konusunda en çok tartışılan konulardan birisi de, gerçekte saldırı olmadığı halde, bunun varlığı hususunda yanlış, bu saldırıyı bertaraf etme saikiyle hareket eden şahsın, meşru müdafaa hükümlerinden yararlanıp yararlanmayacağı noktasında toplanmıştır. YTCK'nın 30/3. maddesi, bu sorunu açık bir şekilde çözüme bağlamıştır. Hükme göre; “Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır”. Burada da kanun koyucu, eylem hukuka uygun olmadığı halde, kusursuzluk sebebiyle ceza vermektan kaçınmıştır<sup>21</sup>. Ancak bunun için, hatanın kaçınılmaz olması gerekmektedir. CMK'nın 223. maddesi uyarınca; “kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi hallerinde, kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı” verilir.

Bu hususta tartışma yaratan konulardan birisi de, gerçekte haksız bir saldırının mevcudiyetine rağmen, failin bunun farkında olmadan eylemde bulunması halidir. Örneğin, a, b'yi öldürmek için ateş etmek üzereyken, onun bu saldırısını bilmeyen b, a'yı yaralama kastıyla ateş eder ve a yaralananınca, b'ye yönelen saldırısını yapamaz. Bu durumda, objektif olarak meşru müdafaa durumu mevcut iken, sübjektif olarak yoktur. İşte böyle hallerde, faile ceza verilip verilmeyeceği tartışmalıdır. Bir grup, hukuka uygunluk sebeplerini, suçun objektif unsurlarından saydığı için, objektif olarak vücuda gelen meşru müdafaa durumunun, unsurun teşekkülünü engellediği ve dolayısıyla faile ceza verilemeyeceğini kabul etmektedir. Meşru müdafaayı kusursuzlukla izah eden başka bir grup ise burada failin kusurluluğunu etkileyen bir durum olmadığını ve ceza verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Pozitivist okul, saiklerin sosyalliğinden ve tehlike halinden hareket ettiği

için, bu tür durumlarda fail üzerinde tedbir uygulanmaması için hiçbir sebep olmadığını açıklamaktadır. Kanımca, cezanın günümüzdeki içeriğinde, halen, faile acı çektirme amacı da tecelli etmektedir. Böyle olunca ceza sorumluluğunun doğduğunun kabulü için, suçların listeler halinde önceden hazırlanıp ilanı zorunludur. Yani eylemin tipiklik açısından değerlendirmeye alınması mecburiyeti vardır. Bu durumda, kanunda yer almayan bir eylem dolayısıyla, kimseye ceza verilemez. Fail, kanunda suç olarak düzenlenmiş olmayan bir eylemi, suç olduğunu sanarak işlemiş olsa dahi, sonuç değişmeyecektir (mefruz suç). Bunun gibi, meşru müdafaa, kanunda hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmiş ise, objektif olarak müdafaa halinin bulunması, hukuka uygunluk açısından yeterlidir. Çünkü hukuka uygunluğun varlığı, failin bilgisinin dışındadır ve objektif nitelik taşımaktadır. Fail bilmese de, hareketi ile bir saldırıyı engellemiş ise objektif açıdan, toplumda oluşacak daha büyük bir gerginliği azaltmıştır. Bu durumda, aynen mefruz suç durumunda olduğu gibi, faile ceza verilmemesi gerekmektedir. Çünkü hukuka uygunluk da, aynı tipiklik gibi, eylem hakkında dışarıdan kurulan bir değer hükmünü gerektirmektedir. Bu hükmün, eylemin manevi unsuru ile ilgisi yoktur. Buna karşılık kanun, meşru müdafaa, hukuka uygunluk sebebi olarak değil de, kusursuzluk sebebi olarak düzenlemiş ise saldırının farkında olmayan failin cezadan kurtulması mümkün değildir. Çünkü kanuna göre meşru müdafaa, ancak kusurluluğu ortadan kaldırdığı takdirde cezaya engel olmaktadır ve fail saldırıdan haberdar olmadığı için, kusurluluğunu ortadan kaldıran bir etken olarak kabulü mümkün değildir. YTCK, sınırın mazur görülecek korkuyla aşılması hali müstesna, meşru müdafaa, hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlemiştir<sup>22</sup>. Bu sebeple, eylemin hukuka uygun sayılması için, meşru müdafaa'nın objektif olarak gerçekleşmesi yeterlidir; failin bunu bilmesine gerek yoktur.

