

- Sağlık Hizmetlerinde Uzlaştırma Usulü
- Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi
- Çok Uluslu Şirketlerin Sosyal Sorumluluğu Çerçevesinde Sosyal Normlara İlişkin Hukuksal Bir İnceleme
- 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Kefalet Sözleşmelerinde Eşin Yazılı Rızası
- Nazım İmar Planları ve Uygulama İmar Planlarına Karşı İptal Davası Açma Süresi
- İmtiyaz Sözleşmesi Kapsamındaki Malların Hukuki Niteliği
- Anonim Ortaklıklarda Haklı Sebep ile Fesih
- Yeni Borçlar Kanunu Kapsamında Evde Çalışma



AVUKATLAR KULÜBÜ AVANTAJLARI BAŞARI YOLUNDA AVUKATLARIMIZIN YANINDA!

Kazancı Hukuk Yargı Kararları Programı 700 TL yerine 350 TL. Siz de 2500 TL'yi arayın, Avukatlar Kulübü avantajlarından hemen yararlanmaya başlayın.

Paket 5000 5.000 Dk. Tarife/Planlı, 5.000 Dk. Avukatlar Kulübü üyeleri ve 5 yabancıda, 3.000 Dk. her çözüme. **79 TL**

Paket 2500 2.500 Dk. Tarife/Planlı, 2.500 Dk. Avukatlar Kulübü üyeleri ve 2 yabancıda, 2.000 Dk. her çözüme. **49 TL**

Avukatlar Kulübü VİNN Paketi
Aylık 33 TL'ye 4 GB VİNN paketi ve Kulüp üyelerine özel 4 GB hediyesi ile 8 GB. Fiyata tüm vergiler dahildir.

Avukatlar Kulübü Özel Çağrı Merkezi
Avukatlara özel çağrı merkezine size özel müşteri temsilcisi!



www.turkcell.com.tr/kurumsal

İşCell Avukatlar Kulübü bir tarife ya da bir kampanya değildir. Üye avukatlarımızın sürekli özel teklifler, özel kampanya ve fırsatlar, çeşitli etkinlikler, misafirlikler gibi ayrıcalıklardan yararlanmalarına olanak sağlar. Fiyatlar sadece İstanbul'da geçerlidir. Tüm avukatlar mesleki ehliyetlerini ispat eden evrak ile Kulübe üye olabilirler. İşCell Avukatlar Kulübü için kulüp üyeliği ücreti yoktur. Detaylı bilgi için 444 777 00 00'ye ulaşabilirsiniz. Kurumlar için özel fiyatlar mevcuttur.

TURKCELL



Yayının Türü:
Yerel, Süreli

Yayın Aralığı:
Yılda altı (6) sayı olarak yayımlanan hakemli dergidir.

Yıl: 2011 Cilt: 8 Sayı: 89 - 90

ISSN: 1304-7949

Basım Tarihi: Şubat 2012

Yayın İdare Merkezi Adresi:
Çırağan Caddesi Osmanpaşa Mektebi Sokak No: 4-6
34353 Beşiktaş / İstanbul / Türkiye

İletişim:
melihkazanci@kazancidergisi.com, sinan.altunc@bahcesehir.edu.tr

Yayın İdare Merkezi İletişim Bilgileri:
Tel: 0212 381 03 52 Fax: 0212 381 03 50

Yayın Koşulları:
Yayın koşulları için derginin web sayfasına bakınız.



İncirli Yolu Yakup Bey Apt. 3/8 Osmanlıye / Bakırköy – İSTANBUL
Tel: (212) 570 62 65 – Fax: (212) 570 62 93
Web: www.kazancidergisi.com E-posta: kazanci@kazancidergisi.com

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisinin her hakkı 5847 sayılı Fikir Ve Sanat Eserleri Kanununa göre Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne aittir. Gerçek ve tüzel kişiler tarafından kısmen dahi olsa çoğaltılamaz, yayımlanamaz. Dergide yayımlanan yazılardan alıntı yapılması ancak kaynak gösterilmesi koşulu ile mümkündür. Yazılarda yer alan görüntüler yazarların kişisel görüşleridir.

Editör'den not

Değerli okuyucular,

Dergimizin bu sayısında yayımlanan makalelerden ilki Yard. Doç. Dr. Gül Fiş Üstün'ün "Sağlık Hizmetlerinde Uzlaştırma Usulü" başlığını taşıyor. Makale, sağlık mesleklerinin uygulanmasından dolayı zarara uğradığını iddia edenlerin yapacakları maddî ve manevî tazminat başvurularının Sağlık Bakanlığı tarafından uzlaşma yoluyla halledilmesi prosedürünün olumlu ve olumsuz yönlerini ele almaktadır.

İkinci makale Yard. Doç. Dr. Zeynel T. Kangal'ın "Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi" başlıklı makalesidir. Makalede bir hukuka uygunluk nedeni olan kanun hükmünün yerine getirilmesini incelenmiş, bu müessesenin koşulları, bu müesseseyle ilgili bazı özel durumları, hata meselesini ve sınırın aşılmasını ele almıştır. Netice olarak ise, hukuka uygunluğun ceza hukukuna, ceza muhakemesine, özel hukuka ve idare hukukuna ilişkin sonuçları açıklanmıştır.

Yard. Doç. Dr. Ayşegül Kökkılınç Eraltuğ'un "Çok Uluslu Şirketlerin Sosyal Sorumluluğu Çerçevesinde Sosyal Normlara İlişkin Hukuksal Bir İnceleme" başlıklı makalesi, çok uluslu şirketlerde çalışanların temel haklarının korunması bakımından ilgili sosyal normlar incelenmiştir.

Dördüncü makale Yard. Doç. Dr. Seda Öktem Çevik'e aittir. Öktem Çevik "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Kefalet Sözleşmelerinde Eşin Yazılı Rızası" başlıklı makalesinde, 11 Ocak 2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 584 üncü maddesinde düzenlenen, evli çiftlerin kefalet sözleşmelerinde kefil sıfatıyla yer alabilmelerinin eşlerinin yazılı rızasına bağlı olması kuralını değerlendirmiştir.

Beş ve altıncı makaleler Yard. Doç. Dr. Halit Eyüp Özdemir'e aittir. Özdemir'in makalelerinin ilki "Nâzım İmar Planları ve Uygulama İmar Planlarına Karşı İptal Davası Açma Süresi", ikincisi ise "İmtiyaz Sözleşmesi Kapsamındaki Malların Hukuki Niteliği" başlığını taşımaktadır. İlk makalede 3194 sayılı İmar Kanunu'nda düzenlenen imar alanlarına karşı dava açma süresi ve bunların ilgili hukuki sorunlar incelenmiştir. Diğer makalede ise, imtiyazcı şirkete kamu kurum ve kuruluşları tarafından devredilen ve ayrıca sözleşme süresi boyunca edinilen malvarlığının kamu malı niteliğinde olması çerçevesinde, imtiyaz sözleşmesi kapsamındaki malların hukuki niteliği incelenmiştir.

Yedinci makale Rabia Sever'in yazdığı "Anonim Ortaklıklarda Haklı Sebep Fesih" başlıklı çalışmadır. Makale, bir anonim ortaklıkta azınlığın korunması amacıyla düzenlenen haklı sebep fesihi kavramını 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu ışığında değerlendirmiştir.

Bu sayının son makalesi "Yeni Borçlar Kanunu Kapsamında Evde Çalışma" başlıklı Sahra Karakışlak'ın çalışmasıdır. Makale, Türk Borçlar Kanu-

nu'nda evde hizmet sözleşmelerinde işçi ve işverene yüklenen özel borç ve yükümlülükleri ve evde çalışmanın İş Kanunu'ndan ziyade Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olmasının muhtemel sonuçlarını değerlendirmiştir.

Dergimizde yer alan çalışmaların okuyucularımıza ve tüm hukuk camiasına faydalı olmasını temenni eder, önümüzdeki sayılarda değerli çalışmalarınızı bizlerle paylaşmanızı dileriz.

Yard. Doç. Dr. Sinan Altunç

İÇİNDEKİLER

- 7 Sağlık Hizmetlerinde Uzlaştırma Usulü**
Gül FİŞ ÜSTÜN
- 23 Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi**
Zeynel T. KANGAL
- 69 Çok Uluslu Şirketlerin Sosyal Sorumluluğu Çerçevesinde Sosyal Normlara İlişkin Hukuksal Bir İnceleme**
Ayşegül KÖKKİLİNC ERALTUĞ
- 113 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Kefalet Sözleşmelerinde Eşin Yazılı Rızası**
Seda ÖKTEM ÇEVİK
- 134 Nâzım İmar Planları ve Uygulama İmar Planlarına Karşı İptal Davası Açma Süresi**
Halit Eyüp ÖZDEMİR
- 153 İmtiyaz Sözleşmesi Kapsamındaki Malların Hukuki Niteliği**
Halit Eyüp ÖZDEMİR
- 169 Anonim Ortaklıklarda Haklı Sebep Fesih**
Rabia SEVER
- 214 Yeni Borçlar Kanunu Kapsamında Evde Çalışma**
Sahra KARAKIŞLAK

<http://www.gencbaro.org/haber/milletvekilleri-arabulucularin-hukuk-mezunu-ve-5-yillik-deneyime-sahip-olmasinda-anlasti.html>

<http://www.kgm.adalet.gov.tr/basbakanlik/quik.pdf?0eabbae8>.

Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi

Zeynel T. KANGAL*

Özet

Kanun hükmünün yerine getirilmesi Türk Ceza Kanunu md. 24/1'de ve Türk Borçlar Kanunu md. 63/1'de düzenlenmiş bir hukuka uygunluk nedeni- dir. Özellikle kamu görevlilerinin bir kanun hükmü çerçevesinde kişilerin hu- kuksal alanlarına yaptıkları müdahaleler bu hukuka uygunluk nedeni baki- mindan değerlendirilmektedir. Kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninin genel koşulları bir kanun hükmünün varlığı, kanun hük- müyle verilmiş bir yetkinin bulunması ve kanun hükmüne dayanılarak bir fiilin gerçekleştirilmesinden ibarettir. Bu koşulların yanısıra, ilgili kanunda özel bazı koşullar da aranabilir. Kamu sağlığının korunması amacıyla ilgilinin rızası aranmaksızın yapılan tıbbi müdahaleler kanun hükmünü yerine getirme kapsamında hukuka uygun olmaktadır. Yine güvenlik güçlerinin zor ve silâh kullanma yetkileri ve koşulları bu hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde ele alınmaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu md. 90/1'deki herkese geçici yaka- lama yetkisi veren düzenleme de bu hukuka uygunluk nedeninin örneklerin- den birini teşkil etmektedir.

Anahtar Sözcükler: Maddî kanun – Kamu sağlığına ilişkin tıbbî müdahaleler – Zor ve silâh kullanma yetkisi – Ölçülülük ilkesi – Geçici yakalama yetkisi.

* Yard. Doç. Dr., Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (zeynelkangal@yahoo.com).

Abstract

Executing the provisions of a statute is regulated as a justification in Turkish Criminal Code (Article 24/1) and Turkish Code of Obligations (Article 63/1). Especially, public officer's intervention in the legal fields of people is evaluated on the basis of this justification. General conditions of this concept are the following: existence of provision in law, a power given by law or acting on the basis of law. In addition, the relevant law may require some special conditions. The medical interventions without consent to protect public health is a justification within executing the provisions of a statute. The right to use force of law enforcement officers is also evaluated within this scope. Another of the example of this justification is the Article 90 paragraph one of the Turkish Criminal Procedure Code, which provides everyone a right to provisional arrest.

Keywords: Substantive Law – Medical Interventions on Public Health – Right to Use Force and Arming – Principle of Proportionality – Power to Provisional Arrest

I. Kavram

Kamu görevlileri başta olmak üzere kişilerin kanun hükümlerini yerine getirmek için başkalarına ait hukuksal konulara zarar vermeleri, hatta çeşitli şekillerde zor kullanmaları gerekli olabilmektedir. Bu şekildeki ihlaller ve zor kullanmalar kural olarak cebir, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, kasten yaralama, konut dokunulmazlığını ihlâl, mala zarar verme, haberleşmenin gizliliğini ihlâl gibi suç tanımlarına uygun düşmektedirler. Bununla birlikte, bu ihlâl ve zor kullanmalar bir müdahale yetkisi veren bir kanun hükmüne dayandığı takdirde hukuka uygun hâle gelmektedir¹. Bu husus Türk Ceza Kanunu (TCK) md. 24/1'de, "Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez" düzenlemesine yer verilmek suretiyle açıkça dile getirilmiştir². Benzer yönde bir düzenleme de 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) md. 63/1'de bulunmaktadır. Buna göre; "Kanunun verdiği yetkiye dayanan ve bu

¹ JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas: *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin 1996, § 35 I 1; ROXIN, Claus: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundrissen, der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Auflage, München 2006, § 17, No: 1; MAURACH, Reinhart/ZIPF, Heinz: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband I*, 8. Auflage, Heidelberg 1992, § 29, No: 3; FUCHS, Helmut: *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 7. Auflage, Wien-New York 2008, 18/8; HAFT, Fritjof: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, München 2004, sh: 108; HAKERİ, Hakan: *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 10. Baskı, Ankara 2011, sh: 260.

² Aynı şekilde 765 sayılı eski TCK md. 49/1 de, "Kanunun bir hükmünü ... icra suretiyle ... işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez" düzenlemesine yer vererek kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedenini genel hükümler kısmında açıkça benimsemekteydi.

yetkinin sınırları içinde kalan bir fiil, zarara yol açsa bile, hukuka aykırı sayılmaz". Böylece bir kanunun vermiş olduğu yetkiye dayanarak başkalarının hukuksal konularına zarar verilmesi, bir suç tipindeki tanıma uygun düşse de, hukuka uygun kabul edilmektedir. Bu hukuka uygunluk nedeni kanun hükmünü yerine getirme veya görevin yerine getirilmesi olarak adlandırılmaktadır.

Esas itibarıyla TCK md. 24/1 ve TBK md. 63/1 özel bir hukuka uygunluk nedeni içermemekte, sadece hukuk düzeninin kendisiyle gelişmeyeceği (hukuk düzeninin birliği) ilkesini genel ve soyut bir şekilde ifade ederek tekrarlamaktadırlar³. Başka bir ifadeyle, bu düzenlemeler olmasaydı bile, yazılı hukuk kurallarının verdiği yetkinin kullanılması dolayısıyla bir suç tanımına uygun düşen fiiller hukuk düzeninin birliği ilkesi çerçevesinde hukuka uygun kabul edileceklerdi. Çünkü bir kanun hükmünün yerine getirilmesi suretiyle, bir suç düzenlemesi içeren başka bir kanundaki tanıma uygun bir fiil gerçekleştirilebilmektedir. Bu durumda kanunların çatışmasından sözedilebilir. Bu çatışma, hükümlerine uygun davranılan kanuna suç tanımı içeren kanuna göre üstünlük tanınması suretiyle özgürlük lehine çözülmektedir⁴.

Çeşitli ülke mevzuatlarına bakıldığında, kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin ceza kanunlarının genel hükümlerinde yer aldığı görülmektedir. Fransız Ceza Kanunu md. 122-4-1⁵, İtalyan Ceza Kanunu md. 51/1⁶, İspanya Ceza Kanunu md. 20/7⁷, Portekiz Ceza Kanunu md. 31/2-c⁸,

³ STRATENWERTH, Günter/WOHLERS, Wolfgang: *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar*, 2. Auflage, Bern 2009, Art. 14, No: 1; TRECHSEL, Stefan/JEAN-RICHARD, Marc: *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar*, Zürich 2008, Art. 14, No: 1.

⁴ MASCALA, Corinne: "Faits justificatifs", JCP I, (Art. 122-4), Paris 2002, No: 23.

⁵ Düzenleme şu şekildedir; "Kanunun veya genel düzenleyici bir işlemin hükümleriyle emredilen ya da izin verilen bir fiili gerçekleştiren kişi ceza hukuku bakımından sorumlu değildir". Ayrıca bkz. DANTI-JUAN Michel: "Ordre de la loi", Dalloz Encyclopédie juridique, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Tome V, 2 éd., Paris 2000, No: 5 vd.

⁶ Düzenleme şu şekildedir; "Bir hakkın kullanılması ya da bir hukuk normu veya resmî bir makamın hukuka uygun emri ile yüklenen bir yükümlülüğün yerine getirilmesi cezalandırılabilirliği ortadan kaldırır" (Bkz. RIZ, Roland/BOSCH, Johanna: *Italianisches Strafgesetzbuch*, Bozen 1995, sh: 61). İtalyan Ceza Kanunu'nun 53. maddesi de silâh kullanma yetkisinin koşullarını göstermektedir (Bkz. JARVERS, Konstanze: "Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit in Italien", Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband 5, Berlin 2010, sh: 169, 170; MAIWALD, Manfred: *Einführung in das italienische Strafrecht und Strafprozedur*, Frankfurt am Main 2009, sh: 110-112).

⁷ Hüküm şu şekilde formüle edilmiştir; "Bir yükümlülüğün yerine getirilmesi ya da bir hakkın, meslekî bir faaliyetin veya bir kamu görevinin hukuka uygun olarak yerine getirilmesi çerçevesinde hareket eden kişi cezaen sorumlu değildir" (Bkz. HOFFMAN, Markus/MELIA, Manuel Cancio: *Das spanische Strafgesetzbuch*, Freiburg im Breisgau 2002, sh: 27; MANSO PORTO, Teresa: "Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit in Spanien", Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband 5, Berlin 2010, sh: 458-460).

İsviçre Ceza Kanunu md. 14⁹, Belçika Ceza Kanunu md. 70¹⁰, Lüksemburg Ceza Kanunu md. 70¹¹, Arjantin Ceza Kanunu md. 34/4¹², Arnavutluk Ceza Kanunu md. 21/1¹³ genel hükümlerinde bu hukuka uygunluk nedenini (hatta bazıları hakkın kullanılması veya yetkili merciin emrini yerine getirmeye birlikte) açıkça düzenleyen ülke mevzuatlarına örnek gösterilebilir. Almanya, Avusturya¹⁴, İngiltere¹⁵, Polonya¹⁶, İsveç¹⁷, Çin Halk Cumhuriyeti¹⁸ gibi ülke

⁸ Portekiz Ceza Kanunu md. 31/1'e göre; "Bir fiilin hukuka aykırılığını hukuk düzeni tamamen ortadan kaldırdığı takdirde, bu fiil cezalandırılmaz". Md. 31/2-c'ye göre; "Özellikle kanunî bir yükümlülüğün ... yerine getirilmesi esnasında işlenen bir fiil hukuka aykırı değildir" (FERNANDES, João Manuel: *Das portugiesische Strafgesetzbuch*, Berlin 2010, sh: 50).

⁹ Kanunla izin verilen hareket başlığını taşıyan bu hüküm şu şekilde kaleme alınmıştır; "Kanunun emrettiği ya da izin verdiği bir hareketi yapan kişi, her ne kadar fiile bu kanuna veya başka bir kanuna göre ceza öngörülmüş olsa da, hukuka uygun davranmıştır".

¹⁰ Madde şöyledir; "II. Kitabın I bis faslında tanımlanmış suçlar hariç olmak üzere, fiil kanun tarafından emredilmiş olduğu ... takdirde, suç mevcut değildir". Belirtelim ki, II. Kitabın I bis faslında uluslararası insancıl hukuka yönelik ağır ihlallere ilişkin suçlar düzenlenmektedir.

¹¹ Madde şu şekildedir; "Fiil kanun tarafından emredilmiş olduğu ... takdirde, suç mevcut değildir".

¹² Madde şu şekilde düzenlenmiştir; "Yetkisinden veya memuriyetinden kaynaklanan bir yükümlülüğün yerine getirilmesi ya da bir hakkın hukuka uygun olarak kullanılması çerçevesinde hareket eden kişi cezalandırılmaz" (Bkz. STYMA, Dirk: *Das Strafgesetzbuch der argentinischen Nation*, 2. Auflage, Berlin 2009, sh: 719).

¹³ 1995 tarihli Arnavutluk Ceza Kanunu md. 21/1'e göre; "Bir kimse ... kanunla belirlenmiş bir yükümlülüğün yerine getirilmesi kapsamında ... hareket etmişse, cezaen sorunlu olmaz" (STOPPEL, Wolfgang: *Die Strafgesetze Albaniens*, Tirana 2003, sh: 62).

¹⁴ Avusturya Ceza Kanunu'nda kanun hükmünün yerine getirilmesine ilişkin genel hükümlerde bir düzenleme bulunmamasıyla birlikte, kamu görevinin yerine getirilmesinden kaynaklanan hukuka uygunluk koşullarının ve sınırlarının yasal metinlerde gösterildiği, bunun açıkça gösterilmemesi hâlinde ise, ölçülülük ilkesine riayet edilerek sorunun çözüme kavuşturulacağı ifade edilmektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu ile adli polise ve Güvenlik Polisi Kanunu (md. 16, 33) ile de güvenlik polisine temel haklara müdahale etme yetkileri verilmiştir (bkz. ZERBES, Ingeborg: "Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit in Österreich", Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband 5, Berlin 2010, sh: 273-276).

