

## PROVOKATİF MEŞRU SAVUNMA

Elif ERGÜNE\*

Erkan SARITAŞ\*\*

### ÖZET

Ceza hukukunda meşru savunma hükümlerinin uygulanması açısından en tartışmalı meselelerden birini, bilahare savunmada bulunacak olan failin bir saldırıyı provoke ettiği haller teşkil etmektedir. Bu hallerde fail, genel olarak karşısındaki kişinin bir saldırısı ile karşı karşıya kalabileceğini öngörmesine rağmen onu tahrik edecek bir davranışta bulunmakta (=kasıtlı provokasyon) ve hatta bazı ihtimallerde, o kimseyi bir saldırıya yöneltmek için bir plan dahilinde tahrik teşkil eden bir fiili işlemektedir (=maksatlı provokasyon). Her iki ihtimal açısından da çözümlenmesi gereken temel hukuki sorun, failin meşru savunma hükümlerinden yararlanıp yararlanmayacağı ve eğer yararlanacaksa olağandan daha ağır şartların aranıp aranmayacağı meselesidir. Bu meselenin çözümlenmesi açısından Alman ve İtalyan doktrinlerinde pek çok farklı teori ileri sürülmüş ve bunlardan bazıları mahkeme kararlarını da doğrudan etkilemiştir. Çalışmamızda bu teoriler ayrı ayrı incelenmekte, değerlendirilmekte ve bu sorunun Türk Hukuku açısından nasıl çözümlenmesi gerektiği hususuna dair sonuçlara varılmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Meşru savunma, provokasyon, hakkın kötüye kullanılması, üç basamak teorisi, *actio illicita in causa*.

### PROVOCATIVE SELF-DEFENSE

### ABSTRACT

One of the most controversial issues in terms of the application of self-defense provisions in criminal law is the situations in which the perpetrator, who will subsequently defend himself, provokes an attack. In these cases, although the perpetrator generally foresees that he/she may face an attack from the other person, he/she acts in a way that will provoke him/her (=deliberate provocation) and in some cases even commits an act that constitutes provocation (=purposeful provocation).

\* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı/İSTANBUL, e-posta: elifbekar@istanbul.edu.tr  
ORCID: 0000-0001-6443-8392.

\*\* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı/İSTANBUL, e-posta: esaritas@29mayis.edu.tr  
ORCID: 0000-0003-4873-9317.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1116496

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 24/11/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 01/02/2022

*within a plan to lead to the other person to an attack. In terms of both possibilities, the main legal problem that needs to be resolved is whether the perpetrator will benefit from the provisions of self-defense and if he/she does, whether more severe conditions than usual will be sought. In terms of resolving this issue, many different theories have been put forward in the German and Italian doctrines, and some of them directly affected the court decisions. In this study, these theories are examined and evaluated separately and conclusions are reached on how this problem should be resolved in terms of Turkish law.*

**Keywords:** Self-defense, provocation, abuse of right, three-step theory, *actio illicita in causa*.

## GİRİŞ

Haksız bir saldırıya uğrayan kimsenin gerçekleştirdiği savunmanın meşru savunma şartlarını sağlayıp sağlamadığının değerlendirilmesi noktasında, onun bu saldırıya sebep teşkil eden öncel davranışlarının da hesaba katılıp katılmayacağı meselesi tartışmaya oldukça açıktır ve bu tartışmaların en çok yoğunlaştığı alanı, bilahare savunmada bulunan failin bir saldırıyı *provoke ettiği* haller teşkil etmektedir. Bu hallerde fail, genel olarak muhatabının bir saldırısı ile karşı karşıya kalabileceğini öngörmesine rağmen onu tahrik edecek bir davranışta bulunmakta ve hatta bazı ihtimallerde bizzat muhatabını bir saldırıya yöneltmek için bir plan dâhilinde, tahrik teşkil eden bir fiili icra etmektedir.

Her iki ihtimal açısından da failin meşru savunma hükümlerinden yararlanıp yararlanmayacağı hususu, gerek Alman gerekse de İtalyan doktrininde etraflıca tartışılmış ve bu sorunun çözümü noktasında, birbirinden oldukça farklı esaslara dayanan pek çok görüş ortaya konulmuştur. Bu tartışmalar sadece doktriner boyutta kalmayıp uygulama açısından da oldukça önemli sonuçlar doğurmuştur. Nitekim ülkemizde de mesele uygulamada tartışmalara sebebiyet vermiş ve oldukça yakın tarihli kararlarda dahi birbirinden tamamen farklı sonuçlara ulaşılabildiği gözlenmiştir. Bu açıdan provokatif meşru savunma kavramının ve bu çerçevede provokatörün meşru savunma hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağı meselesinin incelenme konusu yapılmasının gerek doktrin gerekse de uygulama açısından faydalı olacağı değerlendirilmiştir.

Bu düşünce çerçevesinde altı başlıktan oluşan çalışmamızın ilk başlığında *provokatif meşru savunma* kavramının tanımı yapılarak failin saldırıya sebep

olduğu benzer hallerden ayrılması sağlanmış ve yine aynı başlıkta, bu kavram çerçevesinde tartışma konusu olan temel sorun ve buna dair çözüm tarzları, üç kategoride toplanarak çalışmanın amacı ve sınırları belirlenmiştir. Takip eden üç başlıkta sırasıyla bu çözüm tarzları, bunlara dair teoriler bağlamında kısaca ortaya konulmuştur. Beşinci başlıkta bu hususta inceleme konusu yapılması gereken bir diğer mesele olan provokatörün meşru savunma hakkının sınırlandırılması hususu, Alman doktrininde ileri sürülen *üç basamak teorisi* örneğinde incelenmiş ve nihayet altıncı başlıkta Türk Hukuku açısından soruna yönelik çözüm önerisi ortaya konulmuştur.

## I. PROVOKATİF MEŞRU SAVUNMA KAVRAMININ TANIMLANMASI VE ÇÖZÜMLENMESİ GEREKEN TEMEL SORUNUN ORTAYA KONULMASI

### A. Meşru Savunma Kurumu Açısından Failin Saldırıya Sebep Olması Meselesi ve Bu Çerçeve *Provokatif Meşru Savunma Kavramının Tanımlanması ve Sınırlarının Belirlenmesi*

Meşru savunma halinden söz edebilmek için failin, kendisine yahut bir başkasına ait yaşam, cinsel dokunulmazlık, konut dokunulmazlığı gibi *bir hakka yönelmiş, gincel ve haksız* bir saldırıyla karşı karşıya kalması gerektiği şüphesizdir<sup>1</sup>. Bu çerçevede, hukuka uygun bir fiile karşı meşru savunma söz konusu olamayacağı gibi artık sona ermiş yahut gerçekleşmesi halihazırda sadece olasılık dahilinde olan bir saldırı için de meşru savunmada

<sup>1</sup> Reinhart Maurach/Heinz Zipf, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Aufl., C. F. Müller, 1992, § 26, N. 8, 23; Klaus Hoffmann-Holland, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Mohr Siebeck, 2011, § 3, N. 226-229; Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 12. Aufl., Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2016, § 15, N. 18; Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 43. Aufl., C. F. Müller, 2013, § 8, N. 325; Kristian Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Aufl., Vahlen, 2017, § 7, N. 2; Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., De Gruyter, 1991, § 12, N. 1; Walter Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., Springer, 2005, § 6, N. 65; Eberhard Schmidhauser, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Mohr Siebeck, 1975, § 9, N. 84; Rudolf Rengier, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., C. H. Beck, 2012, § 18, N. 19; Silvio Ranieri, *Manuale di diritto penale, Volume primo: Parte generale*, 3. Edz., CEDAM, 1956, s. 145-146; Arturo Santoro, *Manuale di diritto penale I*, UTET, 1958, s. 210; Pietro Nuvolone, *Il sistema del diritto penale*, 2. Edz., CEDAM, 1982, s. 209; Antonio Pagliaro, *Principi di diritto penale, Parte generale*, 5. Edz., Giuffrè, 1996, s. 440; Tullio Padovani, *Diritto penale*, 4. Edz., Giuffrè, 1998, s. 205; Giovanni Fiandaca/Enzo Musco, *Diritto penale, Parte generale*, Zanichelli, 1990, s. 136; Stefano Canestrari/Luigi Comacchia/Giulio De Simone, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Il Mulino, 2007, s. 552; Paolo Pisa, "La Legittima Difesa" CF Grosso, M Pelissero, D Petrini, P Pisa, (Ed.), *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 3. Edz., Giuffrè, 2020, s. 327; Giorgio Marinucci/Emilio Dolcini/Gian Luigi Gatta, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 9. Edz., Giuffrè, 2020, s. 320.

bulunulmasından söz edilemeyecektir<sup>2</sup>. Haksız ve güncel bir saldırının bulunması halinde ise failin, *gerekli ve orantılı* nitelikte olan *savunması* hukuka uygun kabul edilecek ve tipe uygun olsa da işlediği fiil nedeniyle ceza sorumluluğundan söz edilemeyecektir<sup>3</sup>. Bu yönüyle failin saldırıdan başka türlü korunma olanağı varsa savunmanın meşruluğundan söz edilemeyeceği gibi<sup>4</sup> savunmanın, saldırıyı defedecek ölçüyü aşması halinde de savunmanın meşruluğundan söz edilemeyecektir<sup>5</sup>. Bizim hukukumuz açısından da savunmanın bu şartları sağlaması halinde TCK m. 25/1 gereğince hukuka

<sup>2</sup> Claus Roxin/Luis Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., C. F. Beck, 2020 § 15, N. 12; Bernd Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., Kohlhammer, 2012, § 14, N. 345; Hans Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Duncker&Humblot, 1996, § 32, 1d; Georg Freund, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Springer, 2009, § 3, N. 101; Otto Triffterer, *Österreichisches Allgemeines Teil*, 2. Aufl., Springer, 1994, § 11, N. 57; Walter Perron/Jörg Eisele, *Schönke Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 32, N. 13; Volker Erb, *Münchener Kommentar zum StGB*, 4. Auflage, Band 1, § 1–37, C. H. Beck, 2020, § 32, N. 103; Giuseppe Bettiol, *Diritto penale, Parte generale*, 5. Ed., G. Priulla, 1962, s. 274; Vincenzo Cavallo, *Diritto penale, Parte generale, Volume secondo: L'oggetto del diritto penale*, E Jovene, 1955, s. 659-660; Francesco Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, 16. Ed., Giuffrè, 2003, s. 303; Ivo Caraccioli, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, CEDAM, 1998, s. 402; Bartolomeo Romano, *Diritto penale, Parte generale*, 4. Edz, Giuffrè, 2020, s. 285; Giuseppe Santaniello/Luigi Maruotti, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Giuffrè, 1990, s. 239; Alberto Cadoppi/Gianluca Billo, “Articolo 52- Difesa Legittima”, A. Cadoppi, S. Canestrari, P. Veneziani (Ed.), *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Giappichelli, 2018, s. 330; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 15, N. 18; Maurach/Zipf, § 26, N. 24-25; Hoffmann-Holland, § 3, N. 226; Wessels/Beulke/Satzger, § 8, N. 328; Schmidhaeuser, § 9, N. 94; Jakobs, § 12, N. 22-23; Gropp, § 6, N. 77; Rengier, § 18, N. 20-24; Kühl, § 7, N. 44-45; Ranieri, s. 146; Marinucci/Dolcini/Gatta, s. 322; Canestrari/Cornacchia/De Simone, s. 553; Pagliaro, s. 440; Padovani, s. 207; Fiandaca/Musco, s. 137.

<sup>3</sup> Giuseppe Maggiore, *Diritto penale, Volume I: Parte generale, T. I*, 5. Edz., N. Zanichelli, 1951, s. 304; Ferrando Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, 7. Edz., CEDAM, 2011, s. 256; Fabrizio Ramacci/Roberto Guerrini, *Corso di diritto penale*, 5. Edz, G Giappichelli, 2013, s. 309; Frank Zieschang, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., Richard Boorberg, 2014, N. 211; Antolisei, s. 300; Nuvolone, s. 206; Canestrari/Cornacchia/De Simone, s. 554; Cavallo, s. 650; Bettiol, s. 271-272; Romano, s. 284; Jescheck/Weigend § 32, II 2; Wessels/Beulke/Satzger, § 8, N. 339; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 15, N. 1; Jakobs, § 12, N. 1; Gropp, § 6, N. 65; Heinrich, § 14, N. 339, 356; Rengier, § 18, N. 19; Kühl, § 7, N. 2; Schmidhaeuser, § 9, N. 84; Triffterer, § 11, N. 51; Freund, § 3 N. 82; Maurach/Zipf, § 26, N. 1; Erb, § 32, N. 1; Perron/Eisele, § 32, N. 1.

<sup>4</sup> Luigi Delpino/Rocco Pezzano, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 30. Edz, Simone, 2020, s. 129; Mantovani, s. 260-261; Bettiol, s. 277; Pagliaro, s. 441; Fiandaca/Musco, s. 140; Marinucci/Dolcini/Gatta, s. 324; Canestrari/Cornacchia/De Simone, s. 555; Santaniello/Maruotti, s. 240; Kühl, § 7, N. 87.

<sup>5</sup> Antolisei, s. 306; Mantovani, s. 262; Bettiol, s. 278; Fiandaca/Musco, s. 141; Pisa, s. 329; Perron/Eisele, § 32, N. 36b; Triffterer, § 11, N. 81; Kühl, § 7, N. 103.

uygun olduğu kabul edilecek ve faile ceza verilemeyecektir<sup>6</sup>.

Ancak savunmanın belirttiğimiz bu şartları sağlayıp sağlamadığının değerlendirilmesi noktasında *failin saldırıya sebep teşkil eden öncel davranışlarının* da hesaba katılıp katılmayacağı meselesi tartışmaya oldukça açıktır<sup>7</sup>. Bu noktada çeşitli olasılıkların söz konusu olması mümkündür:

Örnek-1: *Ekonomik olarak zorda olan (B) 'nin evine haciz işlemi icra etmek üzere giden haciz memuru (A), parayı ödememesi halinde haczi kabil eşyaların cebren alınması talimatı vereceğini (B) 'ye söyler. Bu duruma oldukça sinirlenen (B), (A) 'ya yumruk atmak için hamle yapar. Ancak daha hızlı davranan haciz memuru (A), (B) 'yi, elindeki cep telefonu ile vurarak yaralar.*

Örnek-2: *(A), evli olan sevgilisi (B) ile onun yaşadığı evde bir*

<sup>6</sup> Türk hukukunda meşru savunma kurumuna ilişkin tafsilatlı bilgi için bkz. Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa*, Seçkin, 1995; Melik Kartal, *Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gerekliklik ve Orantılılık*, On İki Levha, 2019; Aykut Ersan, *Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması*, XII Levha, 2013. Ayrıca bkz. Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.II*, 14. Bs., Köksal Bayraktar vd. (Ed.), Der, 2019, N. 388 vd.; Faruk Erem, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C.II, 12. Bs., Seçkin, 1985, § 151-152; Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.II-III*, 2. Bs., Beta, 1992, s. 186 vd.; Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yenilenmiş Baskı, Beta, 2016, s. 325 vd.; M. Emin Artuk/Ahmet Gökcen/M. Emin Alşahin/Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Bs., Adalet, 2018, s. 436 vd.; Nevzat Toroslu/Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 21. Baskı, Savaş, 2015, s. 155 vd.; Zeki Hafızogulları/Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Us-A, 2015, s. 218 vd.; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Bs., Seçkin, 2021, s. 357 vd.; Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakırmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 11. Bs., Beta, 2020, s. 315 vd.; Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 21. Bs., Seçkin, 2021, § 5, N. 457 vd.; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bs., Yetkin, 2016, s. 368 vd.; Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75*, 7. Bs., Beta, 2019, s. 375 vd.; Mahmut Koca/İlhan Üzülmek, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bs., Seçkin, 2021, s. 278 vd.; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Bs., Seçkin, 2021, s. 301 vd.; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Bs., Seçkin, 2020, s. 293 vd.; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 22. Bs., Adalet, 2019, s. 319 vd.; F. Selami Mahmutoglu/Serra Karadeniz, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi*, Beta, 2017, s. 493 vd.; Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri*, 2. Bs., Adalet, 2017, s. 344 vd.; Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bs., Adalet, 2020, s. 534 vd.; Murat Volkan Dülger, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Hukuk Akademisi, 2021, N. 11.77 vd.

<sup>7</sup> Elbette, bu davranışların bizatihi kendilerinin haksız saldırı boyutuna ulaşması halinde artık karşı taraf meşru savunma halinde bulunabileceğinden ve bu halde bu kimsenin fiili "haksız" sayılamayacağından ona karşı meşru savunmada bulunulması da kabul edilemeyecektir. Mantovani, s. 259; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 15, N. 54; Köhl, § 7, N. 60; Urs Kindhaeuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, Nomos, 2013, § 16, N. 48.

araya gelmişken (B)'nin kocası (C) eve gelerek bu ikiliyi uygunsuz vaziyette yakalar. Duruma oldukça öfkelenen (C) silahına hamle yapar ancak daha hızlı davranan (A), silahını çekerek (C)'yi öldürür<sup>8</sup>.

Örnek-3: (A), hasmı (B)'yi öldürmek istemekte ancak neticede ceza almak da istememektedir. (B)'nin namus kavramı konusundaki hassasiyetini ve aynı zamanda sürekli yanında bıçak taşıdığını bilen (A), herkesin içinde eşinin onu aldattığını söylerse (B)'nin sinirlenerek kendisine saldıracağını hesap eder ve ceketinin altına asla görünmeyecek şekilde bir silah yerleştirir. Öngördüğü şekilde tahrik olan (B)'nin bıçakla saldırması üzerine silahını çeken (A), (B)'yi öldürür<sup>9</sup>.

Örnek-4: (A), arkadaşı (B)'nin, ensesine şaka yollu dokunulmasına çok sinirlendiğini bilmekte ve ancak bu durumdan oldukça keyif almaktadır. Bir akşam diğer arkadaşları ile bir araya geldiklerinde (A), (B)'yi sinirlendirmek için ensesine vurur. Beklediği gibi sinirlenen (B), (A)'ya yumruk atmak için hamle yapar. Ancak daha çevik olan (A), hızlı davranarak (B)'ye yumruk atar ve onu yaralar.

Esasen verilen bu örneklerin tümünde saldırının gerçekleşmesinde, sonrasında bizzat savunmada bulunan kişinin (failin) rolü bulunmaktadır<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Bkz. Bettiol, s. 278; Mantovani, s. 259.

<sup>9</sup> Benzer yöndeki örnekler için bkz. “(A), yakın arkadaşı (B)'yi öldürmek istemekte olup, (B)'nin her zaman saldırgan tepkiler verdiğini bilmektedir. Bir restorana gittikleri esnada, (A)'nın bira içtiği kupayı (B)'ye doğru uzattığı ve biranın dökülmesi üzerine (B)'nin gömleğinin sırlıklam olduğu görülmüştür. (B), daha sonra kupayı (A)'nın kafasına atmak ve bu suretle (A)'ya saldırmak için (A)'ya doğru uzanır. (A) ise, kendisini savunmak için (B)'ye bıçak çeker ve (B)'yi bıçakla öldürtücü şekilde yaralar. Bu olayda (A), tüm prosedürü başından beri planlayarak, (B)'yi öldürmeyi amaçlamıştır” (Zieschang, N. 220). “(A), kız arkadaşını elinden alan (B)'yi sinirlendirmek istemektedir. Meşru savunma durumunda bunun cezalandırılabilir olmadığını öğrendiğinden kavgayı başlatmak için (B)'ye hakaret eder, böylece onu dövebilecek, ancak meşru savunmadan yararlanabilecektir. (A)'nın hakaret etmesi üzerine (B), beklediği gibi vurmak için (A)'nın üzerine doğru yürür”. (Rolf Schmidt, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 12. Aufl., Rolf Schmidt, 2013, § 32, N. 362).