<sup>1</sup> Prof. Faruk Erem-Prof. Ahmet Danışman-Prof. Mehmet Emin Artuk, Ceza Hukuku Genel Hükümler Sayfa: 61

<sup>2</sup> Prof. Sulhi Dönmezer-Prof. Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: 2 Sayfa: 8

<sup>3</sup> Prof. Faruk Erem-Prof. Ahmet Danışman-Prof. Mehmet Emin Artuk, Ceza Hukuku Genel Hükümler Sayfa: 54

<sup>4</sup> Prof. Faruk Erem-Prof. Ahmet Danışman-Prof. Mehmet Emin Artuk, Ceza Hukuku Genel Hükümler Sayfa: 55

<sup>5</sup> Prof. Faruk Erem-Prof. Ahmet Danışman-Prof. Mehmet Emin Artuk, Ceza Hukuku Genel Hükümler Sayfa: 58

<sup>6</sup> Prof. Ayhan Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt II. Sayfa 150

<sup>7</sup> Av. M. İhsan Darende, Ceza Sorumluluğunun Esasları

<sup>8</sup> Av. M. İhsan Darende, Yeni TCK'da Çift Neticeli Sapma Ve Fikri İçtima

<sup>9</sup> Dördüncü maddenin bu fıkrası 5377 SY'nin 1. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış bunun yerine aynı Yasa'nın 4. maddesi ile TCK'nın 30. maddesine şu hüküm eklenmiştir: "İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz." Kanun koyucu bu değişiklikle de aynı doğrultudaki yaklaşımını sürdürmüştür.

<sup>10</sup> Yeni TCK'nın 4. maddesinin 2. fıkrası, 5377 sayılı Kanun ile madde metninden çıkartılmışsa da, aynı Kanun 30. maddeye şu fıkrayı eklemiştir: "İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz." Gerekçede bu değişiklik şöyle açıklanmıştır: "Kusurluluk açısından önemli olan, kişinin, işlediği fiilin hukuken tasvip edilmez bir fiil olduğunun bilincinde olmasıdır. Ancak, işlenen fiilin pozitif hukuk metinlerinde cezalandırılabilir bir fiil olarak, yani suç olarak tanımlanmış olduğunu bilmek gerekmez. Hatta işlenen fiilin bir haksızlık teşkil ettiğinin bilincinde olduktan sonra; ayrıca cezaya layık bir haksızlık olduğunun bilinip bilinmediğinin araştırılmasına gerek yoktur./Bu bakımdan, 19. yüzyılda ceza hukukuna hâkim olan 'Error iuris nocet' ('kanunu bilmemek mazeret sayılmaz') kuralı, yeni Türk Ceza Kanununda 'ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz' şeklinde ifade edilmiştir. Böylece, klasik ceza hukuku anlayışının bir sonucu olan 'kanunu bilmemek mazeret sayılmaz' kuralının kapsamı, büyük ölçüde daraltılmış olmaktadır./Ancak, bu kural, Anayasamızla da güvence altına alınan ceza hukukunda kusura dayalı sorumluluk ilkesini bertaraf eder şekilde yorumlanmamalıdır./Kişi, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğunu bilememiş olabilir. Bu durumda, haksızlık oluşturan fiil açısından kişinin kastı varlığını devam ettirir. Ancak, söz konusu hata, kişinin işlediği haksızlık açısından sadece kusurunun belirlenmesinde bir rol oynamaktadır./Bu hatanın kişi açısından kaçınılmaz olması

halinde, kişi işlediği fiille ilgili olarak kusurlu telakki edilemez. Bu hata halinin, 30 uncu madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği düşüncesiyle; kanunun bağlayıcılığı hükmünü düzenleyen 4 üncü maddenin ikinci fıkrasının madde metninden çıkarılması gerekmiştir”. Bu sebeple yukarıdaki açıklamalar geçerliliğini sürdürmektedir.