¹⁵ İngiltere ve Galler'de kamu görevinin yerine getirilmesi doktrinde cezayı ortadan kaldıran nedenler kapsamında genel olarak tartışılmamaktadır. Bununla birlikte, özellikle polis hukukunda durdurma, arama ve müzekkeresiz yakalama gibi temel haklara müdahale niteliğindeki birçok yetki bu bağlamda ele alınmaktadır. Polisin genel yetkileri *Police and Criminal Evidence Act 1984*'te ve buna bağlı olarak çıkarılan uygulama yönetmeliklerinde (*codes of practice*) gösterilmiştir. Bu yetkiler terörle mücadele alanında olduğu gibi özel suçluluk türleri için geçerli ek özel yetkilerle tamamlanmaktadır (bkz. FORSTER, Susanne: "Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit in England und Wales", Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband 5, Berlin 2010, sh: 89).

¹⁶ Polonya Ceza Kanunu, genel hükümlerinde kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedenine yer vermemiştir. Bununla birlikte, Polonya Anayasası (md. 31) temel hakların kanunla sınırlandırılmasının koşullarını düzenlemiştir. Dolayısıyla bir kamu görevlisinin bu tür kanunlar çerçevesinde temel hak ve özgürlüklere müdahalesinin hukuka uygun olacağı, bu tür kanunların ceza hukuku dışındaki bir alanı ilgilendirmesinin hukuk düzeninin birliği ilkesi nedeniyle bir öneminin olmayacağı doktrinde ifade edilmektedir. Özellikle 1990 tarihli Polis Kanunu polise temel haklara yönelik birçok müdahale yetkisi vermektedir (bkz. WEIGEND, Ewa: "Gründe für den

mevzuatları kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedenini ceza kanunlarının genel hükümlerinde düzenlememekle birlikte, belirli fiillerin yapılmasına izin veren özel kanunlardan hareketle bu hukuka uygunluğun varlığını kabul etmektedirler.

Kanun hükmünü yerine getirme dolayısıyla gerçekleştirilen fiillerin bazı suç tiplerine uygun düşmekle birlikte, hukuka uygun olduğu birçok örnek bulmak mümkündür. Bu bağlamda icra memuru, borçlunun kilitli yerleri ve dolapları açmaması üzerine bunları zorla açtırabilir (İİK md. 80/3). Aynı şekilde haczi yapan memur, borçlunun üzerinde para, kıymetli evrak, altın veya gümüş ya da diğer kıymetli şeyleri sakladığını anlar ve borçlu bunları vermekten kaçınırsa, borçlunun şahsına karşı kuvvet uygulayabilir (İİK md. 80/4). Zor kullanma hususunda bütün kolluk kuvvetleri icra memurunun yazılı müracaatı üzerine kendisine yardım etmekle ve emirlerini yerine getirmekle yükümlüdürler. Köylerde haczi yapan memurun emirlerini muhtarlar da yerine getirmeye mecburdurlar (İİK md. 81).

II. Hukukî Niteliği

Kanun hükmünün yerine getirilmesinin bir hukuka uygunluk nedeni olduğu konusunda doktrinde bir tartışma bulunmamaktadır. Bu hukuka uygunluğun teorik esası ise, yararlar karşılaştırmasına dayanmaktadır. Buna göre, kanun hükmünün yerine getirilmesiyle korunan hukuksal yarar, bu yerine getirme sonucunda zarar verilen konuya ilişkin yarardan daha ağır bastığı-

Ausschluss der Strafbarkeit in Polen", Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband 5, Berlin 2010, sh: 326-328).

¹⁷ İsveç Ceza Kanunu hakkındaki 1962 yılında yapılan ön çalışmada kamu gücünün kullanılmasının cezalandırılabilirliği ortadan kaldıran bir neden olarak Ceza Kanunu'na dâhil edilmesi tartışılmış, ancak birçok kuraldan oluşan mevcut hukuksal durumun değiştirilmeden muhafaza edilmesinde karar kılınmıştır. Böylece belirli durumlarda kamu görevini yerine getirmek için zor kullanmak mecburiyetinde kalan kamu görevlileri meşru savunma ve zorunluluk durumu yanında özel bir zor kullanma yetkisine dayanabilirler. Bu tür bir müdahale yetkisinin hukuka uygunluk koşulları özellikle polisler bakımından Polis Kanunu'nda (§ 10) gösterilmiştir. İsveç Ceza Kanunu'nun 24. bölümünün 5. paragrafında ilginç bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, bir kimse 24. bölümün 1-4. paragrafları (hukuka uygunluk nedenleri) veya Polis Kanunu'nun 10. paragrafına göre normal koşullarda bir cezayla karşılaşan bir hareketi yapma hakkına sahipse, ona yardım eden herkes de aynı hakka sahiptir (bkz. CORNILS, Karin: "Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit in Schweden", Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband 5, Berlin 2010, sh: 402-407).

¹⁸ Çin Halk Cumhuriyeti Ceza Kanunu'nda kanun hükmünü yerine getirmeye ilişkin genel bir hüküm bulunmamasıyla birlikte, Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki koruma tedbirleri başta olmak üzere birçok kanunda kamu görevlilerine verilen temel haklara müdahalede bulunma yetkisinin bu hukuka uygunluk nedeni içerisinde değerlendirilebileceği ifade edilmektedir (bkz. RICHTER, Thomas/ZHAO, Yang: "Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit in China", Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband 5, Berlin 2010, sh: 18-21).

da bir hukuka uygunluktan bahsedilir. Kanun hükmünü yerine getirme ağır basan yarar ilkesinin somutlaştırılmış hâllerinden biridir. Kanun bir düzenleme sevk ederek bizatihi bir yararlar tartımı (karşılaştırması) yapmakta ve yararlar çatışmasını ilke bazında kurala bağlamaktadır. Bununla birlikte, somut olay bakımından hâkim tarafından yapılan yararlar karşılaştırması ile kanun tarafından yapılan yararlar karşılaştırması birbiriyle örtüşmediği takdirde, kanun hükmünün yerine getirilmesi dolayısıyla bir hukuka uygunluğun varlığından bahsedilemez. Başka bir ifadeyle, kanun hükmünün yerine getirilmesi ile korunan hukuksal yarar zarar verilen konuya ilişkin hukuksal yarıardan daha ağır basmadığı takdirde, geriye çekilmek zorundadır¹⁹.

III. Hukuka Uygunluğun Koşulları

Kanun hükmünün yerine getirilmesinin özel koşulları ilgili kanun hükmünde gösterilmiştir. Başka bir ifadeyle, kanun bir yetki verdiği durumlarda koşullarını ve sınırlarını da göstermektedir. Bununla birlikte, kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninin genel koşullarına burada değinmek mümkün olacaktır.

1. Bir Kanun Hükmünün Varlığı

TCK md. 24/1'de kullanılan kanun hükmü ifadesinden ne anlaşılması gerektiğinin öncelikle belirlenmesi gerekmektedir. Kanun kavramı şekli (organik) ve maddî olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Şekli kanun, yasama meclisleri tarafından öngörülen usullere uygun olarak yapılan işlemlerdir. Şekli kanun anlayışında önemli olan nokta, kanunun içeriği ve kapsamı değil, kanunu yapan organdır²⁰. Maddî kanun anlayışı ise, kanunun içeriğinin incelenmesinden hareket etmektedir. Maddî kanun anlayışında önemli olan nokta, kanunu yapan organ değil, metnin genel, soyut ve kişisel olmayan kural içermesidir. Böylece kanun hükmünde kararname (KHK), tüzükler, yönetmelikler ve adsız düzenleyici işlemler de maddî kanun özelliğini göster-

¹⁹ KANGAL, Zeynel T.: *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*, Ankara 2010, sh: 197-198, 200-201; DESPORTES, Frédéric/LE GUNEHEC, Francis: *Droit pénal général*, 12^e éd., Paris 2005, No: 695.

²⁰ TEZİÇ, Erdoğan: *Anayasa Hukuku*, 11. Baskı, İstanbul 2006, sh: 13; TEZİÇ, Erdoğan: *Türkiye'de 1961 Anayasası'na Göre Kanun Kavramı*, İstanbul 1972, sh: 39-43; TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 7. Baskı, İstanbul 2005, sh: 255.

rebilirler²¹. 1982 Anayasası'nın şekli kanun anlayışını kabul ettiği çeşitli düzenlemelerinden ortaya çıkmaktadır²² (md. 7, 13, 87).

TCK md. 24/1'de ifade edilen kanun hükmünden maddî anlamda kanun hükmünün anlaşılması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, kanun hükmünden sadece kanunda yer bulan düzenlemelerin değil, aynı zamanda KHK, tüzük, yönetmelik ve adsız düzenleyici işlemlerde yer alan düzenlemelerin de anlaşılması gerektiği, kısacası yazılı hukuk kurallarının anlaşılması gerektiği doktrinde ifade edilmektedir²³. Bu yazılı hukuk kurallarının ceza hukukuyla ilgili olmaları da şart değildir²⁴.

AY md. 90/5, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmaların kanun hükmünde olduğunu ve bunlardan temel hak ve özgürlüklere ilişkin olanlarla kanun hükümleri çatıştığı takdirde milletlerarası andlaşma hükümlerinin uygulanacağını öngörmektedir. Bu nedenle usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar da TCK md. 24/1 anlamında kanun hükmü olarak ele alınmalıdır. Bir kanun hükmü, temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir milletlerarası andlaşma hükümleriyle çelişiyorsa, bu andlaşmaya uygun olarak gerçekleştirilen bir fiil kanuna aykırı olduğu gerek-

²¹ TEZİÇ, *Anayasa Hukuku*, (11), sh: 13-14; TEZİÇ, *Türkiye'de 1961 Anayasası'na Göre Kanun Kavramı*, sh: 33 vd.; TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, (7), sh: 254-255.

²² ÖZBUDUN, Ergun: *Türk Anayasa Hukuku*, 8. Baskı, Ankara 2005, sh: 190, 201-204.

²³ ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 5. Baskı, Ankara 2010, sh: 278; HAKERİ, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (10), sh: 260; KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İhan: *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 3. Baskı, Ankara 2010, sh: 270; ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, M. Nihat/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar/TEPE, İlker: *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 2. Baskı, Ankara 2011, sh: 264-265; ZAFER, Hamide: *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, İstanbul 2010, sh: 215; DEMİRBAŞ, Timur: *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara 2009, sh: 260; SOYASLAN, Doğan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Ankara 2005, sh: 369. Şekli anlamda kanunla sınırlı tutan yaklaşım için bkz. ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. Baskı, Ankara 2009, sh: 406. Fransız hukukunda idarenin genel düzenleyici işlemleriyle suç teşkil eden bir fiilin gerçekleştirilmesine izin verilmesinde, bu genel düzenleyici işlemlerin hukuka aykırı olmamaları ve kapsamlarının kanun tarafından çizilmesi aranmaktadır (Bkz. PRADEL, Jean: *Manuel de droit pénal général*, 14^e éd., Paris 2002, No: 309; STEFANI, Gaston/LEVASSEUR, Georges/BOULOC, Bernard: *Droit pénal général*, 19^e éd., Paris 2005, No: 381; DESPORTES/LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, (12), No: 701; MERLE, Roger/VITU, André: *Traité de droit criminel*, Tome I, 7^e éd., Paris 1997, No: 445; PFÜTZNER, Peggy: "Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit in Frankreich", Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband 5, Berlin 2010, sh: 124).

²⁴ CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem: *Türk Ceza Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul 2008, sh: 293; KIENAPFEL, Diethelm/HÖPFEL, Frank: *Grundriß des österreichischen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, Wien 2001, sh: 67.

çesiyle hukuka aykırı kabul edilmemelidir. Bu fiil ilgili milletlerarası andlaşma gereğince hukuka uygun olarak ele alınmalıdır²⁵.

TCK md. 24/1'de yer alan kanun hükmünden Türk kanunları anlaşılır. Yabancı kanunlara dayanarak suç olarak tanımlanan bir fiilin hukuka uygunluğu ileri sürülemez. Bu bağlamda TCK md. 19 gereğince yabancı kanunların gözönünde bulundurulması hâlinde yabancı kanun hükmüne riayet edilmiş olacağı yönündeki görüşe²⁶ katılmıyoruz. Çünkü TCK md. 19 yabancı ceza kanununun uygulanmasını değil, sadece ceza belirlenirken yabancı ceza kanununun gözönünde bulundurulmasını öngörmektedir. Dolayısıyla yabancı bir kanunun verdiği yetkiye göre davranılarak Türk hukuku bakımından suç teşkil eden bir fiilin hukuka uygun hâle getirilmesi sözkonusu olamaz.

Bir yazılı hukuk kuralına uygun olarak gerçekleştirilen fiilin hukuka uygun kabul edilebilmesi için, bu kuralın yürürlükte ve uygulanabilir nitelikte olması gerekir. Örneğin, Sıkıyönetim Kanunu yürürlükte olmasına rağmen, usulüne uygun olarak ilân edilen sıkıyönetim üzerine uygulanabilir niteliğe kavuşacağından, bu kanun çerçevesinde verilen yetkiler sıkıyönetim ilânından önce kullanılamaz.

Bu noktada kanun veya KHK hakkında Anayasa Mahkemesi'nce ya da tüzük, yönetmelik veya adsız düzenleyici işlemler hakkında idare mahkemeleri veya Danıştay tarafından yürütmenin durdurulması kararının verilmesi sorununa değinmek gerekir. Yürütmenin durdurulması hâlinde bir yazılı hukuk kuralı mahkeme tarafından esasa ilişkin hüküm açıklanmaya kadar askıya alındığından, bu kuralla verilen yetki de askıya alınmış olmaktadır. Dolayısıyla böyle bir kurala dayanılarak kişilerin hukuksal konularına yapılacak müdahaleler hukuka uygunluktan yararlanamaz²⁷.

Kişilere başkalarının hukuksal konularına müdahale yetkisi veren kanun hükümlerinin bir dökümünü yapmak çok zordur. Çünkü bu şekilde sayısız hüküm bulunmaktadır ve bunlar da çeşitli kanunlara serpiştirilmişlerdir. Bu kanunlar bir müdahaleyi belirli bir amacın yerine getirilmesi için açıkça vermiş bulunabilecekleri gibi (doğrudan zor kullanılmasını öngören kanunlar), müdahale olmadan hareketin amacına erişilemediği durumları da öngörmüş olabilirler²⁸. Bir fiili hukuka uygun hâle getiren bir kanun hükmü sadece ceza

²⁵ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (2), sh: 265.

²⁶ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (4), sh: 406; TELLENBACH, Silvia: "Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit in der Türkei", *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband 5*, Berlin 2010, sh: 504.

²⁷ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (2), sh: 266.

²⁸ JAKOBS, Günther: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Berlin-New York 1993, 16/1.

hukuku alanında değil, hukuk düzeninin birliği ilkesi gereğince hukukun diğer alanlarından da kaynaklanabilecektir²⁹.

Esas itibarıyla bir suç tanımına uygun düşmekle birlikte, bir kanun hükmüne dayandığı için hukuka uygun olan müdahale yetkilerine ilişkin bazı örneklerin burada zikredilmesi mümkündür; Gözlem altına alma (CMK md. 74), beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması (CMK md. 74-75), moleküler genetik inceleme yapılması (CMK md. 78), şüpheli veya sanığın kimliğinin teşhisi için fotoğrafının, beden ölçülerinin, parmak ve avuç içi izinin, bedeninde yer almış olup teşhisini kolaylaştıracak diğer özellikleri ile sesi ve görüntülerinin kayda alınması (CMK md. 81), herkes tarafından yakalama yapılması (CMK md. 90/1), kolluk kuvvetleri tarafından yakalama yapılması (CMK md. 90/2), tutuklama (CMK md. 100-108), arama (CMK md. 116-122), elkoyma (CMK md. 123-134), zorla getirme (CMK md. 146), akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık taşıyanların veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturanların tedavi, islah veya eğitim amacıyla özgürlüklerinin kısıtlanması (MK md. 432-437), infaz kuralları (CGTİHK hükümleri) ve Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu hükümleri.

2. Kanun Hükmüyle Verilmiş Bir Yetkinin Bulunması

Kişilerin hukuksal konularına yönelik müdahalelerin kanun hükmünü yerine getirme çerçevesinde hukuka uygun kabul edilmesi için, faille kanun tarafından bir müdahale yetkisinin verilmiş olması gerekir. Fail müdahale açısından konu ve yer bakımından yetkili kılınmış olmalıdır³⁰. Ayrıca kanun bu yetkiyi doğrudan ilgili kişiye vermeli, başka bir makamın emrinin beklenmesine gerek kalmamalıdır³¹.

Özellikle kamu görevlilerinin yapmış oldukları müdahalelerin konu itibarıyla kendi görev alanlarına giriyor olması gerekir³². Örneğin tutuklama kararı soruşturma aşamasında sulh ceza hâkimi, kovuşturma aşamasında mahkeme tarafından verilmektedir. Savcı tutuklama kararı verdiği takdirde, hürriyetten

²⁹ SEELMANN, Kurt: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Basel 2009, sh: 73.

³⁰ JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 35 I 2; MAURACH/ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (8), § 29, No: 5; KÖHLER, Michael: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlin-Heidelberg 1997, sh: 306; HIRSCH, Hans-Joachim: *Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff. Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 11. Auflage, Berlin 2003, [Kısaltma: LK-StGB¹¹ (HIRSCH)], Vor § 32, No: 143.

³¹ STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, *Droit pénal général*, (19), No: 382; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (4), sh: 403-404.

³² JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 35 I 2; MAURACH/ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (8), § 29, No: 5.

yoksun bırakma suçu açısından kanun hükmünü yerine getirdiğini ileri süremeyecektir.

Yine kamu görevlilerinin yetkileri yer itibarıyla sınırlı olabilir. Yetkili olduğu bölgenin dışında bir hukuksal konuya zarar veren kamu görevlisi kanun hükmünü yerine getirdiğini ileri süremeyecektir³³. Örneğin jandarmanın yetki alanı dışında idarî ve adlî kolluk vazifelerini yapabilmesi mümkün değildir. Ancak bazı kamu görevlileri belirli bir bölgeyle sınırlı olmaksızın tüm ülkede yetkili olabilirler.

3. Kanun Hükmüne Dayanılarak Bir Fiilin Gerçekleştirilmesi

Hukuksal bir konuya müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için bir kanun hükmüne istinaden gerçekleştirilmesi gerekir.

Müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için kanunda öngörülen şekil şartlarına uyulmuş olması gerekir³⁴. Örneğin yakalama emri yazılı olarak düzenlenmelidir. Yine tanığın (CMK md. 44/1), şüpheli (CMK md. 146) ve sanığın (CMK md. 176/2) zorla getirilmesi için öncelikle usulüne uygun olarak çağrılmış olmaları gerekmektedir³⁵.

Yine kanuna dayanılarak yapılan müdahalenin zorunluluk ve ölçülülük ilkelerine göre yapılması gereklidir³⁶. Buna göre, ilgiliye en az zarar veren ve açık ölçüsüz sonuçlara götürmeyen hareket biçimi seçilmelidir³⁷. Bu bağlam-

³³ "... sanıklar ...'in eylemlerinde Başkale İlçesi Yüksel mezrasındaki olay yerinin 1918 Sayılı Kanunun 1. maddesinde belirtilen ve suç tarihinde yürürlükte olan Bakanlar Kurulunca ihdas edilen emniyet bölgesi olup olmadığının tespiti ile sonucuna göre sanıklar ...'in eylemlerinin değerlendirilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması ..." (1. CD., 13.06.2006, E. 2006-1872/K. 2006-2536, PARLAR, Aİ/HATİPOĞLU, Muzaffer: Açıklamalı - Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, c: 1, 3. Baskı, Ankara 2010, sh: 432-433).

³⁴ JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 35 I 2; ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (4), § 17, No: 4; MAURACH/ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (8), § 29, No: 5; LK-StGB¹¹ (HIRSCH), Vor § 32, No: 143; DESPORTES/LE GUNEH, *Droit pénal général*, (12), No: 699; FUCHS, *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (7), 18/9.

³⁵ Belirtmek gerekir ki, savcı ve/veya hâkim ya da mahkeme tarafından çıkarılan zorla getirme kararları ve yakalama emirleri bu makamları işgal eden kişiler bakımından kanun hükmünün yerine getirilmesi açısından değerlendirilir. Bu karar ve emirleri yerine getiren kolluk kuvvetlerinin durumu ise, emrin yerine getirilmesi çerçevesinde ele alınmalıdır (GÜNAL, Yılmaz: *Yetkili Mercii Emrini İfa*, Ankara 1967, sh: 4-7, 37-39, 134-136).