<sup>10</sup> Çalışmamızın bundan sonraki kısmında “fail” ifadesiyle, muhatabını provoke edip bilahare saldırıya uğrayan ve savunmada bulunan kimseyi, “saldırgan” ifadesiyle de failin provoke ettiği ve bu çerçevede saldırıda bulunan kimseyi kastediyor olacağız. Bu noktada yeri gelmişken iki hususu açıklığa kavuşturmamız gerekir: Evvela provokatif meşru savunmada failin meşru savunmanın maddi şartlarına ilişkin bilgisi tamdır. Dolayısıyla bu kurumun, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarına ilişkin bilgi meselesi ve buna dair tartışmalarla bir ilgisi bulunmamaktadır. Diğer taraftan, failin, saldırıyı “saldırıda zorlaması” olasılığının inceleme kapsamımız dışında olduğunu da vurgulamamız gerekmektedir. Pratikte karşılaşılması hayli zor olmakla birlikte fail, cebir veya tehditle, bir kimseyi kendisine ya da üçüncü bir kişiye karşı bir fiilde bulunmaya zorlayabilir. Bu durum failin, intihar

Bu örneklerde failin önceki hareketi bir *etki* meydana getirmekte ve saldırı, bu etkiye bir *tepki* olarak husule gelmektedir. Bu yönü itibarıyla bu örneklerin tümünde *failin saldırıya sebep olmasından* bahsetmemiz mümkündür. Ancak hemen göze çarpacağı üzere mahiyeti itibarıyla dört örnek de birbirinden tamamen farklı şekilde cereyan etmektedir. Gerçekten, ilk örnekte tamamen kanunun hükmünü icra etmekte olan kimse, bu sebeple bir saldırı ile karşı karşıya kalmaktadır. Ancak bu kimsenin, karşı tarafı provoke etmek gibi bir amacı söz konusu olmadığı gibi fiili de hukuka aykırı değildir. İkinci örnekte ise failin, muhatabı açısından tahrik olarak algılanan önceki davranışıyla karşı tarafı kışkırtmak gibi bir amacı söz konusu değildir; tam aksine fail, vaziyetin gizli kalmasını sağlamaya çalışmakta ve aksi bir durumun ortaya çıkması, onun bilgi ve istemi haricinde husule gelmektedir. Buna karşılık son iki örnekte failler, icra ettikleri davranışlarla karşı tarafı bir saldırı gerçekleştirmeye kışkırtırken, bunu tamamen bilinçli olarak yapmaktadırlar. Bu nedenle yalnızca bu son iki örnekte failin saldırıyı *provoke* ettiğinden söz edilmekte ve doktrinde de *provokatif meşru savunma* ile genel olarak bu gibi örnekler inceleme konusu yapılmaktadır<sup>11</sup>. Esasen dilimize Fransızcadan giren *provokasyon* (Fr. *provocation*, İt. *provocazione*, Alm. *provokation*) kelimesi de sözlükte “bir başkasını belirli bir davranışı gerçekleştirmeye itme, kışkırtma” olarak tanımlanmaktadır ve bu yönüyle belirli bir tepkiye yönelik, bilinçli bir etkiyi ifade etmektedir<sup>12</sup>. Bu açıdan failin, muhatabını bir saldırıya yöneltmek için bir plan dâhilinde tahrik teşkil eden bir fiili işleminin provokatif bir davranış olduğu konusunda bir tereddüt söz konusu değildir ki yukarıdaki ‘Örnek-3’te böyle bir durum mevzu bahistir. Ancak böyle olmayıp da failin, muhatabının tahrik olacağını bilerek ve fakat bir saldırı başlatmasını sağlamak gibi hususi bir amaç söz konusu olmaksızın hareket ettiği durumlarda da bir provokasyondan söz etmemiz gerekmektedir. Zira bu ikinci olasılığa da fail, saldırıyı başlatıp neticede meşru savunma şartlarından yararlanarak

düşüncesinden kaynaklanabileceği (ve son anda yaşama refleksi ile saldırıya mukabele ettiği örneklerde olduğu) gibi öldürmek istediği kişiyi meşru savunma koşulları içinde öldürdüğü izlenimi vermek istemesinden de kaynaklanabilir. Bu gibi hallerde bizce ortada TCK m.25/f.1 anlamında “bir saldırı” söz konusu olmadığından meşru savunma kapsamında bir değerlendirme yapılabilmesi de olanak dahilinde değildir. Dolayısıyla bu olasılığın provokatif meşru savunma kapsamında ayrıca tartışılmasına gerek yoktur.

<sup>11</sup> Bkz. Roxin/Greco, § 15, N. 65; Perron/Eisele, § 32, N. 55; Heinrich, § 14, N. 339 vd.; Antolisei, s. 301; Bettiol, s. 278; Cadoppi/Billo, s. 330-331; Vincenzo Ciliberti, “Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione”, *Tesi di dottorato, Università degli studi di Trento, Facoltà di Giurisprudenza*, 2018, s. 71-72.

<sup>12</sup> Bkz. *Büyük Larousse*, C. 18, s. 9595.

muhatabının hakkından gelmek amacıyla olmasa da yine de bu kimsenin tahrik olarak saldırıda bulunma olasılığını bilmekte ve bunu göze almaktadır. Nitekim yukarıdaki ‘Örnek-4’te de böyle bir durum söz konusudur.

Ancak dikkat edilmelidir ki her iki durumda da saldırganı kıskırtan davranış *hukuken emredilmiş veya izin verilmiş bir davranış mahiyetinde değildir*. Bu nedenle tamamen hukuki bir zeminde hareket eden kişinin davranışının karşı tarafta bir elem ya da öfke doğurmasının, bu kişinin meşru savunma hükümlerinden yararlanması noktasında bir farklılık yaratmayacağını ifade etmemiz gerekmektedir. Zira temel bir ilke olarak herkes, muhatabının hukuka uygun davranışına katlanmakla yükümlüdür<sup>13</sup>. Bu nedenle bir kimsenin, hukuken gerekli veya izin verilen bir davranışının, kendisine yönelik bir saldırı gerçekleştirilmesi tehlikesi doğuracağını önceden bildiği veya hal ve koşullara göre bilmesi gerektiği söylene dahi bu durumun, o kimsenin savunmada bulunma hakkı yönünden herhangi bir sınırlamaya sebebiyet verdiğinin kabul edilmesi mümkün değildir<sup>14</sup>. Bu itibarla yukarıda verdiğimiz ‘Örnek-1’in kapsamına girecek şekilde icra memurunun, kolluk kuvvetinin, yargı görevi yapanın vs. tamamen görevini ifa kapsamında davrandığı hallerde, muhatabın bundan tahrik olması ve bir saldırı gerçekleştirmesi durumunda, anılan bu kimselerin savunma hareketleri meşru savunma kapsamında kabul edilebilecek olup bu tip olaylar provokatif meşru savunma kavramı çerçevesinde değerlendirilebilecek mahiyette değildir<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Roxin/Greco, § 15, N. 65.

<sup>14</sup> Perron/Eisele, § 32, N. 59. Eric Hilgendorf/Brian Valerius, *Alman Ceza Hukuku Genel Kısım*, Çev. Salih Oktar, Yetkin, 2021, § 5, N. 50. Nitekim hukuken izin verilen (ve bazı yazarlara göre aynı zamanda sosyal açıdan da uygun bulunan) bir fiili işleyen kişi, bu fiilin bir başkasının hukuka aykırı davranışına neden olacağını bilseydi ya da bilebilecek durumda olsaydı bile bu durum, meşru savunma hakkının kısıtlanmasına sebebiyet vermeyecektir (Rengier, § 18, N. 74).

<sup>15</sup> Roxin/Greco, § 15, N. 65. Bu nedenle örneğin, görevi kapsamında bir şüpheliyi gözaltına alan kolluk görevlisine, şüphelinin yakınlarının saldırması durumunda kolluk görevlisinin meşru savunmada bulunabilmesi mümkündür. Bu durum elbette sadece görevin ifası ile ilgili de değildir. Hukuka uygun şekilde evinin bahçesine duvar ören yahut alacağını meşru yollardan tahsil etmeye çalışan kimselerin davranışlarının muhataplarında meydana getirdiği hiddet veya elemnin sebep olduğu saldırılara karşı, bu kimselerin meşru savunmada bulunabilmeleri de mümkün kabul edilmelidir. Zira bir hakkın icra edilmesi yahut yetkinin kullanılması ile bir kimsenin belli bir davranışa kıskırtılmasının aynı mantıksal zeminde bir araya gelmeleri olanaklı değildir. Bkz. Roxin/Greco, § 15, N. 65, 71; Perron/Eisele, § 32, N. 59; Hilgendorf/Valerius, § 5, N. 50. Şunu da zikretmemiz gerekir ki Alman Federal Mahkemesi eski tarihli bir kararında farklı yönde değerlendirme yapmıştır. Karara konu olayda bir daire sahibi, kendi evine girmesini engellemek isteyen ve bunu güç kullanarak yapmaya yeltenen saldırganı bıçakla karşı koymuştur. Federal Mahkeme, kişinin evine girmeye çalışarak ve

gerekirse bunu zorla yapacağını önceden bildirerek saldırıyı bizzat kendisi kışkırttığı için savunma hareketinde bulunamayacağını ve saldırıdan kaçınarak kurtulması gerektiğini içtihiat etmiştir. Ancak bu yöndeki görüş doktrinde reddedilmiş, hakkını kullanan kimsenin, sırf bu nedenle bir başkasının, kendisini kışkırtılmış hissedip hissetmediği önemli olmaksızın herhangi bir kısıtlamaya maruz kalmaksızın hakkını kullanabilmesi gerektiği belirtilmiş ve nihayet Alman Federal Mahkemesi, daha sonra bu bağlamda görüş değiştirmiştir. Buna göre, saldırıya uğrayanın sosyal etik açısından onaylanan önceki davranışı, meşru savunma hakkının kısıtlanmasına yol açmayacaktır (karar ve bu konudaki tartışmalar için bkz. *BGHSt* 27, 336, Roxin/Greco, § 15, N. 71). Failin yetkisinin sınırlarını aşması veya hakkını kullanırken hukuka aykırı davranmaya yönelmesi hallerinde ise artık farklı bir şekilde düşünmemiz kaçınılmazdır. Esasen bir kimsenin, kanundan kaynaklanan bir yetkisini veya bir hakkını kullanması ile maksatlı provokasyon hallerinin bir arada bulunması bizce zaten olanaksızdır. Zira karşı tarafı saldırıya kışkırtma amacı ile bir hak veya yetkinin kullanılması amaçları bağdaşabilir değildir. Ancak failin, bir hakkını kullanırken bunun karşı tarafı bir saldırıya kışkırtabileceğini öngördüğü hallerde ise yukarıda belirttiğimiz üzere durum farklıdır ve kişinin meşru savunma hükümlerinden yararlanabileceği kabul edilmelidir. Nitekim bu durumda esasen artık bir provokasyondan söz etmek mümkün değildir (aynı yönde bkz. Heinrich, § 14, N. 379). Bu gibi ve hatta daha genel bir şekilde failin hukuka uygun hareket ettiği ve fakat bu hareketin sosyo-etik açıdan uygun görülemeyeceği hallerde meşru savunma hakkının kullanılmasının sınırlanıp sınırlanamayacağı meselesi ise Alman doktrin ve uygulamasında oldukça tartışmalıdır. Alman Federal Yüksek Mahkemesi uygulaması ve doktrinde azınlıkta kalan görüş; önceki hareket hukuka uygun olsa bile toplumsal açıdan uygun değilse failin meşru savunma hakkını kullanmasının aşağıda detaylı olarak inceleyeceğimiz *üç basamak teorisi* çerçevesinde sınırlandırılması gerektiği kanaatindedir. Wessels/Beulke/Satzger, § 8, N. 348; Heinrich, § 14, N. 380; *BGHSt* 24, 356, *BGHSt* 39, 374. Buna karşılık baskın görtişe göre, meşru savunma hakkının bu teori çerçevesinde kısıtlanması, ancak failin daha önce hukuka aykırı bir davranışı mevcut olduğunda söz konusu olabilecektir. Bu nedenle fail, hukuka uygun bir davranış sergiliyor ancak bu sosyal ve etik açıdan uygun görülmiyorsa (örn. büyük bir kabalık, saygısızlık, küçümseme gibi) saldırı-ganun kendisini kötü hissedip, agresif tepki vermesi halinde failin meşru savunma hakkının kısıtlanmasından söz edilebilmesi mümkün değildir. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 15, N. 54; Roxin/Greco, § 15, N. 72; Kühl, § 7, N. 194; Rengier, § 18, N. 76; Schmidt, § 32, N. 364; Erb, § 32, N. 224. Alman Federal Mahkemesinin bir kararına konu olan olayda (*BGHSt* 42, 97) kalabalık bir trende, elinde açık bir bira kutusu tutan hafif sarhoş (A), sadece 2. sınıf bileti olmasına rağmen 1. sınıf kompartımanında olan (B)'nin yakınlarında bir yere oturur. (B), trenden sadece birkaç dakika içinde inmek zorundadır ama alkol kokusuyla kendisini çok rahatsız hisseder, üzerinde sadece ince kıyafetler bulunan (A)'nın gitmesi için birkaç kez pencereyi açar. (A), pencereyi kapatır ve sonunda tekrar açılırsa (B)'yi döveceğine dair tehdit eder. Daha sonra bıçağını gösteren ve (A)'nın bundan yeterince korktuğuna inanan (B), pencereyi yeniden açar. Bunun üzerine (A), (B)'ye saldırır. (B) savunma amacıyla bıçağını (A)'nın karnına saplar ve (A), bu yaralanmadan dolayı ölür. Bu kararda Mahkeme, aşağıda inceleyeceğimiz üzere *kasıtlı provokasyon* açısından *üç basamak teorisini* uygulayarak (B)'nin ölümlle sonuçlanan yaralama suçundan (Alm. CK m.227) dolayı cezalandırılmasını kabul etmiştir. Esasen burada (B)'nin kasıtlı bir provokasyonu (A'nın gitmesi için pencereyi açması) söz konusu ise de bu provokasyon hukuka aykırı olmayıp sadece sosyo-etik açıdan uygun olmayan bir davranıştır. Federal mahkeme bu gibi davranışlarda bulunan kimsenin de savunma hareketi açısından *üç basamak teorisine* göre bir değerlendirme yapılması gerektiğini içtihiat etmiştir. Bu nedenle (B)'nin davranışları, (A)'nın saldırısını kışkırttığı için bu saldırı karşısında kaçma ve buna imkân yoksa kendini koruma ve yardım çağırma ile sınırlı kalmak zorundaydı. Bunu yapmayıp, karşı saldırıda bulunduğu için bu fiili meşru

Diğer taraftan *provokasyon*, belirli bir tepkiye yönelik, bilinçli bir etkiyi ifade ettiğinden failin tamamen öngörüsüz bir şekilde saldırıya sebebiyet verdiği hallerde de bir provokasyon halinin söz konusu olduğundan söz edebilmemiz olanaklı değildir. Bu nedenle yukarıda belirttiğimiz ‘Örnek-2’nin kapsamına girecek şekilde failin, karşı tarafı kışkırtmaya yönelik bir öngörüsü olmaksızın bir saldırıya sebebiyet verdiği haller -bu hallerde meşru savunma hükümlerinin uygulanması hususunda tartışmalar bulunmakla birlikte-<sup>16</sup>, provokatif meşru savunma kavramının kapsamında değildir.

Bu çerçevede *provokatif meşru savunma* kavramını da *failin, kendi provokasyonunun etkisi ile husule gelen bir saldırıya karşı, meşru savunma*

savunma kapsamında kabul edilemeyecektir (Bkz. Schmidt, § 32, N. 364; Heinrich, § 14, N. 379, 380; Hilgendorf/Valerius, § 5, N. 50). Bu karar, doktrindeki baskın görüş taraftarı yazarlarca Mahkeme’nin, hukuki değil, sosyo-etik ölçütleri dikkate almış olması nedeniyle eleştirilmiştir. Tartışmalar için bkz. Roxin/Greco, § 15, N. 72.

- <sup>16</sup> İnceleme kapsamımıza girmemekle birlikte bu haller açısından da meşru savunma hükümlerinin uygulanması noktasında bir farklılığın söz konusu olamayacağı genel olarak kabul edilmektedir. Nitekim, bu kapsamda örneğin çay bahçesinde çalışan garsonun yanlışlıkla bir müşterinin üzerine çay dökmesi ve müşterinin de buna sinirlenerek garsona saldırması halinde, garsonun meşru savunma hükümlerinden yararlanması noktasında bir sorunla karşılaşmayacaktır. Yukarıda belirttiğimiz evli kişinin, eşiyle birlikteyken yakaladığı faile saldırması gibi örneklerde ise meşru savunma hükümlerinin uygulanması, önceleri bu halde saldırının haksız olarak nitelenemeyeceği gerekçesiyle tümtüyle reddedilmekte iken (Francesco Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, Parte Generale, 3. Edz., Luc-ca, 1867, § 297) daha sonraları bu olasılıkta dahi saldırının haksız olduğu, zira bu tip bir durumun, saldırgan yönünden yalnızca haksız tahrik teşkil edebileceği, bu nedenle failin meşru savunma hükümlerinden yararlanabileceği yaygın olarak kabul edilmeye başlanmıştır ve İtalyan doktrininde bugün için kabul edilen baskın görüş de bu yöndedir (Bettioli, s. 278; Mantovani, s. 259; Canestrari/Cornacchia/De Simone, s. 553). İtalyan uygulamasında da failin saldırganı bilinçli olarak kışkırttığı hallerden farklı olarak saldırıya bilinçsiz şekilde sebebiyet verdiği hallerde meşru savunmadan yararlanabileceği kabul edilmektedir. *Cass., sez. I*, n. 9606/2004, *Cass., sez. VI*, n. 7627/1996 (Ciliberti, s. 85, dipnot 201, 202). Aynı görüş Türk doktrininde de kabul edilmektedir. Bkz. Dönmezer/Erman, N. 393; Önder, s. 196; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 444; Demirbaş, s. 296; Hakeri, s. 330 vd.; Dülger, N. 11. 92. Alman doktrininde ise bir önceki dipnotta zikrettiğimiz üzere bu gibi hallerde bir ayırım yapılması gerektiği ve failin hukuka aykırı bir zeminde hareket ettiği durumlarda savunma hareketinin aşağıda inceleyeceğimiz *üç basamak teorisi* çerçevesinde sınırlandırılması gerektiği, failin hukuka uygun ve ancak toplumsal kurallara aykırı davranışı açısından ise yukarıda belirtildiği gibi meşru savunma koşulları yönünden ek herhangi bir sınırlamanın söz konusu olamayacağı genel olarak kabul edilmektedir. Ancak doktrininde azınlıkta olsa da hukuka uygun olsa bile toplumsal etik kurallara uymayan davranışta bulunan fail açısından da aynı sınırlamanın söz konusu olacağı yönünde görüşler de bulunmaktadır. Bu konuda bkz. Roxin/Greco, § 15, N. 71-72; Schmidt, § 32, N. 365 vd.; Wessels/Beulke/Satzger, § 8, N. 348; Heinrich, § 14, N. 380; Zieschang, N. 223.

*koşullarına uygun surette savunmada bulunması hali* şeklinde tanımlamamız mümkündür. Aşağıda ifade edeceğimiz üzere bu halde esasen sonraki savunma hareketinin “meşru” kabul edilip edilmeyeceği veya hangi olasılıklarda meşru kabul edileceği hususu ciddi tartışmalara konu olmaktadır ve zaten bu şekilde bir kavrama ihtiyaç duyulmasının sebebinin de bu tartışmalar teşkil etmektedir. Ancak bu kavramın kapsamına giren hadiselerin temel özelliği, önceki provokasyon hali bir tarafa bırakılırsa, sonraki savunma hareketinin *meşru savunmaya ilişkin kanuni koşullara uygun suretle gerçekleştirilmiş olmasıdır*. Bu nedenle eğer fail, örneğin artık sonra ermiş (güncel olmayan) bir saldırı sonrasında saldırganı yaralamış ise zaten hukuka uygun bir savunma hareketinden söz edilemeyeceğinden<sup>17</sup> artık önceki provokasyon halinin failin ceza sorumluluğuna etkisinin tartışılmasına da gerek kalmayacaktır. Esasen doktrinde “provokatif ‘meşru’ savunma” veya benzeri ifadelerin kullanılmasının nedeni de budur<sup>18</sup>.

### **B. Provokatif Meşru Savunmanın İki Türü Olarak Kasıtlı ve Maksatlı Provokasyon**

Yukarıda belirttiğimiz örneklerden de anlaşılacağı üzere provokatif meşru savunmanın iki farklı türü bulunmaktadır. Bunların ilkinde fail tümüyle muhatabını bir saldırıya yöneltmek için bir plan dahilinde provokasyonda bulunmaktadır ve saldırganın bir saldırıya girişi, failin amacını ve haliyle provokasyonun ana neticesini teşkil etmektedir<sup>19</sup>. Nitekim

<sup>17</sup> Bkz. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 15, N. 18; Roxin/Greco, § 15, N. 12; Heinrich, § 14, N. 345; Hoffmann-Holland, § 3, N. 226; Jescheck/Weigend, § 32, II 1d; Freund, § 3, N. 101; Maurach/Zipf, § 26, N. 24-25; Triffterer, § 11, N. 57; Wessels/Beulke/Satzger, § 8, N. 328; Schmidhaeuser, § 9, N. 94; Jakobs, § 12, N. 22-23; Gropp, § 6, N. 77; Rengier, § 18, N. 20-24; Kühl, § 7, N. 44-45; Erb, § 32, N. 103; Perron/Eisele, § 32, N. 13; Ranieri, s. 146; Bettiol, s. 274; Antolisei, s. 303; Santoro, s. 210; Cavallo, s. 659-660; Caraccioli, s. 402; Pagliaro, s. 440; Padovani, s. 207; Fiandaca/Musco, s. 137; Marinucci/Dolcini/Gatta, s. 322; Romano, s. 285; Canestrari/Cornacchia/De Simone, s. 553; Cadoppi/Billo, s. 330.

<sup>18</sup> Bkz. İtalyan doktrinde; “provokatörün meşru savunması” = “*legittima difesa del provocatore*” (Nuvolone, s. 210; Alberto Cadoppi/Paolo Veneziani, *Elementi di diritto penale, Parte generale*, 7. Edz, Wolters Luwer/CEDAM, 2018, s. 277; Cadoppi/Billo, s. 329). Alman doktrinde; “meşru savunma provokasyonu” = “*Notwehrprovokation*” (Kühl, § 7, N. 207). Türk doktrinde “provokatif meşru savunma” Mahmutoglu/Karadeniz, s. 497; Ersan, s. 20. (Ancak yazarlar bu kavramı yalnızca *maksatlı provokasyon* halini karşılamak için kullanıyor görünmektedirler).

