

**MÜTEADDİT DEFA CİNSEL SALDIRI SUÇUNUN  
MAĞDURU OLAN KADININ “MUHTEMEL CİNSEL  
SALDIRIYA” BİNAEN FAİLİ ÖLDÜRME SİNE İLİŞKİN  
“BİRBİRİYLE ÇELİŞEN” İKİ YARGITAY KARARININ  
DEĞERLENDİRİLMESİ**

*“İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin ilk kadın profesörü  
saygıdeğer Hocamız Prof. Dr. Türkan RADO'nun  
ve kadın oldukları için suç mağduru olan kadınların anısına ...”*

**DR. ÖĞR. ÜYESİ  
ELİF ERGÜNE\***

**DR. ÖĞR. ÜYESİ  
MUHAMMED DEMİREL\*\***

**I. OLAYLAR**

**1. Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 13.07.2011 tarih,  
2011/1267 Esas ve 2011/4491 Karar sayılı Kararı**

Sanık B, kendisine karşı müteaddit defa cinsel saldırı suçunu işlediğini belirttiği babasını uyuduğu esnada öldürdüğü olayda yerel mahkeme, B hakkında TCK'nın 82/1-d, 29, 62 maddeleri ile hüküm kurmuş, yani B'yi kasten öldürme suçunun nitelikli halinden (TCK md. 82/1-d) mahkûm etmiş, bununla birlikte cezasında haksız tahrik indirimi yapıl-

\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, elifbekar@istanbul.edu.tr

\*\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, muhammedemirel@gmail.com

ması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Kararda sanığın babası hakkında 24.08.2004 tarihinde sanığın evlendiği D.M.'ye karşı 3.09.2004 tarihinde yaralama, sövme ve tehdit suçlarını, 09.11.2005 tarihinde yaralama ve tehdit suçlarını, 14.11.2005'te kendi evini kasıtlı olarak yakma suçunu işlediği iddiaları ile Afşin Asliye Ceza Mahkemesi'nde kamu davaları açıldığı, davaların babasının öldüğü tarihte derdest olduğu bilgilerine yer verilmiştir. Bununla birlikte kararda ölen babanın, kızı olan sanığa evliliği süresince "10 tane çocuğun da olsa seni bu kişiden ayırıp yanıma alacağım, isteyen olursa da vermeyeceğim." şeklinde sözler söylediği, tüm bu olaylardan sonra sanığın, Afşin Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 25.01.2006 tarih, 2006/19 Esas, 2006/16 Karar sayılı olup, aynı gün kesinleşen kararı ile eşi D.M.'den boşandığı ve baba evine döndüğü; maktul babanın, olay tarihinden önceki 6 ay boyunca, evlilik geçirmiş ve 22 yaşında olan sanık kızını diğer aile bireyleri içinde dahi kucağına almak, kalçasına ve göğsüne dokunmak sureti ile taciz ettiği, aynı odada kalan 14 yaşındaki diğer kızı B'nin uyuduğundan emin olduğunda odaya girip kızı olan sanığın kalçalarına ve göğsüne dokunarak taciz ettiği, tabancayı sanığın kafasına dayamak sureti ile tehdit ederek, onunla birden çok kez ve rızası dışında cinsel ilişkide bulunduğu; yaşanan bu ilişkiler sonucu sanığın hamile kaldığı; kadın doğum uzmanı Dr. S'nin özel muayenehanesinde 16.04.2008 tarihinde kürtaj yaptırdığı; maktul babanın, 27.06.2008 günü eve geç geldiklerini bahane ederek sanık kızını, eşini ve diğer kızı B'yi evden kovduğu, sanığın, annesi ve küçük kız kardeşi ile beraber işletmekte oldukları bazlama dükkânında geceledikleri; maktul babanın, ertesi gün işyerine giderek diğerlerini eve gelmemeleri konusunda tehdit ederek, kızını kolundan tutup eve götürdüğü ve evde silah zoru ile tekrar cinsel ilişkiye girdiği; sanığın, o gün evde kalıp ertesi gün işe gittiği, olaydan bir gün önce 29.06.2008 tarihinde saat 20.00 sıralarında annesi C. ve kardeşi ile beraber eve girdikleri, maktulün, eve gelmelerine ses çıkarmadığı, televizyon izlemekte olan maktulün, eşinin uyumasından sonra arada mutfığa girip çıkmak sureti ile kızlarının odasını gözetleyerek küçük B'nin uyumasını kolladığı, B'nin ve sanığın uyumasından sonra saat 24.00 sıralarında sanık kızının yanına gidip eli ile kalçasına ve göğüslerine dokunmak sureti ile tacizde bulunduğu ve uyanan sanığa "Salona gel" dediği, sanığın, "Ben senin kanındanım, canındanım" demesi üzerine "Seni