³⁶ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (4), § 17, No: 4; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 35 I 2; SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28. Auflage, München 2010, (LENCKNER, Theodor/STERNBERG-LIEBEN, Detlev), Vorbem. § 32 ff, No: 84; RÖNNAU, Thomas: *Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 12. Auflage, Berlin 2006, [Kısaltma: LK-StGB¹² (RÖNNAU)], Vor § 32, No: 248.

³⁷ LK-StGB¹¹ (HIRSCH), Vor § 32, No: 144; LK-StGB¹² (RÖNNAU), Vor § 32, No: 248.

da, kişinin hukuksal bir konusuna yapılan müdahale amaca ulaşıldığı noktada sürdürülmemelidir. Aksi takdirde hukuka uygunluk nedenlerinin sınırının aşılmasına ilişkin hükümler uygulanır.

IV. Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi İle İlgili Bazı Özel Durumlar

1. Bazı Tıbbî Müdahaleler

Tıbbî müdahalelerin hukuka uygunluğu kural olarak ilgilinin rızası çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bununla birlikte, bazı durumlarda kamusal yararlar kişinin kendi geleceğini belirleme hakkından daha ağır bastığından ilgilinin rızası aranmadan tıbbî müdahalede bulunulabilmektedir. Rızanın aranmadığı bu tür tıbbî müdahalelerin neler olduğunun ve koşullarının kanunlarda gösterilmesi gerekir. Çünkü kamusal bazı yararların korunması amacıyla bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması AY md. 13 gereğince *kanunla* ve *ölçülü* bir şekilde yapılmalıdır. Yine AY md. 17, tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı hâller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulmayacağını vurgulayarak, kanunda gösterilen durumlarda ilgilinin rızası dışında tıbbî müdahalede bulunulmasının hukuka uygun olarak kabul edilmesinin yolunu açmaktadır³⁸.

İlgilinin rızasının aranmadığı tıbbî müdahaleleri, kamu sağlığının korunmasına ilişkin tıbbî müdahaleler ve ceza hukukundan kaynaklanan tıbbî müdahaleler olarak iki gruba ayırmak mümkündür.

Kamu sağlığının korunmasına ilişkin tıbbî müdahaleler, özellikle salgın veya bulaşıcı hastalıkların yayılmasını önlemek ve bu hastalıklara yakalananları tedavi etmek amacıyla yapılan tıbbî müdahaleleri ifade etmektedir. Örneğin 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu md. 57'de sayılan kolera, veba, lekeli humma, karahumma, paratifoit humması veya her nevi gıda maddeleri tesemmümü, çiçek, difteri (kuşpalazı), bütün tevkiatı dahi sarı beyin humması, uyku hastalığı (iltihabı dimağii sarı), dizanteri, lohusa humması, ruam, kızıl, şarbon, felci tifli, kızamık, cüzam, hummai rācia, malta humması ve kuduz hastalıklarından biri ortaya çıktığı veya ortaya çıkmasından şüphelenildiği takdirde, hükümet veya belediye tabipleri mahallinde lazım gelen incelemeyi yapar ve hastalığın muhakkak olup olmadığını ve ortaya çıkma sebeplerini tahkik ile üstüne yazı ile bildirir. Sarı hastalıklar tetkikatı yapan tabiplere bütün Devlet kuvvetleri yardım etmeye mecburdurlar (md. 65). Bu hastalıklardan biri hakkında tetkikat yapan tabip bu tetkikatı kolaylaştırmak üzere hastanın yanına girmeye ve hastayı ve icabına göre evin sair sakinlerini mu-

³⁸ Bkz. ERMAN, Barış: *Ceza Hukukunda Tıbbî Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, Ankara 2003, sh: 173.

ayeneye ve hastalığın görünüm biçimine ve seyrine dair açıklama ve bilgi talebine salâhiyettardır (md. 67). Yine başka bir hastalık salgın şekil aldığı veya böyle bir tehlike baş gösterdiği takdirde, Sağlık Bakanlığı benzer önlemler almaya yetkilidir (md. 64). Kanun'un 72. maddesi alınacak tedbirleri göstermektedir. Yine Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun birçok hükmünde kamu sağlığı nedeniyle rıza aranmadan tıbbî müdahalelerde bulunulmasına olanak sağlanmıştır.

7402 sayılı Sıtmanın İmhası Hakkında Kanun md. 7'ye göre; "*Herkes, teşkilat tarafından mahallinde yapılacak umumi veya kısmi muayenelere icabet etmeye ve hastalığın teşhisi veya küllenin sıtma paraziti endeksinin tayini maksadiyle yapılacak bakteriyolojik muayeneler için her talep vukuunda kan alınmasına ve ilaçların tatbikine müsaade etmeye mecburdur*".

Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü md. 25, genel kadınların belirli aralıklarla muayene edilmelerini ve md. 32 hasta olanların tedavi edilmelerini düzenlemektedir.

Ceza hukukundan kaynaklanan tıbbî müdahalelerden ilki, bazı güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi hâlinde ortaya çıkmaktadır. Hakkında güvenlik tedbirine hükmedilen akıl hastaları, yüksek güvenlikli sağlık kurumlarında koruma ve tedavi altına alınırlar (TCK md. 57/1). Yine suç işleyen alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlısı kişilerin, güvenlik tedbiri olarak, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılarına özgü sağlık kuruluşunda tedavi altına alınmalarına karar verilir (TCK md. 57/7).

Diğer tıbbî müdahaleler ceza muhakemesinin yürütülmesi esnasında alınan kararlardan kaynaklanabilir. Bu bağlamda gözlem altına alma (CMK md. 74), beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması (CMK md. 75-76) hâllerinde, sulh ceza hâkiminin veya mahkemenin kararı, hatta bu son iki durumda gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararı mevcutsa, ilgilinin rızasının olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır.

Yine zorunlu tıbbî müdahaleler infaz hukukundan da kaynaklanabilmektedir. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun md. 82/2'ye göre, beslenmeyi reddederek açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan hükümlülerden, alınan tedbirlere ve yapılan çalışmalara rağmen hayatî tehlikeye girdiği veya bilincinin bozulduğu hekim tarafından belirlenenler hakkında, isteklerine bakılmaksızın kurumda, olanak bulunmadığı takdirde derhâl hastaneye kaldırılmak suretiyle muayene ve teşhise yönelik tıbbî araştırma, tedavi ve beslenme gibi tedbirler, sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmamak şartıyla uygulanır. Yine Kanun'un 82. maddesinin 3. fıkrasına göre, bu hâller dışında, bir sağlık sorunu olup da muayene ve tedaviyi reddeden hükümlülerin sağlık veya hayatlarının ciddi tehlike içinde olması veya ceza infaz kuru-

munda bulunanların sağlık veya hayatları için tehlike oluşturan bir durumun varlığı hâlinde de aynı hükümler uygulanır. Ancak bu şekilde hükümlülerin sağlıklarının korunması ve tedavilerine yönelik zorlayıcı tedbirler, onur kırıcı nitelikte olmamak şartıyla uygulanır (md. 82/5).

Kamusal yararların bireyin kendi geleceğini belirleme hakkından ağır basması nedeniyle ilgilinin rızası aranmadan tıbbî müdahalede bulunulabilmesinin yolunu açan bu tür kanunî düzenlemelerin hukuksal niteliği konusunda doktrinde iki grup görüş bulunmaktadır. Birinci görüş, rızanın aranmadığı bu tür tıbbî müdahalelerin hukuka uygunluğunu hakkın kullanılması (TCK md. 26/1) ile açıklamaktadır³⁹. Bizim de katıldığımız ikinci görüş, ilgilinin rızasının aranmadığı bu tür tıbbî müdahaleleri kanun hükmünü yerine getirme (TCK md. 24/1) çerçevesinde hukuka uygun görmektedir⁴⁰. Bireyin kendi geleceğini belirleme hakkına müdahalenin hukuka uygunluğunun hekimlik hakkının yerine getirilmesiyle açıklanması mümkün değildir. Rızanın aranmadığı bu tür ağır müdahaleler ancak bir kanun hükmüne dayanılarak gerçekleştirildiklerinde hukuka uygun kabul edilebilirler.

2. Kolluğun Zor ve Silâh Kullanma Yetkisi

Kolluğun zor ve silâh kullanma yetkisi kanun hükmünü yerine getirmenin en önemli örneklerinden birini oluşturmaktadır. Mevzuatımıza baktığımızda birçok düzenlemede kolluk kuvvetleri tarafından zor ve silâh kullanılmasının koşullarının gösterildiğini görmekteyiz. Örneğin, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK) md. 16 (Polis Vazife ve Salahiyet Nizamnamesi md. 17; Polis Çevik Kuvvet Yönetmeliği md. 25), Terörle Mücadele Kanunu (TMK) ek md. 2, Jandarma Teşkilât, Görev ve Yetkileri Kanunu (JTJK) md. 11 (Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği md. 38-41), Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu md. 5, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu (KMK) md. 22 (Gümrük Muhafaza Görev Yönetmeliği md. 8-9), Kara Sınırlarının Korunması ve Güvenliği Hakkında Kanun md. 2, Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu md. 5, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu (TGYK) md. 24-25 (Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik md. 16), Asayiş-

³⁹ DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir: *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Genel Kısım*, c: II, 10. Bası, İstanbul 1994, No: 729; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (2), sh: 290; ZAFER, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, sh: 235; İÇEL, Kayıhan/SOKULLU-AKINCI, Füsun/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/MAHMUTOĞLU, Fatih S./ÜNVER, Yener: *İçel - Suç Teorisi*, 2. Kitap, 3. Bası, İstanbul 2004, sh: 175-176; ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan: *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, 8. Bası, Ankara 2005, sh: 157-158.

⁴⁰ BAYRAKTAR, Köksal: *Hekimin Tedavi Nedeniyle Ceza Sorumluluğu*, İstanbul 1972, sh: 90, 105-106; HAKERİ, Hakan: *Tıp Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 2012, sh: 350 vd., 608-610. Kanun hükmünün (veya görevin) yerine getirilmemesi ifadesini açıkça kullanmamakla birlikte aynı yönde bkz. ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, sh: 323, ve dn.: 547-548.

şe Müessir Bazı Fillerin Önlenmesi Hakkında Kanun md. 1-2, Olağanüstü Hâl Kanunu md. 23, Sıkıyönetim Kanunu md. 4, Türk Silâhlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu md. 87-90, Köy Kanunu md. 77 (Köy Korucuları Yönetmeliği md. 10; Geçici Köy Korucuları Yönetmeliği md. 13-14), Orman Kanunu md. 77-78, Hapishane ve Tevkifhanelerin İdaresi Hakkında Kanun md. 8, Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun md. 7-9 gibi düzenlemelerde kolluk kuvvetlerine zor ve/veya silâh kullanma yetkisi verilmiştir. Belirtelim ki bu kanunlardaki kolluğun özellikle silâh kullanma yetkileri oldukça belirsiz ifadelerle ve kazuistik bir yöntemle belirlenmiştir⁴¹.

Kolluk görevlilerine tanınan zor ve silâh kullanma yetkisi ile bireyin temel hak ve özgürlükleri arasında bir gerilim ilişkisi bulunmaktadır. Başta yaşam hakkı (AY md. 17/1) olmak üzere, kişinin vücut bütünlüğü üzerindeki hakkı (AY md. 17/2), toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı (AY md. 34), seyahat özgürlüğü (AY md. 23) gibi temel hak ve özgürlükler kolluk görevlilerine tanınan zor ve silâh kullanma yetkileri nedeniyle sınırlandırılmakta, hatta ortadan kaldırılabilir.

Kolluk görevlilerinin zor ve silâh kullanması kanun hükmüne dayanabileceği gibi, meşru savunma hukuka uygunluk nedenine de dayanabilmektedir. Kolluk görevlilerine zor ve silâh kullanma yetkisi veren düzenlemelerin bazılarında meşru savunma hukuka uygunluk nedenine de ayrıca değinildiği görülmektedir (Örneğin PVSK md. 16/6, 16/7-a, 16/9; TMK ek md. 2). Biz burada meşru savunma kapsamında kolluk görevlilerinin zor ve silâh kullanma yetkilerini ele almayacağız. Sadece meşru savunma dışında kalıp da, kanun hükmünü yerine getirme çerçevesinde hukuka uygunluğu değerlendirilen zor ve silâh kullanma yetkilerini inceleyeceğiz.

Kanun tarafından kolluk görevlilerine verilen zor ve silâh kullanma yetkisinin hukuka uygun kabul edilebilmesi için ilgili kanunda gösterilen koşullar çerçevesinde kullanılmış olması gerekmektedir. Bu nedenle kolluk kuvvetleri bakımından zor ve silâh kullanma yetkisi öngören kanunları birlikte incelemek suretiyle hukuka uygunluk bakımından bazı koşulların ortaya çıkarılması mümkündür.

a) İhtar Koşulu

aa) Genel Olarak

PVSK md. 16/4 gereğince, polis, zor kullanmadan önce, ilgililere direnmeye devam etmeleri hâlinde doğrudan doğruya zor kullanılacağı ihtarını

⁴¹ SÖZÜER, Adem: "Die strafrechtliche Bewertung des tödlichen polizeilichen Schusswaffeneinsatzes gegen Flüchtlinge in der Türkei", Strafrecht als Universalis, Festschrift für Claus ROXIN zum 80. Geburtstag, Band 2, Berlin-New York 2011, sh: 1754.

yapmalıdır. Buna göre, polis zor kullanma ve ardından silâh kullanma aşamalarına geçmeden önce ilgililere kendisine direnmelerine son vermeleri, aksi takdirde zor kullanmaya maruz kalacakları konusunda ihtarında bulunmak zorundadır. Bu ihtar kalabalık bir gruba yönelik olarak yapılacaksa, tüm kalabalığın veya en azından kalabalığın büyük bir çoğunluğunun duyabileceği ve anlayabileceği şekilde yapılmalıdır. Bu amaçla mikrofon veya megafon gibi teknik araçlar kullanılabilir⁴². Yine PVSK md. 16/8'e göre, hakkında tutuklama, gözaltına alma, zorla getirme kararı veya yakalama emri verilmiş olan kişilere ya da suçüstü halinde şüphelilere polis duyabilecekleri şekilde "dur" çağrısında bulunur. Kişi bu ihtarla rağmen kaçmaya devam ettiği takdirde, polis uyarı amacıyla silâhla ateş edebilir. Buna rağmen kişi kaçmakta ısrar eder ve bundan dolayı ele geçirilmesi mümkün olmayacağı anlaşılır ise, kişinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde silâhla ateş edilebilir.

Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu (TGYK) md. 24'e göre, kanuna uygun olarak başlayan bir toplantı ve gösteri yürüyüşü kanuna aykırı hâlde dönüştüğü takdirde, hükümet komiseri toplantı veya gösteri yürüyüşünün sona erdiğini bizzat veya düzenleme kurulu aracılığı ile topluluğa ilân eder ve durumu en seri vasıta ile mahallin en büyük mülki amirine bildirir. Mahallin en büyük mülki amirinin olay yerine gönderdiği mahallin güvenlik amirlerinden biri veya birkaçı, topluluğa kanuna uyularak dağılmalarını, dağılmazlarsa zor kullanılacağını ihtar eder. Topluluk dağılmazsa zor kullanılarak dağıtılır. Yine TGYK md. 24/6'ya göre, toplantı veya gösteri yürüyüşleri kanuna aykırı olarak başladığı takdirde, olaya müdahale eden güvenlik kuvvetleri amiri, topluluğa dağılmaları, aksi halde zor kullanılarak dağıtılacakları ihtarında bulunur ve topluluk dağılmazsa zor kullanılarak dağıtılır.

Terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda ihtarın "teslim ol" şeklinde yapılması gerekmektedir (TMK ek md. 2). Teslim ol ihtarına uyulmaması hâlinde, diğer koşulların da varlığı hâlinde, kolluk görevlileri silâh kullanabileceklerdir. Burada PVSK md. 16'da gösterilen zor kullanmanın diğer aşamalarına müracaat etmeye gerek kalmamaktadır.

Yine Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu (KMK) md. 22/1'e göre, Gümrük Kanunu gereğince belirlenen kapı ve yollardan başka yerlerden gümrük bölgesine girmek, çıkmak veya geçmek isteyen kişiye "dur" uyarısında bulunulmalıdır. Kişi bu uyarıya uymadığı takdirde, uyarı havaya ateş edilmek suretiyle yinelenir. Bu uyarıya da uymayan kişiye yönelik olarak silâh kullanılamaz. Çünkü KMK md. 22/1, bu uyarıların ardından meşru savunma durumuna düşülmesini sağlayacak bir silâhlı veya başka türlü bir saldırının mevcut ol-

⁴² ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, (2), sh: 269.

ması hâlinde kolluk kuvvetlerine silâh kullanma yetkisi vermektedir. Dolayısıyla böyle bir durumda hukuka uygunluk artık kanun hükmünü yerine getirme aracılığıyla değil, meşru savunma aracılığıyla sağlanır. Kanaatimizce, "dur" ve havaya ateş edilmesi uyarılarından sonra, kişi belirlenen kapı ve yollardan başka yerlerden gümrük bölgesine girmeye, çıkmaya veya geçmeye çalışmaya devam ederse, PVSK md. 16'daki genel hükümlere göre, zor kullanmanın aşamaları olan bedenî kuvvet ve maddî güç kullanılabilir. Yine KMK md. 22/2'ye göre; *Görevlilerin yanaşmasına izin vermeyerek kaçan veya kaçmaya teşebbüs eden her nevi deniz araçlarına uluslararası deniz işaretlerine göre telsiz, flama, mors ve benzeri işaretlerle durması ihtar olunur. Bu ihtara uymayan deniz araçlarına uyarı mahiyetinde ateş edilir. Buna da uymayıp kaçmaya devam ettiği takdirde durmaya zorlayacak şekilde üzerine ateş edilir*".

Asayişe Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkında Kanun md. 2/1-a, Olağanüstü Hâl Kanunu md. 23 ve Sıkıyönetim Kanunu md. 4 "teslim ol" ihtarının yapılmasını aramıştır. Yine TSK İç Hizmet Kanunu md. 87/II de öncelikle ihtarın yapılması gerektiğini ifade etmektedir.

bb) İhtar Koşulunun Aranmadığı Durumlar

Polis, direnmenin mahiyeti ve derecesini gözönünde bulundurarak, ihtar yapmadan da zor kullanabilecektir (PVSK md. 16/4). Özellikle ihtar koşulunun artık işe yaramayacağı direnişle karşılaşılması hâlinde polis zor kullanma aşamasına geçebilecektir.

TGYK md. 24/3 gereğince, kanuna uygun olarak başlayıp da kanuna aykırı hâle dönüşen toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde kolluk kuvvetlerine karşı mukavemet veya meşru savunmaya yol açacak nitelikte bir saldırı mevcut olduğu takdirde, ihtara gerek kalmadan zor kullanılacaktır. Yine TGYK md. 25 gereğince, topluluk içinde suç işleyenleri ve suçluları yakalamak için ihtar yapılmasına gerek yoktur.

Terör örgütlerine karşı özellikle kırsal bölgelerde yürütülen operasyonlarda "teslim ol" ihtarının yapılması her zaman mümkün olmayabilir. Örneğin, helikopter ya da uçaklardan yapılan atışlar veya atılan bombalar bakımından ihtar koşulunun yerine getirilmesi, bu araçların yerden yüksekliği nedeniyle olanaklı değildir. Bu nedenle bu tür operasyonlarda ihtar koşulunun aranmaması gerekir.

b) Zor Kullanma

PVSK md. 16'e göre, polis, görevini yaparken direnişle karşılaşması hâlinde, bu direnişi kırmak amacıyla ve kırarak ölçüde zor kullanmaya yetkilidir. Böylece zor kullanmanın amacı saldırıda bulunanı veya yelteneni ya da dire-

neni etkisiz hâle getirmektir. Başka bir ifadeyle, saldırıyı veya direnmeyi durdurmaktır. Etkisiz hâle getirmek bazı durumlarda zorunlu olarak eza, ıstırap ve acı verme sonuçlarına yol açsa da, zor kullanmanın amacı asla bunlar olamaz⁴³. Zor kullanma yetkisi kapsamında, direnmenin mahiyetine ve derecesine göre ve direnenleri etkisiz hâle getirecek şekilde kademeli olarak artan nispette bedenî kuvvet, maddî güç ve kanunî şartları gerçekleştirdiğinde silâh kullanılabilir. Buna göre polisin zor kullanma yetkisi bedenî kuvvet kullanma ve maddî güç kullanma şeklinde iki aşamadan oluşmaktadır.