<sup>19</sup> Hoffmann-Holland, § 3, N. 253. Doktrinde haklı olarak, yalnızca muhatabın bir saldırıda bulunmasını sağlama amacının takip edildiği her davranışın maksatlı provokasyon olmadığı ifade edilmiştir. Buna göre maksatlı provokasyon, başkasının kışkırtılmasına yönelik *provokasyon planının* varlığı halinde kabul edilmelidir. Örneğin, failin bu amaçla saldırganı, sadece görüntüsüyle, onun bulunduğu yerde bulunarak saldırıya davet etmek istemesi

fail bu halde, muhatabının bir saldırı başlatmasını ve bunun da kendisine, saldırgana meşru savunma koşullarında zarar verebilmesine imkân tanımamasını amaçlamaktadır. Provokasyonun bu hali açıkça bir maksada matuf olması ve bu yönüyle yekdiğerinden ayrılması hasebiyle *maksatlı provokasyon* olarak isimlendirilmektedir<sup>20</sup>.

Buna karşılık ikinci olasılıkta fail, bu şekilde meşru savunma koşullarını husule getirmek gibi bir maksat taşımamakla birlikte, yine de karşı tarafın bir saldırı başlatabileceğini öngörmesine rağmen onu saldırıya kışkırtabilecek bir harekette bulunmaktadır. Bu halde failin amacı örneğin muhatabını sadece sinirlendirmek olabilir ancak sinirlenen failin buna mukabele olarak bir saldırı başlatması provokasyonun bir yan neticesidir. Doktrinde bu olasılık, *bilinçli* ya da *kasıtlı* provokasyon olarak isimlendirilmektedir<sup>21</sup>. Biz de bir maksat ihtiva etmese de saldırı neticesinin öngörtüsü ile hareket edildiği için *kasıtlı provokasyon* tabirini kullanacağız.

Provokatif meşru savunmanın bu iki türünün tanımlanması, özellikle bu hallerde provokatörün meşru savunma hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağı ve eğer yararlanacaksa bu hakkın sınırlanıp sınırlanmayacağını değerlendirilmesi yönünden oldukça önemlidir. Nitekim doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen görüşler de bu iki olasılık arasında, belirttiğimiz bu hususlar yönünden bir ayrım yapma yolunu tercih etmektedirler. Bu açıdan bir sonraki başlıkta ortaya koyacağımız temel sorunun çözümü noktasında bu ayrım yol gösterici niteliktedir.

### C. Provokasyon Halleri Açısından Çözümlemesi Gereken Temel Sorun: Provokatörün Meşru Savunma Hükümlerinden Yararlanıp Yaralanamayacağı Meselesi

durumunda maksatlı provokasyonun varlığı kabul edilmemelidir. Perron/Eisele, § 32, N. 55. Şunu da belirtmemiz gerekir ki aşağıda da değineceğimiz üzere ispata dair zorluklar nedeniyle provokasyonun bu türünün uygulama sahasının çok daha dar olacağı da şüphesizdir. Bkz. Roxin/Greco, § 15, N. 65.

<sup>20</sup> Roxin/Greco, § 15, N. 66; Kühl, § 7, N. 245; Schmidt, § 32, N. 362; Zieschang, N. 221; Erb, § 32, N. 226 vd.; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 15, N. 54; Perron/Eisele, § 32, N. 54; Kindhaeuser, § 16, N. 49; Heinrich, § 14, N. 373; Schmidhaeuser, § 9, N. 109; Rengier, § 18, N. 84; Wessels/Beulke/Satzger, § 8, N. 347; Ciliberti, s. 85. Türk doktrinde bkz. “*maksatlı provoke*” Akbulut, s. 542, dipnot 1227; “*maksatlı provokasyon*” Kartal, s. 148. Aynı anlama gelecek şekilde “*amaççı tahrik*” bkz. Önder, s. 196. Bu terminolojiyi kullanmamakla birlikte iki durum arasında ayrım yapılması gerektiği yönünde bkz. Ersan, s. 20, dipnot 66.

<sup>21</sup> Roxin/Greco, § 15, N. 70; Kühl, § 7, N. 250; Schmidt, § 32, N. 364; Kindhaeuser, § 16, N. 49; Schmidhaeuser, § 9, N. 109; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 15, N. 55; Ciliberti, s. 85; Türk doktrinde bkz. “*kasten tahrik*” Önder, s. 196; “*kasıtlı provokasyon*” Kartal, s. 147.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere provokatif meşru savunma hallerinde sonraki savunma hareketinin “meşru” kabul edilip edilmeyeceği veya hangi olasılıklarda meşru kabul edileceği doktrinde oldukça tartışmalıdır ve esasen bu şekilde bir kavrama başvurulmasının sebebini de bu tartışma teşkil etmektedir. Bu tartışma, esasen provokatif meşru savunmanın her iki türü için de cari olmakla birlikte özellikle *maksatlı provokasyon* halinde daha da yoğunlaşmaktadır<sup>22</sup>. Ancak peşinen ifade etmemiz gerekir ki uygulamada maksatlı provokasyon hallerine rastlanması nadir bir olasılık olarak karşımıza çıkmakta ve daha sık rastlanabilen kasıtlı provokasyon halleri çok daha büyük bir pratik öneme sahip bulunmaktadır<sup>23</sup>.

Belirttiğimiz bu temel sorun açısından doktrinde benimsenen ilk çözüm tarzı; ister kasıtlı ister maksatlı olsun provokasyonla sebebiyet verilen bir saldırıya karşı gerçekleştirilen savunmanın hukuka uygun kabul edilemeyeceği ve bu nedenle, bu ihtimalde provokatörün meşru savunma hükümlerinden yararlanamayacağı yönündedir. Bu açıdan aynı sonuca varmakla birlikte bu çözüm tarzını benimseyen görüşlerin dayandıkları gerekçeler birbirinden oldukça farklıdır. Bunların bir kısmı tarihsel olarak daha eskiye dayanmakta olsa da bazıları günümüzde de savunulmaya devam etmektedir ve bu çözüm tarzı halihazırda İtalyan Yüksek Mahkemesi tarafından da büyük oranda benimseniyor görülmektedir.

İkinci çözüm tarzı ise saldırıya sebebiyet veren provokasyonun, sonradan gerçekleştirilen savunma davranışının hukuka uygun sayılıp sayılmaması açısından herhangi bir etkisinin olamayacağı yönünde olup bu çözüm tarzını benimseyen yazarlar açısından provokatörün meşru savunma hükümlerinden yararlanmasına bir engel söz konusu değildir. Ancak bu yazarlardan bazıları da ister maksatlı ister kasıtlı provokasyon hali söz konusu olsun, her durumda failin meşru savunma kurumundan faydalanabilmesinin olağandan daha “katı” sınırlamalara tabi olması gerektiğini kabul etmektedir.

Üçüncü çözüm tarzı ise yalnızca maksatlı provokasyon halinde savunmanın meşruluğunun reddi yönündedir ve bu çözüm tarzına ulaşan görüşlerden bir kısmı kasıtlı provokasyon halinde savunmanın ek herhangi bir sınırlama olmaksızın hukuka uygun addedilmesini kabul etmekte iken diğer bir kısmı bu olasılıkta, meşru savunma koşullarının olağandan daha “katı” bir şekilde uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir.

<sup>22</sup> Bettiol, s. 278; Cadoppi/Billo, s. 330-331; Schmidt, § 32, N. 361; Roxin/Greco, § 15, N. 65.

<sup>23</sup> Roxin/Greco, § 15, N. 69.

Belirttiğimiz bu son iki çözüm tarzı açısından bahsi geçen daha katı sınırlamalara dair kimi görüşler, Alman doktrininde ve Alman Yüksek Mahkemesi uygulamasında geniş bir şekilde kabul edilen *üç basamak teorisine* dayanmaktadır. Nitekim özellikle kasıtlı provokasyon açısından Alman doktrininde ve uygulamasında üç basamak teorisinin takip edilmesi gerektiği görüşü ağırlıklı olarak kabul edilmektedir<sup>24</sup>. Bu yönüyle, provokatörün meşru savunma hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağı tartışmasının çözümü açısından, yukarıda belirttiğimiz üç grup görüşün yanında üç basamak teorisinin de incelenmesi gerekmektedir.

## II. GEREK KASITLI GEREK MAKSATLI PROVOKASYON YÖNÜNDEN PROVOKATÖRÜN MEŞRU SAVUNMA HÜKÜMLERİNDEN YARARLANMASININ REDDİ

### A. Provokasyon ile Saldırının Haksızlığının Ortadan Kaldırıldığı Teorisi

19. yy. ile 20. yy.'ın ilk çeyreği boyunca İtalyan doktrininde çoğunlukla, kendi kusurlu hareketi ile bir başkasını saldırıya kışkırtan kimsenin artık meşru savunma hükümlerinden yararlanamayacağını kabul edilmiş olduğu görülmektedir. Bu görüşteki yazarlara göre kişi “gayrimeşru bir durum içindeyken”, ondan neşet edecek bir hareketin meşru olmasından söz edilemeyeceğinden, bu durumda gerçekleştirilen fiilin haklılığından da bahsedilemeyecek ve örneğin bir kimse evinde bir hırsız yakalar ve ona saldırırsa, artık hırsızın meşru savunma hükümlerinden yararlanması mümkün olamayacaktır<sup>25</sup>. Bu teorisinin özellikle 20. yy.'daki temsilcilerinin ileri sürdüğü görüşlerin temelinde, meşru savunma kurumu ile provokasyon hali arasında *amaç* yönünden bir uyum olamayacağı düşüncesi yatmaktadır<sup>26</sup>. Buna göre

<sup>24</sup> Schmidt, § 32, N. 362; Kühl, § 7, N. 258; Heinrich, § 14, N. 380 vd.

<sup>25</sup> Carrara, § 297. Ayrıca bkz. Cadoppi/Veneziani, s. 277-278.

<sup>26</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu yakın tarihli bir kararında, farklı gerekçeler de göstermekle birlikte, netice itibarıyla bu teori ile aynı esastan hareket edip aynı sonuçlara varmıştır. Karara konu olan olayda sanık, bir kadına yönelik olarak hakaret ve cinsel taciz mahiyetinde fiiller gerçekleştirmiş, kadının durumu eşine ve yakınlarına bildirmesi üzerine bu kimseler sanığı aramaya koyulmuş ancak bulamamış, bilahare sanıkla karşılaşmaları üzerine kadının eşi ve akrabası sanığa saldırmış ve yumruk atmışlar, sanık da bu kimselerin saldırısına yumrukla karşılık vermiştir. Bu olay açısından; sanığın, kendisine karşı kadının yakınlarıncı gerçekleştirilen saldırıya karşı gösterdiği savunma yönünden meşru savunma hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağını tartışan Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nda oyçokluğu ile sanığın meşru savunma hükümlerinden yararlanamayacağı sonucuna varılmıştır. Yüksek Mahkemeye göre “sanığın bu haksız eylemleri üzerine kendisine karşı haksız tahrik altında gerçekleştirilen ve sanığın işlemiş olduğu cinsel taciz ve hakaret suçlarına karşı açıkça

meşru savunmada fiil, kanunun ifadesi ile gerçekleşen yahut gerçekleşmesi muhakkak bir saldırıyı defetmeyi yahut önlemeyi *amaç edinmektedir* ve bu fiil, kişinin kendisini yahut başkalarını bir saldırıdan koruma ihtiyacına göre nitelenmektedir<sup>27</sup>. Bu nedenle meşru savunma halinde, haksız bir saldırı karşısında gerçek anlamda bir savunma ihtiyacı söz konusu olmaktadır ve bu ihtiyaç içerisinde icra edilen fiil, başkasına zarar verse de hukuka aykırı olmayacaktır. Zira bu halde saldırganın fiili başkalarına ait hakları ihlale yönelmiştir ve orantılı olması koşuluyla buna karşı gerçekleştirilen savunma “hakkı koruma” mahiyetindedir<sup>28</sup>. Buna karşılık saldırının kışkırtılması halinde bizatihi failin, gerçekleştirdiği bir davranışla ortaya çıkmasına sebebiyet verdiği tehlikeli bir fiile karşı savunmada bulunmasında söz edilecektir. Dolayısıyla burada savunma davranışı meşru savunma kurumunun amacı ile uyumlu olamayacaktır. Bu çerçevede failin ilk saldırıyı kendisinin başlattığı olaylarda olduğu gibi hasmını kışkırtarak saldırıya yine kendi fiili ile sebep

orantısız bir tepki niteliği taşımayan basit yaralama eyleminin, meşru savunmanın uygulanmasını gerektirecek *haksız bir saldırı olarak değerlendirilmesinin mümkün bulunmaması*, aksinin kabulü hâlinde haksızlık içeriği yüksek eylemleri gerçekleştirerek karşılıklı kavgaya sebebiyet veren failer hakkında meşru savunma hükümlerinin uygulanması suretiyle cezasız kalmaları sonucuna yol açılacak olması, sanığın kendisine yönelen eylemin haksız tahrikte etki-tepki dengesini lehine bozmaması, kavganın sanığın ağır bir şekilde yaralanmasına sebep olmadan sona ermesi ve katılan ... ile ...'un sanığa karşı eylemleri nedeniyle ceza almış olmalarının linç kültürüne hukuk kuralları karşısında müsamaha edilmediğini de göstermesi nedenleriyle karşılıklı darp şeklinde gelişen olayda sanık hakkında meşru savunma hükümlerinin uygulanma koşullarının oluşmadığının kabulü gerekmektedir” YCGK. 20.10.2020 tarih ve 2018/8 E., 2020/424 K. <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>, Erişim Tarihi: 10.10.2021, italik vurgu bize aittir).

<sup>27</sup> Guglielmo Sabatini, “Provocazione e legittima difesa: requisiti comuni e differenziali”, *Il Foro Italiano*, Parte seconda: Giurisprudenza penale, 1936, 61, s. 51-56, N. 3. Bu yönde bkz. *Cass.*, 17 ottobre 1986. Hem saldırının haksızlığının hem de savunmada zorunluluğun söz konusu olmayacağı yönünde bkz. *Cass.*, 8 febbraio 1978 (Santaniello/Maruotti, s. 237-238, dipnot 134 ve 136).

<sup>28</sup> Sabatini, N. 3. Bu görüş pek çok noktadan eleştiriye uğramıştır. Nitekim *Grosso*'ya göre provokasyonun, saldırının haksızlığını ortadan kaldıracı olması için kendisinin de haksız bir saldırı boyutuna ulaşması gerekir. Aksi halde ortada haksız bir provokasyon olsa bile bu saldırı ancak muhatapı için *haksız tahrik* teşkil edebilir ki bunun da saldırının haksızlığını ortadan kaldıracı bir mahiyet arz etmediği açıktır. Nitekim haksız tahrikin, fiilin haksızlığını ortadan kaldırmadığı gerçeğini, bizzat kanunda bir ceza indirim nedeni olarak öngörülmesi ortaya koymaktadır. Bu nedenle yazara göre provokasyon tek başına saldırının haksızlığını ortadan kaldıran bir etkiye sahip olamaz. Carlo Federico Grosso, *Difesa legittima e stato di necessita*, Giuffrè, 1964, s. 102-103. Yine benzer görüşleri ifade eden *Antolisei*'ye göre saldırının, muhatapı tarafından kışkırtılmış olması, onun “haksızlığını” etkilemez. Zira bir kimsenin bir saldırıyı kışkırtması, karşı taraf için duruma göre bir mazeret sebebi olarak kabul edilebilirse de hiçbir durumda hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebep olarak ele alınamaz. *Antolisei*, s. 301.

olduğu olaylarda da artık uğradığı saldırı “haksız” sayılamaz. Bu nedenle, bu olasılıkta failin meşru savunma hükümlerinden yararlanmasından söz edilmesi de mümkün değildir<sup>29</sup>.

### B. Provokatör Açısından Savunmanın Zorunlu Olmadığı Teorisi

20. yy.’ın üçüncü çeyreğinde ileri sürülmeye başlanan, günümüz İtalyan doktrininde de oldukça taraftar bulan ve uygulamada da büyük oranda kabul edilen bu görüşe göre failin saldırıyı kışkırtmış olması tek başına saldırının haksız sayılmaması için yeterli değildir; ancak bu durumda artık *savunmanın zorunlu olduğundan* söz etme olanağı ortadan kalkacaktır<sup>30</sup>. Nitekim meşru savunma kapsamında savunmanın zorunlu olduğundan söz edilebilmesi için başka türlü kurtulma imkânının olmaması yani failin savunmada bulunmasının, saldırı altındaki hakkın korunması açısından “kaçınılmaz” olması gerekmektedir<sup>31</sup>. Saldırıya bilerek sebebiyet veren fail ise bu kaçınılmaz olma halini, henüz saldırı başlamadan evvel ortadan kaldırmıştır<sup>32</sup>. Onun açısından savunmada bulunmak artık bir zorunluluk değildir; zira saldırıya sebebiyet veren kendisi olunca, savunmada bulunma zorunluluğunun söz

<sup>29</sup> Sabatini, N. 5. *Sabatini*, zorunluluk halini düzenleyen İtCK m.54’de “saldırıya bilerek sebebiyet vermeme” koşulunun bulunduğunu ve fakat bunun meşru savunmayı düzenleyen İtCK m.52’de yer almadığını ve bunun normatif bir kabule işaret eder gibi gözükse de aslında zorunluluk halinde tehlikenin zaten “haksız” olarak nitelenmediğini, bu nedenle failin saldırıya bilerek sebebiyet vermesinin özellikle zikredilmesine ihtiyaç duyulduğunu, oysa meşru savunma açısından saldırının haksız olarak nitelendiğini ve haliyle saldırıya uğrayanın bu tip bir saldırıyı kışkırtmaması gereğinin kanunda zımni olarak “varsayıldığını”, bu nedenle iki norm arasındaki ilişkinin, provokatörün de meşru savunma hükümünden yararlanmasına dayanak olamayacağını belirtmektedir (*d.e.*). Ancak bu argüman da eleştirilmiş ve bu kapsamda *Grosso*, kanun koyucunun, m.54’ün aksine m.52’de tercih ettiği ifade tarzı ile provokasyonun, saldırının hukuki niteliğine etkisi noktasında açıkça “sessiz kaldığını” belirtmiştir. Yazara göre bu iki madde gerek kaleme alınış şekilleri gerekse de sistematik olarak birbirine oldukça yakındır. Ancak m.52’nin aksine m.54’te kanun, “tehlikeye bilerek sebebiyet vermemeyi” bir unsur olarak aramıştır. Eğer kanun koyucu m.52 için de aynı unsuru arıyorsa m.54’te olduğu gibi m.52’de de bu unsura açıkça yer verirdi. İşte buradaki sessizlik, kanun koyucunun iki norm açısından bu noktada farklı düşündüğünü göstermektedir. Bu da tehlikeye bilerek neden olmamanın, meşru savunma açısından bir unsur olamayacağını ortaya koymaktadır. *Grosso*, s. 103.

<sup>30</sup> Luciano Pettoello Mantovani, “‘Volontarietà del pericolo e legittima difesa’, nota a Cass. 27.10.1954”, *Riv. pen.*, 1955, II, 886-889, s. 886; Canestrari/Cornacchia/De Simone, s. 553; Romano, s. 286; Delpino/Pezzano, s. 128; Pisa, s. 328; Santaniello/Maruotti, s. 247-248. Ayrıca yine bkz. Ciliberti, s. 65.

<sup>31</sup> Canestrari/Cornacchia/De Simone, s. 555; Delpino/Pezzano, s. 129.

<sup>32</sup> Pettoello Mantovani, s. 886.

konusu olamayacağını baştan ortaya koymuş olmaktadır<sup>33</sup>. Ancak eğer saldırı, öngörülemez bir ağırlıkta ve tamamen orantısız bir şekilde meydana gelmişse artık savunma hareketinin zorunlu olmadığından söz edilemeyecek ve provokatörün savunmasının meşru olduğu kabul edilecektir<sup>34</sup>. Zira bu halde artık saldırı, failin öngördüğünün ötesindeki bir ağırlığa ulaşmış ve provokasyon ile saldırı arasındaki bağ kopmuş olacak bu nitelikte bir saldırıya karşı savunmada bulunulmasının zorunlu olmadığından söz etmek için bir sebep de kalmayacaktır<sup>35</sup>. Dolayısıyla bu görüşe göre kural olarak provokatör açısından savunmada bulunma zorunluluğundan söz edilemez ise de istisnaen eğer saldırı, kışkırtma ile orantısız bir boyutta vuku bulmuş ise artık provokatör de savunmada bulunabilecek ve bu savunmanın meşruluğundan

<sup>33</sup> Pettoello Mantovani, s. 886-887; Romano, s. 286; Pisa, s. 328; Santaniello/Maruotti, s. 238. İtalyan Yüksek Mahkemesi geçmişte birbiri ile çelişen kararlar vermiş ise de yakın tarihli kararlarında provokatör açısından artık savunmanın zorunlu olmadığı yönündeki görüşü net bir şekilde benimsemiş görünmektedir. Nitekim yakın tarihli bir kararında Mahkemeye göre “(...) meşru savunmaya ilişkin kanuni formülasyonda ‘zorunluluk’ koşuluna yer verilmiş olması, failin, bir tür düelloyu veya meydan okumayı tetiklemeye katkıda bulunduğu haller de dahil olmak üzere, tehlikeye bilinçli olarak sebebiyet verdiği herhangi bir halin bu kurumun uygulama alanının dışında bırakıldığını gösteren açık bir öneme sahiptir” *Cass. pen., sez. I*, n. 12740/2011. Bu gerekçe aynı dairenin takip eden kararlarında da aynen dile getirilmiştir. bkz. *Cass. pen., sez. I*, n. 2654/2012; *Cass. pen., sez. I*, n. 56330/2017. Yine Mahkeme’ye göre “(...) haksız bir saldırının söz konusu olması halinde dahi kendisinin serbestçe istediği ve sebebiyet verdiği tehlikeli bir saldırıya tepki veren kişinin fiili, bu saldırıyı öngörmesi ve serbestçe kabullenmesi nedeniyle 52. madde uyarınca haklı addedilemeyecektir” *Cass. pen., sez. I*, n. 16102/2020. 5. Ceza Dairesi de aynı görüşü benimsemektedir: *Cass. pen., sez. V*, n. 57089/2018; *Cass. pen., sez. V*, n. 26044/2019; *Cass. pen., sez. V*, n. 4296/2021; *Cass. pen., sez. V*, n. 19079/2020; *Cass. pen., sez. V*, n. 37855/2019; *Cass. pen., sez. V*, n. 8835/2019. (Atf yapılan tüm kararlar için bkz. <<http://www.italgiure.giustizia.it/sncas>>, Erişim Tarihi: 12.10.2021).