*istiyorum, kaçışın yok, sen benim olacaksın, tersten bir kere birlikte olalım*” diyerek eli ile gerçekleştirdiği tacizlerini devam ettirdiği, sanığın bağıracağını ve annesini çağıracağını söylemesi üzerine “*Tamam, ben sabrederim, bugün olmazsa yarın seni mutlaka elde edeceğim ve seninle birlikte olacağım*” diyerek odadan çıktığı; maktulün, her zaman yaptığı gibi, gece tekrar taciz ve tecavüz için gelebileceği ve ertesi gün annesini ve kız kardeşini evden uzaklaştırdıktan sonra kendisine silah tehdidi ile tecavüz edeceği endişesiyle korkuya kapılan sanığın, maktule ait silahı yerinden alıp yastığının altına koyduğu, sabah saat 07.30 sıralarında annesinin mutfakta olması nedeni ile babasının yalnız olarak uyumakta olduğu odaya girip, çaresizlikten kaynaklanan korku ve panikle ona ikisi enseye ve bir adedi sırt bölgesine olmak üzere 3 el ateş etmek suretiyle öldürdüğü olayda; Yargıtay 1. Ceza Dairesi, açıklanan olaylar zinciri içinde ırzına yönelik ısrarlı saldırılardan maktulün vazgeçmeyeceği ve o an için son verilen saldırıların tekrarının muhakkak olduğu inancına kapılarak, meşru savunma koşulları içinde, ancak mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaş ile sınırı aşarak maktulü öldüren sanık hakkında TCK’nın 27/2 ve CMK’nın 223/2-c maddeleri uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi yerine delillerin takdirinde yanılığa düşülerek TCK’nın 82/1-d, 29, 62 maddeleri ile hüküm kurulmasını bozmayı gerektiren bir durum olarak görmüş ve sanık müdafinin temyiz itirazlarını bu itibarla 13.07.2011 gününde oybirliği ile yerinde görmüştür.

## **2. Yargıtay 1. Ceza Dairesi’nin 05.02.2018 tarih, 2017/90 Esas ve 2018/284 Karar sayılı Kararı**

Babasını öldüren sanığın, babasının kendisine karşı müteaddit defa cinsel saldırı suçunu işlediğini belirttiği olayda yerel mahkeme, babasının uyuduğu esnada öldürüldüğü kabulünden hareketle sanık hakkında TCK’nın 81, 29 maddeleri ile hüküm kurmuş, yani sanığı kasten öldürme suçunun temel şeklinden (TCK md. 81) mahkûm etmiş, bununla birlikte cezasında haksız tahrik indirimi yapılması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Kararda yer aldığı üzere tüm dosya kapsamına göre; sanık ... ile maktul...’ün 5 yıldır birlikte yaşadıkları, olaydan 2-3 yıl önce doğan müşterek çocuklarının tam özürlü olup, sanığın boşanmadan önceki

eşinin üzerine kaydedildiği, belirli bir işi olmayan maktulün sürekli olarak sanığı dövdüğü, evden çıkmasına izin vermediği, rızası dışında defalarca sanıkla ters ilişkiye girdiği, kendisinden ayrılmak isteyen sanığı öldürmekle tehdit ettiği, olay tarihinde, buna ve öncesine ait tıbbi delilin dosyada bulunduğu haliyle sanığı soyarak yine rızası dışında ters ilişkiye girdiği, maktulün bütün bu tahrik oluşturan eylem, söz ve davranışları nedeniyle, bıçakla, boğazına tek darbe vurmak suretiyle maktulü öldürdüğü olayda; Yargıtay 1. Ceza Dairesi, olay sırasında maktulün uyumakta olduğuna dair sanığın hiç bir aşamada bir beyanı mevcut bulunmayıp, dosyada maktulün uyumakta olduğuna dair her türlü şüpheden uzak, kesin bir delil bulunmadığı halde, olay yeri incelemeleri sırasında çekilen resimlerde kanamanın maktulün yattığı yerde başını koyduğu yastık kısmında başlamış olduğundan bahisle maktulün uyumakta olduğu kabul edilerek, sanık hakkında, TCK'nın 81. maddesi yerine TCK'nın 82/1-e maddesi uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesi, sanık hakkında haksız tahrik nedeniyle 5237 Sayılı TCK'nın 18 yıldan 24 yıla kadar hapis cezası öngören 29. maddesi uyarınca uygulama yapılırken devam eden haksız hareketlerin niteliği, sayısı ve ulaştığı boyut nazara alınarak azami oranda indirim yapılması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde 20 yıl hapis cezasına hükmedilmesi suretiyle fazla ceza tayini nedenlerinden dolayı hüküm kurulmasını bozmayı gerektiren durumlar olarak görmüştür. Bununla birlikte 05.02.2018 tarihinde verilen karar, iki üyenin meşru savunma hükümlerinin uygulanması ve sanığın tahliyesine karar verilmesi gerektiği yönündeki karşı oylarıyla birlikte oy çokluğu ile verilmiştir.