Polis, yapmış olduğu ihtara riayet edilmemesi üzerine ilk önce ilgililer üzerinde bedenî kuvvet kullanacaktır. Bedenî kuvvet, PVSK md. 16/3-a'da, "polis direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde doğrudan doğruya kullandığı bedenî güç" şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre, bedenî kuvvette polis herhangi bir araç kullanmamakta, sadece fiziksel gücüne müracaat etmektedir. Örneğin, polis ekiplerinin kalabalığın arasına girerek kalabalığın bölünmesini ve dağılmasını sağlaması, kişilerin elindeki araçları almaları, oturma eylemi yapanları oturdukları yerden zorla kaldırmaları bedenî kuvvet içerisinde değerlendirilir⁴⁴.

Polisin bedenî kuvvet kullanması direnmeyi etkisiz hâle getirmekte yeter-siz kaldığı takdirde, maddî güç kullanmaya başvurulabilir. Maddî güç, "polis direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde bedenî kuvvetin dışında kullandığı kelepçe, cop, basınçlı su, göz yaşartıcı gazlar veya tozlar, fizikî engeller, polis köpekleri ve atları ile sair hizmet araçlarını" ifade etmektedir (PVSK md. 16/3-b). Düzenlemede "bedenî kuvvet dışında" ifadesi geçse de, burada sırf bedensel gücün kullanılmasının maddî gücü teşkil etmediği ifade edilmek istenmiştir. Kuşkusuz maddî güce bedensel gücün eşlik etmesi doğaldır. PVSK md. 16/3-b "sair hizmet araçları" ifadesini kullandığından saydığı araçlar sınırlı sayıda değildir. Başka bir ifadeyle, polis, maddede sayılanların dışında kalan araçları da direnmeyi kırmak için kullanabilecektir. Bu düzenlemede araçlar kullanım sıralarına göre gösterilmemişlerdir. Bu nedenle polis, somut olayda hangi araç direnmeyi etkili bir şekilde kırarsa, onu tercih etmelidir. Daha basit bir araçla ortadan kaldırılacak bir direnmenin ölçüsüz bir araçla bertaraf edilmesi hâlinde artık kanun hükmünü yerine getirme bakımından bir hukuka uygunluktan söz edilemez⁴⁵.

⁴³ DÖNMEZER, Sulhi: "Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi ve İnsan Hakları", Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi, İstanbul 2005, sh: 20-21, 22.

⁴⁴ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (2), sh: 269-270.

⁴⁵ Aynı yönde bkz. ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (2), sh: 270-271.

TSK İç Hizmet Kanunu md. 87/III gereğince de, silâh (maddî güç) çeşitlerine göre etkili olabilecek şekilde kullanılır. Önce kesici ve dürtücü silâhlar ile ateşli silâhlar hedefe tevcih edilir, sonra ateşli silâhların dipçik ve kabzaları kullanılır, daha sonra kesici ve dürtücü ve ateşli silâhlar bilfiil kullanılır. Ateşli silâh kullanılacaksa, önce havaya ateş edilmelidir⁴⁶.

c) Silâh Kullanma

Polis ihtar koşulunu yerine getirdikten sonra bedenî kuvvet ve maddî güç kullanarak etkisiz hale getiremediği direniş karşısında, bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde silâh kullanabilecektir (PVSK md. 16/7-b). Aynı şekilde polis, sözlü ve havaya ateş etme uyarılarının ardından kaçmaya devam eden hakkında tutuklama, gözaltına alma, zorla getirme kararı veya yakalama emri verilmiş olan kişilerin ya da suçüstü halinde şüphelilerin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde silâh kullanılabilir (PVSK md. 16/7-c, 16/8)⁴⁷. PVSK md. 16/7-c'de sınırlı bir sayım yapıldığından burada belirtilen kişiler dışındaki kişiler bakımından silâh kullanılmayacağı, örneğin hakkında kesin hüküm verilmiş bir mahkûmun yakalanmasında polisin

⁴⁶ KANGAL, Zeynel T.: *Askerî Ceza Hukuku*, Ankara 2010, sh: 98-99.

⁴⁷ "Önleyici Hizmetler Şube Müdürlüğü Motorize Ekipler Amirliğinde görevli polis memuru sanığın ve ekip arkadaşı tanık Ahmet'in, sanığın yönetimindeki motosiklet ile durumlarından şüphelendikleri, üzerinde yolcu olarak tanık Halil'in de bulunduğu ve maktulün kullandığı motosiklete dur ikazı yaptıkları, yapılan ikaza rağmen durmayan motosikleti takibe başladıkları, takip sonucu durdurulan motosikletten tanık Halil'in inerek polis memurlarına doğru yöneldiği sırada, maktulün tekrar motosikletiyle kaçmaya başladığı, bunun üzerine, sanığın da peşinden koşarak maktule dur ihtarında bulunduğu, herhangi bir suç şüphesi altında bulunmayan maktulün, hakkında yakalama, gözaltına alma, zorla getirme gibi bir karar bulunmadığı, maktulün suç teşkil etmeyen soyut kaçma eylemi dışında polis memurları sanık ve arkadaşı tanık Ahmet'e yönelik herhangi bir direnme eylemi de bulunmadığı, maktulün kullandığı motosiklette yolcu olarak bulunan tanık Halil'in yakalandığı, bu itibarla maktulün açık kimlik ve adres bilgilerine her an ulaşılabilmesi olanağının bulunduğu, yine maktulün kaçtığı motosikletin plakasının okunabilir durumda olduğu, bu şekilde ... istikametine doğru ilerideki bir noktada telsiz irtibatı ile durdurulabilme olasılığının ve sanığın kullandığı motosikletin teknik özellikleri itibarıyla maktulün kullandığı motosikletten üstün olması nedeniyle takip sonucu yakalanabilmesinin mümkün olduğu, Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanununun 5681 sayılı Yasa ile değişik 16. maddesinde belirtilen silah kullanılmasını gerektiren herhangi bir durum bulunmadığı, Antalya ili Yeşildere Mahallesi 1173. Sokak üzerinde, gündüz sayılan zaman dilimi içerisinde, saat 15.00 sıralarında, sanığın, kaçan maktulü durdurmak için, maktule doğru iki el ateş ettiği, maktulün ense kısmına aldığı bir adet ateşli silah yaralanması sonucu hayatını kaybettiği olayda; hayati bölgeler hedef alınarak ateş edildiğini gösteren kesin ve yeterli kanıt bulunmadığı anlaşıldığı halde, kasten yaralama sonucu ölüme neden olmak suçundan 5237 sayılı TCK. nun 87/4. maddesinin 2. cümlesi uyarınca hüküm kurulması gerekirken, suç niteliğinde yanılığa düşülerek, unsurları oluşmayan olası kastla insan öldürme suçundan hüküm kurulması..." (1. CD., 30.11.2010, E. 2010-2565/K. 2010-7628, www.kazanci.com, Erişim tarihi: 08.08.2011).

silâh kullanma yetkisinin bulunmadığı ileri sürülmüştür⁴⁸. Böylece silâh kullanılması, zor kullanmaya ilişkin diğer daha hafif tedbirlerin yetersiz kalması veya bir netice alınmayacağına açık olması hâlinde kabul edildiğinden son çareyi ifade etmektedir⁴⁹.

⁴⁸ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (2), sh: 272. Bununla birlikte Asayiş Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkında Kanun md. 1/B, bazı hükümlülere yönelik olarak silâh kullanılmasının koşullarını göstermektedir.

⁴⁹ LK-SİGB¹¹ (HIRSCH), Vor § 32, No: 151. Bu nedenle Yargıtay'ın şu kararına katılmamaktayız; "... maktul Y.'nin kesinleşmiş hapis cezalarına ilişkin mahkûmiyetleri ve başka yargulamalar nedeniyle hakkında çıkartılan gıyabi tutuklama müzakereleri nedeniyle arandığı, olay öncesinde yapılan bir ihbar nedeniyle köyünde bulunduğu öğrenilmesi üzerine ... jandarma görevlilerinin de İlçe Jandarma Komutanı komutasındaki ... araçla maktulün evinin yakınına kadar giderek evin çevresinde biri yakında diğeri ise daha uzakta olmak üzere iki çember halinde güvenlik önlemi aldıkları, İlçe Jandarma Komutanı ile bazı görevlilerin evin kapısına yaklaşmış kapıyı çalıyor seslendikleri, sabahın erken saatinde mahallin teşhise elverişli düzeyde aydınlık olmaması nedeniyle içeriden çıkan maktulü tanıyamayıp, Y.Ö.'yü almaya geldiklerini söyledikleri, kendi kimliğini gizleyen maktulün de, Y.Ö.'nün babası olduğunu, onu haberdar edeceğini, ancak içerde kadınların bulunduğunu ve üzerlerinin açık olduğunu belirterek gelenlerin içeri girmelerini engelleyip evin içine yöneldiği, ancak evin yan tarafa bakan odasının penceresinden üzerinde sadece atlet pantolon bulunduğu, ayakları da çıplak olduğu halde kaçmak için atladığı, evin alt kısmındaki ilk çemberde bulunan sanık uzman çavuş Ö.D.'nin hemen yanına düştüğü ve onunla mücadeleye girişip kurtularak bahçedeki çite doğru kaçtığı, sanık Ö.D.'nin yerden tüfeğini alıp bir süre peşinden koştuğu maktulün yüksek çitten atladığı sırada kendisine durmasını ikaz edip bir yandan da havaya doğru en az iki el ikaz atışı yaptığı, çitin dışına çıkan maktulün % 70 eğilimli, taşlık ve kayalık araziden aşağı kısma doğru düşme kalka koştuğu, ikinci güvenlik çemberinde bulunan ve yukarı taraftan silah sesleri gelmesi üzerine silahının emniyetini açıp tam dolduruş durumuna getiren sanık jandarma eri F.'nin yanına vardığında kendisini yakalamak isteyen sanık F. ile mücadeleye giriştiği, bu mücadele sırasında birbirleriyle boğuşan sanık F. ve maktulün bir süre eğilimli arazide yuvarlandıkları, sanık F.'den daha cüsseli ve güçlü olduğu anlaşılan maktulün sanık eri sırtüstü yatırıp kaçmak istediği sırada F.'nin silahını seri biçimde ateşlediği, Y.Ö.'nün ensesinden isabet edip yüz bölgesinden çıkan tek merminin isabeti nedeniyle derhal öldüğü anlaşılmaktadır... // Öte yandan 2803 sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Yasasının 11. Maddesi ve Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliğinin 39. maddesinin c, f, g ve h bentleri uyarınca, kaçmak istediğinde kendisine engel olmaya çalışan uzman çavuşla boğuşup, 'dur' uyarısına ve havaya yapılan uyarı atışlarına karşın kaçışını sürdüren, bilahare kendisiyle etkin bir mücadeleye girişip boğazını sıkıp silahını almaya çalışarak ardından yeniden kaçmaya yeltenen maktule karşı, sanık F.'nin görev silahını kullanma hak ve yetkisi doğmuştur. Ancak bu yetkinin anılan Yönetmeliğin 40. maddesinde belirtilen koşullarda, dikkat ve özenle kullanılması, aşırıktan kaçınılması da zorunludur. TCY'nin 49. maddesinin 1. fıkrasında, eylemin 'Yasanın bir hükmünü icra suretiyle işlenmesi' hali bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmiş, yine aynı Yasanın 50. maddesinde ise '... 49'uncu maddede yazılı fiillerden birini icra ederken Yasanın veya salahiyettar makamın veya zaruretin tayin ettiği hududun tecavüz edilmesi' cezada indirim nedeni olarak belirlenmiştir. Somut olayda maktulün etkisiz hale getirilip yakalanması sırasında, öldürücü gücü yüksek Kalashnikov tüfeğinin seri atış pozisyonuna getirilerek maktulün kafa bölgesine yöneltilip atışa hazır halde tutulması, silahın ancak ve sadece başka çare kalmadığı hallerde ateşlenebileceği kuralının göz ardı edilmesi, ateşleme zorunluluğu doğduğunda da kişinin öldürülmeden yakalanmasına özen gösterilmesi gereğine uyulmaması 'Yasanın emrini yerine getirmede zorunluluk sınırının aşılması' niteliğinde görülmüştür. // ... yine kullanılan silahın etkinliği, kullanıma koşulları, ateşlenmesindeki zorunluluk derecesi, maktulün diğer kolluk görevlileri

Burada silâhtan anlaşılması gereken husus, ateşli silâhtır. Çünkü PVSK md. 16/3-b'de maddî güç kapsamında sayılan bazı araçlar da silâh olarak değerlendirilebilmekte ve TCK md. 6/1-f'deki silâh tanımına uygun düşebilmektedirler. Cop, basınçlı su, göz yaşartıcı gazlar veya tozlar gibi araçlar PVSK md. 16/3-b'de maddî güç kapsamında ayrıca zikredildiğinden PVSK'da kullanılan silâh kavramının ateşli silâh olarak anlaşılması gerekmektedir⁵⁰.

TSK İç Hizmet Kanunu md. 87/III-2'ye göre, silâh kullanmak mutlaka ateş etmek değildir. Ateş etmek son çaredir. Önce havaya ihtar ateşi yapılır. Sonra ayağa doğru ateş edilir, mukavemet veya taarruza veyahut tehlikeli bir tehdide varan mukavemet hâli devam ederse, hedef gözetilmeksizin ateş edilir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, kolluk görevlileri ateşli silâh kullanma bakımından her somut olayda ihtar koşulunu yerine getirmek ya da zor kullanma aşamasını katetmek zorunda değildirler. İhtar koşulunun yerine getirilmeyeceği durumları daha önce belirttik. Zor kullanma aşamasına başvurulmasının, bertaraf edilmek istenen direncin niteliği ve derecesi bakımından etkisiz kalacağı açık ise, bir sonraki aşamaya (bedensel güç aşamasından maddî güç kullanma aşamasına), hatta doğrudan silâh kullanma aşamasına geçilebilir⁵¹. Nitekim bazı kanunlarda ihtar koşulundan sonra zor kullanma aşamasına başvurulması öngörülmemektedir doğrudan silâh kullanma aşamasına geçilmesi hüküm altına alınmıştır (Örneğin Sıkıyönetim Kanunu md. 4/2)⁵². Ancak bu durumda silâh kullanma yetkisi doğrudan hedefe ateş etme

tarafından da yakalanabileceği gerçeği karşısında ... TCY'nin 50. Maddesiyle yapılan indirimin de makul düzeyde gerçekleştirilmesine ilişkin uygulamalar yerinde bulunmuştur" (CGK 20.04.2004, E. 2004-1 MD-47/K. 2004-101, GÜZELOĞLU, Turan: Kolluğun Kuvvet ve Silah Kullanma Yetkisi, Ankara 2008, sh: 111-112). Bu kararda hukuka uygunluğun koşulları yerine gelmediği hâlde, sınırının aşılmasından bahsedilmiştir.

⁵⁰ Aynı yönde bkz. ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, (2), sh: 271.

⁵¹ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, (2), sh: 274.

⁵² "... 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununun 4. maddesinin 2. fıkrasında, 'teslim ol' emrine riayet edilmemesi halinde güvenlik kuvvetlerine 'doğruca ve duraksamadan hedefe ateş edebilme' yetkisi verilmiştir. // Sanık S.Y.'in üç ayrı yerde polislerin üzerine otomobilini sürüp, çalınan düdüklere, fenerle verilen işaretlere ve hatta yapılan ikaz atışlarına aldırmayarak, gecenin ilerlemiş saatlerinde anarşik olayların yoğun olduğu bir bölgede, müteaddit 'dur' emrine riayet etmeyip haklarında her türlü şüpheli uyandırdıktan sonra; Sıkıyönetimde görevli bulunan polis memurlarının, başka türlü durdurmayacaklarını anladıkları otomobilin arka tekerleklerine ateş ederken, arka koltukta oturan bir kişiyi öldürmeleri olayında, TCK. 49/1. maddesindeki şartların gerçekleştiğini kabulde zorunluluk bulunduğundan, C.Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir" (CGK, 04.05.1987, E. 1987-1-18/K. 1987-246, www.kazanci.com, Erişim tarihi: 08.08.2011). Yargıtay tarafından sıklıkla başvuru anarşinin yoğun olduğu bölge ve dönemlerde gerekçesi eleştirilmiştir. Buna göre, bütün ülkenin veya olayın geçtiği bölgenin gerçekte anarşi içerisinde bulunup bulunmadığından bağımsız olarak, kararlarda ne genel durumun somut olaya etkisi ne de silâh

yetkisinin verildiği anlamına gelmemekte, mağdura en az zarar verecek şekilde silâhın kullanılması gerekmektedir⁵³.

kullanımının yasal koşulları incelenmektedir. Sadece silâh kullanılması genel bir savunma durumuyla hukuka uygun kılınmıştır. Oysa bu gerekçenin hata kavramı kapsamında kusur sorusunda ele alınması gereken bir sorun olduğu dile getirilmiştir (SÖZÜER, "Die strafrechtliche Bewertung des tödlichen polizeilichen Schusswaffeneinsatzes gegen Flüchtige in der Türkei", sh: 1757-1758).

⁵³ "Aksaray Kaymakamı ve Belediye Başkanının başkanlığında oluşan bir heyetin ilçe merkezine getirecek su işini halletmek ve istimaline karar verilen yerde aplikasyon işlerini tamamlamak için olayın geçtiği Halvadere kasabasına geldikleri ve burada gerekli işleri yapıp dönecekleri sırada kadın ve çocuklardan oluşan bir gurup tarafından taşla tutuldukları, önceleri az olan kalabalığın giderek artması, vasıtalarının tahrip edilmesi ve beraberlerindeki güvenlik kuvvetlerinin yetersiz kalması üzerine Belediye binasına sığındıkları, bu arada Belediye hoparlöründen kalabalığı teskin etmek için yapılan konuşmaların aksine sonuç vererek kalabalığın daha da artmasına ve saldırgan hale gelmesine sebep olduğu, bunun üzerine olayın elebaşlarının takip ve yakalanmaları için 2-3 kişilik timler oluşturulduğu, bu arada sanık Polis memuru A.A.'un da polis memuru D.A. ve J.eri İ.Y. ile bir ekip oluşturularak görevlendirildikleri, en önde sanık A.A., onun arkasında 15-20 metre mesafede D.A. ve bir o kadar mesafede arkada İ.Y. olacak şekilde engeli arazide kaçanları takip ettikleri, bu sırada sanığın önünde kaçan maktul R.T.'e 'dur' ihtarında bulunduğu, ancak maktulün bunu dinlemeyip kaçmaya devam etmesi üzerine elindeki (akrep) tabir edilen otomatik silahla bir el ateş ettiği, yine durmaması üzerine ikinci kez ateşlediğinde arkadan başından vurup öldürdüğü...; // 2301 sayılı Kanun ile değişik 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununun 4. maddesinin 2. fıkrasında; silah kullanma yetkisine sahip güvenlik kuvvetlerinin 'teslim ol' emrine uyulmaması halinde, güvenlik kuvveti mensuplarına doğruca ve duraksamadan hedefe ateş edebilme yetkisi verilmiştir. Bu yetkinin kapsam ve sınırlarını belirlemek gerekir. Sözü edilen bu hükümlerdeki 'ateş etme yetkisi' 'öldürme yetkisi' anlamına gelmez. // Anılan Kanununun 4. maddesinin 2. fıkrasında sözü edilen yetki, aynı maddenin 1. fıkrasından kaynaklanmaktadır. 1. fıkrada 'görevlilerin ... Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, Jandarma Teşkilat ve Vazife Nizamnamesinde silah kullanmayı icap ettiren hal ve şartlardan herhangi birinin tahakkuku halinde, silah kullanma yetkisini haiz ... oldukları' hüküm altına alınmıştır. // Görülüyor ki; 2301 sayılı Kanunla değişik 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununun 4. maddesi yukarıda sözü edilen kanunların belirtilen maddelerini ortadan kaldırmadığı gibi, birinci fıkrasında, güvenlik görevlilerinin silah kullanma yetkisini, polis vazife ve salahiyet kanununda, jandarma teşkilat ve vazife nizamnamesinde silah kullanmayı gerektiren hal ve şartlardan herhangi birinin tahakkuku haline bağlamak suretiyle bu hükümlerin yürürlüğünü teyit etmektedir. // Sanık, TCK. 49/1. maddesi hükmünü icra ederken aynı Kanun 50. maddesi hükmünün de gözönünde bulundurması ve buna uyması gerekir. Zira TCK.nun 49. maddesindeki koşullar 50. madde ile sınırlandırılmıştır. // Sanığın, kaçan maktulü yakalamak kastıyla silah kullanması görevi gereğidir. Ancak ölmeyecek noktalara yönelerek silah kullanması gerekirken doğrudan doğruya maktulün kafasına ateş ederek vurup öldürmesi şeklindeki oluştta yukarıda açıklanan kanun hükümlerine uyulmamış ve zaruretini tayin ettiği hudut tecavüz edilmiştir. // Oluşa ve açıklanan delillere göre sanıkta öldürme kastının bulunduğu anlaşılacağından eylemi TCK. 452. ve 50. maddelerine temas eder nitelikte görülmüştür" (CGK, 06.10.1986, E. 1986-199/K. 1986-419, www.kazanci.com, Erişim tarihi: 08.08.2011). Aynı yönde bkz. CGK, 26.04.1982, E. 1982-42/K. 1982-164, www.kazanci.com, Erişim tarihi: 08.08.2011. Bu kararlarda aynı koşulun hem TCK md. 452 hem de TCK 50 bakımından kullanılması eleştirilmiştir (SÖZÜER, "Die strafrechtliche Bewertung des tödlichen polizeilichen Schusswaffeneinsatzes gegen Flüchtige in der Türkei", sh: 1758-1759).

d) Zor ve Silâh Kullanmada Ölçülülük İlkesi

Kolluk kuvvetleri zor kullanma yetkilerini kendilerine yönelik direnişi kırma amacıyla ve kırarak ölçüde kullanmalıdırlar (PVSK md. 16/1). Dolayısıyla kolluk kuvvetleri direnişin niteliğine ve derecesine göre, zor kullanma yetkisini PVSK md. 16/2 gösterilen şekilde kademeli olarak kullanmalıdırlar. Kolluk kuvvetlerinin başvurduğu zor kullanma yöntemi direnişi savuşturmaya yeterli gelmediği takdirde, bir sonraki aşamaya geçilmelidir. Çünkü kolluk görevlilerinin her somut olayda karşı karşıya kalacakları mukavemet, tehdit, ortaya konulan engellerin niteliği, engel çıkarmanın yaşı, cinsiyeti kullanılacak fiziksel kuvvetin şeklini ve niteliğini tayin edecektir⁵⁴. Örneğin bedenî kuvvet kullanılması suretiyle savuşturulamayan direnişe maddî güçle müdahale edilmelidir. Kolluk kuvvetleri karşılaştıkları direnişi savuşturmanın ötesinde bir zor kullandıkları takdirde, hukuka uygunluğun sınırı aşılmış olur. Başka bir ifadeyle, hafif bir zor kullanmayla kırılabilir bir direnişe gereğinden fazla zor kullanılması hâlinde fiil hukuka aykırılık alanına taşınmış olur⁵⁵.