<sup>34</sup> *Cass. pen., sez. I*, 14.12.1992 (Ciliberti, s. 86, dipnot 204), *Cass.* 30.11.1978, n. 1569 ve *Cass.* 28.11.1980, n. 837 (Cadoppi/Billo, s. 330).

<sup>35</sup> Delpino/Pezzano, s. 128.

söz edilebilecektir<sup>36,37</sup>.

### C. Sebebinde Hukuka Aykırı Hareket (*Actio Illicita in Causa*) Teorisi

20. yy.'ın üçüncü çeyreğinin hemen başında Alman doktrininde ileri sürülmüş olan sebebinde hukuka aykırı hareket (*actio illicita in causa*) teorisi, yukarıda incelediğimiz görüşlerden farklı olarak provokatörün gerçekleştirdiği savunma hareketini, haksız bir saldırının olmaması veya savunmanın zorunlu olmaması gibi bizatihi kendisine ilişkin koşullar yönünden hukuka aykırı olarak nitelememektedir; bu teoriye göre provokasyon, saldırıyı haksız olmaktan çıkarmaz ve failin savunma hareketinde bulunmasının gerekli olmadığı sonucuna götüremez<sup>38</sup>. Sonraki saldırı henüz gerçekleşmediği için provokasyon değil ve fakat savunma hareketi meşru savunma kapsamında

<sup>36</sup> Bu görüş, normatif bir dayanak bulma çabasının ürünü olarak meşru savunma düzenlemesindeki zorunluluk/gereklilik koşuluna dayandığı ancak bunun bir sonuca ulaşmasının olanaklı olmadığı belirtilerek eleştirilmiştir. Nitekim *Grosso* 'ya göre kanundaki "zorunluluk" ifadesi ancak "bir saldırı vuku bulduktan sonra" varlığı tartışılacak bir unsurdur. Kaldı ki kişi tehlikeye sebebiyet verse bile bu durum, onun savunmada bulunma ihtiyacını ortadan kaldırmayacağından kanundaki zorunluluk ifadesinin bu durumdan etkilenmesi mümkün değildir. Bu nedenle provokatörün cezalandırılmaması gerektiği yönündeki bir iddianın, kanundaki zorunluluk ifadesinden yola çıkılarak ileri sürülmesi olanaklı değildir. *Grosso*, s. 102. Keza *Ciliberti* 'ye göre İtalyan Ceza Kanunu'nun 54. maddesinin aksine 52. maddesi açısından kanun koyucunun tehlikeye bilerek neden olma noktasında ortaya koyduğu sessizliğin, madde- de kullanılan diğer kavramlara, "bunların içeriğini belirsiz kılacak anlamlar yüklenerek" aşılabilmesi olanaklı değildir. *Ciliberti*, s. 67-68. Yine aynı yazara göre saldırının haksızlığı karşısında, provokatör bile olsa kişinin, kendisini savunmasının gereksizliğinin soyut olarak ileri sürülmesi olanaklı değildir. *Ciliberti*, s. 87-88.

<sup>37</sup> Bu olasılık, maksatlı provokasyonla sınırlı olarak, hakkın kötüye kullanılması düşüncesi temelinde meşru savunmayı kabul etmeyen yazarlarca da bir istisna olarak kabul edilmektedir. Bkz. Aşağıda § IV, C.

<sup>38</sup> Teorinin temelleri, sonuçları, teşebbüs ve iştirak açısından ortaya çıkardığı çeşitli olasılıklar için bkz. Theodor Lenckner, "Notwehr bei provoziertem und verschuldetem Angriff", *GA*, 1961, s. 299 vd. Ayrıca bkz. Jürgen Baumann, "Rechtsmissbrauch bei Notwehr (Zu der Entscheidung des BGH vom 1.8.1961)", *MDR*, 5/1962, s. 349 vd. Yazara göre fail savunma anında hukuka uygun davranışa da aslında buna dair saldırının sebebinin teşkil eden ilk fiili (provokasyonu) ile hukuka aykırı davranmakta ve sonrasındaki savunma davranışı açısından kendi kendisini araç kılmaktadır. Bu yönüyle değerlendirmenin konusunu sebep yani provokasyon teşkil etmelidir. Bkz. Baumann, s. 350. Bu teori bugün için Alman doktrininde çok büyük oranda reddedilmektedir. Azınlık tarafından savunulan bu görüşe göre, fail maksatlı veya başka suretle kınanabilir şekilde meşru savunma veya zorunluluk durumuna sebep olduğu için sebebinde hukuka aykırı olan fiilinden dolayı cezalandırılabilir. Hâkim görüşe göre ise, kusurlu bir şekilde sebep olduğu meşru savunma durumunda dahi 'izin verilen' karşı koyma savunmasını yapan fail, önceki fiile dayanarak cezalandırılmayacaktır. Wessels/Beulke/Satzger, § 8, N. 350. Nitekim aşağıda belirteceğimiz üzere *Baumann* 'ın genel hükümler kitabının ortak yazarı sonraki basılarında da bu teori terk edilmiş ve *hukukun savunulması teorisi* kabul edilmiştir. Bkz. aşağıda § III, B kısmındaki atıflar.

görülmektedir<sup>39</sup>. Ancak bu halde savunma hareketinin hukuki nitelemesi, olayın bütünü nazara alınarak yapılır ve işlenen önceki kasıtlı ve taksirli provokasyon dikkate alınarak, ortaya çıkan netice hukuka aykırı kabul edilir. Zira bu halde fail, bizzatıhi kendi hukuka aykırı ve kusurlu hareketi ile meşru savunmaya ilişkin koşulları ortaya çıkardığından, esasında bu hukuka aykırı provokasyon, neticenin de *sebebini* teşkil etmektedir. Dolayısıyla bu sebep dikkate alınarak fail, netice nedeniyle, sebepteki kastı çerçevesinde sorumlu tutulacaktır<sup>40</sup>.

Nitekim bu teoriyi benimseyen yazarlara göre provokasyon halinde esasen *actio liberia in causa* ilkesine konu olaylara benzer bir durum söz konusudur<sup>41</sup>. Bilindiği üzere bu ilkeye konu hadiselerde fail, bizzatıhi kendi kusurlu hareketi ile kendisini kusur yeteneğinden yoksun bırakmakta, örneğin sarhoş olduğu bir anda suç teşkil eden fiili işlemektedir. Esasen bu fiili işlediği an itibariyle failin kusur yeteneği söz konusu değildir ve kusur yeteneğinin fiilin işlendiği ana göre tespit edilmesi gereği çerçevesinde ceza sorumluluğunun söz konusu olmaması gerekir. Ancak *actio liberia in causa* ilkesi çerçevesinde; kendi kusurlu fiiliyle bu duruma sebebiyet veren kimse açısından kusurun aranacağı zamanın, fiilin işlendiği an değil de kendisini kusur yeteneğinden yoksun bıraktığı an olması gerektiği kabul edilmekte ve bu anda kusurlu hareket eden failin, olayın bütünü yönünden kusurlu olduğu sonucuna varılmaktadır. İşte buna paralel şekilde, *actio illicita in causa* teorisi de provokasyon halinde sonradan gerçekleştirilen savunma hareketi için tipiklik ve hukuka aykırılık nitelemesinin, savunma hareketinin gerçekleştiği ana göre değil, olayın bütünü yönünden sebep teşkil eden provokasyon anına göre yapılması gerektiğini kabul etmektedir<sup>42</sup>. Burada provokasyon esasen

<sup>39</sup> Lenckner, s. 304; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 15, N. 55 Zieschang, N. 221.

<sup>40</sup> Lenckner, s. 303-304; Kindhaeuser, § 16, N. 51; Heinrich, § 14, N. 377; Wessels/Beulke/Satzger, § 8, N. 350; Zieschang, N. 221. Eğer failin sebep teşkil eden hareketi açısından taksiri söz konusu ise bu teoriye göre netice açısından da taksirli sorumluluğu gündeme gelecektir. Ancak bu olasılıkta esasen bir provokasyon halinin söz konusu olmadığını belirttiklerimizden (bkz. yukarıda § I, A) biz, bu konudaki tartışmalara bu çalışmamızda ayrıca yer vermedik.

<sup>41</sup> Nitekim bu teorinin, sebebinde serbest hareketler (*actio libera in causa*) teorisine dayanarak geliştirilmiş olduğu belirtilmektedir. Bkz. Kindhaeuser, § 16, N. 51; Heinrich, § 14, N. 377.

<sup>42</sup> Bu teoriye göre hukuka aykırılık değerlendirilmesinin temelini, sonraki meşru savunmaya sebep teşkil eden zorlayıcı durum oluşturmaktadır. Bu durumun ortaya çıkmasına sebep olan ve fail ya da şerik olarak katkı sağlayan kişiler hukuka aykırı davranmış olurlar. Lenckner, s. 306. Aslında burada bir menfaat çatışması söz konusudur ve hukukun, zorunluluk gereği provokatör bağlamında menfaat çatışmasını çözmesi bir çelişki değildir, aksine, provokatör çatışmaya sebep olduğu için ona karşı etkin tedbirler alınması olağandır. Perron/Eisele, § 32, N. 61.

saldırının yaralanması ve ölmesi açısından sebep teşkil ettiğinden, bu sebep yönünden söz konusu olan hukuka aykırılık, neticeyi de hukuka aykırı hale getirecektir. Bu nedenle kasten bir saldırıya sebep olup bilahare saldırıyı öldüren fail, kasten öldürme nedeniyle sorumlu tutulmalıdır<sup>43</sup>.

### III. GEREK KASITLI GEREK MAKSATLI PROVOKASYON YÖNÜNDEN PROVOKATÖRÜN MEŞRU SAVUNMA HÜKÜMLERİNDEN YARARLANMASININ KABULÜ

#### A. Katı Normatif Teori

20. yy.'ın ikinci çeyreğinde, yukarıda belirttiğimiz provokasyon ile saldırının haksızlığının ortadan kaldırıldığı teorisine bir tepki olarak ortaya atılan ve bu dönemde İtalyan doktrininde ağırlık kazanan bu görüşü savunan yazarlara göre kanunun gerek lafzı gerekse de sistematığına bakıldığında, meşru savunma hükümlerinden yararlanabilmek için saldırıya maksatlı ya da kasıtlı olarak sebebiyet vermeme şeklinde bir şartın öngörülmediği görülmektedir ve bu nedenle provokasyonun, saldırının haksızlığını ortadan kaldırdığının kabul edilmesi için hiçbir normatif temel söz konusu değildir<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> Lenckner, s.306. Ayrıca bkz. Perron/Eisele, § 32, N. 57. Bu görüş, yapısal olarak ikna edici olmaktan uzak çelişkiler barındırması nedeniyle eleştirilmektedir. Örneğin, maksatlı provokasyon halinde provokatör saldırıya karşı savunmak için, daha evvelden kışkırtmış olduğu kişiyi plana uygun şekilde yaralar ya da öldürürse, bu teoriye göre esasen aynı neticenin meşru savunma koşulları yönünden hukuka uygun ve fakat önceki provokasyon açısından hukuka aykırı olduğu kabul edilmektedir. Bu da neticede, aynı olayın hem hukuka uygun hem de hukuka aykırı olarak nitelenmesi şeklinde bir çelişkiye sebebiyet vermektedir. Diğer taraftan eğer provokasyon sebep olarak kabul edilecek ve bu sebep hukuka aykırı olarak nitelenecekse, savunma hareketinin de tekil olarak hukuka aykırı olarak nitelenmesi gereklidir. Teori aksi sonuca varması itibarıyla da çelişkilidir. Roxin/Greco, § 15, N. 68. Ayrıca bkz. Heinrich, §14, N. 377.

<sup>44</sup> Maggiore, s. 310; Pagliaro, s. 442; Grosso, s. 102. Nihayetinde hakkın kötüye kullanılması teorisine taraftar olsa da *Ciliberti* bizim “katı normatif teori” olarak isimlendirdiğimiz bu teorinin, mevcut hukuk düzeni açısından halen en güçlü argümanlara sahip teori olduğunu belirtmektedir. Yazara göre İtalyan Ceza Kanunu’nun 54. maddesinin aksine 52. maddesi açısından kanun koyucunun tehlikeye bilerek neden olma noktasında ortaya koyduğu ses-sizliğin, maddede kullanılan diğer kavramlara, “bunların içeriğini belirsiz kılabilecek anlamlar yüklenerek” aşılabilmesi olanaklı değildir. Hukukçu, kanunun dilini, adeta “kutsal bir metin” gibi okumalıdır, aksi halde ucu açık ve belirsiz bir neticeye varan sorunlu bir yorum ortaya koymaktan öteye gidemez. Bu nedenle yazara göre, bugün hala *katı normatif teorisin* tespitleri eşsizdir. *Ciliberti*, s. 67-68. Diğer taraftan “saldırın niyet” gibi kavramlar özellikle ispat hukuku açısından pek de kullanışlı olmayan içsel bir belirsizlik taşımaktadır ve zaten bu nedenle, bu yönde bir niyetin var olduğunun, çok özel durumlar dışında ispatı da oldukça zordur. *Ciliberti*, s. 68. Keza özellikle şu husus gözden kaçırılmamalıdır ki kişinin belirli bir saikle hareket ettiğine dair tespit, aslında o kişinin tamamen içsel mahiyette olan niyetinin araştırılması ve neticede bu niyetin cezalandırılması anlamına gelir. Bu nedenle,

Zira haksız bir saldırı boyutuna ulaşmadığı müddetçe failin provokasyonu ancak *haksız tahrik* teşkil edebilir ve haksız tahrik, karşı tarafın bunun etkisi altında işlediği fiilleri *hukuka uygun hale getirmez*<sup>45</sup>. Bu halin, fiilin haksızlığını ortadan kaldırmadığını, bizzat kanunda haksız tahrikin bir cezada indirim nedeni olarak öngörülmesi ortaya koymaktadır<sup>46</sup>. Dolayısıyla saldırganın bir provokasyonun etkisi altında olması, gerçekleştirdiği saldırının haksızlığını ortadan kaldırmayacağından, savunmada bulunan fail yine de bir *haksız saldırı* ile karşı karşıyadır<sup>47</sup>. Bu durumda kendisine yahut başkasına ait bir hakkı ihlale yönelen, haksız bir saldırıyı defetmek zorunluluğu altında işlediği fiilden dolayı failin sorumlu tutulabilmesi olanaklı değildir<sup>48</sup>. Zira kanunda buna imkân tanıyabilecek hiçbir somut dayanak bulunmamaktadır ve *kıyas* haricinde *de quo* olarak kanunda aslında olmayan negatif bir unsur var saymak mümkün değildir. Kıyas yoluyla böyle bir unsur var kabul etmek

burada esasen tespiti konu olabilecek tek husus *tehlikeye bilerek neden olmak* olabilir ki işte tam da bu noktada kanun koyucu, zorunluluk halinin aksine meşru savunmayı düzenlerken bilinçli olarak sessiz kalmayı tercih etmiştir. Ciliberti, s. 69. Bu çerçevede, her ne kadar “sağduyuya aykırı olsa da” provokatörler bile karşı tarafın saldırısından kendilerini korumak için, orantılı olmak kaydıyla savunmada bulunabilir ve elbette bu savunma “meşru” sayılmak durumundadır; zira provokatör, kendisini savunma hakkından, sırf buna sebep olduğu için vazgeçmiş sayılamaz. Nitekim kabul edilmelidir ki sadece “adalet” düşüncesi veya “sağduyu” tek başına, kanun hükümlerinin anlamını tespit etmekte belirleyici bir unsur değildir. Ciliberti, s. 69-70. Aksi halde failin basit ve içsel mahiyette kalan “niyetini”, ceza hukukunun amaçları açısından belirleyici görmekle eşdeğer bir değerlendirme yapılması söz konusu olur ki bunun, ceza hukukunun temel ilkeleri ile bağdaştırılması olanaklı değildir. Buna mukabil, Alman hukukunda esas alınan “hukuk düzeninin savunulması” yahut “mahiyeti belirsiz bir adalet idealinin savunulması” gibi içeriği yoruma açık “hukukun ihtisamlı tanrısal amaçları”, meşru savunmaya aşırı bir anlam yüklemekte ve provokatör bile olsa, her kişinin bir insan olarak temel savunma içgüdüsünün bulunduğu gerçeğini göz ardı etmektedir. Ciliberti, s. 70-74.

<sup>45</sup> Maggiore, s. 310; Mantovani, s. 259; Grosso, s. 102.

<sup>46</sup> Grosso, s. 102.

<sup>47</sup> Maggiore, s. 310; Nuvolone, s. 210; Grosso, s. 102-103.

<sup>48</sup> Maggiore, s. 310; Mantovani, s. 259; Nuvolone, s. 210. Türk hukukunda bu yönde bkz. Erem, § 152, 2, a; İçel, s. 334; Toroslu/Toroslu, s. 158; Özgenç, s. 360-361; Öztürk/Erdem, § 5, N. 462; Centel/Zafer/Çakmut, s. 322; Zafer, s. 377-378. YCGK., 31.11.1983, 354/16: “Taarruza hedef olan kimsenin kendi şahsi kusura ile taarruza sebebiyet vermiş olması, savunmanın meşruluğunu ortadan kaldırmaz”, YCGK., 18.10.1990, 1-158/178: “Küfreden, daha sonra küfredilen kişilerin saldırısına uğradığına göre, koşullarının varlığı halinde yasal savunma içinde bulunabilir” (Özgenç, s. 361, dipnot 494). Y.1.CD, 8.4.2004, 81/1248 “... dosyada mevcut kanıtlara ve oluşturma göre sanık Erdinç’in bıçaklı ve keserli saldırısına uğrayan Serdar’ın sözlü tahrikle olaya neden olsa dahi; nefisini savunma zarureti altında kalarak Erdinç’i yaraladığının anlaşılması ve oluş tarzının mahkemece de bu biçimde kabul edilmesi karşısında müdahil-sanık Serdar’ın meşru savunma koşullarında ve hukuka uygunluk içinde olduğunun kabulüne...” (Hakeri, s. 331, 332). Krş. Yukarıda dipnot 26.

ise kanunilik ilkesine aykırı olacaktır. Bunun ise hakimın görevi dışında kalan bir faaliyete girişmesi niteliğinde olması nedeniyle, kabulü olanaklı değildir<sup>49</sup>.

Diğer taraftan saldırıyı kendisi provoke etse bile fail, bir saldırı karşısından doğal olarak savunma refleksi ile hareket edecek olup hukuk düzeninin de buna sırt dönmesi ve kişiyi, sırf hayatta kalma içgüdüsü ile hareket ettiği için kınaması mümkün olamayacaktır. Zira hukuki ya da ahlaki hiçbir normun, provokatör dahi olsa bir kişinin örneğin yaşam hakkında vazgeçmek zorunda bırakılmasına imkân tanınması olanaklı değildir<sup>50</sup>.

Bunların yanında, zorunluluk hali ve meşru savunmaya ilişkin kanun koyucuların kabul ettiği sistematik ve düzenleme tarzı da provokasyonun, saldırının hukuki niteliğine etkisi noktasında bilinçli olarak sessiz kaldıklarını göstermektedir. Nitekim çeşitli ülke ceza kanunlarında, zorunluluk hali ile meşru savunmayı düzenleyen maddeler birbirlerine çok yakın bir tarzda kaleme alınmış ve sistematik olarak da çok yakın olmalarına rağmen zorunluluk haline ilişkin düzenlemelerde tehlikeye bilerek sebebiyet vermemekten söz edilmesine rağmen meşru savunma için bu yönde bir koşula yer verilmekten özenle kaçınılmış olduğu görülmektedir. Eğer kanun koyucu, zorunluluk hali için aradığı bu koşulu meşru savunma için de arama iradesi gösterseydi, meşru savunmaya ilişkin kanun hükmüne de aynı koşulu eklerdi. Buna rağmen böyle bir koşula yer vermekten kaçınmasının, kanun koyucunun iki kurumu tamamen farklı temellere oturtma iradesini gösterdiği kabul edilmelidir<sup>51</sup>.