## II. ÇÖZÜMÜ GEREKEN HUKUKİ SORUN

Her iki kararın konuları aynı olmasına rağmen kararlarda ulaşılan sonuçlar farklı olup birbirleri ile çelişmektedir. Bu bakımdan her iki karar açısından da çözümü gereken hukuki sorun, müteaddit defa cinsel saldırı suçunun mağduru olan kadının, suç failini “muhtemel cinsel saldırıya” binaen öldürmesi durumunda meşru savunmanın (TCK md. 25/1) ve keza meşru savunmada sınırın aşılmasının varlığının kabul edilip edilmeyeceği, bu çerçevede sanık hakkında meşru savunmada sınırın, mazur görülebilecek heyecan, korku veya telaş nedeniyle aşıldığından (TCK

md. 27/2) bahisle ceza verilmesine yer olmadığı kararına hükmolunup hükmolunamayacağıdır.

### III. MERCİLERİN SORUNU ÇÖZÜM GEREKÇELERİ

**Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 13.07.2011 tarih, 2011/1267 Esas ve 2011/4491 Karar sayılı kararına** konu olan ilk kararda yerel mahkeme, sanık B'nin kasten öldürmenin üst soya karşı işlenmesi şeklindeki nitelikli halinden bahisle cezalandırılması gerektiği yönünde hüküm kurmuş, bununla birlikte babasının daha önce gerçekleştirdiği cinsel davranışlar nedeniyle B'nin cezasında haksız tahrik indirimi yapılması gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

Buna karşılık Yargıtay 1. Ceza Dairesi, açıklanan olaylar zinciri içinde sanık B'nin ırzına yönelik ısrarlı saldırılardan maktul babanın vazgeçmeyeceği ve o an için son verilen saldırıların tekrarının muhakkak olduğu inancına kapılarak meşru savunma koşulları içinde, ancak mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaş ile sınırı aşarak öldürdüğü için hakkında TCK'nın 27/2 ve CMK'nın 223/2-c maddeleri uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

**Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 05.02.2018 tarih, 2017/90 Esas ve 2018/284 Karar sayılı kararına** konu olan ikinci kararda ise yerel mahkeme, babasını öldüren sanığın kasten öldürme suçundan bahisle cezalandırılması gerektiği, ayrıca haksız tahrik indirimi yapılması gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi, kasten öldürmenin üst soya karşı işlenmesi şeklindeki nitelikli hal yerine kasten öldürmenin temel şeklienden hüküm kurulmasını ve sanık hakkında haksız tahrik nedeniyle 5237 Sayılı TCK'nın 18 yıldan 24 yıla kadar hapis cezası öngören 29. maddesi uyarınca uygulama yapılırken devam eden haksız hareketlerin niteliği, sayısı ve ulaştığı boyut nazara alınarak azami oranda indirim yapılması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde 20 yıl hapis cezasına hükmedilmesi suretiyle fazla ceza tayinini bozma gerektiren durumlar olarak görmüştür.

Buna karşılık Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin kararı verilirken dairesinin iki üyesi, meşru savunma hükümlerinin uygulanması ve sanığın tahliyesine karar verilmesi gerektiği yönünde karşı oy kullanmıştır. Gerekçeleri ise gayri resmi birlikte yaşadığı ve özürlü çocuğunun babası olan, belirli bir işi bulunmayan maktulün, sanıkla birlikte yaşadıkları süreç içinde, sanığa kötü davranıp dövdüğü, evden çıkmasına izin vermediği, müşterek özürlü çocuklarından gelen özürlü maaşını zorla elinden alıp, onu evden kovmakla tehdit ettiği, porno film müptelası olup, sıkça seyrettiği filmlerdeki fantezileri, sanık üzerinde rızası dışında ve zora dayalı olarak devamlı şekilde kişide uyguladığı, olay günü de, aynı eylemlerine birden fazla kez rızası dışında ve zora dayalı olarak ifa ettiği, eylemin bu aşamadan sonra gerçekleştiği, bizzat sanık beyanından ve bu hususları doğrulayan, sanığa ait doktor raporları ile evden elde edilen porno kasetlerinden anlaşıldığı, sanığın beyanı dışında başkaca bir delil ya da beyan dahi bulunmadığı, maktulün sanığa karşı tüm bu davranışlarının devam ettiğine yönelik sübutta hiçbir sıkıntı olmadığı, Dairenin çoğunluk görüşüne göre maktulün sanığa karşı yaptığı bu şekildeki haksız eylemlerin, azami haksız tahrik oluşturduğu belirtilmekte ise de olay gecesi birden fazla kez cinsel saldırının devam etmesi, önceye dayalı aynı yöndeki davranışlarının varlığı gibi hususlar göz önünde tutulduğunda, maktul ölme idi, onun tarafından bu hareketlerin sanığa karşı devam edeceğinde dahi hiçbir kuşku bulunmayacağına sanık tarafından bilindiği, bu durum karşısında rızası dışında iki kez cinsel saldırısına maruz kalmış olup anlık saldırının bittiğini kabul etmek suretiyle hakkında hüküm kurulur iken lehine azami tahrik indiriminin gerektiğine ilişkin sayın çoğunluk görüşüne katılmanın mümkün olmadığı, maktulün sanığa yönelik cinsel saldırısının tekrarının an içinde dahi muhakkak olduğu şeklindedir. Ayrıca iki üye, Dairesinin önceki kararına, incelememizdeki ilk karara atıf yapmışlar, devamlı şekilde cinsel saldırıda bulunan öz babasını uyuduğu sırada silah ile vuran sanık hakkında dahi meşru savunma koşulları lehine değerlendirilmek suretiyle bozma kararı verildiğine dikkat çekmişler ve sanığın olay gecesi, maktul tarafından tekrarında kesinlik bulunan bedenine karşı saldırıyı oranlı şekilde önlemekten ibaret eyleminde artık 5237 Sayılı Kanun'un 25. maddesinin lehine tatbiki ile sanık hakkında beraat kararı verilmesi