Aynı şekilde silâh kullanma yetkisi de ölçülülük ilkesi çerçevesinde kullanılmalıdır⁵⁶. Silâh, özellikle de ateşli silâh kullanma yetkisinin koşullarının olduğu durumlarda mümkün olduğu kadar hedefe en az zarar verecek derecede silâh kullanılmalıdır. Silâh kullanılmasındaki amaç direnişin kırılması ya da kişinin canlı olarak yakalanması olmalıdır⁵⁷. Nitekim Polis Vazife ve

⁵⁴ DÖNMEZER, "Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi ve İnsan Hakları", sh: 20, 22.

⁵⁵ "... sanık Jandarma Astsubayın gözetilme üzere yakaladığı yakınının kaçmak istemesi üzerine, direncini kırmak amacıyla zor kullanma yetkisini aşarak, telsizle çenesine vurup 3 gün alışılmış uğraşı kaybına yol açacak biçimde yaralama eyleminin TCY'nin 245, 50. maddelerine uyduğu gözetilmeden olayda uygulama yeri bulunmayan anılan Yasanın 49. maddesi uyarınca hüküm kurulması..." (4. CD., 01.12.2004, E. 2003-12496/K. 2004-11800, www.kazanci.com, Erişim tarihi: 08.08.2011).

⁵⁶ ERYILMAZ, M. Bedri/BOZLAK, Ayhan: "Hukukumuzda Zor ve Silah Kullanma Yetkisi", TBBD 2009, sy: 83, sh: 248.

⁵⁷ ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, (5), sh: 284; ÖZGENÇ, İzzet: "Emniyet Görevlilerinin Silah Kullanma Yetkisi Üzerine Düşünceler", İBD 1994, c: 68, sy: 1-2-3, sh: 94-95; SIRMA, Özge: "Türk Hukukunda Silah Kullanma Yetkisi", Beiträge zum deutschen und türkischen Strafrecht und Strafprozessrecht, Die Entwicklung von Rechtssystemen in ihrer gesellschaftlichen Verankerung, Baden-Baden 2010, sh: 163. Bu nedenle Yargıtay'ın şu kararlarında isabet bulunmamaktadır; "Maktül ve arkadaşlarının çalıntı oto ile 3.30 sıralarında seyrettikleri sırada çalıntı arabaların olduğu ihbarı üzerine kontrol yapılması istenmesi nedeniyle sanık ve arkadaşı Şeref'in otoları durdurmak istedikleri, polis kontrolünü gören maktülün aracı polislerin üzerine sürerek zik zak yaparak kaçmaya başladıkları, araçlarına binen polis sanık ve arkadaşını takibe başladıkları ve kaçmakta olan araca dur ikazı yaparak ateş açtıkları bu atışlardan birinin hırsızladıkları otuyu kullanan maktülün sırtına isabet ettiği ve aldığı bu yara sonucu maktülün öldüğü anlaşıldığından sanığın Polis Vazife Selahiyet Kanununun 16. maddesinin kendisine verdiği yetkiyi kullandığından TCK.nun 49/1. maddesi gereğince beraatine karar verilmesi gerekirken..." (1 CD., 05.06.2002, E. 2002-1274/K. 2002-2325, www.kazanci.com, Erişim tarihi: 08.08.2011); "Olay gecesi saat 22 sıralarında, İ.G. adlı şahsın Kastamonu ili İnönü Polis Karako-

Salahiyet Nizamnamesi md. 17, "mümkün olduğu kadar suçlunun öldürülmeden ziyade yaralı olarak yakalanmasına dikkat edilmesi"ni aramıştır. Aynı şekilde Köy Kanunu md. 77 de, korucunun silâh kullanmaya mecbur olduğu zaman bile, mümkün merteye öldürmeksizin yaralayarak tutmaya dikkat edeceğini vurgulamıştır.

Yine TMK ek md. 2, kolluk görevlilerinin "tehlikeyi etkisiz kılacak ölçü ve orantıda, doğrudan ve duraksamadan hedefe karşı silah kullanmaya yetkili" olduklarını belirtmektedir. Ancak bu düzenleme, yakalanmalarını sağlamak amacıyla silâh kullanılabilmesi için, örgüt mensuplarının kaçmalarına engel olmak bakımından başka çare bulunmaması koşulunu aramadığı için eleştirilmiştir⁵⁸.

luna telefon ederek 34 KBJ plaka numaralı teşeyin Toros marka otomobilin Altınbaşlar Benzin istasyonuna geldiği, bu arabada bulunan kişilerin silah çekerek hakaretlerde bulunduğunu ve Araç ilçesi istikametine doğru kaçtıklarını ihbar etmesi üzerine, 37 A 0091 plakalı resmi polis otosuyla devriye görevini yapan sanığın takibe geçilmesi emri alarak o istikamete gidip, 34 KBJ 19 plakalı aracı yakın mesafeden takibe başladığı, durması için çeşitli şekillerde yapılan ikazlara uymadığı ve başka şekilde durdurulamayacağını anladığı için sanık O.E.'in 34 KBJ 19 plakalı araca doğru bir el ateş ettiği; rastgele yapılan bu atışla, her iki araç da hareket halinde olduğu için çıkan kurşunun tesadüfen söz konusu araçta bulunan A.B.'a isabet ederek ölümüne neden olduğunun dosya içeriğinden açıklıkla anlaşılması karşısında; Olayda polis görevlisi olan sanığın silah kullanma şartlarının oluşması nedeniyle eyleminin TCK.nun 49/1. maddesi şartlarında değerlendirilmesi ve eyleminde aşırılığa kaçmadığının kabulünde zorunluluk bulunduğu..." (1. CD., 18.10.1993, E. 1993-1551/K. 1993-1982, www.kazanci.com, Erişim tarihi: 08.08.2011). Bu son karara konu olan olay, küçük bir yerleşim yerine yakın bir yerde gerçekleşmektedir. Silâh kullanılmadan önce kaçmakta olan aracın belirli bir süre takibi ve şüphelilerin kaçmalarını engellemek için diğer güvenlik güçlerinin yardımının istenmesi olanaklıdır. Hareket hâlindeki bir araçtan yine hareket hâlindeki başka bir araca ateş edilmesi, ateş edilen aracın içindeki kişilerin yaşamı bakımından yüksek bir risk taşımaktadır. Bu yüzden ateş edilmesi ne yakalama için zorunludur, ne kaçışı engellemek için son araçtır ne de ölçülüdür. Bu yüzden hukuka uygunluk koşullarının bulunmadığı sonucuna varılmaydı (SÖZÜER, "Die strafrechtliche Bewertung des tödlichen polizeilichen Schusswaffeneinsatzes gegen Flüchtlinge in der Türkei", sh: 1756).

⁵⁸ ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, (5), sh: 296. Terörle Mücadele Kanunu'nun 29.08.1996 tarih ve 4178 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle eklenen ek 2. maddesi şu şekildeydi; "Terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda teslim ol emrine itaat edilmeyerek silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde kolluk kuvveti görevlileri, failleri etkisiz kılmak amacıyla doğrudan ve duraksamadan hedefe karşı ateşli silâh kullanmaya yetkilidirler". Bu düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından ölçülülük ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir. Bu karara göre; "Ek Madde 2'de, terör örgütlerine karşı yapılacak operasyonlarda, kolluk kuvveti görevlilerinin silah kullanmaları, teslim ol emrine itaat edilmeyerek silah kullanmaya teşebbüs edilmesi koşuluna bağlanmıştır. Bu koşulun gerçekleşmesi durumunda görevliler failleri etkisiz kılmak amacıyla, doğrudan ve duraksamadan, hedefe karşı ateşli silah kullanabileceklerdir. // Maddede 'teslim ol emrine itaat edilmemesi' ve 'silah kullanmaya teşebbüs edilmesi' durumunda, kademeli olarak etkisiz kılma yöntemleri belirtilmeden, kolluk kuvvetlerine son çare olarak başvurulması gereken ateşli silah kullanma yetkisi verilmiştir. // Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında, 'herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir'. Son fıkrasında da, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesine koşut olarak 'mahkemelerce

Polis her somut olay bakımından ölçülülük ilkesi çerçevesinde zor kullanma yetkisi kapsamında direnmeyi etkisiz kılmak amacıyla kullanacağı araç ve gereç ile kullanacağı zorun derecesini kendisi takdir ve tayin eder. Ancak, toplu kuvvet olarak müdahale edilen durumlarda, zor kullanmanın derecesi ile kullanılacak araç ve gereçler müdahale eden kuvvetin amiri tarafından tayin ve tespit edilir (PVSK md. 16/5). Yine TSK İç Hizmet Kanunu md. 87/IV gereğince, ateş emri verilmediği durumlarda da, her asker silâhını kullanacağı zamanı ve kullanma derece ve tarzını her olayın cereyan ettiği hâlleri ve şartları gözönünde tutarak bizzat takdir edecektir.

3. Herkesin Geçici Yakalama Yetkisi

Suçların aydınlatılması ve ceza takibatının yürütülmesi yalnızca devletin görevidir. Bu nedenle özel kişiler devletin yürüttüğü ceza takibatına yardım etmek için başkalarının hukuksal alanlarına müdahalede bulunma yetkisine ilke olarak sahip değildirler. Bununla birlikte, CMK md. 90/1 bu ilkeye bir istisna getirmektedir⁵⁹.

CMK md. 90/1 belirli koşullarda herkese geçici yakalama yetkisi vermektedir. Bu hüküm çerçevesinde yapılan geçici yakalamalar kanun hükmünün yerine getirilmesi içerisinde kalacağından hukuka uygun kabul edilmekte-

verilen ölüm cezalarının yerine getirilmesi hali ile meşrû müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili mercii verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri birinci fıkra hükmü dışındadır' denilmektedir. // Bu maddeyle güvence altına alınan yaşama hakkını korumak için devlet her türlü önlemi almak yükümlülüğündedir. Yasa ile ancak zorunlu durumlarda silah kullanma yetkisi verilebilir. Silah kullanmaya yetki verilebilmesi için son fıkrada sayılan durumlarda yetkililerin silah kullanma dışında başka olanaklarının bulunmaması gerekir. // Kuralda faillerin sadece 'silah' kullanmaya teşebbüslerinden söz edilirken kolluk kuvveti görevlilerinin hedefe karşı 'ateşli silah' kullanmalarından söz edilmiş; böylece faillerin kullanmaya teşebbüs ettikleri silahın ateşli silah olup olmadığına bakılmaksızın ve başka türlü etkisiz hale getirilmeleri olanağı gözetilmeksizin küçük bir müdahale ile önenebilecek olaylarda dahi görevlilere ateşli silahlar kullanma yetkisi verilmiştir. // Buna göre, dava konusu kuraldaki teslim ol emrine uyulmaması ve silâh kullanmaya teşebbüs edilmesi, görevlilerin her zaman doğruca ve duraksamadan hedefe karşı ateşli silâh kullanmalarını zorunlu kılacak nitelikte bir durum değildir. Kimi olaylarda faillerin, can güvenliğini daha az tehlikeye sokan yöntemlerle de etkisiz hale getirilmeleri olanaklı olabilir. Olayların özelliğine göre, bu yöntemlere başvurulmaksızın doğruca ve duraksamadan hedefe karşı 'ateşli silâh' kullanılması yaşama hakkının zedelenmesi sonucunu doğurur. // Bu nedenle kural, Anayasa'nın 17. maddesine aykırıdır. İptali gerekir" (AYM, 06.01.1999, E. 1996-68/K. 1999-1, RG. 19.01.2001, sy: 24292).

⁵⁹ BAUMANN, Jürgen/WEBER, Ulrich/MIßSCH, Wolfgang: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*; 11. Auflage, Bielefeld 2003, § 17, No: 144; FUCHS, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, (7), 18/23.

dir⁶⁰. Bununla birlikte, doktrinde bir görüş, kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin sadece kamu görevlilerine tanınan bir yetkinin kullanılmasını ifade ettiği, kanunun sivillere belirli bir davranışta bulunmalarına izin verdiği takdirde, hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninden söz edilebileceğini belirtmektedir. Dolayısıyla, bu görüşe göre, CMK md. 90/1'de herkese tanınan geçici yakalama yetkisinin hukuka uygunluğunun hakkın kullanılması çerçevesinde kabul edilmesi gerekir⁶¹.

Geçici yakalamanın hukuka uygun olabilmesi için CMK md. 90/1 iki hâl-den birinin yerine gelmiş olmasını aramaktadır. Birinci hâl, kişiye suç işlerken rastlanmasıdır. Buna göre, fail suç işleyen bir kişiye (başka bir suçun failine) rastladığı zaman, onu geçici olarak yakalayabilecektir. Bu durum suçüstü hâllerinden birini ifade etmektedir. Gerçekten CMK md. 2/1-j işlenmekte olan suç suçuüstü hâllerinden biri olarak göstermiştir. Buna göre, suça teşebbüs

⁶⁰ DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (6), sh: 260; KOCA/ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (3), sh: 270; SOYASLAN, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (3), sh: 369. Bu nedenle bu durumlarda fiilin hukuka uygun olduğunu ifade ettikten sonra suçun manevî unsurunun oluşmadığını belirten Yargıtay'ın şu kararına katılmamaktayız; "Sanıklardan Hüseyin K... 'nın, telefonla rahatsız edilmesi nedeniyle C. Savcılığına şikayetçi olduğu ve telefon numarasını belirlediği kişilerin kimler olduklarının bulunarak cezalandırılmalarını talep ettiği, bildirdiği cep telefonu numaralarından bir tanesinin de katılan Kenan'a ait olduğu dosya kapsamı ile sabittir. Sanık Hüseyin K... ve yakını olan diğer sanığın, rahatsızlık veren kişilerin kimliklerini saptamak için çaba sarf ettikleri sırada, olay gecesi katılan Kenan'ın telefonla arayarak konuşmadan telefonu kapatması üzerine bu aramanın hangi telefondan yapıldığını cep telefonu ekranında çıkan numaradan belirledikleri ve otomobil ile hızla bu yere gittiklerinde katılan Kenan'ı görünce telefonla arayan kişinin o olduğunu tespit ettikleri anlaşılmaktadır. Görüldüğü gibi, sanıklar rahatsız edilmelerinin akabinde telefon edilen yere süratle giderek bir araca bindiğini gördükleri katılanın kaçmasını engellemek için onu yakalamışlardır. Katılanın eylemi ile ilgili şikayet koşulu da olay öncesinde gerçekleşmiştir. Nitekim, olay sonrasında katılan Kenan bu eylemi nedeniyle Denizli 2. Sulh Ceza Mahkemesince 25.10.1999 günlü karar ile TCY'nin 547, 119/5. maddeleri uyarınca cezalandırılmış ve bu cezası kesinleşmiştir. Yakalanan kişinin kolluk görevlilerine teslimi için otomobile bindirilerek şehir merkezine getirildiği ve burada sözü geçen bir kişi olduğu, sanıklara şikayetçi olmaları konusunda tavsiye ve telkinde bulunduğu anlaşılan tanık Mehmet İyilikçi'den karakolda yardımcı olmasının istendiği, tanık ile konuştukları esnada da, olaydan haberdar olan kolluk görevlilerinin sanıkları ve katılan Kenan'ı otomobil içerisinde yakaladıkları da sabittir. O halde, CYUY'un 127. maddesinde hükme bağlanan koşullara uygun olarak katılan yakalayan sanıkların eylemi hukuka uygun olup, olayda TCY'nin 179. maddesi uyarınca 'gayrimeşru surette' özgürlüğün sınırlandırılmasının söz konusu olmadığı, dolayısıyla da anılan suçun manevî unsurunun oluşmadığı açıktır. Ancak, yakalama sırasında, yasanın tanıdığı zor kullanma sınırları aşularak, sanıklar tarafından olayın kızgınlığı ile katılana karşı etkili eylemde bulunulması yasaya aykırı olduğundan bu suçtan dolayı cezalandırılmaları isabetlidir" (CGK 11.03.2003, E. 2003-8-331/K. 2003-35, YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa: *Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, c: I, Ankara 2010, sh: 611-612).

⁶¹ ZAFER, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, sh: 214-215, 233. Benzer yönde bkz. ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA, Özge/SAYGILAR, Yasemin F./ALAN, Esra: *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 2010, sh: 385-386.

aşamasının başlangıcından suçun tamamlanmasına, hatta mütemadî suçta sona ermesine kadar olan süreçte işlenmekte olan bir suç söz konusu olacağından geçici yakalama yetkisinin kullanılması da mümkündür. Suç işlerken rastlanan kişinin yakalanması bakımından CMK md. 90/1 başka bir koşul aramamıştır. Oysa ki, CMUK md. 127/1 kişiye suç işlerken rastlanması hâlinde onun kaçma tehlikesi olması veya kimliğinin tespiti mümkün olmaması koşulunu da aramaktaydı. CMK md. 90/1'de böyle bir koşul açıkça dile getirilme bile, müessesenin amaca uygun olarak yorumlanması sonucunda, kişiye suç işlerken rastlanması durumunda herkes tarafından yakalama yapılabilmesi için onun kaçma olasılığının mevcut olması veya kimliğinin hemen belirlenememesi koşullarından birinin bulunması görüşüne ulaşmak mümkündür⁶².

İkinci hâl ise, suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmamasıdır. Kanun koyucu suçüstü kavramını geniş olarak tanımlayarak bu durumu da suçüstü hâllerinden biri saymıştır. Gerçekten CMK md. 2/1-j henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suç ve fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suçun da suçüstü hâllerinden olduğunu belirtmiştir. Burada tamamlanmış bir suç söz konusu olmakla birlikte, kanun koyucu bu durumu da suçüstü hâlî saydığından yakalama yetkisi de bu süreçte devam etmektedir. Buna göre saatlerce sürecek bir takibin ardından mümkün olacak yakalama hâlinde de suçüstü hâlî halen mevcuttur⁶³.

Kaçma olasılığı, geçici yakalamada bulunan kişinin somut durumdaki muhakeme yeteneğine göre belirlediği, kaçmanın yakın bir gelecekte gerçekleşmesini ifade etmektedir. Buradaki kaçma olasılığı tutuklamadaki kaçma tehlikesinden daha dar bir kavramdır. CMK md. 100/2-a kişinin "kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular"ın bulunmasını aradığından, şüpheli veya sanığa isnad edilen fiilin bütün koşullarının incelenmesi ve değerlendirilmesi gerekir. Oysa ki, geçici yakalamada yakalayan kişi fiili gördüğü kadarıyla değerlendirmekte ve failin kaçma olasılığına bir anda kanaat getirmektedir⁶⁴.