Bu çerçevede maksatlı da olsa kasıtlı da olsa nihayetinde bir provokasyonda bulunulmuş olması, karşı tarafın saldırısını hukuka uygun kılmayacağı gibi savunma hareketinin meşru sayılması için de engel değildir. Aksi yönde kabul için normatif hiçbir dayanak olmadığından, bu olasılıklarda da fail açısından meşru savunma hükümleri uygulanmalıdır<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> Grosso, s. 107-108.

<sup>50</sup> Maggiore, s. 309-310.

<sup>51</sup> Grosso, s. 103-104. Benzer mahiyette Pagliaro, s. 442. İtalyan Yüksek Mahkemesi'nin aksi yöndeki uygulamasına değinmekle birlikte bu hususa özellikle işaret eden bkz. Mantovani, s. 259; Marinucci/Dolcini/Gatta, s. 322.

<sup>52</sup> Maggiore, s. 310; Pagliaro, s. 442; Nuvolone, s. 210; Grosso, s. 103-104. *Grosso* bu ihtimalde, zaten çoğu zaman failin meşru savunmadan yararlanamayacağı kanaatindedir. Zira böyle bir olasılıkta savunmanın *orantılı* olmasını beklemek, çoğu olayda mümkün olamayacaktır. Eğer (A), (B)'yi öldürmek için plan yapıp onu kendisine saldırtırsa, önceden muhtemelen çok daha etkili silahları zaten hazır etmiş demektir. Bu da göstereceği savunma hareketinin orantılı olmamasını sonuçlayacaktır. Provokatörün, tam olarak orantılı bir mukabelede bulunmayı planlayıp bunu hayata geçirebilmesi çoğu olayda olanaksızdır. Dolayısıyla yazara

## B. Hukukun Savunulması Teorisi

Geleneksel olarak Alman doktrinde dile getirilen ve halen de taraftarları bulunan bu görüşe göre saldırı bizzat fail tarafından provoke edilse bile haksız olma vasfını sürdürdüğü müddetçe buna karşı gerçekleştirilen savunma, neticede bir haksızlığı bertaraf ederek hukuku koruyacağından, yine de meşru savunma kapsamında kabul edilmelidir. Zira meşru savunma kurumunun bizatihi amacı *hukukun savunulması* olup kışkırtılmış bile olsa bir saldırıya karşı savunma, eğer kanuni koşulları sağlıyor ve özellikle gereklilik/ölçülülük sınırına uyuyorsa, saldırgan ve savunmacının rollerinin tersine çevrilmesine olanak vermez<sup>53</sup>. Nitekim bu olasılıkta kışkırtılan kişi, saldırmama yönünde bir tercihte de bulunabilir durumdadır ve esasen bu, onun için *hukuki bir yükümlülüktür*. Bu kişinin saldırı davranışının, insani ve anlaşılır görünmesini sağlayan provokasyonun varlığı da bu durumu değiştirmeyecektir. Kişi, en kötü türden provokasyonlarda bile kendisinin, hukuken onaylanmayan bir saldırının koşullarını oluşturacak mahiyette bir tepkiye sürüklenmesine izin vermemelidir<sup>54</sup>. Zira daha önceki provokasyon nedeniyle meşru savunma hakkının kısıtlanması, kışkırtılan kişinin saldırmama veya en azından başlayan bir saldırıyı sona erdirmeye yükümlülüğü ile bağdaşmamaktadır<sup>55</sup>. Nitekim kışkırtılan kişi, kendini kontrol edemez ve provokatöre saldırırsa, riski kendisine ait olacak şekilde hareket etmiş olur. Bu durumda, saldırıya uğrayan provokatörün meşru savunma hakkının ortaya çıkardığı sonuçlara da katlanmalıdır<sup>56</sup>. Zira provokasyon bile olsa bir kimseye haksız bir şekilde saldırmak, hukuk kurallarına uyma konusunda tüm vatandaşların üstlendiği yükümlülüğe aykırılık teşkil edeceği gibi provokatör bile olsa saldırıya uğrayan kişinin haksız bir saldırıyı bertaraf etme ve bu suretle hukuksal değerleri yani bizatihi hukuku koruma pozisyonunda olduğu gerçeğini de değiştirmeyecektir. Nitekim provokasyon neticesinde husule gelse bile

göre yorum yoluyla genel bir kabulde bulunmaya da pratik olarak ihtiyaç yoktur. Grosso, s. 107-108.

<sup>53</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 15, N. 57.

<sup>54</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 15, N. 56.

<sup>55</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 15, N. 57. Hukuk sistemi, saldırganın, provokasyona rağmen kışkırtılmamış olmasını beklemektedir. Zira saldırgan, kışkırtma neticesinde yapmış olduğu davranışla hukuki barışı bozacak olup ilgili sonuçları üstlenmek zorunda kalacaktır. Bu görüş, yalnızca meşru savunma hakkının kullanılamamasına karşı olsa dahi haklı ile haksız arasındaki çatışmada, meşru savunma hakkının kapsamının duruma göre uyarlanması gerektiğini savunmaktadır. Erb, § 32, N. 224.

<sup>56</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 15, N. 56.

saldırı, sadece provokatörün şahsına ya da mallarına değil, hukuk düzenine de yöneltildiğinden, hukukun korunması adına yapılan savunma da *haklı* kabul edilmelidir<sup>57</sup>. Bu nedenle, öncesinde bir provokasyon söz konusu olsa dahi neticede yine de haksız bir saldırıya karşı hukuk düzenini koruyan failin bu fiili hukuka uygun kabul edilecektir<sup>58</sup>.

### C. Bireysel Savunma Teorisi

Görece daha yeni tarihli olarak Alman doktrininde ileri sürülen bireysel savunma teorisi de “savunma” esasından yola çıksa da hukukun savunulması görüşü kadar keskin değildir ve aşağıda daha detaylı olarak ele alacağımız ve esasen meşru savunmanın *hukukî kabul edilebilirliği* yönünden çeşitli olay örnekleri özelinde tatbik edilmesi yaygın olarak kabul edilen *üç basamak teorisinin* hem maksatlı hem de kasıtlı provokasyon açısından uygulanması gerektiği esasına dayanmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlara göre provokatör bile olsa kişinin, bir saldırı karşısında, hukukun bütünü açısından olmasa da en azından kendisine ait hukuksal değerler yönünden bireysel bir savunma durumunda olduğu ve bu değerleri feda etmekle yükümlü kılınmayacağı kabul edilmelidir. Bunun doğal sonucu olarak bu görüş taraftarı yazarlara göre meşru savunmaya kasıtlı ya da maksatlı şekilde sebebiyet vermiş olsa dahi failin savunmada bulunma hakkı kategorik olarak reddedilmemelidir<sup>59</sup>. Zira bu hallerde dahi failin, neticede bireysel olarak bir hukuksal değer ihlalinin korunma halinde olduğu açıktır ve sırf bu nedenle, cezalandırılma ile kendisine ait hukuksal değerleri feda etme arasında bir tercihe zorlanması kabul edilebilir olmayacaktır<sup>60</sup>. Nitekim provokatör dahi olsa somut bir saldırı karşısında bireysel savunma refleksi içinde olan bir kimsenin bu şekilde bir açmazla karşı karşıya bırakılması, pratik sonucu itibarıyla her iki olasılıkta da sırf provokasyonu nedeniyle cezalandırılması anlamına gelecek ve bu halde

<sup>57</sup> Kindhaeuser, § 16, N. 50.

<sup>58</sup> Kindhaeuser, § 16, N. 50. Ancak bu teori pek çok açıdan eleştiriye uğramıştır. Bu eleştirilere göre bu teori en başta, temelindeki *hukukî savunma* kavramını provokatörün durumu karşısında göz ardı ettiği için kabul edilebilir değildir. Nitekim provokatörün bizzat kendisi hukuk düzeni ile çatışma içindedir. Zira provokatör, bir taraftan hasmını kızdırmakta bir taraftan da bunun neticesi olarak hasmı tahrike uğrarsa bundan faydalanarak cezasızlık durumundan yararlanmayı ummaktadır. Heinrich, § 14, N. 376. Diğer yandan kişinin, hukuka aykırı davranışı ile sebep olduğu ‘kasten kendisini tehlikeye sokması durumuna’ karşı korunma ihtiyacı olmadığı kabul edilmektedir. Roxin/Greco, § 15, N. 65.

<sup>59</sup> Schmidt, § 32, N. 362; Kühl, § 7, N. 258. Türk doktrininde bu teoriyi benimseyen bkz. Karatal, s. 52, 167.

<sup>60</sup> Schmidt, § 32, N. 362.

hukuk sistemi, sadece haksızlığa taviz vermiş olmayacak fakat aynı zamanda provokatöre de hukuka aykırı bir saldırıya tahammül etme yükümlülüğü yüklemiştir<sup>61</sup>. Bunun ise kabulü olanaksızdır. Bu nedenle meşru savunma imkanının, provokasyon ihtimalinde de varlığını devam ettirmesi gerekir. Ancak bu halde fail, saldırıya hiç sebebiyet vermemiş kimse gibi değildir<sup>62</sup> ve kendisinin provokasyonu, bilahare savunmasının da *sosyo-etik* gerekçelerle sınırlanmasına sebebiyet vermektedir. Bu nedenle provokatör, kendini savunmaya ancak *son çare* olarak başvurabilecek ve savunmada bulunma imkânı yönünden olağandan daha katı bir sınırlamaya maruz kalacaktır<sup>63</sup>.

Bu hukuki esastan yola çıkan bu teori taraftarı yazarlara göre ister maksatlı ister kasıtlı olsun provokasyon halinde failin savunmada bulunması üç basamak teorisine göre değerlendirilmelidir<sup>64</sup>. Buna göre eğer saldırıdan başka türlü, örneğin kaçarak kurtulma olanağı varsa provokatör bu yola başvurulmalıdır. Eğer kaçma imkânı söz konusu ise savunma hareketi hukuka uygun kabul edilemeyecektir<sup>65</sup>. Böyle bir imkân söz konusu değilse savunma hareketini, öncelikle kendisini koruyucu (*defensiv*) savunmayla (*korunma savunması-Schutzwehr*) sınırlaması gerekir. Bu da mümkün değilse, son çare olarak artık failin aktif savunmada (*karşı koyma savunması-Trutzwehr*)

<sup>61</sup> Perron/Eisele, § 32, N. 57.

<sup>62</sup> Kınanabilir önceki davranış hukuka aykırı olmak zorunda değildir, ancak en azından sosyo-etik açıdan uygun olmaması gerekir. Sosyo-etik açıdan uygun bir davranış ise artık provokasyon olarak görülemeyecektir. (Wessels/Beulke/Satzger, § 8, N. 348). Buna karşılık Alman Federal Mahkemesi, hukuka aykırı olmayan ancak sosyo-etik açıdan uygun görülmeyen önceki davranış durumunda meşru savunmanın kısıtlanması sonucuna ulaşmaktadır (Gropp, § 6, N. 94).

<sup>63</sup> Schmidt, § 32, N. 363. Ancak bunun kabulü için provokasyon ile saldırı arasında bir bağlantının söz konusu olması gerekmektedir. Öyle ki saldırı, saldırıya uğrayan failin sosyo-etik açıdan kınanabilir bir önceki davranışının sonucu olmalı, bu ikisi arasında yakın bir zamansal ve mekansal (nedensel) bağlantı olmalı ve bu husus failin bilgisine göre bir saldırıyı provoke etmeye uygun bulunmalıdır. Eğer saldırı ve kınanabilir önceki davranış (provokasyon) arasında böyle bir bağlantı yoksa, meşru savunma hakkının sosyo-etik olarak gerekçelendirilmiş bir sınırlanmasından söz etmek de mümkün olmayacaktır (Schmidt, § 32, N. 367; Kühn, § 7, N. 226). Sonuç olarak böyle bir bağlantının bulunması ve zamansal ilişki, saldırının provokasyon fiilinin yeterli ve öngörülebilir bir sonucu olarak ortaya çıkması için her zaman bir ön koşuldur (Wessels/Beulke/Satzger, § 8, N. 348).

<sup>64</sup> Üç basamak teorisi için bkz. Aşağıda § V.

<sup>65</sup> Schmidt, § 32, N. 362. Provokatörün, saldırıdan kaçarak kurtulma olanağının bulunmadığı hallerde meşru savunma hakkının kapsam dışı olmadığına dair bkz. Lenckner, s. 306.

bulunmasına izin verilmelidir<sup>66</sup>. Bu halde eğer kaçma imkanı yoksa ve saldırı, korunma savunması ile de savuşturulamıyorsa saldırganın ağır şekilde yaralanması ve hatta öldürülmesine cevaz verilmesi mümkün olabilecektir<sup>67</sup>.

#### IV. YALNIZCA MAKSATLI PROVOKASYON YÖNÜNDEN PROVOKATÖRÜN MEŞRU SAVUNMA HÜKÜMLERİNDEN YARARLANMASININ REDDİ

##### A. Sınırlı Normatif Teori

Yakın zaman İtalyan ve Türk doktrinlerinde hâkim olan ve bizim sınırlı normatif teori olarak isimlendirdiğimiz bu görüş, kasıtlı provokasyon açısından temelde katı normatif teorisinin argümanlarını ve vardığı neticeyi kabul etmektedir. Nitekim bu teori savunucularına göre de failin sırf bir kimseyi kışkırtmış olması, ondan gelecek saldırılara katlanma yükümlülüğü yüklemeyecektir<sup>68</sup>. Zira hukuk düzeninin, sırf provokasyonda bulunduğu gerekçesi ile provokatörü korumaktan imtina ettiğinden söz edilemez<sup>69</sup>. Bu çerçevede, saldırının, muhatabı tarafından kışkırtılmış olması, onun “haksızlığını” etkilemez. Nitekim bir kimsenin bir saldırıyı kışkırtması, belki bir mazeret sebebi olarak kabul edilebilirse de hiçbir durumda hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebep olarak ele alınamaz<sup>70</sup>. Bu nedenle, bir başkasını kışkırtarak saldırıda bulunmasına sebep olsa bile fail, meşru savunma hükümlerinden yine de yararlanabilir<sup>71</sup>.

<sup>66</sup> Schmidt, § 32, N. 362. Türk hukuku için aynı çözümü öneren görüş için bkz. Kartal, s. 52. Ancak yazar ‘somut olayın özelliklerinin’ bu noktada belirleyici olduğunu belirtmektedir. Yazara göre “provokatif bir davranışla saldırıya sebep olunan haller bakımından da kural olarak üç basamak teorisinin devreye girmesi, hatta bu provokasyonun, ağır sayılamayacak saldırılara neden olması halinde ise, somut olayın niteliğine göre, provokatörün saldırıya katlanması, hakkaniyete uygun bir çözüm olacaktır” (A.e.).

<sup>67</sup> Schmidt, § 32, N. 365. Ancak bu görüş maksatlı provokasyon açısından amaçsal olarak uygun olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Zira provokatörün kaçma imkânının olup olmamasını aramak, esasında neticede onun amacıyla bağdaşmayacak bir olguyu, onun lehine yorumlamak anlamına gelecektir. Nitekim bu görüşün kabulü halinde kaçma imkanının olmaması halinde provokatör, zaten istemediği bir şeyi yapamadığı için meşru savunma hakkını elinde tutmuş olacaktır. Roxin/Greco, § 15, N. 67.

<sup>68</sup> Ranieri, s. 147; Cavallo, s. 662-663.

<sup>69</sup> Bettiol, s. 278; Cavallo, s. 663.

<sup>70</sup> Antolisei, s. 301; Cavallo, s. 663.

<sup>71</sup> Antolisei, s. 301; Bettiol, s. 278; Ranieri, s. 147; Cavallo, s. 663; Padovani, s. 208. Türk hukukunda aynı sonuca varan bkz. Dönmezer/Erman, N. 393; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 444; Muharrem Özen, s. 87-88; Koca/Üzülmez, s. 281; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 305; Akbulut, s. 541; Hakeri, s. 331; Ersan, s. 19.

Buna karşılık maksatlı provokasyon açısından katı normatif teoriden farklı düşünen yazarlar, bir kimsenin sırf hasmına bilahare zarar vermek amacıyla provokasyonda bulunduğu hallerde artık meşru savunma hükümlerinden yararlanamayacağını kabul etmektedirler<sup>72</sup>. Zira bir kimse meşru savunmanın koşullarını “bizzat kendisi meydana getirmekte” ise aslında bu koşulların “gerçekte gerçekleşmediği” kabul edilmelidir<sup>73</sup>. Nitekim kanun da tam olarak, meşru savunma koşullarının gerçekte gerçekleşip gerçekleşmediği ile ilgilenmektedir. Haliyle maksatlı provokasyon halinde failin meşru savunma hükümlerinden yararlanmasının kabulü olanaksızdır<sup>74</sup>. Bu teori çerçevesinde değerlendirebileceğimiz bazı yazarlar ise bu kabule kısmen farklı gerekçeler de göstermekte olup nitekim bunların bir kısmına göre saldırının koşullarının yapay olarak önceden hazırlandığı hallerde savunmanın “haklılığından” söz edilemeyecektir<sup>75</sup>. Yine bu kapsamdaki bazı yazarlara göre kanunda meşru savunma açısından öngörülen “zorunluluk” ifadesi de başlangıçtan beri saldırgan bir tutum takınan bir kimsenin durumu ile bağdaşmayacaktır<sup>76</sup>. Dolayısıyla bu yazarlar, yukarıda incelediğimiz; provokasyon ile saldırının haksızlığının ortadan kaldırıldığı ve bu halde artık savunmanın zorunlu olmadığı yönündeki teorilerin dayandığı esasları, yalnızca maksatlı provokasyon açısından kabul ediyor gözükmektedir.

## B. Hukuktan Talep Teorisi

İtalyan doktrinde yakın zamanda ileri sürülen bu teoriyi savunan yazarlara göre fail bir provokasyon gerçekleştirmiş olsa bile *kural olarak* yine de meşru savunmadan söz etmek gerekir. Esasen kanun koyucu meşru savunmayı en geniş anlamda tehlikeye sebebiyet vermeme koşuluna bağlamak

<sup>72</sup> Bettiol, s. 278; Ranieri, s. 147; Cavallo, s. 664; Antolisei, s. 301.

<sup>73</sup> Ranieri, s. 147; Antolisei, s. 301.

<sup>74</sup> Antolisei, s. 301; Bettiol, s. 278. Bu olasılıkta saldırıyı provoke eden kimsenin aslında saldırıyı adeta gerçekleştiren konumunda olduğu gerekçesiyle bu yönde Mahmutoglu/Karadeniz, s. 497. Aynı gerekçeyi kullanmakla birlikte açık bir neticeye varmayan bkz. Ersan, s. 20. Aksinin kabulü halinde, kurnaz kişilerin işlemeyi planladıkları suç için meşru savunma ortamı yaratıp cezalandırılmaktan kurtulabileceği gerekçesiyle bu yönde bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 305. Benzer bir gerekçe için bkz. Dülger, N. 11.93. Gerekçe belirtmemekle birlikte bu neticeye varan bkz. Dönmezer/Erman, N. 393; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 444; Demirbaş, s. 296; Muharrem Özen, s. 88; Koca/Üzülmez, s. 281; Hakeri, s. 332; Akbulut, s. 542, dipnot 1227. Açık olmamakla ve gerekçe belirtmemekle birlikte bu yönde değerlendirilebilecek şekilde görüştü için bkz. Önder, s. 196.

<sup>75</sup> Ranieri, s. 147.

<sup>76</sup> Cavallo, s. 664; Padovani, s. 208. Ayrıca bkz. Ciliberti, s. 67.

isteseydi, elbette kanuna buna yönelik bir ibare eklerdi. Özellikle İt CK m.54'te zorunluluk hali düzenlenirken bu ibareye yer veren kanun koyucunun meşru savunmanın düzenlendiği m.52'de benzeri bir ibareye yer vermemesi, bu madde açısından, bu olasılığa önem vermeme niyetini ortaya koymaktadır<sup>77</sup>. Bu nedenle bazı örnekler açısından meşru savunma olasılığının dışlanması, ancak bu kurumun teorik temelinden yola çıkılarak gerekçelendirilebilir. Meşru savunmanın cezalandırılmama nedeni ise devletten derhal yardım talep etme imkânı olmayanların kendilerini savunma haklarının devlet tarafından kabulüdür<sup>78</sup>. İşte maksatlı provokasyon hallerinde provokatör “derhal yardım talep edemeyenlerle” aynı durumda değildir. Bu kimse esasen, mukabelede bulunmayarak riski büyütmeye de imkân tanıyan bir durumda saldırıya bizzat ve belirli bir maksatla sebebiyet vermiştir. Bu nedenle maksatlı provokasyon hallerinde yukarıda belirttiğimiz kuraldan ayrılmak gerekmektedir ve bu hallerde provokatörlerin meşru savunma hükümlerinden yararlanmaları mümkün değildir. Ancak yine aynı mantık gereğince, eğer provoke edilen kişi, tahmin edilemez ve orantısız bir tepki vermiş ise artık provokatörün meşru savunma halinde bulunduğu kabulü gereklidir<sup>79</sup>.