ve tahliye edilmesi gerektiği düşüncesi ile sayın çoğunluk görüşüne karşı olduklarını belirtmişlerdir.

#### IV. DEĞERLENDİRME

Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 2011 ve 2018 yıllarında birbirine benzeyen iki olay hakkında birbiriyle uyuşmayacak şekilde verdiği iki kararın konusu da müteaddit defa babaları tarafından cinsel saldırı suçuna ve şiddete maruz kalan kadınların, babalarını öldürmeleri hakkındadır. Yargıtay, 2011 yılında meşru savunmada sınırın mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaşla aşıldığı sonucuna ulaşırken 2018 yılında meşru savunmayı hiçbir şekilde kabul etmemiş, yalnızca babanın daha önceki davranışlarını haksız fiil olarak nitelendirip sanık durumundaki kadını haksız tahrikten yararlandırmıştır. Bununla birlikte 2018 yılındaki kararda Dairenin iki üyesi karara karşı oy kullanmışlar ve 2011 yılında Daire tarafından benzer olaya ilişkin verilen karara gönderme yaparak bu olayda da meşru savunma olduğunu, sanık hakkında beraat kararı verilmesi gerektiğini belirtmişlerdir.

Maktul durumundaki babalarıyla aynı evde yaşayıp babalarından müteaddit defa zorla cinsel davranışlara, hatta cinsel saldırı suçunun vücuda organ sokulması suretiyle işlenmesi suçuna maruz kalan her iki kadın, gerçekleştirilen bu davranışlara bir süre sonra dayanamamışlar ve sonraki günlerde de bu tür davranışlara maruz kalacaklarının muhtemel olduğu düşüncesiyle babalarını öldürmüşlerdir. İlk karara konu olan olaydaki kadın, babasını yatakta uyur haldeyken öldürmüşken ikinci karara konu olan olaydaki kadının ise, babasını uyurken mi yoksa uyanık haldeyken mi öldürdüğü şüpheli kalmıştır. İkinci karara konu olayda, maktül babanın öldürüldüğü esnada uyuyor olup olmadığı tam olarak tespit edilememiş olduğundan 2018 yılındaki karara karşı oy kullanan iki üyenin görüşleri, Dairenin 2011 yılında verdiği karar dikkate alındığında daha makul görünmektedir. Zira ilk karara konu olayda, maktül baba, vurulduğu esnada uyuyor olmasına rağmen meşru savunma kabul edilmiş ve fakat sınırın aşılmış olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Buna rağmen ikinci karara konu olayda, maktül babanın öldürüldüğü esnada uyuyor olup ol-



madığı belli olmayıp şüphelidir. Dolayısıyla ilk kararda meşru savunmayı kabul eden Dairenin, ikinci kararında da “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi gereğince meşru savunmayı evleviyetle kabul etmesi beklenirdi. Buna rağmen ikinci karara konu olayda, meşru savunma hiçbir şekilde kabul edilmemiştir.

Tüm bunlara karşılık *kanaatimiz*, her şeyden önce her iki olayda da meşru savunmanın koşullarının gerçekleşmediği, bu nedenle meşru savunmada sınırın mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaşla aşıldığı sonucuna ulaşılmamasının mümkün olmadığı yönündedir. Dolayısıyla Daire tarafından 2011 yılında verilen kararlar 2018 yılındaki karara karşı oy kullanan iki üyenin görüşleri yerinde değildir. Zira meşru savunma için evvela hukuki değerlerin ihlal edilmesine yönelik bir saldırı bulunmalıdır. Buradaki saldırı, hukuken korunan değerın insan hareketleriyle doğrudan tehdide maruz bırakılmasını şart koşar ki bundan saldırının meydana gelmiş ve halen devam ediyor olması yahut her an tekrarlanması ihtimali anlaşılmalıdır<sup>1</sup>. Her ne kadar saldırı sona erdikten sonra gerçekleştirilen hareketler bakımından meşru savunmadan söz edilemeyecekse de tekrarinin muhakkak olduğu durumlarda da meşru savunma söz konusu olabilecektir<sup>2</sup>. Bu noktada zamansal sınır önem arz etmekte olup<sup>3</sup> birbirini izleyen birden fazla savunma hareketi ile savunmada bulunulabilecekken arada geçen zamanda saldırı sona ermişse artık meşru savunmadan söz edilemeyecek, yalnızca haksız tahrik gündeme gelebilecektir. Bununla birlikte sona ermiş olan saldırıdan sonra saldırıya karşı gerçekleştirilen davranış, karşı taraf için ayrıca bir meşru savunma imkânı ortaya çıkartacaktır<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Schmidhäuser, § 9 kn. 89; Gropp, § 5 kn. 145; Hoffman-Holland, kn. 226; Kühl, § 7 kn. 23; Krey/Esser, kn. 475; Kindhäuser, § 16 kn. 17; Jescheck/Weigend, § 32 II 1 d; Otto, § 8 kn. 31; Wessels/Beulke/Satzger, kn. 328; Öztürk/Erdem, kn. 463; Özgenç, s. 367, 368; Zafer, s. 376; Demirbaş, s. 292; Hakeri, s. 326; Koca/Üzülmez, s. 282; Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır, s. 442; Kartal, s. 69.