Kişinin kimliğini belirleme olanağının bulunmaması ise, suçüstü hâlinde görülen kişinin kimlik belgesinin üzerinde olmaması veya ibraz etmeyi reddetmesi durumunda söz konusu olabilir. Buna karşın suçüstü hâlîni gören kişi faili şahsen tanıyorsa ve nerede oturduğunu biliyorsa, artık kimliğini belirle-

⁶² TURHAN, Faruk: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2006, sh: 202.

⁶³ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (4), § 17, No: 23.

⁶⁴ KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe: *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Baskı, İstanbul 2006, sh: 795.

me olanağının bulunmamasından bahsedilemez. Bununla birlikte, araç plâkasının not edilmesi olanağı kimlik belirlenmesi bakımından yeterli değildir. Çünkü plaka numarasından hareketle sürücünün kimliği hakkında her zaman doğru sonuçlar çıkartılması mümkün değildir⁶⁵. Yakalanan kişinin kaçma olasılığı varsa, kimlik gösterse bile, serbest bırakılamaz⁶⁶.

Soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağlı olmakla birlikte, çocuklara, beden veya akıl hastalığı, malûllük veya güçsüzlükleri nedeniyle kendilerini idareden aciz bulunanlara karşı işlenen suçüstü hallerinde kişinin yakalanması şikâyete bağlı değildir (CMK md. 90/3).

Kişilerin bir suçun soruşturma ve kovuşturmasının şikâyete bağlı olup olmadığını bilmesi mümkün değildir. Bunun yanı sıra, suçun şikâyete bağlı olduğu bilinse bile, suçtan zarar görenin bu hakkını kullanıp kullanmayacağını yakalama anında bilinmesine olanak bulunmamaktadır. Bu nedenle, herkesin yakalama yapabileceği durumlarda, şikâyete bağlı suçlarda, suçtan zarar görenin şikâyet hakkını kullanması koşulunun aranmaması gerekir⁶⁷.

Herkes tarafından yapılan geçici yakalamanın hukuka uygun kabul edilebilmesi için fiilin bir suç teşkil etmesi gereklidir. Suçun ağırlığının veya basitliğinin bir önemi bulunmamaktadır⁶⁸. Bu bağlamda hazırlık hareketleri, bağımsız bir suç olarak tanımlanmamışlarsa, geçici yakalamayı haklı çıkarmamaktadır⁶⁹. Bu noktada belirtmek gerekir ki, fiilin suç teşkil ettiğinin kesin olarak saptanması kişiden istenemez. Çünkü geçici yakalama yetkisi suçun ispatını olanaklı kılmaya yöneliktir⁷⁰. Yine bir kabahat işleyen birinin herkes tarafından geçici olarak yakalanması mümkün değildir⁷¹.

Suç işleyen kişinin kusur yeteneğinin olmaması herkes tarafından yapılan yakalamayı hukuka aykırı hâl getirmez. Bu bağlamda bir haksızlığı gerçekleştirebilmeleri mümkün olan çocuklar, sağır-dilsizler, akıl hastaları geçici olarak yakalanabilirler. Çünkü bunlara ceza uygulanmasa da, güvenlik ted-

⁶⁵ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (4), § 17, No: 27.

⁶⁶ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, (15), sh: 796.

⁶⁷ CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, İstanbul 2006, sh: 285.

⁶⁸ RENGIER, Rudolf: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, München 2011, § 22, No: 5; SCHMIDT, Rolf: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 10. Auflage, Bremen 2011, No: 487.

⁶⁹ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (4), § 17, No: 26; KINDHÄUSER, Urs: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Baden-Baden 2011, § 20, No: 2.

⁷⁰ KLESCZEWSKI, Diethelm: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bonn 2008, No: 365.

⁷¹ FUCHS, *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (7), 18/30; RENGIER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (3), § 22, No: 4; HEINRICH, Bernd: *Strafrecht – Allgemeiner Teil I*, 2. Auflage, Stuttgart 2010, No: 501; SCHMIDT, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (10), No: 484.

biri uygulanması mümkündür⁷². Gerçekleştirmiş olduğu fiilde hukuka uygunluk nedeni bulunan kişinin yakalanması da, yakalama yapan kişinin bunu bilmemesi hâlinde, hukuka uygun olacaktır⁷³. Buna karşın yakalanan kişinin işlemiş olduğu fiilde mazeret nedeni içerisinde olduğunun bilinip bilinmemesinin bir önemi bulunmamaktadır. Çünkü mazeret nedenleri fiilin haksızlığına engel olmamakta, sadece failin kınanabilirliğini engellemektedirler.

Doktrindeki bir fikre göre, temel fiilin suçüstü hâlinde işlenmesine katkıda bulunan fiiller de suçüstü olarak kabul edilmelidir. Örneğin, faille adam öldürmesi için aylar önce silâh vererek yardım eden, failin icra hareketlerini yapması sonucunda suçüstü hâli evresine geri döner⁷⁴. Ancak bu görüş kabul edilemez. Çünkü suçüstü hâli failin icra hareketlerini yaptığı ana göre belirleneceğinden, bu icra hareketleriyle hem zamanlı olmayan yardım etme fiillerinin suçüstü kapsamına sokulması mümkün değildir.

Bu şekilde herhangi bir kişi tarafından yakalanan kişi, derhal kolluğa teslim edilir (CMK md. 90/5). Yakalanan kişi makul bir sürede kolluğa götürülüp teslim edilmediği ya da kolluk olay yerine derhal çağrılmadığı takdirde, hukuka uygunluktan artık söz edilemez.

CMK md. 90/1, sadece yakalama bakımından genel olarak kaçınılmaz kabul edilebilecek suç tiplerini hukuka uygun hâle getirmektedir. Bu bağlamda sert müdahalelerle hafif derecede kasten yaralama, tutmak veya kilitlemek veyahut da bağlamak suretiyle kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma, karakola gitmeye zorlamak suretiyle cebir suçları hukuka uygunluk nedeni bulunduğundan oluşmayacaktır. Haklı bir yakalamaya direnen veya şiddet kullanarak kaçmaya çalışan kişiye karşı direncini kırarak ölçüde vücut bütünlüğüne müdahale edilebilir. Ancak somut olayda bu fiillere başvurulmadan failin nüfuz cüzdânının ya da kontak anahtarının alınması mümkünse, bu yola gidilmelidir. Buna karşın yakalanan kişinin acımasızca dövülmesi, özellik-

⁷² JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 35 IV 2; FISCHER, Thomas: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 58. Auflage, München 2011, Vor § 32, No: 7. Kusurun da aranması yönünde bkz. ZIESCHANG, Frank: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Stuttgart 2009, sh: 83. Buna karşın kusur yeteneği bulunmayan 0-12 yaş grubundaki çocukların geçici yakalanmalarının amaca uygun olmadığı, zira bunlara herhangi bir ceza hukuku reaksiyonunun sözkonusu olmadığı ifade edilmektedir (RENGIER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (3), § 22, No: 4; SCHMIDT, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (10), No: 484). TCK md. 31/1'e göre, 0-12 yaş grubundaki çocuklara güvenlik tedbirleri uygulanmasına karar verilmesi mümkün olduğundan, bu düşünce bizim hukuk sistemimiz bakımından kabul edilemez.

⁷³ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, (3), sh: 386.

⁷⁴ JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (2), 16/18.

le de kesici, delici, ateşli silâh veya sopa kullanılması suretiyle sağlığının zarar görmesi hukuka uygun olarak kabul edilemez⁷⁵.

⁷⁵ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (4), § 17, No: 28; MAURACH/ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (8), § 29, No: 12; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 35 IV 2; JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (2), 16/19; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (11), § 17, No: 148; WESSELS, Johannes/BEULKE, Werner: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 41. Auflage, Heidelberg-München-Landsberg-Frechen-Hamburg 2011, No: 355, 356; KINDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (5), § 20, No: 8-9; KÖHLER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, sh: 320; FUCHS, *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (7), 18/26a; KÜHL, Kristian: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, München 2002, § 9, No: 91; STRATENWERTH, Günter: *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 4. Auflage, Bern 2011, § 10, No: 95; STRATENWERTH, Günter/KUHLEN, Lothar: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat*, 6. Auflage, München 2011, § 9, No: 141; RENGIER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (3), § 22, No: 16; ZIESCHANG, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (2), sh: 84; HOFFMANN-HOLLAND, Klaus: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Frankfurt am Main 2007, sh: 83-84; HEINRICH, *Strafrecht – Allgemeiner Teil I*, (2), No: 502; SCHMIDT, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (10), No: 487; FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, (58), Vor § 32, No: 7; NK-StGB (PAEFFGEN), Vor §§ 32 ff, No: 186; LK-StGB¹¹ (HIRSCH), Vor § 32, No: 157; ÜNVER Yener/HAKERİ, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 2010, sh: 321; TURHAN, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, sh: 204. Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin 10 Şubat 2000 tarihli kararına konu olan olay şöyledir: "Tespitlere göre, bir alışveriş merkezinde mağaza dedektifi olarak çalışan sanık, birkaç tane Compact Disc'i (CD'yi) ceketinin cebine sakladığını 'gördüğüne inandığı' kasanın arkasındaki müşteri D'nin yanına giderek dedektif olarak kimliğini ibraz eder. 13 kg daha ağır ve 13 cm daha uzun olan D, kimlik bilgilerinin tespitine karşı koyup sanığa bir darbe vurunca – ya da onu bir tarafa itince – ve kaçmaya başlayınca, sanık onu takip eder ve arkadan onun üzerine atlar. Bu sırada sol kolunu D'nin boynuna dolar. Boğuşma dolayısıyla ikisi de yere düşer. Sanık 'alta' düşen D'yi 'yerde sabit tutmaya' çalıştığı esnada yardım çağırır ve D'den 'birçok defa teslim olmasını ve pes ettiğini göstermesi için eliyle yere vurmasını' ister. Bununla birlikte D 'bu tür bir tepki göstermez'. 'Çok kısa bir süre' sonra buna katılan bir ayakkabı tamiri standının sahibi R, bacaklarıyla çevresine vuran D'nin sağ elini ve bir bacağını tutar. 'Çok kısa bir süre' sonra da alışveriş merkezinin müdürü M gelir. M, D'nin sağ eline basar ve yerde dizleriyle 'pek az' tutabilen R'yi polise haber vermeye gönderir. 'Bütün bu zaman boyunca sanık sol kolunu bükerek D'nin boynunu tutmaya devam eder. Bu bağlamda sanık yakaladığı hırsızın en az üç dakikalık bir zaman dilimi boyunca aralıksız olarak boğazını sıkıyordu. Böylece hava temini tam olarak kesilmişti'. M'nin bir ya da iki defa yönelttiği, 'adamın halen hava alıp almadığı' sorusuna sanık olumlu cevap verir. Birkaç dakika sonra polis memuru P geldiğinde, M ondan D'ye kelepçe takmasını ister. Çünkü 'M'nin izlenimine göre D güçlü bir şekilde kendini savunmuş, böylece de sağ eliyle onu havaya kaldırmıştı'. M ve R 'artık yerde hareketsiz şekilde yatan D'yi' bıraktıktan, ona kelepçe takıldıktan ve onu sanık da bıraktıktan sonra, P 'hareketsiz vücudu' çevirir. D'nin suratı maviye dönmüştür ve sanık tarafından boğulmak suretiyle ölmüştür. Ceketinde alışveriş merkezinden alınmış ve ücreti ödenmemiş beş adet CD bulunur". Mahkemeye göre; "Hiç şüphesiz yakalama hakkı, bu amaca ulaşmak için zorunlu olan her aracın uygulanmasına, aksi takdirde yakalamanın gerçekleştirilmesi ya da sürdürülmesi olanaklı olmasa bile, izin vermez. Bilakis uygulanan araç yakalamanın amacı ile uygun bir orantıda olmak zorundadır. Bu nedenle kural olarak suç failinin kaçması sağlığında ciddi zararlara ya da yaşamının doğrudan tehlikeye sokulmasına yol açan hareketlerle engellenemez... Buna suçüstü hâlindeki bir ilgilinin yaşamını tehlikeye sokacak şekilde boğazının sıkılması da dâhildir. Demek ki, CMK § 127 tarafından korunan devletin cezalan-

Yakalanmaya çalışılan kişi buna karşı gelip yakalamaya çalışan kişiye şiddet uygularsa, yakalamaya çalışan kişi hiç kuşkusuz meşru savunmaya başvurabilir, hatta bu çerçevede zorunlu olursa silâh dahi kullanabilir⁷⁶.

V. Hata

1. Kanun Hükümünü Yerine Getirmenin Maddî Koşullarında Hata

TCK md. 30/3'e göre; "Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır". TCK'nun sistematığı gözönünde bulundurulduğunda hukuka uygunluk nedenlerinin, dolayısıyla da kanun hükmünün yerine getirilmesinin maddî koşullarında hatanın TCK md. 30/3 kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

Kanun hükmünü yerine getirmenin maddî koşullarında hata, somut bir olayda kanunun kişiye müdahale yetkisi verdiği durumların maddî koşullarındaki bilgisizliği, eksik ya da yanlış bilgiyi veya değerlendirmeyi ifade etmektedir. Başka bir ifadeyle, fail kanunun kendisine müdahale yetkisi verdiği durumun oluştuğunu zannetmektedir. Oysa ki, failin bu tasavvuruyla gerçek bağdaşmamaktadır⁷⁷.

Kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninin maddî koşulları oluşmamasına rağmen, fail bu koşulların oluştuğunu zannederek fiili gerçekleştirmişse, TCK md. 30/3 gereğince kastı ortadan kalkar. Failin tasavvuru gerçeğe örtüşmüş olsaydı, gerçekleştirdiği fiil de bir haksızlık teşkil etmeyecekti. Somut olayı yanlış değerlendiren fail, başkasına ait hukuksal bir konuya zarar verdiğini bilmekte, ancak kanunun davranışına izin verdiği koşulların oluştuğuna inanmakta ve hukuka uygunluk durumu içerisinde bulunduğunu zannetmektedir⁷⁸.

dirma hakkı, kural olarak suç failinin sağlığını gerisine çekilmek zorundadır" (BGHSt 45, sh: 378-385, özellikle sh: 381).

⁷⁶ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (4), § 17, No: 28; KINDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (5), § 20, No: 8; KÜHL, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (4), § 9, No: 91; FUCHS, *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (7), 18/28.

⁷⁷ VITT, Elmar: "Gedanken zum Begriff der Rechtmäßigkeit der Diensthandlung bei § 113 StGB", *ZStW* 106 (1994), sh: 582.

⁷⁸ DÖNMEZER/ERMAN, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Genel Kısım*, c: II, (10), No: 699. "Uygun olmayan yerden, dur ihtarna uymayarak mevziye gelen öleni, terörist zannederek ateş edip öldüren fail silâh kullanma yetkisini aşmamıştır" (As. Yrg. 4. D., 26.09.1995, 1995/586-605 E.-K., KARDAŞ, Ümit/ÇINGİ, Mehmet: *Askerî Ceza ve Ceza Yargısı*, İstanbul 2001, sh: 201). "Jandarma Karakol Komutanlığı emrinde jandarma onbaşısı olan sanıkların olay gecesi 2.30 - 4 saatleri arasında lojman nöbetçisi ve hazır kıta görevlisi olarak hazır kıtada görevli oldukları, 4.3.1992 tarihinde K. İlinde yakalanan PKK örgütüne mensup 2 teröristin sorgulanmasında D., H., P. İlçelerine 3 grubun geçiş yaptığı yolunda bilgiler vermesi ile alınan tedbirlerin artırıldığı

Kanun hükmünü yerine getirmenin maddî koşullarında kaçınılmaz hata durumunda failin kastı ortadan kalkar. TCK md. 30/3 bunu belirtmemiş olmakla birlikte, sınırlı kusur teorisi gereğince boşluk bulunduğu takdirde fiilin maddî koşullarında hataya ilişkin TCK md. 30/1 uygulama alanı bulacaktır. Kanun hükmünün yerine getirmenin maddî koşullarında hatanın kaçınılabılır olup olmadığının tespiti gerekir. Bu da taksir kriterlerine göre yapılır. Buna göre, fail gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsaydı, maddî koşullarda hataya düşmeyecekti sonucuna varılıyorsa, hata kaçınılmaz değildir. Dolayısıyla taksirle işlenmiş bir haksızlık sözkonusu olur. Ancak bu taksirli haksızlığın cezalandırılabilmesi için zarar verilen hukuksal değer taksirle ihlâlinin de kanunda suç olarak tanımlanmış olması gerekmektedir⁷⁹.

ve jandarmanın müteyakkız bulundurulması için birliklerin uyarıldığı olay gecesi 3.30'da tepede ışık görüldüğü ve yaklaşmakta olduğu fark edilen şahıslara sanıkların 'Dur' ihtarında bulunmalarına rağmen ışığın yaklaşması ile terörist sanarak ateş açtıkları ve sabahleyin yapılan araştırmada her iki maktulün cesedinin bulunduğu ve şahısların bayram namazına giden 2 yaşlı kişi olduğu anlaşılınca, sanıkların Jandarma Teşkilat ve Vazife Nizamnamesinin 27. maddesinin 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetlerinin İç Hizmet Kanununun 87. maddesinin ilk, 4/2, 6. maddelerine göre TCK'nun 49/1. maddesi ile ceza tertibine yer olmadığına ve heraatlarına karar verilmesi gerektiğinin düşünülmemesi..." (1. CD., 08.06.1999, E. 1999-505/K. 1999-2223, GÜZELOĞLU, Kolluğun Kuvvet ve Silah Kullanma Yetkisi, sh: 126); "Maktulün üst kat komşusunun apartmanın çatısında dolaşan birisinin varlığını sezinleyip hırsız olduğundan bahisle telefon ederek jandarma ekibini gece vakti çağırması sonrasında, maktulü de telefonla haberdar olması üzerine, tabancasını eline alan ve hırsızın kaçmasını önlemek niyetiyle apartmanın giriş kapısından çıkan maktulü, o anda bahçeye giren sanık er Gökhan'ın hırsız sanması ve elindeki silâhi de gördüğünde mukavemetle hazırlandığı yanlışına düşmesi sonucu, hiçbir ikaz ve uyarıda bulunmadan ve silâhını sair vücut aksanı yerine doğrudan baş bölgesine yöneltip ateşleyerek yaraladığı, baştan aldığı isabetle maktulün öldüğü olayda; // Yerel Mahkemenin; 'hukuka uygunlukta yanlış' bulunduğu, bu yanlışın hukuka uygunluk düzeyinde değerlendirilmesi zarureti olduğuna ancak sanık erin, kolluğun silâh kullanma yetkisini düzenleyen 2803 sayılı Yasanın 11 ve yönetmeliğinin 39. ve 40. maddeleri normlarına uymada aşırılığa kaçtığına, bu itibarla sanığın hukuki durumunun; 'kanunun bir hükmünü icrada zaruretin tayin ettiği ahvali aşmak' olacağına ilişkin yorumunda isabetsizlik bulunmamakta ve sonuç olarak, TCY'nın 448. maddesine mümas öldürmede 49/1. maddesi sevkiyle 50. maddenin tatbikiyle hüküm kurulması yasaya uygun düşmekte ..." (1. CD., 09.02.2004, E. 2003-1762/K. 2004-185, www.kazanci.com, Erişim tarihi: 08.08.2011). Kanaatimizce bu son kararda hukuka uygunluk nedenlerinin maddî koşullarında kaçınılabılır hata çerçevesinde bir çözüm tarzı benimsenmeliydi.

⁷⁹ Bu bağlamda Askerî Yargıtay'ın şu kararına katılmamaktayız; "... olay yeri olan Şırnak/Yağzoymak yöresinin olağanüstü hâl bölgesi içerisinde ve bölücü terör örgütü militanlarının her zaman için sızma yolu ile askerî birliklere saldırı düzenleme ihtimalinin çok yüksek olduğu bir nokta olması, bu yerlerde nöbet tutan askerlerin, her an baskına uğrama tehlikesi altında oldukları konusunda sık sık uyarılmış olmaları nedeniyle nöbetçilerin tedirgin bir ruh hâli içerisinde olmalarının çok doğal karşılanması gerektiği, olay gün ve saatinde ay olmaması ve havanın bulutlu olması sebebiyle olay yerinin ve özellikle mevzi içinin çok karanlık ve kişilerin ancak ses vermeleri hâlinde tanınabilir durumda olmaları, olay zamanının (Saat 02.45) baskın yapılabilecek bir saate tesadüf etmesi, müteveffanın Sanığın 'Kimsin' sorusuna cevap vermemesi karşısında baskına uğradığı telaşıyla 'Yetiş Ömer basıldık, imdat' diye bağırıp önündeki karartıya terörist zannıyla ve onu öldürmek kastı ile ve kendilerine önceden verilen emirlere uygun olarak duraksamadan

Hatanın kaçınılabilirliğinin tespiti noktasında belirtmek gerekir ki, kamu görevlileri kanunun kendilerini yetkili kıldığı durumların şartlarının oluşup oluşmadığı konusunda yükümlülüklerine uygun bir inceleme yapmak zorundadırlar. Böyle bir incelemeyi yapmasına rağmen yine de hataya düşen kamu görevlisinin kastı ortadan kalkacaktır. Örneğin, bir icra memuru haciz için girmiş olduğu konutu, yükümlülüğüne uygun bütün incelemelerine rağmen, borçlunun konutu zannetmesi nedeniyle hataya düşmüşse, kastından bahsedilemez. Aynı şekilde kişileri karıştırmaları sonucunda yakalama emrinde belirtilen kişiden başka bir kişiyi gözaltına alan polislin gerekli incelemeyi yapmadığı söylenebilir⁸⁰. Yine kolluk görevlisi tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren bir nedenin mevcut olduğunu zannederek gecikmesinde sakınca bulunan bir hâli varsaymışsa, hata hükümleri uygulanacaktır.