- <sup>11</sup> Prof. Sulhi Dönmezer-Prof. Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: 2 Sayfa: 124-125
- <sup>12</sup> Prof. Sulhi Dönmezer-Prof. Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: 2 Sayfa: 127
- <sup>13</sup> Prof. Sulhi Dönmezer-Prof. Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: 2 Sayfa: 127-128
- <sup>14</sup> Prof. Sulhi Dönmezer-Prof. Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: 2 Sayfa: 129
- <sup>15</sup> Prof. Sulhi Dönmezer-Prof. Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: 2 Sayfa: 129-130
- <sup>16</sup> Prof. Sulhi Dönmezer-Prof. Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: 2 Sayfa: 130
- <sup>17</sup> Yargıtay CGK’nın 31.11.1983 tarih ve 1354/16 sayılı kararından: “Taarruza hedef olan kimsenin kendi şahsi kusuru ile taarruza sebebiyet vermesi, müdafanın meşruluğunu ortadan kaldırmaz”.
- <sup>18</sup> Yargıtay CGK’nın 10.10.1995 tarih ve 1-213/271 sayılı kararından: “Yasal savunmanın kabulü için; maddi mahiyette haksız bir saldırı bulunmalı, savunma ile saldırı hem zaman olmalı, savunma; saldırı devam ederken yapılmalı, savunma ile saldırı arasında uygun oran bulunmalıdır. Başlayacağı muhakkak olan bir saldırıyı başlatmış, bitmiş olmasına rağmen tekrarından korkulan bir saldırıyı sona ermemiş saymak zorunludur”.
- <sup>19</sup> Yargıtay CGK’nın 15.04.2003 tarih ve 1-83/103 sayılı kararından: “Yasal savunma halinde işlenen fiil, hukuka uygundur, çünkü hukuk düzeni hakkın ve haklının saldırıya uğramasına izin vermez. Yasal savunmada hiçbir zaman ve hiçbir koşulda sanığa kaçma yükümlülüğü yüklenemez ve kaçarak kurtulması istenemez. Failin kaçma olanağı da dikkate alınmaz”.
- <sup>20</sup> Yargıtay 1 CD’nin 23.05.1996 tarih ve 1733-1885 sayılı kararı, ETCK zamanında bile bu doğrultuda hüküm kurulabildiğini göstermektedir: “Maktulün saldırısına karşı elinde önlem olarak sopa bulunmasına rağmen, paniğe kapılan sanığın kaçmaya başladığı, elinde bıçakla sanığı kovalayan maktulün sanığa yetişince sanığa doğru bıçağını bir kaç kez salladığı sırada sanığın da kendisini savunmak için sopa ile maktûle vurduğu, buna rağmen bıçaklı saldırısına devam eden maktule, sanığın birden çok sopa darbesinde bulunarak onun ölümüne neden olduğunun dosya içeriğinden açıklıkla anlaşılması karşısında, tamamen yasal savunma şartları içinde eylemde bulunan sanığın içinde bulunduğu ruh hali ve maktulün bıçaklı saldırısı sona erdikten sonra eylemine devam ettiği hususunda delil de elde edilemediği göz önünde tutulduğunda, savunmada aşırılığa kaçmadığının kabulünde zorunluluk bulunduğu göz önünde tutularak, beraatına karar verilmesi gerekir”.
- <sup>21</sup> Yargıtay CGK’nın 23.11.1999 tarih ve 1-271/287 sayılı kararından: “60 yaşında tek başına yaşadığı iki katlı 6 dönüm, ağaçlı ve duvarla çevrili köşkte geceleyin köpek sesine uyanıp yanma aldığı bıçakla silüetini gördüğü kişilerin yanına giderken yere düşüp kalktığına oldukça karanlık bir ortamda kendisini tanıtmadan arkasına sarılan maktulü haklı sayılabilecek subjektif bir yanılı ile hırsız zannedip ciddi bir korkuya kapılarak öldüren sanığın eylemi TCY. nın 461/ 2. maddesine uyan suç oluşturur”.
- <sup>22</sup> 25. maddenin gerekçesinden: “Maddenin birinci fıkrasında bir hukuka uygunluk nedeni olarak meşru savunma düzenlenmiştir...”