<sup>2</sup> Demirbaş, s. 292, 293; Özgenç, s. 367; Koca/Üzülmez, s.282; Zafer, s. 376; Hakeri, s. 325 vd.; Kartal, s. 72.

<sup>3</sup> Özen, s. 70 vd.; Öztürk/Erdem, kn. 463; Kartal, s. 72.

<sup>4</sup> Özen, s. 72; Hakeri, s. 326; Öztürk/Erdem, kn. 463; Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır, s. 448.



İşte tam bu noktada gerek 2011 yılında verilen kararda gerekse 2018 yılındaki karara karşı oy kullanan iki üyenin karşı oy yazılarında her iki olaydaki maktul babaların sanıklara yönelik cinsel saldırılarının tekrarı-  
nın muhakkak olduğu ve meşru savunmanın “saldırı” koşulunun gerçek-  
leştiği düşüncesinden hareket edilmiştir. Yerinde bulmadığımız bu görüş,  
esasen bu tür vakalarda saldırının gerçekleşmesinin ya da tekrarının  
muhakkak olduğu yönündeki şartın oldukça geniş yorumlanmasından  
ve böylelikle sanığın meşru savunma hali içinde kabul edilmesi anlayı-  
şından kaynaklanmaktadır. Oysa ki sadece tahmin edilen ya da beklenen,  
ancak kişinin şahsı üzerinde dışsal anlamda henüz harekete geçirilmemiş  
saldırı ve reaksiyonlar, tahrik edici hareketler, meşru savunma için yeterli  
değildir. Dışsal anlamda doğrulanmamış salt saldırı amacı da saldırı ola-  
rak nitelendirilemeyecektir<sup>5</sup>. Buradaki saldırı, “*Bu defa yapamadım ancak,  
evini gelecek fırsatta ateşe vereceğim*” cümlesinde olduğu gibi daha sonra-  
dan bir saldırının gerçekleştirileceğine yönelik bir tehdidi de içerecek  
şekilde yanlış anlaşılmalıdır. Bilakis tehdit edilen hukuki değer, *akut  
şekilde* tehlikeye düşürülmüş olmalıdır<sup>6</sup>. Daha açık bir ifadeyle hukuki de-  
ğerlerin ihlaline yönelik olarak her zaman söz konusu olabilecek saldırıya  
dair kesintisiz tehlikelilik durumu meşru savunma kapsamında bir saldırı  
olarak görülemeyecektir<sup>7</sup>. Nitekim böyle bir durumda tehlike, resmî  
kurumlar başta olmak üzere çeşitli yollarla da önlenabilir durumdadır<sup>8</sup>.  
Dolayısıyla inceleme konumuz olan kararlara konu olan önleyici meşru  
savunma olarak ifade edilen kesintisiz tehlikelilik durumuna karşı önlem  
almak üzere gerçekleştirilen savunma hareketi, doktrinde aksi görüşler<sup>9</sup>

<sup>5</sup> Jescheck/Weigend, § 32 II 1 d.

<sup>6</sup> Kühl, § 7 kn. 23; Wessels/Beulke/Satzger, kn. 325; Öztürk/Erdem, kn. 463.

<sup>7</sup> Krey/Esser, kn. 492; Hoffman-Holland, kn. 228.

<sup>8</sup> Gropp, § 5 kn. 145; Roxin, § 15 kn. 27; Özen, s. 78; Öztürk/Erdem, kn. 464; Koca/Üzülmez, s. 282.

<sup>9</sup> Alman doktrininde önleyici meşru savunmayı kabul eden azınlık bir görüş bulunmaktadır. Bu görüş, mevcut saldırı koşulunu geniş yorumlamakta ve failin mağdurun kendisine karşı savunmada bulunmasına çok fazla imkân bırakmayacak şekilde hazırlık hareketlerine başlamış olması halinin yeterli olduğunu kabul etmektedir. Bkz. Schmidhäuser, § 9 kn. 94. Ancak bu fikir, hâkim görüş tarafından reddedilmektedir. Bakınız Roxin, § 15 kn. 23, 27; Wessels/Beulke/Satzger, kn. 329. Yine doktrinde azınlık olan bir diğer görüş, önleyici meşru savunmayı kıyas yoluyla kabul etme eğilimi göstermektedir. Bu konuda

bulunsa dahi hâkim görüş<sup>10</sup> tarafından meşru savunma kapsamında telakki edilmemektedir. Şayet önleyici meşru savunma kabul edilecek olursa bu defa meşru savunmanın sınırları oldukça belirsizleşecektir<sup>11</sup>.