### C. Hakkın Kötüye Kullanılması Teorisi

Güntümüz Alman doktrininde hâkim olan bu görüş maksatlı provokasyon açısından<sup>80</sup> meşru savunmanın, “hakkın kötüye kullanılması” nedeniyle söz

<sup>77</sup> Fiandaca/Musco, s. 138.

<sup>78</sup> Fiandaca/Musco, s. 138. Geleneksel olarak İtalyan doktrininde hakim olan; meşru savunmanın esasını, devletin, kişileri savunma imkânının bulunmadığı bir yer ve zamanda gerçekleşen saldırının önlenmesi amacıyla, her bir şahsa verdiği ruhsata dayandırma anlayışı, halen oldukça taraftar bulmaktadır. Bkz. Caraccioli, s. 400; Cavallo, s. 650; Padovani, s. 205; Fiandaca/Musco, s. 136; Marinucci/Dolcini/Gatta, s. 320; Cadoppi/Veneziani, s. 275-276; Santaniello/Maruoiti, s. 235. Buna göre meşru savunma, “devletin zorlayıcı gücünün, her durumda ve her vatandaşın yanında her zaman bulunamayacağı anlayışına dayanır” Caraccioli, s. 400. Benzer bir yaklaşım Alman doktrininde de ileri sürülmüş ve örneğin Kühl, devletin ihlal edilen hakkı tek başına koruyamadığı hallerde, meşru savunma hakkını kullanan kimsenin, hakkın bizzat koruyucusu olacağını ifade etmiştir. Kühl, § 7, N. 10. Belirttiğimiz bu teori de bu esastan hareket etmektedir.

<sup>79</sup> Fiandaca/Musco, s. 139.

<sup>80</sup> Bu teoriyi savunan yazarlar, *kasıtlı provokasyon* açısından çoğunlukla meşru savunma hükümlerinin uygulanmasını kabul etmekte ancak bu olasılıkta da meşru savunma hükümlerinin aşağıda inceleyeceğimiz *üç basamak teorisi* çerçevesinde sınırlandırılması gerektiğini belirtmektedir. Buna göre eğer kasıtlı bir provokasyon varsa ve büyük risklere katlanmaksızın kaçma imkânı da söz konusuysa artık provokatörün yapması gereken şey kaçmaktır. Hatta provokasyon ne derece ağırsa, kaçınma beklentisi de o derece yüksek olacaktır. Kaçma imkânı yoksa bile mümkün olan en hafif savunma tedbiri uygulanmalı ve buna rağmen saldırıdan az hasarla kurtulma imkânı bulunmuyorsa ancak o zaman gerekli savunma hare-

konusu olamayacağını kabul etmektedir. Buna göre bir kimse, sırf meşru savunmada bulunabilmek için karşı tarafı kendisine saldırmaya kışkırtırsa, aslında meşru savunmanın koşullarını kendisi yapay olarak ortaya çıkarmış olacağı için savunmada bulunma hakkını kötüye kullanmış olmaktadır<sup>81</sup>. Zira bu halde görünürdeki savunma, esasında meşru savunma hakkının kötüye kullanılması ile kamufle edilmiş hukuka aykırı bir saldırdır ve dolayısıyla fail, kendisini savunma hakkını, bunun koşullarını hukuka aykırı olarak meydana getirerek kötüye kullanmış olur<sup>82</sup>. Bu nedenle bir başkasına söz gelimi hakaret ederek onu bir saldırıya kışkırtan ve sonrasında, önceden tasarladığı planı çerçevesinde onu öldüren kimse, meşru savunma hakkını kötüye kullanmış olduğundan, bu hakkın sağladığı cezasızlıktan faydalanamayacak ve kasten öldürme nedeniyle sorumlu tutulacaktır<sup>83, 84</sup>. Ancak kışkırtılan saldırının, provokatörün düşündüğünden farklı bir yol alması durumunda nasıl bir sonuca varılacağı ise tartışmalıdır. Özellikle kışkırtılan kimsenin olağandan çok daha aşırı tepki verdiği durumlarda artık hakkın kötüye kullanılmasından söz edilemeyeceği ve provokatörün savunmada bulunmasının meşru

keti icra edilmelidir. Roxin/Greco, § 15, N. 70. Örneğin, bir başkasının arabasını tekmeleyen kişi, kaçmaya çalışmasına rağmen sürücü tarafından yakalanırsa, kendisini takip eden ve kendisinden daha güçlü bir kişi olan sürücünün saldırısını engellemek için başarsız bir uyarı atışının da etkisiz kalması halinde son çare olarak yakın mesafeden ölümcül bir atış yapabilir; çünkü bu durumda artık hareketsiz kalma zorunluluğu yoktur. Bkz. Roxin/Greco, § 15, N. 70.

<sup>81</sup> Günther Stratenwerth/Lothar Kuhlen, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., Franz Vahlen, 2011, § 9, N. 68; Gropp, § 6, N. 94; Wessels/Beulke/Satzger, § 8, N. 342; Schmidhaeuser, § 9, N. 109; Zieschang, N. 215; Perron/Eisele, § 32, N. 54; Heinrich, § 14, N. 375; Freund, § 3, N. 118. Hakkın kötüye kullanılması teorisinin netice olarak tatmin edici çözümler ürettiğine dair bkz. Baumann, s. 349.

<sup>82</sup> Roxin/Greco, § 15, N. 66. Yazarlara göre savunmanın kendisi, hakkın kötüye kullanılması anlamına geldiğinden hukuka aykırıdır ve bu gerçek karşısında, savunmayı yine de hukuka uygun gördüğünden, olayın bütünü açısından tutarsız bir hukuka aykırılık nitelmesi yapmak durumunda kalan *actio illicita causa* gibi gerekçelendirmelere de gerek yoktur.

<sup>83</sup> Roxin/Greco, § 15, N. 65; Heinrich, § 14, N. 375. İtalyan doktrininde *Ciliberti*, esasen normatif açıdan provokatif bir davranışın meşru savunma imkanlarından yararlanmayı engelle-yeceğini öngören bir düzenleme olmamakla birlikte, Alman doktrininde ileri sürülen hakkın kötüye kullanılması teorisinin, maksatlı provokasyon ile sınırlı olarak öngördüğü sonucun kabul edilebilir olduğunu belirtmektedir. Yazara göre bu ihtimalde fail, meşru savunma koşullarını, yapay olarak önceden oluşturduğu planın bir parçası olarak sahneye koyar. Bu nedenle burada fail açıkça meşru savunmada bulunma hakkını kötüye kullanmaktadır. Haliyle burada artık meşru savunmadan söz edilemez. *Ciliberti*, s. 71-72.

<sup>84</sup> Alman doktrininde hâkim olan bu görüş de ‘orantısız’ olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir. Zira bu görüş, provokasyon neticesinde saldırıda bulunan kimseyi tamamen kusursuz görmektedir. Oysa bu kimsenin hukuka aykırı bir saldırısının var olduğu ve isterse tahrike kapılmayabileceği gerçeği göz ardı edilmektedir. Bkz. Hilgendorf/Valerius, § 5, N. 51.

sayılabileceği genel olarak kabul edilmektedir<sup>85</sup>.

#### D. Rıza Teorisi

Alman doktrininde ileri sürülen bu teoriye göre maksatlı provokasyon halinde fail, kendi provokatif davranışı ile karşısındakini bir saldırıda bulunmaya yöneltmiş olduğundan artık hukuki değerlerinin korunmasından kendi rızası ile vazgeçmiş sayılacak, bu nedenle saldırının haksızlığından ve haliyle buna karşı gerçekleştirilen savunmanın meşruluğundan da söz edilemeyecektir. Bir başka ifade ile failin, maksatlı olarak bir başkasını saldırıya kışkırtması halinde, bu saldırının olası neticelerine, kışkırtma niteliğindeki fiili ile peşinen rıza gösterdiğinden, artık provokatöre yönelik olarak cari olan ve meşru savunma ile karşılık verilmesini gerektiren “hukuka aykırı bir saldırının” mevcudiyetinden de söz edilemeyecektir<sup>86</sup>. Bununla birlikte bu gördüğü savunan yazarlara göre belirttiğimiz bu hukuki sonuca varılabilmesi için bir ön şart olarak saldırı konusu olan hakkın, “üzerinde serbestçe tasarruf edilebilen bir hak” olması gerekmektedir. Aksi halde provokatörün hukuka uygun bir rızasından söz edilemeyeceğinden, buna karşı yapılan saldırı yine de haksız kalmaya devam edecektir. Örneğin bir kimse bir başkasını saldırıya provoke etse bile saldırı yaşam hakkına yönelmişse savunma hareketi hukuka uygun olacaktır zira herhangi bir kimsenin yaşam hakkından feragat etmesi mümkün değildir. Buna karşılık provoke edilen saldırı vücut bütünlüğüne yönelikse artık haksız bir saldırıdan söz edilemeyeceğinden, savunma da meşru kabul edilemeyecektir<sup>87</sup>.

<sup>85</sup> (A)’nın meşru savunmadan yararlanarak (B)’yi dövmek istemesi ve bu amaçla (B)’ye, kavgayı başlatmak için hakaret etmesi örneğinde, (B)’nin beklenmedik bir şekilde bıçak çekmesi ve (A)’ya doğru yönelmesi durumunda, (A)’nın meşru savunma hakkının kabul edilmesi gerekecektir. Çünkü kışkırtılan kişi, saldırısını bu şekilde beklenmedik bir tarzda silah kullanılarak gerçekleştirirse, artık provokatörün, öldürülmeye veya ciddi şekilde yaralanmaya razı olması elbette beklenemez. Bu husus, aşırı tepki durumunda “meşru savunma hakkının canlanmaması” olarak ifade edilmektedir. Roxin/Greco, § 15, N. 67.

<sup>86</sup> Maurach/Zipf, § 26, N. 43.

<sup>87</sup> Maurach/Zipf, § 26, N. 43. Ancak bu görüş, buradaki rızanın tamamen yalın bir varsayım olduğu, oysa bu halde provokatörün kendisine ait hukuksal değerleri feda etmek istediğinden söz edilemeyeceği belirtilerek eleştirilmiştir. Heinrich, §14, N. 378. Yine bu eleştiriler çerçevesinde kışkırtma dahi olsa kişinin, saldırıya karşılık vermeyerek bir organından ya da yaşamından vazgeçme ya da cezalandırılmayı kabullenme arasında bir tercihe zorlanarak, hukuken çaresiz bir duruma sokulmaması gerektiği ifade edilmiş ve eğer saldırıdan kaçınmak imkânsız ise provokatörün de meşru savunma hakkına sahip olması gerektiği belirtilmiştir. Roxin/Greco, § 15, N. 67.

## V. PROVOKASYON HALİNDE MEŞRU SAVUNMA HAKKININ SINIRLANDIRILMASI: ÜÇ BASAMAK TEORİSİ

Alman doktrininde ileri sürülen ve yukarıda özetlediğimiz bazı teorilerde yalnızca maksatlı provokasyon açısından meşru savunma hakkının kabul edilmediğini belirtmiştik. İşte bu teorileri ileri süren yazarların önemli bir kısmı, *kasıtlı provokasyon* açısından tatbikini kabul ettikleri meşru savunma hükümlerinin de üç basamak teorisi çerçevesinde sınırlandırılması ilkesini benimsemektedirler<sup>88</sup>. Hatta hem maksatlı hem de kasıtlı provokasyon açısından meşru savunma hakkını kabul eden bazı yazarlar da bu iki olasılık açısından aynı sonuca varmaktadırlar<sup>89</sup>.

Esasen üç basamak teorisi, meşru savunma hakkının *hukuken kabul edilebilirliği* ile ilgili olarak ileri sürülmüş bir teodir: Bir savunma hareketi haksız bir saldırıya karşı *gerekli* olabilir ancak hukuken yapılan bir değerlendirme, aynı hareketin *uygun* (*hukuken kabul edilebilir*) olmadığı neticesine de varabilir. Bu anlamıyla uygunluk, doktrinde meşru savunmanın “toplumsal etik olarak sınırlanması” şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre bazı örnek olaylar açısından meşru savunmanın kabulü, toplumsal-etik değerler yönünden yapılacak bir değerlendirme çerçevesinde ya tümüyle olanaksızdır ya da önemli ölçüde sınırlandırılmalıdır<sup>90</sup>. Bu olaylarda eğer meşru savunma olağan haliyle tatbik edilirse çok geniş bir anlam kazanacak ve oldukça adaletsiz sonuçlara varılabilecektir<sup>91</sup>. Örneğin kusur yeteneği bulunmayan bir kimsenin saldırısına karşı meşru savunmada bulunmak mümkündür ve genel olarak savunma hareketinin hukuka uygun olup olmaması açısından kişinin kaçma imkanının bulunup bulunmaması bir ölçüt değildir<sup>92</sup>. Ancak kişinin,

<sup>88</sup> Roxin/Greco, § 15, N. 70; Heinrich, § 14, N. 371.

<sup>89</sup> Örneğin yukarıda da değindiğimiz gibi *bireysel savunma teorisi* tümüyle bu esasa dayanmaktadır. Bkz. Schmidt, § 32, N. 362. Kühl, § 7, N. 258. Bu teoriye sadece provokasyon halinde değil, saldırıya hukuka aykırı ve fakat provokatif olmayan bir davranışla sebebiyet verilen durumlarda, örneğin saldırıya taksirle sebebiyet verilmesi halinde de başvurulması gerektiği Alman doktrininde genel olarak kabul edilmektedir. Bkz. Heinrich, § 14, N. 379 vd. Kindhaeuser, § 16, N. 55. Bu konuda bkz. yukarıda § I, A, dipnot 16.

<sup>90</sup> Heinrich, § 14, N. 371 ve 361. Ayrıca bkz. Kartal, s. 158 vd.

<sup>91</sup> Heinrich, § 14, N. 361.

<sup>92</sup> Bkz. Kühl, § 7, N. 91; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 15, N. 43; Heinrich, § 14, N. 357. Saldırıya uğrayan kişiye, kaçma yükümlülüğünün yüklenemeyeceği hakkında bkz. Jeschke/Weigend, § 32, III 1b; Hoffmann-Holland, § 3, N. 236; Freund, § 3, N. 82, 93. Ayrıca saldırıdan kaçmanın, savunma anlamına gelemeyeceği hakkında ayrıca bkz. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 15, N. 36; Heinrich, § 14, N. 359; Zieschang, N. 212; Perron/Eisele, § 32, N. 40.

kusur yeteneği olmadığını bildiği bir kimsenin saldırısıyla karşılaşması halinde, eğer kaçma imkânı varsa kaçması gerektiği zira davranışlarını yönlendirme yeteneği bulunmayan bir kimsenin saldırısına kaçma imkânı varken mukabele etmenin sosyo-etik değerlere aykırı olacağı kabul edilmektedir<sup>93</sup>.

Bu teorinin kasıtlı provokasyon hallerinde de uygulanması yönündeki görüşler ise bu olasılıkta savunmanın sınırlandırılmasını, önceki provokasyonun sosyo-etik değerler yönünden değerlendirilmesi esasına dayandırmaktadır<sup>94</sup>. Buna göre kasıtlı provokasyon halinde provokatör bizatihi kendi fiili ile saldırıyı kıskırtmış olduğundan, böyle bir provokasyon olmaksızın bir saldırı ile karşı karşıya kalan kimse ile aynı durumda değildir ve bu halde karşı tarafa saldırı şeklinde (aktif) bir savunmaya girişmesinin meşru görülmesi sosyo-etik değerlerle bağdaşmayacaktır. Bu nedenle fail, eğer kendi kasıtlı hareketi ile kıskırtmış olduğu bir saldırı ile karşı karşıya kalırsa;

1- Evvela kaçma olanağı varsa ve bu olanağı kullanmanın başkaca bir riski söz konusu değilse savunmada bulunmamalı ve kaçmalıdır. Aksi halde göstereceği savunma hareketi hukuka aykırı olacaktır<sup>95</sup>. Böylece, provokatör, bir provokasyon söz konusu olmaksızın bir saldırı ile karşı karşıya kalan kimseden farklı olarak, eğer mümkünse kaçmalıdır<sup>96</sup>.

2- Eğer kaçma olanağı yoksa ya da bu yolun kullanılması failin hukuksal değerleri açısından çok riskli ise saldırıya öncelikle kendisini koruyucu (*defensiv*) savunmayla (*korunma savunması-Schutzwehr*) karşılık vermelidir<sup>97</sup>. Örneğin saldırganı yönelik küçük çaplı yaralamalar ile de saldırı

<sup>93</sup> Heinrich, § 14, N. 361 ve 383; Kartal, s. 161.

<sup>94</sup> Hilgendorf/Valerius, § 5, N. 50. Sosyo-etik açıdan uygun görülmeyen önceki provokatif davranışlar nedeniyle meşru savunma hakkının sınırlandırılmasına ilişkin herhangi bir standart bulunmadığı söylenebilir (Gropp, § 6, N. 95a). Sosyo-etik meşru savunma kısıtlamalarının olgusal nedenlerine rağmen, bunların kanunda temellendirilmesi gerekmektedir. Kanunilik ilkesinin hukuka uygunluk sebepleri bakımından geçerliliği tartışmalıdır, ancak bu ilkenin hukuka uygunluk sebepleri alanında çok katı olmayan bir şekilde uygulanmasına işaret edilmesiyle yetinilmemelidir. Nitekim kanuni düzenlemeye ihtiyaç vardır. Kanuni düzenlemeye yer verilmesi ile kanunda bu tarz sınırlamalar olmadığına dair eleştiriler de ortadan kalkmış olacaktır. Esasen sosyo-etik kısıtlamalardan birine uyulmaması nedeniyle meşru savunma hakkının reddi yönünde bir kabul, doğal olarak meşru savunmaya dayanan kişinin cezai sorumluluğuna yol açacaktır. Bu açıdan saldırıya uğrayan kişinin, temel olarak korunan hak ve özgürlüğüne müdahale eden saldırıya bu şekilde bir katlanma yükümlülüğü getirilmesi yasal düzenlemeyi gerektirmektedir. Kühn, § 7, N. 162.

<sup>95</sup> Schmidt, § 32, N. 362.

<sup>96</sup> Perron/Eisele, § 32, N. 56.

<sup>97</sup> Erb, § 32, N. 224.

ağır bir hasar alınmaksızın savuşturulabilmekteyse fail bu yola başvurulmalıdır. Ancak bu basamak açısından savunmanın icrası noktasında kendisinden önemli yaralanmalara katlanması da beklenmeyecektir<sup>98</sup>.

3- Bu da mümkün değilse, aktif savunmaya (*karşı koyma savunması- Trutzwehr*) izin verilmelidir. Bu halde eğer kaçma imkânı yoksa ve saldırı korunma savunması ile de savuşturulamıyorsa saldırganın ağır şekilde yaralanmasına ve hatta öldürülmesine cevaz verilmesi mümkün olabilecektir<sup>99</sup>.

Bu çerçevede örneğin (A), bir barda oldukça alkollü olduğunu ve çevresine sataştığını gördüğü (B)'ye hakaret eder ve onu bir saldırıya kışkırtırsa, (B)'nin bıçaklı saldırısı karşısında eğer bardan kaçmak suretiyle kurtulmak imkânı varsa, bu yolu tercih etmek zorundadır. Aksi halde söz gelimi (B)'yi yaralayarak saldırıyı durdurmaya çalışması hukuka uygun sayılamayacaktır. Eğer (B), zaten kaçış yolunu kapattığı için kaçma imkânı yoksa (A), korunma savunması gerçekleştirmeli ve bir sandalye alarak (B)'yi engellemeli veya onu bıçağı tuttuğu kolundan yaralayarak saldırıyı durdurmayı denemelidir<sup>100</sup>. Eğer bu yolla da saldırının önlenmesi olanaksızsa ya da böyle bir fiili icra etmek (A) açısından önemli bir yaralanmayı göze almaksızın olanaklı değilse artık (A), (B)'yi, saldırıya son vermesini sağlayacak ölçüde olmak kaydıyla, örneğin göğsünden yaralayarak kendisini savunabilecek ve bu halde fiili hukuka uygun kabul edilebilecektir<sup>101</sup>.

Ancak bunun kabulü için provokasyon ile saldırı arasında bir bağlantının söz konusu olması gerektiği de ifade edilmektedir. Öyle ki saldırı, failin sosyo-etik açıdan kınanabilir bir önceki davranışının sonucu olmalı, bu ikisi arasında yakın bir zamansal, mekansal ve nedensel bağlantı bulunmalı ve bu husus, failin bilgisine göre öngörülebilir olmalıdır<sup>102</sup>. Eğer saldırı ve kınanabilir önceki davranış (provokasyon) arasında böyle bir bağlantı yoksa, meşru savunma hakkının sosyo-etik olarak gerekçelendirilmiş bir sınırlanmasından söz etmek de mümkün olmayacaktır<sup>103</sup>.

Doktrinde saldırıya uğrayan kişi tarafından, meşru savunma durumuna

<sup>98</sup> Schmidt, § 32, N. 365.

<sup>99</sup> Schmidt, § 32, N. 366. Kindhaeuser, § 16, N. 53; Kühl, § 7, N. 258.

<sup>100</sup> Bkz. ve krş. Kindhaeuser, § 16, N. 48.

<sup>101</sup> Ayrıca bkz. Heinrich, § 14, N. 371.

<sup>102</sup> Schmidt, § 32, N. 367; Heinrich, § 14, N. 380; Kühl, § 7, N. 226.