Herkesin geçici yakalama yetkisi bakımından hukuka uygunluğun, yakalanan kişinin gerçekten fail olup olmadığının sonradan ortaya çıkmasını gerektirip gerektirmediği ya da objektif olarak ivedi bir suç işleme şüphesinin mevcut olmasının ve yakalayan kişinin taksiri olmadan olay yerindeki ilgilinin

ateş ettiği, olay yerine gelen tanıklara 'Vurdum onu vurdum onu' diye bağırdığı, Tanık E.Y.'in fener tutması sonucu vurulanın Er H.P. olduğunun görülmesi üzerine, Sanığın şoka girip kendini öldürmeye çalıştığı, görüldüğü üzere, Sanığın olayda tüm hareketleri iradi olarak yaptığı ve önündeki kararı (terörist zannedip) öldürmek kastı ile ateş ettiği, diğer bir ifadeyle Sanığın hareketi ve neticeyi (ölüm sonucunu) bilerek ve isteyerek gerçekleştirdiği hiç bir şüphe ve tereddüde yer vermeyecek şekilde sabit olduğu için, olayda silâh ve cephanesi hakkında dikkatsizlik ve nizamla ve emirlere riayetsizlik dolayısıyla başkasının ölümüne sebebiyet vermek suçundan (AsCK. Md.146 ve bu Maddenin atıfta bulunduğu TCK. Md.455'ten) söz etmenin mümkün olmadığı, Sanığın öldürme eylemini kasten ve nöbet görevini yerine getirme amacıyla gerçekleştirdiği kabul edilmiştir. Esasen Başsavcılık da Sanığın öldürme eylemini bilerek ve isteyerek gerçekleştirdiğini kabul etmekte, ancak sanığın öldürmek istediği kişi müteveffa olmadığı için, diğer bir deyişle müteveffayı terörist zannettiği için öldürmesi nedeniyle eylemin Kasten Adam Öldürmek suçu olarak değerlendirilemeyeceğini, öldürmek istediği kişinin terörist olmadığını anlamak için yeterli dikkat ve özeni göstermediğini, bu nedenle eylemin Dikkatsizlik ve Tedbirsizlik Sonucu Ölüme Sebebiyet suçunu oluşturacağını ileri sürmektedir. Ancak Sanığın söz konusu eylemi öldürmek kastı ile gerçekleştirdiğini kabul ettikten sonra, öldürmek istediği kişideki yanlışlığında haksız olduğu gerekçesiyle eylemi taksirli suç olarak nitelemenin mümkün olmadığı, Sanığın verilen görev sırasında, karanlıkta, ses vermeyen arkadaşını terörist zannetmesinde bir dikkatsizliği veya hatası olmuşsa, bunun TCK.nun 'Bir kimse bir hata veya sair bir arıza yüzünden cürmü kastettiği şahıstan başka bir şahsın zararına işlemiş olursa ... cürüm kastolunan şahsa karşı işlenmiş gibi telâkki olunarak fail, cürmün tazammun edebileceği esbabı muhaffefeden istifade eder.' şeklindeki 52 nci ve '... kanunun veya selâhiyetar makamın veya zaruretin tayin ettiği hududu tecavüz edenler...' şeklindeki 50 nci Maddeleri içinde değerlendirilebileceği veya Askerî Mahkeme'nin ve Daire'nin kabulünde olduğu gibi, eylemin TCK.nun 49 ncu Maddesi kapsamında olduğunun kabulü gerektiği, ancak kasten öldürme eyleminin taksirli suç olarak değerlendirilemeyeceği kabul edilmiştir" (As. Yrg. DK., 15.06.2000, 2000/124-123 E.-K., KANGAL, Askerî Ceza Hukuku, sh: 110, dn.: 80).

⁸⁰ Örnek için bkz. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (4), § 17, No: 13.

failliğinden hareket etmesinin yeterli olup olmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır. Kişi objektif özen yükümlülüğünü yerine getirdikten sonra ilgili fail zanetmişse, geçici yakalama yetkisine sahiptir. Çünkü devlet vatandaşından kamusal bir ödeve katkı sağlamasını istediği takdirde, ondan objektif olarak mümkün olan bütün özeni göstermesinden daha fazlasını isteyemez. Üstelik ceza muhakemesinin bütün işlemleri şüphe üzerine başlatıldığından, bu aşamada mutlak bir kesinlik mevcut olamamaktadır. Bu nedenle de müdahale yetkisi o anda bilinebilen şeylere bağlı olmak zorundadır. Böylece geçici yakalananın hukuka uygunluğu yakalanan kişinin failliğinin kesin olarak saptanmasına kadar askıda bırakılamaz⁸¹. Dolayısıyla geçici yakalama yapan kişinin, fail olarak şüphelendiği için yakalamış olduğu kişinin sonradan fail olmadığı anlaşılabilirse bile, yakalama işlemi CMK md. 90/1 gereğince hukuka uygundur. Burada hata hükümleri uygulanmaz.

Hukuka uygunluk nedenlerinde sübjektif unsur aramadığımızdan, fail kanun hükmünün yerine getirilmesi çerçevesinde bir fiil gerçekleştirdiğini bilmiyorsa, başka bir ifadeyle kanun hükmünün yerine getirmenin maddî koşulları objektif olarak oluşmuşsa, yine hukuka uygunluktan yararlanacaktır⁸².

2. Kanun Hükümünü Yerine Getirmenin Varlığında veya Sınırlarında Hata

Hukuksal bir konuya müdahale edilmesine izin veren bir kanunun mevcudiyeti ya da bu kanunun izin verdiği müdahale yetkisinin sınırları konusunda fail hataya düşmüş olabilir. Bu tür hatalar yasak hatası kapsamında değerlendirilir (TCK md. 30/4).

Bir kanun hükmünde belirtilen bir yetkiyi kullanma çerçevesinde hareket ettiğini ileri süren fail, hukuk düzeni böyle bir yetkiyi vermemişse veya sınırlarını daha dar tutmuşsa, hukuka uygunluk nedeninin varlığında veya sınırlarında hataya düşmüş demektir. Fail bu durumda kasten hareket etmekle birlikte, hata kaçınılmaz olduğu takdirde, haksızlık bilincine sahip olmadığından

⁸¹ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, § 17, (4), No: 24; KÜHL, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (4), § 9, No: 86. Ancak karşı görüşe göre, yakalama yetkisinin herkes tarafından kullanılabilmesi için yakalanan kişinin bir suç tipine uygun düşen ve hukuka aykırı olan bir fiili gerçekten işlemesi gereklidir. Bu görüşün gerekçesine göre, özel kişilerin kamu görevlilerinden farklı olarak disiplin sorumlulukları mevcut değildir. Dolayısıyla da böylesine geniş yetkilerle donatılamazlar. Ayrıca kamu görevlilerine tanınan yanlış imtiyazı özel kişiler bakımından kabul edilemez. Ancak hukuka uygunluk nedenlerinin maddî koşullarında hata hükümleri uygulanabilir (JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 35 IV 2; JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (2), 16/16; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (41), No: 354; KINDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (5), § 20, No: 5, 6; GROPP, Walter, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Berlin-Heidelberg 2005, § 6, No: 184a).

⁸² DÖNMEZER/ERMAN, *Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım*, c: II, (10), No: 696.

dan kendisi hakkında kusur kınaması yapılamaz. Hata kaçınılabılır ise, fail işlemiş olduğu suçtan sorumludur. Ancak kaçınılabılır hatası temel cezanın belirlenmesi bakımından dikkate alınacaktır.

Kamu görevlileri yetkilerini kanundan aldıkları için her zaman kanuna uygun hareket etmeleri beklenir. Bu nedenle kendilerine yetki veren kanunun mevcudiyeti veya müdahale yetkilerinin hukuksal sınırları konusunda kaçınılmaz bir hataya düştüklerini ileri süremezler. Çünkü görev ve meslekleri icabı yetkilerini bilmek zorundadırlar. Örneğin, bir polis memurunun bu sıfatına dayanarak istediği her konuta girip arama yapabileceğini zannetmesi kaçınılmaz bir hata olarak değerlendirilemez.

VI. Sınırın Aşılması

1. Sınırın Kasten Aşılması

Kanun hükmünün yerine getirilmesinin sınırının kasten aşılmasında fail, hareketin konusuna bilerek ve isteyerek gereğinden fazla zarar vermektedir. Başka bir ifadeyle, fail kanunun öngördüğü ölçülülüğü bilerek ve isteyerek aşarak amaç dışına çıkmaktadır. Böylece failin kullandığı araç nedeniyle kanun hükmünün yerine getirilmesindeki yarar, zarar verilen konuya ilişkin yarardan artık daha ağır basmamaktadır. Bu durumda kanun hükmünün yerine getirilmesi artık hukuka uygun olmayacağından faile gerçekleştirmiş olduğu fiile uyan suç tipinin cezası tam olarak uygulanır. Fail sınırın aşılmasında doğrudan kastla hareket edebileceği gibi, olası kastla da hareket etmiş olabilir.⁸³

⁸³ "Gece bekçisinin arabada bulunanlardan şüphelenip telefonla durumu karakola bildirmesi ve polis ekiplerince takip edilen otomobilin kaçması, dur ihtarına rağmen durmaması, yarım saat kadar süren bir kovalamacadan sonra köprü girişinde durup geri geri giderek soldaki yola girdiği, bu sırada köprü üzerinde bulunan sanığın kaçmakta olan aracı durdurmak ve şüphelileri ele geçirmek amacıyla PVSK.'nın 16/E maddesinin verdiği yetkiye dayanarak silah kullandığı, ancak, havaya, otomobilin lastiklerine ve alt kısımlarına doğru ateş etme imkânı varken, doğrudan doğruya arabada bulunanlara ateş ettiği, sağ ön kapı camının kırıldığı ve maktulün başından aldığı yara sonucu öldüğü, bir merminin de çamurluğa isabet ettiği ve mermi yönünün mevcut beyanları doğruladığı saptanmıştır. // Sanığın, kaçmakta olan şüphelileri yakalamak kastıyla silah kullanması yasa gereğidir. Ancak PVSK.'nın 17. maddesi uyarınca silah kullanılmaktan başka çare kalmamışsa, suçlunun öldürülmesinden ziyade yaralanarak yakalanmasına dikkat edilmelidir. Sanık tarafından bu hususa dikkat edilmeyerek otomobilde oturanların hayati bölgelerine isabet edecek şekilde ateş edilmiş, böylece yasal hükümlere uyulmamış olduğundan, zaruretini tayin ettiği sınır aşılmıştır" (CGK, 23.03.1999, E. 1999-1-13/K. 1999-475, GÜZELOĞLU, Kolluğun Kuvvet ve Silah Kullanma Yetkisi, sh: 114- 115). Yargıtay bu fiili 765 sayılı TCK md. 452'de düzenlenen kastı aşılması suretiyle adam öldürme suçu olarak nitelendirmiştir. Bugün bu fiil doğrudan kast çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Fail bir kanun hükmüne dayanarak emir verir ve bu emir de hukuka uygunluğun sınırları içerisinde kalmakla beraber, emri yerine getiren kişi hukuka uygunluğun sınırını aşmışsa, her ikisinin durumu ayrı ayrı değerlendirilir.⁸⁴

Hatta zor kullanma yetkisine sahip olan kolluğun sınırı kasten aşması, kasten yaralama suçuna atıf yapmakla birlikte, ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması başlıklı TCK md. 256'ya göre; "Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin, görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması halinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır".

2. Sınırın Taksirle Aşılması

Hukuka uygunluk nedenlerinin sınırının taksirle aşılması TCK md. 27/1'de düzenlenmiştir. Buna göre; "Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altında birinden üçte birine kadari indirilerek hükmolunur". Kanun hükmünün yerine getirilmesinin sınırının taksirle aşılması da bu bağlamda ele alınmaktadır.

Kanun hükmünün yerine getirilmesi dolayısıyla gerçekleştirilen fiil, failin objektif özen yükümlülüğüne uymaması nedeniyle gerekli ölçüyü aşmış olabilir. Fail gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsaydı, kanun hükmünün yerine getirilmesinin hukuka uygunluk sınırını aşmayacaktı sonucuna varılıyorsa, sınır taksirle aşılmış demektir.⁸⁵ Ancak sınırın taksirle aşılması durumunda

⁸⁴ "Olay tarihinde yol kontrolünde görevli olan devriyenin kontrolden sonra Mustafa'nın jandarmasının görev ve yetkilerini düzenleyen 2803 sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu ile 3.11.1983 tarihli Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetki yönetmeliğine ve ayrıca Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununa uygun olarak devriye görevini yürütürken, asker firarisi olduğundan şüphelendiği ve daha önceden de asker olması nedeniyle birliğine yakalayıp teslim ettiği, maktulü olay günü tekrar yakalayıp ardından maktulün kaçmaya teşebbüs etmesi üzerine emrindeki erata önce dur ihtarı yapıp onun ardından havaya ikaz atışı emri ve sonra ayaklarına doğru atış emri vermesi şeklinde gelişen ve başkaca bir davranışı da olmayan olayda yasaya aykırı bir davranışın gözlenmediği sanığın 765 sayılı TCK'nın 49/1. maddesi anlamında, kanunun hükümlerini icra suretiyle sonu öldürmeye varan atış emrini verdiği, emri verirken doğal olarak emrin sınırlarında kalacağını düşündüğü, emrin sınırlarının aşılması sebebiyle meydana gelen neticeden sorumlu tutulamayacağı, emri verenle vuranın hukuki durumlarının bu anlamda farklılık arz ettiği düşünülmeyen, sanık hakkında 765 sayılı TCK'nın 49/1. maddesi gereğince ceza tertibine yer olmadığına ve beraatine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkumiyet hükmü tesis edilmesi ..." (1. CD. 12.12.2002, E. 2002-3659/K. 2002-4665, YKD 2003, c: 29, sy: 3, sh: 459-460).

⁸⁵ "Somut olayda, PVSY'nin Ek 4. maddesi uyarınca görevli ve yetkili bulunan polis memuru sanık ve arkadaşlarının, bir gün önce sanığın görevli bulunduğu mülki sınırlar içinde işlenen gasp suçu nedeniyle aranan maktul ve arkadaşlarına rastlayıp, onları yakalamaya çalıştıkları, maktul ve arkadaşlarının da sanık ve diğer polis memurlarına kırmak suretiyle silah haline getirdikleri şişelerle saldırıda buldukları esnada, sanığın yaptığı uyarı ateşi üzerine polis memurlarının ellerinden kurtularak kaçan maktulü, yakalamak için dur ihtarında bulunarak, ateş açan sanığın

failin ceza sorumluluğuna gidilebilmesi için, fiilin taksirle işlenebilen hâlinin de kanunda tanımlanmış olması gerekmektedir. Fiilin kanunda kasten işlenebilen hâli düzenlenmiş, taksirli şekli düzenlenmemişse, hukuka uygunluğun sınırı taksirle aşılmış olsa bile, failin cezalandırılmasına imkân yoktur. Sınırın taksirle aşılması hâlinde, fiilin de taksirle işlenebileceği kanunda öngörülmüşse, TCK md. 27/1 gereğince, fail hakkında suç için kanunda yazılı cezanın altıda birinden üçte birine kadar indirilerek hükmolunacaktır.

3. Sınır Heyecan, Korku veya Telaştan Dolayı Aşılabilir Mi?

TCK md. 27/2, sadece meşru savunmanın sınırının heyecan, korku veya telaştan dolayı aşılmasını düzenlemiştir. Bu düzenlemeye göre; "*Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faille ceza verilmez*". Meşru savunmanın bu şekilde sınırının aşılması bir mazeret nedeni olarak kabul edilmektedir (CMK md. 223/3-c). Meşru savunmada sınırın heyecan, korku veya telaştan dolayı aşılmasında failin kusuru, somut olayda içinde bulunduğu yoğun ruhsal karışıklık nedeniyle cezalandırma gereksiniminin altında kalmaktadır⁸⁶.

Meşru savunmanın mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan dolayı sınırının aşılmasına ilişkin TCK md. 27/2'nin kanun hükmünü yerine getirme bakımından da uygulanıp uygulanmayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce TCK md. 27/2'nin kanun hükmünü yerine getirme bakımından da kıyasen uygulanması gerekir. Çünkü karşı karşıya kaldığı olaylar nedeniyle zayıf bir psikolojik durumda bulunan kişiden makul bir şekilde

silah kullanması yasa gereği ise de, PVS. Nizamnamesinin 17. maddesi gereğince 'suçlunun öldürülmekten ziyade yaralı olarak yakalanmasına dikkat edilmesi gerekirken' bu itina ile hareket edilmediği, böylece yasa hükmüne dayalı silah kullanma hak ve yetkisinin icrasında aşırılığa kaçılarak yasaya uygunluk hududunun aşılması neticesi ölüm sonucunun doğduğu anlaşılmaktadır. Durum yasanın 50. maddesine uygunluk arz etmektedir" (CGK 23.03.2005, E. 2005-1-219/K. 2005-35, YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, c: I, sh: 606-611); "Olay günü, Anıtkabir'in Gençlik Caddesi'ne bakan tarafında, 1-5 nolu nöbetçi kulübeleri arasında devriye nöbeti tutan sanığın, duvardan atlamak suretiyle Anıtkabir Bahçesi'ne girip Mozole'ye doğru koştuğunu görünce, görevi gereği kovalamaya başladığı maktule yetiştiği sırada, yerden aldığı taşı saniğe fırlatan maktulün saniği yaralayarak yere düşürdüğü ve ikisinin bir süre boğuştuğları, sanığın elinden kurtulmayı başaran maktulün yeniden koşmaya başladığını gören sanığın 'dur' ihtarıyla havaya ikaz atışı yaptığı ve maktul buna rağmen durmayınca hedef gözete rek yaptığı ateş sonucu ağır şekilde yaralanan maktulün bir süre sonra öldüğünün açıklıkla anlaşılması karşısında, sanığın öldürme kastıyla ateş ettiğinin kesinlikle belirlenememesi, merminin maktulün vücuduna giriş çıkış yerleri de gözönünde tutularak, Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununun 87. maddesinin (d) ve (e) bentlerinde belirtilen hallerin gerçekleşmesi nedeniyle silah kullanma yetkisini kullanan sanığın, zaruretini tayin ettiği yetkiyi aşmışının kabulü ile TCK. nun 452/1, 50, 59/2. maddelerinin uygulanması suretiyle cezalandırılmasına karar verilmesinde zorunluluk bulunduğu ..." (1. CD., 13.03.1991, E. 1991-509/K. 1991-700, www.kazanci.com, Erişim tarihi: 08.08.2011).

⁸⁶ KANGAL, *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*, sh: 379-380.

norma uygun davranması beklenemez. Bu yüzden böyle durumlarda TCK md. 27/2 kişiyi mazur görmektedir. Ancak insan psikolojisinin etkilendiği durumlar sadece meşru savunmanın sınırının aşılması bakımından değil, diğer hukuka uygunluk nedenlerinin sınırının aşılması bakımından da ortaya çıkabilmektedir⁸⁷. Bu nedenle kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninin sınırı mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan dolayı kural olarak aşılabilir. Fail kanun hükmünün yerine getirilmesi sırasında da hukuka uygunluğun sınırını heyecan, korku veya telaş gibi yoğun ruhsal karışıklıklar nedeniyle aşabilir ve kusuru, tıpkı mazeret nedenlerinde olduğu gibi, cezalandırma gereksiniminin altında kalacak derecede azalabilir. Örneğin, bir kasten yaralama fiilinin mağduru olan kişi, saldırı sona erdikten ve böylece meşru savunma imkânı ortadan kalktıktan sonra, failin kaçmasını önlemek ve onu geçici olarak yakalamak için heyecan, korku veya telaşa kapılarak yeterli ölçünün ötesinde bir güç kullanırsa, TCK md. 27/2 kıyasen uygulanabilmelidir.