Nitekim Alman Federal Yüksek Mahkemesi de *ailelerin tiranları* adıyla anılan kararında sürekli aile üyelerine saldırıda bulunan ve uyumakta olan babanın meşru savunma altında öldürülmüş olabileceğini kabul etmemiştir. Zira mahkemeye göre her ne kadar daha önce sürekli tekrarlanırsa da olay esnasında mevcut bir saldırı bulunmamaktadır<sup>12</sup>. Mahkeme, bu kararında babanın sonraki gün saldırgan davranışlarını sürdürme ihtimali yüksek olsa bile öldürüldüğü esnada mevcut bir saldırının mevcut olmadığına dikkat çekmiştir<sup>13</sup>. Bu noktada önleyici meşru savunma durumunda kusurluluğu kaldırın zorunluluk halinin<sup>14</sup> yahut Alman hukukunda hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinin<sup>15</sup> uygulanabileceği ileri sürülmekte, burada ortaya çıkan sorun bu şekilde çözülmeye çalışılmaktadır.

Şu hâlde kararlara konu olaylarda sanık kadınların babalarını öldürmeleri bakımından meşru savunma içerisinde oldukları sonucuna ulaşamayacaktır. Pekâlâ Alman doktrininde olduğu gibi bir zorunluluk hali tartışmasına da girilebilir. Ancak *Türk hukukunda hukuka uygunluk nedeni*

---

açıklama ve değerlendirmeler için bkz. **Roxin**, § 15 kn. 27; **Krey/Esser**, kn. 490. Türk doktrininde 765 sayılı TCK döneminde bu konuda çalışması bulunan *Özen*, bu hükmün geniş yorumlanması gerektiğini, sadece mevcut ve devam eden bir saldırı halinde değil, saldırının doğurduğu tehlikenin varlığı halinde de meşru savunmanın kabul edilmesi gerektiğini, hatta 765 sayılı TCK'daki düzenlemenin buna göre değiştirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bakınız *Özen*, s. 74, 75.

<sup>10</sup> **Roxin**, § 15 kn. 23, 27; **Wessels/Beulke/Satzger**, kn. 329; **Rengier**, § 18 kn. 22; **Kindhäuser**, § 16 kn. 20; **Gropp**, § 5 kn. 145; **Kühl**, § 7 kn. 24; **Öztürk/Erдем**, kn. 464; **Koca/Üzülmez**, s. 282.

<sup>11</sup> **Rengier**, § 18 kn. 22; **Kindhäuser**, § 16 kn. 20.

<sup>12</sup> BGHSt 48, 255, 256 (**Kühl**, § 7 kn. 24; **Rengier**, § 18 kn. 21; **Hoffman-Holland**, kn. 228; **Otto**, § 8 kn. 39); BGHSt 14, 358 (**Jescheck/Weigend**, § 32 II 1 d).

<sup>13</sup> **Hoffman-Holland**, kn. 228.

<sup>14</sup> **Gropp**, § 5 kn. 145. Ayrıca konu hakkında bkz. **Bekar**, 60 vd.

<sup>15</sup> **Gropp**, § 5 kn. 145; **Krey/Esser**, kn. 491; **Jescheck/Weigend**, § 32 II 1 d; **Otto**, § 8 kn. 40; **Wessels/Beulke/Satzger**, kn. 329.

olan zorunluluk hali müessesesinin bulunmamasının da etkisiyle bu iki olay açısından **kanaatimiz**, yasak hatası çerçevesinde bir tartışmanın yapılması gerektiği yönündedir. Şöyle ki her iki olayda da sanıklar, içerisinde buldukları şartlar itibarıyla meşru savunma hali içerisinde oldukları düşüncesiyle hareket etmiş olabilirler. Böyle bir durumda da yasak hatası kapsamında bir değerlendirmenin yapılması gerekecektir. Şayet fail, haksız bir davranış sergilediği konusundaki anlayışında yanılırsa yasak hatasından söz edilir. Fail, fiilin yasak olduğunu bilmediğinden failin haksızlık bilincinin varlığından söz edilemez<sup>16</sup>. Esasında kasıtlı olarak hareket eden kişi, hareketinin yasaklanmadığı düşüncesiyle bir davranış sergilemekte, hareketini yasaklayan kanun koyucudan farklı bir şekilde değerlendirme yapmaktadır<sup>17</sup>.