<sup>103</sup> Schmidt, § 32, N. 367.

sebebiyet verme ne kadar hukuka aykırı ve kınanabilir olursa, savunma sırasında ondan daha fazla saldırıdan kaçınmasının beklenebileceği de ifade edilmektedir<sup>104</sup>. Alman Federal Mahkemesi, böyle bir durumda somut olayda önceki provokasyon nedeniyle bu hakkın kısıtlanıp kısıtlanmadığı veya ne ölçüde kısıtlandığına “tüm olayın kapsamlı bir değerlendirmesi durumunda” karar verilmesi gerektiğini savunmaktadır<sup>105</sup>. Ancak bu kabul açısından da her durumda kişinin yaşam ve vücut bütünlüğü gibi haklarının tehlikeye uğramasına katlanmasının beklenmesi mümkün değildir<sup>106</sup>.

## DEĞERLENDİRME ve SONUÇ

A. Provokasyon halinde meşru savunma hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı soruna ilişkin yukarıda incelediğimiz teorilerin değerlendirilmesi açısından bizce, ceza hukukunun kendine has güvence fonksiyonuna ve bu çerçevede *suçta ve cezada kanunilik ilkesi* (TCK m. 2/1) ile bununla bağlantılı *kıyas yasağına* (TCK m. 2/3) uygun hareket edilmesi gerektiği hususunun öncelikle vurgulanması gerekmektedir. Zira bunlar

<sup>104</sup> Roxin/Greco, § 15, N. 70.

<sup>105</sup> BGHSt 27, 388. Roxin/Greco, § 15, N. 7. Esasen Alman Federal Mahkemesi uygulamasında, başlangıçta bu yönde herhangi bir kısıtlama kabul edilmemişken daha sonraları, saldırıya neden olan kişinin saldırıdan daha fazla kaçınmasının kendisinden beklenebileceği gerekçesiyle failin, meşru savunma hakkını herhangi bir kısıtlama olmaksızın kullanmasını reddetme eğilimi söz konusu olmuştur. Buna rağmen yine de Yüksek Mahkeme, meşru savunma temel düşüncesine uygun bir biçimde hareket etme eğilimindedir. Bkz. BGHSt 24, 356 (Perron /Eisele, § 32, N. 58).

<sup>106</sup> Kindhaeuser, § 16, N. 53. Ancak, sadece tartışma konumuz açısından değil, bir bütün olarak üç basamak teorisi tartışmaya oldukça açıktır. Nitekim bu teori Alman doktrininde hangi kısıtlamaların “sosyo-etik” olarak uygun olduğu belirsiz görülerek eleştirilmektedir. Sosyo-etik açıdan uygun görülmeyen davranış nedeniyle meşru savunma hakkının kısıtlanmasına dair ölçütler eksiktir (Gropp, § 6, N. 95a). Zira belirli meşru savunma kısıtlamalarının neden “sosyo-etik” olarak uygun görüldüğüne dair bir belirleme, bu terimi kullananlar tarafından yapılamamaktadır. Ancak bu terimin işlevi konusunda görüş birliğinin mevcut olduğu söylenebilir. Bununla, katı olarak yorumlanan Alm. CK § 32 II’de yer alan meşru savunma düzenlemesini sosyal açıdan uyumlu hale getirmek amaçlanmaktadır (Kühl, § 7, N. 158). Dar anlamda sosyo-etik, belirli durumlarda meşru savunmada bulunan saldırgan için sosyal düşünce veya saldırganla asgari düzeyde dayanışma göstermesini gerektiren kısıtlama girişimleri olarak ifade edilmektedir. Bununla birlikte *dayanışma*, özgürlük alanı dışındaki hususları düzenleme görevini veren bir hukuk sistemine ve temelde yalnızca başkalarının hak ve özgürlük alanlarına yönelik nitelikli ihlalleri kapsamak isteyen bir ceza hukukuna genellikle yabancıdır. Buna rağmen hukuk sistemi, pek çok yerde dayanışma yükümlülüklerine açıktır ve ceza hukukunda ise, en azından bazı yerlerde kendisini kapatmamıştır (Örn. Alm. CK 323c yardım yükümlülüğü). Ancak “dayanışma”, ondan hukuki sonuçlar çıkarılabilecek kadar net bir hukuki terim değildir. Hukuki bir terim olarak dayanışmanın bu belirsizliği ve istisnai niteliği, onu dikkatli kullanmayı zorunlu kılmaktadır. Kühl, § 7, N. 159.

ceza hukukunun, hiçbir durumda kendilerinden vazgeçilemez nitelikte temel ilkeleridir. Bu ilkeler ise sadece suç tiplerini tanımlayan normlar açısından değil ve fakat aynı zamanda kanunun genel hükümleri için de geçerlidir<sup>107</sup>. Özellikle *hukuka uygunluk nedenleri* noktasında bu husus çok daha net bir şekilde ortaya çıkmaktadır; zira hukuka aykırılığın, tipiklikle birlikte suçun bir unsuru olduğu ve dolayısıyla hukuka uygunluk nedenlerinin yorumlanması ve uygulamasının, bir fiilin suç olarak vasıflandırılıp vasıflandırılmayacağı noktasında doğrudan belirleyici bir konumda bulunduğu açıktır. Bu çerçevede söz gelimi kanunun bir hukuka uygunluk sebebine dair belirlediği şartların, yorum yoluyla kıyasa yol açabilecek ölçüde genişletilerek uygulanması olanaklı olmadığı gibi kanunda bir hukuka uygunluk nedeni açısından hiçbir suretle öngörülmeleyen bir şartın, ‘somut olay adaletinin sağlanması’ gerekçesiyle veya benzeri düşüncelerle var sayılması da hukuken olanaklı değildir. Bu nedenle somut bir olay açısından, bir hukuka uygunluk sebebinin var olup olmadığı hususundaki her türlü yorum ve uygulama normatif bir temele dayandırılabilir ve bu hususta fail aleyhine kıyasa (veya kıyasa yol açabilecek genişletici yorum yoluna) başvurulmamalıdır. Bu belirttiğimiz hususlar, meşru savunma normunun somut bir olaya uygulanması noktasında da belirleyici nitelikte olup failin saldırganı provoke ettiği bir olay açısından, meşru savunma hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı hususunda yapılacak her türlü yorum da normatif bir temele dayandırılabilir.

**B. 1.** Bu noktada bizim mevzuatımız açısından, *kasıtlı provokasyon* olarak isimlendirdiğimiz hallerde meşru savunma hükümlerinin uygulanmamasına yönelik açık bir düzenlemenin söz konusu olmadığı göze çarpmaktadır. Benzeri bir normatif durumun söz konusu olduğu İtalya açısından gerek kasıtlı ve hatta gerekse de maksatlı provokasyon noktasında aksi sonuca varan teoriler ise meşru savunmaya ilişkin kanuni koşulların yorumundan hareket etmektedir. Bu teoriler, örneğin kanunda geçen “...haksız bir saldırı..” veya “...defetmek zorunluluğu...” (bkz. TCK m. 25/1) ifadelerinin, söz konusu kurumun amacından yola çıkılarak yorumlanması çerçevesinde, saldırının artık haksız olmasından söz edilemeyeceği (bkz. § II, A) veya bu halde artık saldırıyı defetme zorunluluğundan bahsedilemeyeceği (bkz. § II, B) sonucuna varmaktadır. Esasen meselenin suçta ve cezada kanunilik ilkesine uygun bir şekilde çözümlenebilmesi açısından bu teorilerin çıkış noktası isabetli kabul edilebilirse de bunların dayandıkları yorum metotları, tamamen aksi sonuçlara varmaya daha müsait gözükmektedir. Nitekim

<sup>107</sup> Maurach/Zipf, § 10 II, N. 21; Jescheck/Weigend § 15, III.

örneğin provokasyon halinde saldırının haksızlığından söz edilemeyeceğini savunan yazarlar, meşru savunma kurumunun amacından yola çıkmakta ise de aynı amaç kavramından yola çıkarak tam aksi sonuca varmak çok daha olasıdır. Nitekim *hukukun savunulması teorisi* (bkz. § III, B) bu tip bir sonuca, meşru savunma kurumunun *hukukun savunulması* amacından yola çıkarak varmaktadır; provokasyon halinde dahi fail neticede hukuku savunmaktadır. Diğer taraftan sistematik bir yorum yoluyla da provokasyonun, saldırının haksızlığını ortadan kaldıran bir sebep olarak nitelenemeyeceği sonucuna varmak çok daha isabetli görünmektedir: Kanunda *provokasyon*, haksızlığı ortadan kaldıran bir sebep olarak değil, yalnızca kusurluluğu etkileyen bir sebep olarak öngörülmüştür (TCK m. 29) ve bu durumun TCK m. 25/1 kapsamındaki bir saldırının haksız sayılıp sayılmaması açısından bir farklılık yaratması elbette olanaklı değildir<sup>108</sup>. Bunun yanında, dikkat edilmelidir ki meşru savunma ve zorunluluk hali açısından *zorunluluk* unsuru müşterek olarak (bkz. TCK m. 25/1: “saldırıyı... defetmek zorunluluğu...”; TCK m. 25/2: “tehlikeden... kurtulmak... zorunluluğu”) zikredilmiş ancak bunların ikincisinde tehlikeye “bilerek neden olmamayı”<sup>109</sup> bir unsur olarak açıkça öngören kanun koyucu, ilkinde böyle bir koşula yer vermemiştir. Her ne kadar hukuki nitelikleri birbirinden farklı olsa da aynı madde içinde ve birbirine çok yakın bir tarzda düzenlenen bu iki kurum açısından, birinde öngörülen koşulun diğerinde öngörülmemesi, açık bir “sessizliğe” haliyle de *bilinçli bir boşluğa* işaret ediyor görünmektedir<sup>110</sup>. Provokasyon halinde, failin kendisini savunmasının artık zorunlu olmadığından söz etmek ise aslında bu boşluğun, amaçsal yorum adı altında ve fakat gerçekte zorunluluk haline ilişkin normun kıyası yoluyla doldurulmasından başka bir şey olmayacaktır<sup>111</sup>. Diğer taraftan kanundaki “zorunluluk” ifadesi, ancak “bir saldırı vuku bulduktan sonra” varlığı tartışılabilir bir unsurdur ve henüz saldırı vuku bulmadan evvel gerçekleştirilen bir fiilden yola çıkılarak, saldırı aşamasında savunmanın artık zorunlu olmadığından söz edebilmek mümkün olmadığı gibi aksinin iddia edilebilmesine olanak tanıyan hiçbir normatif dayanak da söz konusu

<sup>108</sup> Maggiore, s. 310; Antolisei, s. 301; Cavallo, s. 663; Bettiol, s. 278; Ranieri, s. 147; Grosso, s. 102; Nuvolone, s. 210; Dönmezer/Erman, N. 393; Erem, § 152, 2, a.

<sup>109</sup> Zorunluluk halinde aranan “tehlikeye bilerek neden olmama” koşulu hakkında bkz. Elif Bekar, *Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali*, Seçkin, 2013, s. 101 vd.

<sup>110</sup> Grosso, s. 103-104; Pagliaro, s. 442; Fiandaca/Musco, s. 138; Marinucci/Dolcini/Gatta, s. 322; Ciliberti, s. 69.

<sup>111</sup> Grosso, s. 107-108.

değildir<sup>112</sup>. Dolayısıyla meşru savunmaya ilişkin kanuni düzenlemeler, kasıtlı provokasyon halinde ne saldırının artık haksız olmadığının ne de bu halde artık failin saldırıyı defetme zorunluluğundan bahsedilemeyeceğinin ileri sürülebilmesine imkan vermektedir.

2. Alman doktrininde meşru savunma hükümlerinin uygulanması olasılığını tümtüyle reddeden *actio illicita in causa* teorisinin (bkz. § II, C) ise normatif düzenlemelerden tümtüyle kopuk bir zeminde hareket ettiği ilk bakışta göze çarpmaktadır. Gerçekten meşru savunmaya ilişkin kanuni düzenlemeler oldukça net bir şekilde saldırı ve savunmayı, bu fiillerin icrası anına göre değerlendirmeyi öngörmektedir ve savunmanın hukuka aykırılığına dair değerlendirmenin, saldırıdan daha evvelki bir ana yani bu teorisinin kabul ettiği şekilde sebep teşkil eden provokasyon anına göre yapılmasına imkân verecek en ufak bir normatif ipucu dahi söz konusu değildir. Esasen burada, *actio liberia in causa* ilkesine temel teşkil eden *sebepl olma* bakış açısının provokatif meşru savunma hallerine tatbiki söz konusu olmaksızın da bu iki kurum, mahiyet itibarıyla de birbirinden son derece uzaktır. Zaten bu nedenle söz konusu bu teori, ciddi ve çözümünü olanaksız yapısal çelişkiler ihtiva etmektedir<sup>113</sup>.

3. Esasen tüm bu belirttiğimiz hususlar bizi, TCK açısından kasıtlı provokasyon hallerini de meşru savunma hükümleri kapsamında değerlendirmemiz gerektiği sonucuna ulaştırmaktadır. Nitekim bu hallerde meşru savunma hükümlerinin uygulanmamasına yönelik açık bir düzenleme söz konusu olmadığı gibi aksi yönde ileri sürülen görüşlerin de teorik yönden tatmin edici ve tutarlı sonuçlara varamadığı ve suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile uyumlu normatif bir gerekçe sunamadıkları görülmektedir. Bu çerçevede yukarıda belirttiğimiz örneği ele almamız gerekirse: Arkadaşı (B)'nin, ensesine şaka yollu dokunulmasına çok sinirlendiğini bilen ve ancak bu durumdan ciddi anlamda keyif almakta olan (A), bir akşam diğer arkadaşları ile bir araya geldiklerinde (B)'yi sinirlendirmek için ensesine vurur. Beklendiği gibi sinirlenen (B), (A)'ya yumruk atmak için hamle yapar ancak daha çevik olan (A), hızlı davranarak (B)'ye yumruk atarak onu yaralar. Bu halde (A), diğer koşulları sağlaması şartıyla meşru savunma hükümlerinden yararlanabilecektir<sup>114</sup>.

<sup>112</sup> Grosso, s. 102. Benzer şekilde bkz. Ciliberti, s. 87-88.

<sup>113</sup> Wessels/Beulke/Satzger, § 8, N. 350; Roxin/Greco, § 15, N. 68; Heinrich, §15, N. 377.

<sup>114</sup> Bu neticenin somut olay açısından *adalet düşüncesine* veya *sağduyuya* aykırı olduğu iddia

C. 1. Bu durumda, aynı sonuca **maksatlı provokasyon** açısından da varmamız gereği ilk etapta zaruri gibi gözükmemektedir zira TCK'da maksatlı provokasyon halini meşru savunma hükümlerinden istisna eden bir düzenleme de söz konusu değildir. Nitekim aynı durumun söz konusu olduğu İtalya'da *katı normatif teori* (bkz. § III, A) taraftarı yazarlar, aslında her iki olasılık açısından da kanuni düzenlemelerin aynı sonuçlara varmamıza müsait olduğundan bahisle, provokasyon ister kasıtlı ister maksatlı olsun, provokatörün meşru savunma hükümlerinden yararlanmasına bir engel bulunmadığını ifade etmekte, Almanya'da ileri sürülen *hukukun savunulması teorisi* (bkz. § III, B) de aynı sonuca, meşru savunma kurumunun, *hukukun savunulması* amacından yola çıkarak varmaktadır.

2. Bununla birlikte iki farklı provokasyon hali arasında ciddi bir mahiyet farklılığının olduğu da gözden uzak değildir. Nitekim dikkat edilirse *kasıtlı provokasyonda* fail, karşı tarafın bir saldırı başlatabileceğini öngörmesine rağmen onu provoke eden bir harekette bulunmaktadır ve fakat bu halde failin amacı, karşı tarafı bir saldırıya kışkırtarak meşru savunma koşullardan faydalanmak değildir. Oysa *maksatlı provokasyonda* tam olarak bu tip bir amaç söz konusudur ve bu halde fail, neticede kendisinin meşru savunma çerçevesinde kalarak ceza almayacağını sağlayabilecek bir plan dahilinde provokasyon icra etmekte ve bu çerçevede muhatabının bir saldırı başlatmasını amaçlamaktadır<sup>115</sup>. Dolayısıyla provokasyon başlığı altında bir arada ele alınsalar da iki durumun birbirinden oldukça farklı mahiyetlerde olduğu şüphesizdir. Zaten bu nedenle kasıtlı provokasyonda, failin yine de meşru savunma hükümlerinden yararlanabileceğini kabul eden yazarların

edilebilir ve zaten gerek İtalyan Yüksek Mahkemesi'nin gerekse de Yargıtay'ın verdiği kararlarda aksi sonuca varılmasının temel motivasyonunun da bu düşünce olduğu anlaşılmaktadır (bkz. yukarıda dipnot 26 ve 33). Ancak *Ciliberti*'nin doktora tezinde oldukça isabetle belirttiği gibi sadece “adalet” düşüncesi veya “sağduyu” tek başına, kanun hükümlerinin anlamını tespit etmekte belirleyici bir unsur değildir (Ciliberti, s. 69-70). Bu tip gerekçelerin, modern ceza kanunları açısından vazgeçilmez mahiyette olan ve ceza kanununun güvence fonksiyonunu ifade eden suçta ve cezada kanunilik ilkesini işlevsiz kılacak şekilde esas alınmasının ise hukukun kabul edilebilir bir yönü olamayacaktır. Bu noktada belirtmeliyiz ki bu kabulümüz ve sunduğumuz gerekçelerimiz, yukarıda provokatif meşru savunma kavramı kapsamı dışında olduklarını ve bu nedenle doğrudan inceleme konumuzu teşkil etmediklerini ifade ettiğimiz *failin tamamen öngörüsüz bir şekilde saldırıya sebebiyet verdiği haller* (bkz. yukarıda § I, A, dipnot 16) açısından da meşru savunma hükümlerinin uygulanması noktasında bir engelin söz konusu olmadığını ortaya koymaktadır. Yine bu başlığın son paragrafında belirteceğimiz gerekçeler çerçevesinde, bu halde meşru savunma şartlarının olağandan daha katı şekilde uygulanması, örneğin faile kaçma yükümlülüğünün yüklenmesi de bize olanaksızdır.

<sup>115</sup> Hoffmann-Holland, § 3, N. 253.

oldukça geniş bir kesimi, maksatlı provokasyon halinde farklı düşünmektedir. Ancak bu yazarların ileri sürdükleri teoriler açısından da temel sorun, maksatlı provokasyon halinde neden kasıtlı provokasyondan farklı bir hukuki sonuca varılması gerektiğine dair makul bir gerekçe sunamamış olmalarıdır. Nitekim bu grupta yer alan *sınırlı normatif teori* (bkz. § IV, A) taraftarı yazarlar, maksatlı provokasyon halinde failin meşru savunmanın koşullarını bizzat kendisinin meydana getirmekte olduğunu ve bu nedenle aslında bu koşulların gerçekleşmediklerinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmekte ancak buna, yukarıda belirttiğimiz normatif eleştirilere yanıt verebilecek mahiyette mantıklı ve tutarlı bir teorik ve normatif gerekçe gösterememektedirler<sup>116</sup>. Bu noktada *rıza teorisi* (bkz. § IV, D), sunduğu argümanlara normatif bir dayanak (bkz. ilgilinin rızası) göstermekte ise de bu dayanak da kabul edilebilir olmaktan son derece uzaktır. Zira bu teori failin, maksatlı provokasyonuyla saldırıya rıza gösterdiği esasına dayanmakta ise de bu görüş haklı olarak, buradaki rızanın tamamen yalın bir varsayım olduğu, oysa bu halde provokatörün kendisine ait hukuksal değerleri feda etmek istediğinden söz edilemeyeceği belirtilerek eleştirilmiştir<sup>117</sup>. Keza *hukuktan talep teorisi* (bkz. § IV, B), meşru savunmanın varlık sebebinden hareket etmekte ise de hem buna dair normatif bir dayanak gösterememekte hem de bu varlık sebebine dair kabulün de bir varsayım olduğu ve esasen aksi sonuca da pekâlâ benzeri bir varsayımsal gerekçenin bulunabileceği gerçeklerini dikkate almıyor gözükmektedir. Nitekim yukarıda belirttiğimiz üzere provokasyon halinde saldırının artık haksız olmasından söz edilemeyeceği (bkz. § II, A) veya bu halde artık saldırıyı defetme zorunluluğundan bahsedilemeyeceği (bkz. § II, B) yönündeki teoriler de benzeri bir akıl yürütme ile hareket etmekte ve fakat tam aksi sonuca varmaktadır.

3. Bu hususta hem teorik açıdan tutarlı hem de normatif bir dayanak sunabilen bir çözüme ihtiyaç duyduğumuz ortadadır. Bu çözüme ulaşabilmek açısından ise şu temel gerçeği tespit ederek yola çıkmak oldukça isabetli bir yöntem olacaktır: Maksatlı provokasyon halinde fail, sırf meşru savunmada bulunabilmek için karşı tarafı, kendisine saldırmaya kışkırtmakta ve bu haliyle aslında meşru savunmanın koşullarını bizatihi kendisi yapay olarak

<sup>116</sup> Bkz. Ranieri, s. 147; Antolisei, s. 301; Dönmezer/Erman, N. 393; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 444; Demirbaş, s. 296; Muharrem Özen, s. 88; Koca/Üzülmüş, s. 281; Mahmutoglu/Karadeniz, s. 497; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 305; Hakeri, s. 332; Akbulut, s. 542, dipnot 1227; Dülger, N. 11.93.