Bununla birlikte, özellikle kolluk kuvvetleri başta olmak üzere kamu görevlileri yapmış oldukları görevin gerektirdiği soğukkanlılığı ve cesareti göstermek zorundadırlar. Kamu görevlilerinin mesleklerine özgü olaylar karşısında çok çabuk bir şekilde heyecan, korku veya paniğe kapılmamaları beklendiğinden, meslekleri bakımından kabul edilebilir bir riski aşmayan durumlarda heyecan, korku veya panik dolayısıyla hukuka uygunluğun sınırını aştıklarını ileri süremezler.

VII. Hukuka Uygunluğun Sonuçları

1. Ceza Hukukuna İlişkin Sonuçları

Kanun hükmünün yerine getirilmesi nedeniyle gerçekleştirilen tipe uygun fiil hukuka aykırılık niteliğini taşımaz. Bu durumda fiil tipe uygun olmaya devam eder. Ancak hukuk düzeni, bu fiilin hukuksal konu üzerinde bir zarara yol açmasına izin vermektedir. Hukuksal konuya müdahalenin bu şekilde tasvip edilmesi sonucunda tipikliğin uyarı fonksiyonu mevcudiyetini muhafaza etmektedir⁸⁸. Fiil hukuka uygun olduğundan faille sadece ceza değil, kusur yeteneği olmasa ya da kısıtlı olsa bile, güvenlik tedbirleri de uygulanamaz⁸⁹.

Kanun hükmünün yerine getirilmesi sonucunda işlenen fiil hukuka uygun olacağından, bu fiile azmettirme ve yardım etme de cezalandırılmaz. Bağlılık kuralını düzenleyen TCK md. 40/1, "*suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir*" ifadesini kullanarak bunu vurgulamıştır.

⁸⁷ KANGAL, *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*, sh: 382-383.

⁸⁸ KANGAL, *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*, sh: 208-209.

⁸⁹ KANGAL, *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*, sh: 210.

Buna göre, kanun hükmünün yerine getirilmesi çerçevesinde gerçekleştirilen hukuka uygun fiile azmettirme ve yardım etme de hukuk düzeni tarafından tasvip edilmektedir. Bununla birlikte, bağlılık kuralı dolaylı faillik bakımından uygulama alanı bulamayacağından, araç kişi olarak fiili gerçekleştiren kişi kanun hükmünü yerine getirme çerçevesinde bir hukuka uygunluk içerisinde bulunsun bile, bu araç kişiyi fiili gerçekleştirmeye sevk eden arka plândaki kişi dolaylı fail olarak yapılan müdahaleden sorumlu tutulacaktır⁹⁰.

Kanun hükmünü yerine getirme, kanunla yetkili kılınan kişiye, başkalarının hukuksal konularına müdahale etme olanağı verdiği için, hukuksal alanlarına müdahale edilen kişiler buna katlanmak zorundadırlar. Kanun hükmünü yerine getirme çerçevesinde gerçekleştirilen fiile karşı meşru savunma hukuka uygunluk nedenine başvurulamaz⁹¹. Bir kanun hükmü çerçevesinde kendisine hukuka uygun bir şekilde müdahale edilen kimse, kendisini savunmaya kalkarsa, kanun hükmü çerçevesinde hareket eden kişi bakımından artık meşru savunma sözkonusu olur⁹². Bununla birlikte, kamu görevlisi hukuka aykırı bir fiil gerçekleştirmişse, başka bir ifadeyle, müdahale yetkisini konu ve yer itibarıyla aşmışsa veya yasal şekil kurallarına uymamışsa veya hatta ölçülülük ilkesine riayet etmemişse, hukuksal alanına müdahale edilen ilgilinin meşru savunma yoluna başvurması olanağı doğar.

Kamu görevlisi gerekli bütün özeni göstermiş olmasına rağmen, kanun hükmünü yerine getirmenin maddî koşullarında hataya düşmüş ise (kaçınılmaz hata), müdahaleyle karşı karşıya kalan kişi yine de meşru savunma yoluna başvuramaz. Çünkü kamu görevlisinin davranışı, objektif özen yükümlülüğüne uygun olduğundan hareketin olumsuz değeri özelliğine sahip değildir ve böylece de hukuka aykırı değildir. Bununla birlikte, kamu görevlisinin kaçınılmaz hataya düşmesi nedeniyle hukuksal alanına müdahale edilen kişinin karşı koyması savunma zorunluluğu durumu çerçevesinde hukuka uygun olacaktır. Ancak zorunluluk durumunun koşullarından biri de başka türlü korunma olanağının bulunmaması olduğundan, kamu görevlisinin kaçınılmaz yanılması sonucu hukuksal alanına müdahale edilen kişi, öncelikle ona bir açıklama yapmak zorundadır ve lüzumu gereğince savunma amaçlı direniş gösterebilir⁹³. Kamu görevlisi müdahale yetkisinin maddî koşullarında kaçınılabilir hataya düşmüşse, başka bir ifadeyle hataya düşmesi taksirinden ileri gelmekteyse, müdahale ile karşı karşıya kalan kişi meşru savunma yoluna başvurabilecektir. Ancak kamu görevlisinin burada kastı olmadığından savunma fiilinin gerçekleştirilmesinin zorunlu olması koşuluna dikkat edilmeli-

⁹⁰ KANGAL, *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*, sh: 209.

⁹¹ KANGAL, *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*, sh: 210.

⁹² HEINRICH, *Strafrecht – Allgemeiner Teil I*, (2), No: 503; KREY, Volker/ESSER, Robert: *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Stuttgart 2011, No: 653.

⁹³ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, § 17, No: 13.

dir. Bu yüzden de hukuksal alanına müdahale edilen kişi öncelikle kamu görevlisine hatası konusunda açıklama yapmalıdır⁹⁴.

Doktrinde kamu görevlilerinin müdahale yetkisine ilişkin olarak ileri sürülen bir görüş ikili bir ayırım yapmaktadır. Buna göre, yalnızca kamu hukukuna göre hükümsüz olan, başka bir ifadeyle çok ağır ve açık eksikliklerden dolayı sakat olan idarî işlem hukuka aykırı kabul edilmelidir. Buna karşın, izin verilmemekle birlikte, kamu görevlisinin yalnızca itiraz edilebilir hareketine katılması gerekir ve bu yüzden de hareket hukuka uygundur⁹⁵. Bu düşünce esas alındığı takdirde, kamu görevlileri çok geniş ölçüde imtiyazlı hâle getirilmiş olacaktırlar. Çünkü kamu görevlilerinin müdahalesi bakımından yetki, ölçülülük, yükümlülüğe uygun inceleme gibi koşullarda eksiklik bulunsun bile, idarî eylem veya işlemin kolayca hukuka aykırı olduğu sonucuna ulaşılmamaktadır⁹⁶. Bu görüşün sonucu olarak da, bu tür idarî eylem ve işlemler hukuka uygun kabul edileceğinden meşru savunma yoluna başvurulamaz. Bu görüş asla kabul edilemez. Çünkü idarî işlemlerin son derece nadir durumlarda geçersiz sayılması kamu görevlilerine, ceza hukukunun sonuçlarından ve karşı tarafın kendini savunmasından korkmalarına gerek olmadan kişilerin hukuksal alanlarına müdahale etme konusunda açık bir çek vermektedir. Bu nedenle müdahale yetkisi veren kanunlarda öngörülen koşullar dışında bir koşul aranmamalıdır⁹⁷.

Kanun hükmünü yerine getirme çerçevesinde gerçekleştirilen bir fiil hukuka uygun olacağından haksızlık karakterini de taşımaz. Bu nedenle hukuksal alanına müdahale edilen kişi bir tepki suçu işlediği takdirde, TCK md. 29 gereğince haksız tahrik altında bulunduğunu ileri sürerek cezasında indirim yapılmasını isteyemez⁹⁸.

2. Ceza Muhakemesine İlişkin Sonucu

Kanun hükmünü yerine getirme çerçevesinde işlenen fiil hukuka uygun olacaktır. Böylece bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması dolayısıyla CMK md. 223/2-d gereğince beraat kararı verilir. Bu düzenleme şu şekilde kaleme alınmıştır; "*Beraat kararı ... yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması, ... Hallerinde verilir*". Bu düzenlemeden, tipikliğin sanık tarafından gerçekleştirildiği tespit edildikten sonra fiil bakımından bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması

⁹⁴ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, § 17, No: 14.

⁹⁵ JOECKS, Wolfgang/MIEBACH, Klaus: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I: §§ 1-51*, München 2003, [Kısaltma: MünchKommStGB (ERB)], § 32, No: 72-74.

⁹⁶ Eleştiri için bkz. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, § 17, No: 8.

⁹⁷ Ayrıca bkz. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, § 17, No: 9, 10, 11.

⁹⁸ KANGAL, *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*, sh: 210.

dolayısıyla beraat kararı verileceği sonucu çıkmaktadır. Beraat kararı verildiği takdirde, sanığa sadece ceza değil, güvenlik tedbirlerinin de uygulanması olanağı ortadan kalkmaktadır.

3. Özel Hukuka ve İdare Hukukuna İlişkin Sonuçları

Hukuk düzeni bir bütün olduğundan ceza hukuku bakımından hukuka uygun olan bir fiil hukukun diğer dalları bakımından da hukuka uygundur. Bu sonuç, hukuk düzeninin birliği ilkesinin bir gereğidir.

Kanun hükmünün yerine getirilmesine dayanılarak gerçekleştirilen fiilin hukuka uygunluğu özel hukuk sorumluluğunu da ortadan kaldırır⁹⁹. Nitekim Türk Borçlar Kanunu md. 63/1'e göre; "Kanunun verdiği yetkiye dayanan ve bu yetkinin sınırları içinde kalan bir fiil, zarara yol açsa bile, hukuka aykırı sayılmaz". Böylece bir kanun hükmünün yerine getirilmesi nedeniyle bir zarar ortaya çıkmış olsa bile, zarar veren bu zararı tazmin etmek zorunda değildir. Örneğin suçüstü hâlinde yakalanan kişi, uğramış olduğu hafif yaralanma dolayısıyla yakalayan kişiden tazminat talebinde bulunamaz.

Yine kamu görevlilerinin kanun hükümlerine uygun bir şekilde gerçekleştirilmiş oldukları fiil veya işlemlerden dolayı idarenin ortaya çıkan zararları tazmin etme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Buna göre, kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninin mevcudiyeti hâlinde, idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü değildir. Çünkü AY md. 125/7, idarenin hukuka aykırı eylem ve işlemlerinden sorumluluğunu öngören bir düzenlemedir.

KAYNAKÇA

ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. Baskı, Ankara 2009.

BAUMANN, Jürgen/WEBER, Ulrich/MITSCH, Wolfgang: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 11. Auflage, Bielefeld 2003.

BAYRAKTAR, Köksal: *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezaî Sorumluluğu*, İstanbul 1972.

CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, İstanbul 2006.

CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem: *Türk Ceza Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul 2008.

⁹⁹ KANGAL, *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*, sh: 211.

CORNILS, Karin: "Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit in Schweden", *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband 5*, Berlin 2010, sh: 387-440.

DANTI-JUAN Michel: "Ordre de la loi", *Dalloz Encyclopédie juridique, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Tome V, 2 éd.*, Paris 2000, sh: 1-9.

DEMİRBAŞ, Timur: *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara 2009.

DESPORTES, Frédéric/LE GUNEHEC, Francis: *Droit pénal général*, 12^e éd., Paris 2005.

DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir: *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Genel Kısım*, c: II, 10. Baskı, İstanbul 1994.

DÖNMEZER, Sulhi: "Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi ve İnsan Hakları", *Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi*, İstanbul 2005, sh: 9-25.

ERMAN, Barış: *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, Ankara 2003.

ERYILMAZ, M. Bedri/BOZLAK, Ayhan: "Hukukumuzda Zor ve Silah Kullanma Yetkisi", *TBBD* 2009, sy: 83, sh: 223-277.

FERNANDES, João Manuel: *Das portugiesische Strafgesetzbuch*, Berlin 2010.

FISCHER, Thomas: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 58. Auflage, München 2011.

FORSTER, Susanne: "Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit in England und Wales", *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband 5*, Berlin 2010, sh: 72-111.

FUCHS, Helmut: *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 7. Auflage, Wien-New York 2008.

GROPP, Walter: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Berlin-Heidelberg 2005.

GÜNAL, Yılmaz: *Yetkili Merciin Emrini İfa*, Ankara 1967.

GÜZELOĞLU, Turan: *Kolluğun Kuvvet ve Silah Kullanma Yetkisi*, Ankara 2008.

HAFT, Fritjof: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, München 2004.

HAKERİ, Hakan: *Tip Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 2012.

HAKERİ, Hakan: *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 10. Baskı, Ankara 2011.

HEINRICH, Bernd: *Strafrecht – Allgemeiner Teil I*, 2. Auflage, Stuttgart 2010.

HIRSCH, Hans-Joachim: *Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff (son güncelleme: 01.04.1994), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 11. Auflage, Berlin 2003.

HOFFMANN-HOLLAND, Klaus: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Frankfurt am Main 2007.

HOFFMAN, Markus/MELIÁ, Manuel Cancio: *Das spanische Strafgesetzbuch*, Freiburg im Breisgau 2002.

İÇEL, Kayıhan/SOKULLU-AKINCI, Füsün/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/ MAHMUTOĞLU, Fatih S./ÜNVER, Yener: *İçel – Suç Teorisi*, 2. Kitap, 3. Bası, İstanbul 2004.

JAKOBS, Günther: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Berlin-New York 1993.

JARVERS, Konstanze: "Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit in Italien", Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband 5, Berlin 2010, sh: 151-204.

JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas: *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin 1996.

JOECKS, Wolfgang/MIEBACH, Klaus: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I: §§ 1-51*, München 2003.

KANGAL, Zeynel T.: *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*, Ankara 2010.

KANGAL, Zeynel T.: *Askerî Ceza Hukuku*, Ankara 2010.

KARDAŞ, Ümit/ÇINGİ, Mehmet: *Askerî Ceza ve Ceza Yargısı*, İstanbul 2001.

KIENAPFEL, Diethelm/HÖPFEL, Frank: *Grundriß des österreichischen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, Wien 2001.

KINDHÄUSER, Urs: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Baden-Baden 2011.

KINDHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulfried/PAEFFGEN, Hans-Ulrich: *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Band I (§§1-145d)*, 3. Auflage, Baden-Baden 2010. [Kisaltma: **NK-StGB³ (PAEFFGEN)**].

KLESCZEWSKI, Diethelm: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bonn 2008.

KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 3. Baskı, Ankara 2010.

KÖHLER, Michael: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlin-Heidelberg 1997.

KREY, Volker/ESSER, Robert: *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Stuttgart 2011.

KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe: *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Baskı, İstanbul 2006.

KÜHL, Kristian: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, München 2002.

MAIWALD, Manfred: *Einführung in das italienische Strafrecht und Strafprozeßrecht*, Frankfurt am Main 2009.

MANSO PORTO, Teresa: "Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit in Spanien", Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband 5, Berlin 2010, sh: 441-487.

MASCALA, Corinne: "Faits justificatifs", JCP 1, (Art. 122-4), Paris 2002.

MAURACH, Reinhart/ZIPF, Heinz: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband I*, 8. Auflage, Heidelberg 1992.

MERLE, Roger/VITU, André: *Traité de droit criminel*, Tome I, 7^e éd., Paris 1997.

ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, M. Nihat/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker: *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 2. Baskı, Ankara 2011.

ÖZBUDUN, Ergun: *Türk Anayasa Hukuku*, 8. Baskı, Ankara 2005.

ÖZGENÇ, İzzet: "Emniyet Görevlilerinin Silah Kullanma Yetkisi Üzerine Düşünceler", İBD 1994, c: 68, sy: 1-2-3, sh: 90-101.

ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 5. Bası, Ankara 2010.

ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan: *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, 8. Bası, Ankara 2005.

ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA, Özge/SAYGILAR, Yasemin F./ALAN, Esra: *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 2010.

PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer: *Açıklamalı – Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*, c: 1, 3. Baskı, Ankara 2010.

PFÜTZNER, Peggy: "Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit in Frankreich", Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband 5, Berlin 2010, sh: 112-150.

PRADEL, Jean: *Manuel de droit pénal général*, 14^e éd., Paris 2002.

RENGIER, Rudolf: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, München 2011.

RICHTER, Thomas/ZHAO, Yang: "Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit in China", Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband 5, Berlin 2010, sh: 5-36.

RIZ, Roland/BOSCH, Johanna: *Italienisches Strafgesetzbuch*, Bozen 1995.

ROXIN, Claus: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Auflage, München 2006.

RÖNNAU, Thomas: *Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 12. Auflage, Band: 2, Berlin 2006.

SCHMIDT, Rolf: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 10. Auflage, Bremen 2011.

SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28. Auflage, München 2010.

SEELMANN, Kurt: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Basel 2009.

SIRMA, Özge: "Türk Hukukunda Silah Kullanma Yetkisi", Beiträge zum deutschen und türkischen Strafrecht und Strafprozessrecht, Die Entwicklung von Rechtssystemen in ihrer gesellschaftlichen Verankerung, Baden-Baden 2010, sh: 161-165.

SOYASLAN, Doğan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Ankara 2005.

SÖZÜER, Adem: "Die strafrechtliche Bewertung des tödlichen polizeilichen Schusswaffeneinsatzes gegen Flüchtlinge in der Türkei", Strafrecht als Universalis, Festschrift für Claus ROXIN zum 80. Geburtstag, Band 2, Berlin-New York 2011, sh: 1749-1764.

STEFANI, Gaston/LEVASSEUR, Georges/BOULOC, Bernard: *Droit pénal général*, 19^e éd., Paris 2005.

STOPPEL, Wolfgang: *Die Strafgesetze Albaniens*, Tirana 2003.

STRATENWERTH, Günter: *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 4. Auflage, Bern 2011.

STRATENWERTH, Günter/WOHLERS, Wolfgang: *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar*, 2. Auflage, Bern 2009.

STRATENWERTH, Günter/KUHLEN, Lothar: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat*, 6. Auflage, München 2011.

STYMA, Dirk: *Das Strafgesetzbuch der argentinischen Nation*, 2. Auflage, Berlin 2009.

TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 7. Baskı, İstanbul 2005.

TELLENBACH, Silvia: "Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit in der Türkei", Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband 5, Berlin 2010, sh: 488-534.

TEZİÇ, Erdoğan: *Türkiye'de 1961 Anayasası'na Göre Kanun Kavramı*, İstanbul 1972.

TEZİÇ, Erdoğan: *Anayasa Hukuku*, 11. Baskı, İstanbul 2006.

TRECHSEL, Stefan/JEAN-RICHARD, Marc: *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Präxiskommentar*, Zürich 2008.

TURHAN, Faruk: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2006.

ÜNVER Yener/HAKERİ, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 2010.

VITT, Elmar: "Gedanken zum Begriff der Rechtmäßigkeit der Diensthandlung bei § 113 StGB", ZStW 106 (1994), sh: 581-604.

WEIGEND, Ewa: "Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit in Polen", Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband 5, Berlin 2010, sh: 310-360.

WESSELS, Johannes/BEULKE, Werner: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 41. Auflage, Heidelberg-München-Landsberg-Frechen-Hamburg 2011.

YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa: *Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, c: I, Ankara 2010.

ZAFER, Hamide: *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, İstanbul 2010.

ZERBES, Ingeborg: "Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit in Österreich", Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Teilband 5, Berlin 2010, sh: 260-309.

ZIESCHANG, Frank: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Stuttgart 2009.

Çok Uluslu Şirketlerin Sosyal Sorumluluğu Çerçevesinde Sosyal Normlara İlişkin Hukuksal Bir İnceleme

Ayşegül KÖKKİLİNÇ ERALTUĞ*

Özet

Bu çalışmanın konusunu çok uluslu şirketlerin sosyal sorumluluğu çerçevesinde çalışanların temel haklarının korunmasıyla ilgili sosyal normların incelenmesi oluşturmaktadır. Çalışmada, çok uluslu şirketler tarafından tek yanlı düzenlemelerle oluşturulan davranış kuralları, çok uluslu şirketlerle uluslararası işçi sendikaları arasında bağitlanan çerçeve anlaşmalar, hükümet dışı uluslararası örgütlerin girişimleriyle belirlenen standartlar ve hükümetlerarası örgütler tarafından kabul edilen belgelerde yer verilen sosyal normlar incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Çok Uluslu Şirketler, Kurumsal Sosyal Sorumluluk, Davranış Kuralları, Temel Uluslararası Çalışma Normları, Çalışanların Temel Haklarının Korunması

Abstract

This study examines the creation of social norms regarding the protection of fundamental rights of workers within the framework of social responsibility of multinational corporations. The focus is put on the social norms that are embodied in codes of conduct created by the unilateral

* Yard. Doç. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi İşletme Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.