Yasak hatası, kişinin yalnızca hareketiyle ihlal ettiği yasak normu bilmemesini ifade etmez. Kişinin, hatalı şekilde haksız bir davranış sergilediğini ancak buna hukuk düzeni içerisinde izin veren bir norm olduğunu düşünmesi de yasak/haksızlık hatası olarak nitelendirilebilir<sup>18</sup>. Zira failin genel olarak norma aykırı olduğunu bildiği bir hareketine hatalı şekilde bir hukuka uygunluk nedeni olduğundan bahisle istisnai olarak izin verildiği düşüncesinde bulunması söz konusu olabilir. Yasak hatasının bir diğer türü olan ve “dolaylı haksızlık hatası” da denilen bu hata türünde fail, norm üzerinde bir değerlendirme hatasına, izin hatasına düşerek hukuk düzeni tarafından tanınmayan bir hukuka uygunluk nedeninden hareket etmektedir ve haksız bir davranış sergilediğini düşünmemektedir<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> **Roxin**, § 21 kn. 1; **Kühl**, § 13 kn. 49; **Krey/Esser**, kn. 717; **Rengier**, § 31 kn. 4; **Hoffman-Holland**, kn. 430; **Gropp**, § 6 kn. 115; **Sözüer**, s. 479 vd.; **Zafer**, s. 467; **Öztürk/Erdem**, kn. 561; **Hakeri**, s. 467.

<sup>17</sup> **Jescheck/Weigend**, § 41 I 3 b; **Kühl**, § 13 kn. 50; **Krey/Esser**, kn. 714; **Otto**, § 13 kn. 40; **Özgenç**, s. 485, 486; **Öztürk/Erdem**, kn. 561; **Göktürk**, s. 115.

<sup>18</sup> **Krey/Esser**, kn. 717; **Jescheck/Weigend**, § 41 II 2 a; **Sözüer**, s. 481; **Öztürk/Erdem**, kn. 562; **Zafer**, s. 464; **Hakeri**, s. 467; **Koca/Üzülmez**, s. 369. Yasak hatasına ilişkin detaylı açıklamalar için bakınız **Sözüer**, s. 479 vd.; **Göktürk**, s. 125 vd.

<sup>19</sup> **Kühl**, § 13 kn. 53; **Rengier**, § 31 kn. 12; **Hoffman-Holland**, kn. 432; **Krey/Esser**, kn. 717; **Sözüer**, s. 481; **Öztürk/Erdem**, kn. 562; **Zafer**, s. 467; **Koca/Üzülmez**, s. 369; **Göktürk**, s. 126.

Bu çerçevede Berlin duvarından kaçmaya çalışanların sınırın korunması amacıyla öldürülmesi yönündeki emre “*Emir, emirdir.*” düşüncesiyle itaat etmesi bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu düşünen askerin içerisinde bulunduğu durum bu hata türüne örnek olarak gösterilmektedir<sup>20</sup>. Yine bir baba, terbiye hakkının kapsamında yer aldığı düşünerek çocuğunun çıplak vücuduna sopayla vurursa bu hatanın kaçınılmaz olup olmadığı tartışması bir tarafa bırakıldığında yine haksızlık hatasından söz edilebilecektir<sup>21</sup>. Benzer şekilde saldırıya maruz kalan kişinin, *bu saldırıyı defetmek için yeterli zamanı olmasına rağmen* elindeki silahı saldırıyı gerçekleştiren kişiye karşı doğrultup *hemen ateş edebileceği düşüncesiyle* silahı ateşlemesi halinde de yasak hatasından bahsedilebilecektir<sup>22</sup>.

Fail, hukuk düzeni tarafından kabul edilen bir hukuka uygunluk nedeninin kendi hareketi açısından mevcut olduğunu da zannederek söz konusu hukuka uygunluk nedeninin uygulama alanını genişletebilir ve kendi davranışını hatalı şekilde hukuka uygun görebilir<sup>23</sup>. Bu kapsamda her kim meşru savunma hükmüne aykırı olarak ölümcül bir şekilde bıçak sokmanın da meşru savunma kapsamında olduğunu ya da kendi provoke ettiği saldırganı karşı da meşru savunmada bulunabileceği kabulünden hareket ederse yine **dolaylı haksızlık hatası** gündeme gelebilecektir<sup>24</sup>. Daha da önemlisi inceleme konusu kararlar açısından da önem arz eden kişinin gelecekte gerçekleşme ihtimali olan bir saldırıya karşı savunma hareketi gerçekleştirebileceğini düşünerek saldırması halinde de meşru savunma olmasa bile bu kapsamda bir yasak hatasından söz edilebilecek olmasıdır<sup>25</sup>.

Nihayet yasak hatasının varlığı sonucuna ulaşıldıktan sonra bu defa TCK'nın 30'uncu maddesinin dördüncü fıkrasında da düzenlendiği

<sup>20</sup> BGHSt 39, 1 (Kühl, § 13 kn. 54); BGHSt 22, 223 (Jescheck/Weigend, § 41 III 2).

<sup>21</sup> Rengier, § 31 kn. 13; Sözüer, s. 482.

<sup>22</sup> Rengier, § 31 kn. 13.