<sup>117</sup> Roxin/Greco, § 15, N. 67; Heinrich, §15, N. 378.

ortaya çıkarmaktadır<sup>118</sup>. Bu halde ise fail, meşru savunma koşullarını, ‘önceden oluşturduğu planın bir parçası olarak’ sahneye koymakta<sup>119</sup> ve bu nedenle görünürdeki savunma, esasında meşru savunma hakkının kötüye kullanılması ile kamufle edilmiş hukuka aykırı bir saldırı mahiyeti arz etmektedir; dolayısıyla bu olasılıkta fail, kendisini savunma hakkını, bunun koşullarını hukuka aykırı olarak meydana getirerek kötüye kullanmaktadır<sup>120</sup>. Bunun sonucu olarak *maksatlı provokasyon* halinde ileri sürülen *hakkın kötüye kullanılması teorisi* (bkz. § IV, C) oldukça sağlam bir teorik zeminde hareket etmektedir. Bu görüşün bizim açımızdan, yukarıda belirttiğimiz ilkeler dairesinde kabul edilebilirliği ise normatif bir temele dayanması açısından ortaya çıkmaktadır. Nitekim Türk Medeni Kanunu’nda hakkın kötüye kullanılması yasağı düzenlenmiş ve “*bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz*” hükmüne yer verilmiştir (TMK m.2/2). Buna göre bir hak açıkça amacına aykırı kullanılmış ise o hakkın kötüye kullanıldığından söz edilecek ve gerçekleştirilen eylemin hukuka aykırı olduğu sonucuna varılması kaçınılmaz olacaktır<sup>121</sup>. Bu hükmün, bütün hukuk düzeni açısından anlam ifade ettiği konusunda ise hiçbir şüphe bulunmamaktadır. Nitekim aynı fiilin hukuk düzeninin bir parçası açısından hukuka uygun diğer bir parçası açısından hukuka aykırı olduğundan söz edilmesi elbette olanaksızdır<sup>122</sup>. Öyleyse TCK m.25/1’de düzenlenen ve bir hakkı tanımlayan *meşru savunma* için de bu hükmün uygulanabilir olduğu açıktır. Bu itibarla, anılan kanuni düzenleme çerçevesinde meşru savunma hakkını açıkça kötüye kullanan kimsenin artık bu haktan yararlanamayacağı ve işlediği tipik fiilin hukuka uygunluğundan söz edilemeyeceği kabul edilmelidir. İşte maksatlı provokasyon halinde de failin, önceki provokasyonu ile meşru savunma koşullarını planlı şekilde ortaya çıkarması hali söz konusudur ve bu çerçevede meşru savunma hakkını

<sup>118</sup> Gropp, § 6, N. 94; Wessels/Beulke/Satzger, § 8, N. 342; Stratenwerth/Kuhlen, § 9, N. 68; Schmidhaeuser, § 9, N. 109; Zieschang, N. 215; Perron/Eisele, § 32, N. 54; Heinrich, §15, N. 375; Freund, § 3, N. 118.

<sup>119</sup> Ciliberti, s. 71-72.

<sup>120</sup> Roxin/Greco, § 15, N. 66; Heinrich, §15, N. 375; Ciliberti, s. 71, 73.

<sup>121</sup> “Dürüstlük kuralı hukukun her alanında, *kamu hukuku alanında da* dikkate alınması gereken temel bir hukuk ilkesidir” Kemal Oğuzman/Nami Barlas, *Medeni Hukuk*, 25. Bs., Vedat, 2019, N. 856. Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı hakkında ayrıca bkz. Şener Akyol, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*, 2. Bs., Vedat, 2006; Mehmet Serkan Ergüne, “Wesentliche Merkmale der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben und des Verbots des Rechtsmissbrauchs im türkischen Recht”, *Annales de La Faculté de Droit D’Istanbul*, 47(64), 2015.

<sup>122</sup> Maggiore, s. 292; Ranieri, s. 132; Antolisei, s. 274; Mantovani, s. 24; Fiandaca/Musco, s. 117; Marinucci/Dolcini/Gatta, s. 295; Cadoppi/Veneziani, s. 195.

hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde kötüye kullandığından söz etmemiz kaçınılmazdır. Bu nedenle bir başkasına, söz gelimi hakaret ederek onu bir saldırıya kışkırtan ve sonrasında, önceden tasarladığı planı çerçevesinde onu öldüren kimse, meşru savunma hakkını kötüye kullanmış olduğundan, bu hakkın sağladığı cezasızlıktan faydalanamayacak ve kasten öldürme nedeniyle sorumlu tutulacaktır. Ancak yine aynı çerçevede, kışkırtılan saldırının, provokatörün düşündüğünden çok daha ağır bir şekilde gerçekleştiği hallerde, artık meşru savunma koşullarının yapay olarak ortaya çıkarılması söz konusu olamayacağından, hakkın kötüye kullanılmasından da söz edilemeyeceği ve provokatörün savunmada bulunmasının meşru sayılabileceği bizce de kabul edilmelidir<sup>123</sup>.

4. Bu belirttiğimiz hususlar, *katı normatif teorisinin* (bkz. § III, A) argümanlarının, maksatlı provokasyon halinde neden geçersiz olduğunu da ortaya koymaktadır. Zira bu teori, münhasıran ceza kanunundan yola çıkmakta ve aksi görüşün normatif bir dayanağı olmadığını iddia etmektedir. Oysa maksatlı provokasyon açısından failin meşru savunma hükümlerinden yararlanamamasına ilişkin hakkın kötüye kullanılması görüşü, oldukça tutarlı teorik gerekçelerinin yanında, TMK m.2/2'deki düzenleme çerçevesinde bizim hukukumuz açısından yeterli normatif dayanağa da sahiptir. Yine *hukukun savunulması teorisi* (bkz. § III, B) de hakkın kötüye kullanılması olasılığında tüm makul gerekçelerini yitirmekte olduğundan, maksatlı provokasyon hallerinde kabul edilebilir olmaktan çıkmaktadır. Zira maksatlı provokasyonda provokatörün bizatihi kendisi hukuk düzeni ile çatışma içindedir ve *görünüşte* bir hakkını kullanmakta ise de *gerçekte* o hakkını açıkça “kötüye kullanmaktadır”. Haliyle hukukun savunulmasından yola çıkarak, bu olasılıkta provokatörün savunma fiilini hukuka uygun saymak, kabulü olanaksız bir çelişkiye sebebiyet vermektedir<sup>124</sup>.

5. Bu çerçevede *hakkın kötüye kullanılması teorisinin* (bkz. § IV, C), maksatlı provokasyon açısından teorik yönden oldukça tatmin edici ve tutarlı bir gerekçe sunmasının yanında, Türk Hukuku açısından, yukarıda belirttiğimiz üzere normatif bir dayanağa da sahip olması çerçevesinde, kabule değer olduğu sonucuna varmaktayız. Bu noktada, bu teoriye getirilen en temel eleştiri olan, “saldırganın yine de hukuka aykırı ve kusurlu davrandığı

<sup>123</sup> Gropp, § 6, N. 94; Wessels/Beulke/Satzger, § 8, N. 342; Stratenwerth/Kuhlen, § 9, N. 68; Schmidhaeuser, § 9, N. 109; Roxin/Greco, § 15, N. 66; Zieschang, N. 215; Perron/Eisele, § 32, N. 54; Heinrich, §15, N. 375; Freund, § 3, N. 118;

<sup>124</sup> Heinrich, §15, N. 377; Roxin/Greco, § 15, N. 65.

gerçeğini göz ardı ettiği” iddiasının<sup>125</sup> da isabetli olmadığını belirtmemiz gerekmektedir. Zira bu teori açısından maksatlı provokatörün meşru savunma hükümlerinden yararlanamaması, saldırının haksız sayılmaması ile ilgili değildir. Bu olasılıkta saldırı yine haksızdır ve örneğin suç teşkil etmekte ise saldırganın cezai sorumluluğu yine bakidir; bu açıdan saldırganın provokasyona rağmen yine de saldırmama tercihinde bulunabilecekken aksi olasılığı tercih etmesinin, kendi fiilinin değerlendirilmesi noktasında hukuki sonuçlarının olacağı şüphesizdir. Ancak bu halde savunma hareketi, hakkın kötüye kullanılması mahiyetinde olması nedeniyle hukuka aykırıdır ve bu tespit, saldırganın yine de hukuka aykırı ve kusurlu davrandığı gerçeğinin göz ardı edilmesi anlamına da gelmemektedir. Bu izahımızı, yukarıda verdiğimiz örnek üzerinden somutlaştırmamız gerekirse: (A), hasmı (B)’yi öldürmek istemekte ancak neticede ceza almak da istememektedir. (B)’nin namus kavramı konusundaki hassasiyetini ve aynı zamanda sürekli yanında bıçak taşıdığını bilen (A), herkesin içinde eşinin onu aldattığını söylerse (B)’nin sinirlenerek kendisine saldıracağını hesap eder ve ceketinin altına asla görünmeyecek şekilde bir silah yerleştirir. Öngördüğü şekilde tahrik olan (B)’nin bıçakla kendisine saldırması üzerine silahını çeken (A), (B)’yi öldürücü şekilde yaralar. Ancak (B) hastanede yapılan başarılı ameliyatla ölümden kurtulur. Bu halde (A), meşru savunma koşullarını planlı bir şekilde yapay olarak ortaya çıkardığı ve bu suretle meşru savunma hakkını açıkça kötüye kullandığı için (B)’nin ölümcül şekilde yaralanması açısından meşru savunma hükümlerinden yararlanamaz ve kasten insan öldürmeye teşebbüs nedeniyle sorumlu tutulur. Ancak aynı olay açısından (B) de (A)’ya karşı işlediği fiil nedeniyle, olayın koşulları çerçevesinde kasten yaralama veya kasten öldürmeye teşebbüs nedeniyle sorumlu tutulacaktır.

6. Bu tespitlerimiz çerçevesinde biz kasıtlı ve maksatlı provokasyonun sadece mahiyetleri itibarıyla değil, hukuki sonuçları itibarıyla da birbirlerinden ayrılımları gerektiğini düşünmekteyiz. Buna göre bizce *kasıtlı provokasyon* halinde failin meşru savunma hükümlerinden yararlanmasına bir engel bulunmamakta iken *maksatlı provokasyon* halinde esasen fail, meşru savunma hakkını kötüye kullanmakta olduğundan TMK m. 2/2 gereğince meşru savunma hükümlerinden kural olarak yararlanamayacaktır. Ancak istisnai olarak, kışkırtılan saldırının provokatörün düşündüğünden çok daha ağır bir şekilde gerçekleştiği hallerde, artık meşru savunma koşullarının yapay olarak ortaya çıkarılması söz konusu olamayacağından, hakkın kötüye kullanılmasından da bahsedilemeyeceği ve provokatörün savunmada bulunmasının meşru

<sup>125</sup> Hilgendorf/Valerius, § 5, N. 51.

sayılabileceği kabul edilecektir.

**D.** Bu kabulümüz çerçevesinde bu başlık altında son olarak *kasıtlı provokasyon halinde meşru savunma hükümlerinin uygulanmasının sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı* meselesine de değinmemiz gerekmektedir. Bu sınırlandırma yukarıda da belirttiğimiz üzere Alman doktrininde üç basamak teorisi çerçevesinde ileri sürülmektedir ve kasıtlı provokasyon hali açısından failin saldırıya sebebiyet vermesinin *sosyo-etik değerler yönünden değerlendirilmesi* esasına dayanmaktadır<sup>126</sup>. Bu değerlendirme neticesinde ise kasıtlı provokasyon halinde bulunan kimsenin, bizzatı kendisi fiili ile saldırıyı kışkırtmış olması nedeniyle, böyle bir provokasyon olmaksızın bir saldırı ile karşı karşıya kalan kimse ile aynı durumda olmadığı sonucuna varılmakta ve bu halde *kaçarak* veya *korunma savunmasında* (*Schutzwehr*) bulunarak da ağır bir tehlike ile karşı karşıya kalmadan saldırıyı defetme imkânı varsa artık *karşı koyma savunmasında* (*Trutzwehr*) bulunamayacağı sonucuna varılmaktadır<sup>127</sup>. Ancak burada bahsedilen *sosyo-etik değerlerin* ne olduğu ve nasıl tespit edileceği meselesi belirsiz olduğu gibi<sup>128</sup> bu şekilde tümüyle *ahlaki bir ölçü*te dayanarak bir hukuka uygunluk nedenine ilişkin koşulların somut olayda oluşmadığı sonucuna varılmasının bizce suçta ve cezada kanunilik ilkesi çerçevesinde kabulü de olanaklı değildir<sup>129</sup>. Zira böyle bir kabulde bulunulması halinde esasen somut bir fiilin suç olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tümüyle sosyal ahlak ilkelerine göre tespit edilmiş olacaktır ki bunun da ahlaki ilkelere ceza hukuku açısından doğrudan bir kaynak olma vasfı vermek anlamına geleceği şüphesizdir. Bu yönüyle bizce, meşru savunma koşullarının üç basamak teorisi çerçevesinde sınırlandırılmasına ilişkin görüşler suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile uyumlu değildir. Bu olasılıkta failin, hiç provokasyonda bulunmayan bir kimse ile aynı durumda olmadığı açıktır ancak kanun koyucunun bu hususta bilinçli bir şekilde sessiz kaldığı da aynı ölçüde açıktır. Kanun koyucunun bu bilinçli sessizliğinin, içeriği belirsiz ahlaki kavramlara dayalı olarak çözümlenmesi ise ceza hukukunun temel ilkeleri çerçevesinde hukuken kabul edilebilir değildir. Bu açıdan bizce kasıtlı provokasyon halinde failin meşru savunma hükümlerinden yararlanmasının olağandan daha katı koşullara bağlanması, mevcut normatif yapıda olanaklı değildir.

<sup>126</sup> Schmidt, § 32, N. 362; Kühl, § 7, N. 258; Hilgendorf/Valerius, § 5, N. 50.

<sup>127</sup> Schmidt, § 32, N. 362; Kühl, § 7, N. 258.

<sup>128</sup> Gropp, § 6, N. 95a

<sup>129</sup> Bkz. Kühl, § 7, N. 162.

**KAYNAKÇA**

- Akbulut B, *Ceza Hukuku Genel Hükiimler*, 7. Bs., Adalet, 2020.
- Akyol Ş, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*, 2. Bs., Vedat, 2006.
- Antolisei F, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 16. Ed., Giuffrè, 2003.
- Artuk M E/Gökçen A/Alşahin M E/Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükiimler*, 12. Bs, Adalet, 2018.
- Baumann J, “Rechtsmissbrauch bei Notwehr (Zu der Entscheidung des BGH vom 1.8.1961)”, *MDR*, 5/1962.
- Baumann J/Weber U/Mitsch W/Eisele J, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 12. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2016.
- Bekar E, *Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali*, Seçkin, 2013.
- Bettiol G, *Diritto penale, Parte generale*, 5. Ed., G. Priulla, 1962.
- Cadoppi A/Billo G, “Articolo 52- Difesa legittima”, A Cadoppi, S Canestrari, P Veneziani (Ed.), *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Giappichelli, 2018.
- Cadoppi A/Veneziani P, *Elementi di diritto penale, Parte generale*, 7. Edz, Wolters Luwer/CEDAM, 2018.
- Canestrari S/Cornacchia L/De Simone G, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Il Mulino, 2007.
- Caraccioli I, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, CEDAM, 1998.
- Carrara F, *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale*, 3. Edz., Lucca, 1867.
- Cavallo V, *Diritto penale, Parte generale, Volume secondo: L'Oggetto del diritto penale*, E Jovene, 1955.
- Centel N/Zafer H/Çakmut Ö, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 11. Bs., Beta, 2020.
- Ciliberti V, “Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione”, *Tesi di dottorato, Università degli studi di Trento, Facoltà di Giurisprudenza*, 2018.

- Delpino L/Pezzano R, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 30. Edz, Simone, 2020.
- Demirbaş T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Bs., Seçkin, 2020.
- Dönmezer S/Erman S, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.II*, 14. Bs., Köksal Bayraktar vd. (Ed), Der, 2019.
- Dülger M V, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Hukuk Akademisi, 2021.
- Erb V, *Münchener Kommentar zum StGB*, 4. Auflage, Band 1, §§ 1–37, C.H. Beck, 2020.
- Erem F, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C.II, 12. Bs., Seçkin, 1985.
- Ergüne M S, “Wesentliche Merkmale der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben und des Verbots des Rechtsmissbrauchs im türkischen Recht”, *Annales de La Faculté de Droit D’Istanbul*, 47(64), 2015.
- Ersan A, *Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması*, XII Levha, 2013.
- Fiandaca G/Musco E, *Diritto penale, Parte generale*, Zanichelli, 1990.
- Freund G, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Springer, 2009.
- Gropp W, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., Springer, 2005.
- Grosso C F, *Difesa legittima e stato di necessita*, Giuffrè, 1964.
- Hakeri H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 22. Bs., Adalet, 2019.
- Heinrich B, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., Kohlhammer, 2012.
- Hilgendorf E/Valerius B, *Alman Ceza Hukuku Genel Kısım*, Çev. Salih Oktar, Yetkin, 2021.
- Hoffmann-Holland K, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Mohr Siebeck, 2011.
- İçel K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yenilenmiş Bası, Beta, 2016.
- Jakobs G, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., De Gruyter, 1991.
- Jescheck H H/Weigend T, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Duncker&Humblot, 1996.

- Kartal M, *Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gerekliklik ve Orantılılık*, On İki Levha, 2019.
- Kindhaeuser U, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, Nomos, 2013.
- Koca M/Üzülmez İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Bs., Seçkin, 2020.
- Kühl K, *Strafrecht Allgemeinen Teil*, 8. Aufl., Vahlen, 2017.
- Lenckner T, “Notwehr bei provoziertem und verschuldetem Angriff”, *GA*, 1961, s. 299-314.
- Maggiore G, *Diritto penale, Volume I: Parte generale, T. I*, 5.Edz., N. Zanichelli, 1951.
- Mahmutoglu F S/Karadeniz S, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi*, Beta, 2017.
- Mantovani F, *Diritto Penale Parte Generale*, 7th., CEDAM, 2011.
- Marinucci G/Dolcini E/Gatta, G L, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 9.Edz, Giuffrè, 2020.
- Maurach R/Zipf H, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Aufl., C. F. Müller, 1992.
- Nuvolone P, *Il sistema del diritto penale*, 2. Edz., CEDAM, 1982.
- Oğuzman K/Barlas N, *Medeni Hukuk*, 25. Bs., Vedat, 2019.
- Önder A, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.II-III*, 2. Bs., Beta, 1992.
- Özbek V Ö/Doğan K/Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Bs., Seçkin, 2020.
- Özen M (Muharrem), *Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa*, Seçkin, 1995.
- Özen M (Mustafa), *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri*, 2. Bs., Adalet, 2017.
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Bs., Seçkin, 2021.
- Öztürk B/Erdem M R, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 21. Bs., Seçkin, 2021.
- Padovani T, *Diritto penale*, 4. Edz., Giuffrè, 1998.

- Pagliaro A, *Principi di diritto penale, Parte generale*, 5.Edz., Giuffrè, 1996.
- Perron W/Eisele J, *Schönke Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Aufl., C.H. Beck, 2019.
- Pettoello Mantovani L, “‘Volontarietà del pericolo e legittima difesa’, nota a Cass. 27.10.1954”, *Riv. pen.*, 1955, II, s. 886-889.
- Pisa P, “La Legittima difesa”, CF Grosso, M Pelissero, D Petrini, P Pisa, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 3. Edz, Giuffrè, 2020.
- Ramacci F/Guerrini R, *Corso di diritto penale*, 5. Edz, G Giappichelli 2013.
- Ranieri S, *Manuale di diritto penale, Volume primo: Parte generale*, 3. Edz., CEDAM, 1956.
- Rengier R, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., C. H. Beck, 2012.
- Romano B, *Diritto penale, Parte generale*, 4. Edz, Giuffrè, 2020.
- Roxin C/Greco L, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., C. F. Beck, 2020.
- Sabatini G, “Provocazione e legittima difesa: Requisiti comuni e differenziali”, *Il Foro Italiano*, Vol. 61, Parte seconda: Giurisprudenza penale, 1936, s.51-56.
- Santaniello G/Maruotti L, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Giuffrè, 1990.
- Santoro A, *Manuale di diritto penale I*, UTET, 1958.
- Schmidhaeuser E, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Mohr Siebeck, 1975.
- Schmidt R, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 12. Aufl., Rolf Schmidt, 2013.
- Soyaslan D, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bs., Yetkin, 2016.
- Stratenwerth G/Kuhlen L, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., Franz Vahlen, 2011.
- Toroslu N/Toroslu H, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 21. Bası, Savaş, 2015.
- Triffterer O, *Österreichisches Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Springer, 1994.
- Wessels J/Beulke W/Satzger H, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 43. Aufl., C. F. Müller, 2013.

Zafer H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75*, 7. Bs., Beta, 2019.

Hafizoğulları Z/Muhammed Ö, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümleri*, 8. Baskı, Us-A, 2015.

Zieschang F, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., Richard Boorberg, 2014.