<sup>23</sup> Roxin, § 21 kn. 22; Jescheck/Weigend, § 41 II 2 a; Kühl, § 13 kn. 55; Sözüer, s. 481; Koca/Üzülmez, s. 369.

<sup>24</sup> Kühl, § 13 kn. 55; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 600.

<sup>25</sup> Roxin, § 21 kn. 22.

üzere işlediği fiilin haksızlık teşkil ettiği konusunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmayacaktır. Buna göre yasak hatasında bu hatanın kaçınılmaz olması durumunda failin kusuru bulunmaması nedeniyle cezalandırılmasından söz edilemeyecektir<sup>26</sup>. Hatanın kaçınılabılır olması durumunda ise TCK’da açık bir düzenleme yapılmış olmasa da failin kusurunda bir azalma olduğu düşüncesinden hareketle TCK md. 61 hükmünden bahisle yalnızca cezada belli bir oranda indirim yapılabilecektir<sup>27</sup>. Kaçınılmazlık tespitine ilişkin olarak failin bireysel olarak şahsi durumu dikkate alınmalı, bu anlamda yaşamı, mesleki deneyimleri, hukuksal ve ahlaki değer yargıları göz önünde bulundurularak hareketinin haksızlık teşkil edebileceğini düşünemeyecek durumdaysa içerisine düştüğü hata kaçınılmaz olarak kabul edilmelidir<sup>28</sup>.

Şu halde her iki karara konu olan olaylardaki sanıkların babalarının da bulunduğu evde yaşamak zorunda kalmaları, adeta babaevine sığınmış olmaları, muhtemeldir ki kendi geçimlerini sağlamak için bu evde kalmak zorunda oldukları hissiyatını taşıyor olmaları, aile içi cinsel saldırı teşkil eden davranışların yaşanılan toplumda gün yüzüne çıkmasının oluşturabileceği endişesiyle sessiz kalıp bu tür ağır davranışlara katlanmanın oluşturduğu baskı altında kalmış olmaları gibi hususlar göz önünde bulundurulduğunda yasak hatasının her iki olay bakımından da kaçınılmaz olduğu belirtilebilecektir.

Böylelikle **kanaatimize göre** her iki olayda da sanıklar hakkında, kusurun bulunmaması dolayısıyla CMK md. 223 hükmü gereğince ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilebilirdi.

<sup>26</sup> Roxin, § 21 kn. 35; Jescheck/Weigend, § 41 I 1; Krey/Esser, kn. 715; Kühn, § 13 kn. 60; Hoffman-Holland, kn. 433; Otto, § 13 kn. 39; Sözüer, s. 483; Özgenc, s. 487; Hakkeri, s.467; Zafer, s. 467; Öztürk/Erdem, kn. 564; Koca/Üzülmez, s. 370.

<sup>27</sup> Roxin, § 21 kn. 4; Hoffman-Holland, kn. 433; Gropp, § 6 kn. 116; Krey/Esser, kn. 716; Jescheck/Weigend, § 41 I 1; Otto, § 13 kn. 39; Sözüer, s. 483; Özgenc, s. 488; Zafer, s. 468; Öztürk/Erdem, kn. 565; Koca/Üzülmez, s. 371; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 600.

<sup>28</sup> BGSt 21, 18 (Rengier, § 31 kn. 19); Sözüer, s. 483; Demirbaş, s. 428; Öztürk/Erdem, kn. 564; Hakkeri, s. 467, 468; Koca/Üzülmez, s. 371; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 600.

### KAYNAKÇA

- Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, M. Emin/Çakır, Kerim:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, Ankara, 2018.
- Bekar, Elif:** Türk ve Amerikan Hukukunda Zorunluluk Hali, Ankara, 2013.
- Demirbaş, Timur:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara, 2019.
- Göktürk, Neslihan:** Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Ankara 2016.
- Hakeri, Hakan:** Ceza Hukuku, 22. Bası, Ankara, 2019.
- Hoffmann-Holland, Klaus:** Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Tübingen, 2015.
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas:** Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin, 1996.
- Kartal, Melik:** Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gerekliklik ve Orantılılık, İstanbul 2019.
- Kindhäuser, Urs:** Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Baden-Baden 2015.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, Ankara, 2018.
- Krey, Volker/Esser, Robert:** Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Stuttgart, 2012.
- Kühl, Kristian:** Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, München, 2012.
- Otto, Harro:** Grundkurs Strafrecht, De Gruyter, 7. Auflage, Berlin, 2004.
- Özen, Muharrem:** Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Ankara 1995.
- Özgenç, İzzet:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Ankara, 2019.
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan:** Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 19. Bası, Ankara, 2019.
- Rengier, Rudolf:** Strafrecht Allgemeiner Teil, 9 Auflage, München, 2017.
- Roxin, Claus:** Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, 4. Auflage, München, 2003.
- Schmidhäuser, Eberhard:** Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Tübingen, 1975.
- Sözüer, Adem:** "Hukuki Hata", Yargıtay Dergisi, 1995, s. 446-490.
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut:** Strafrecht Allgemeiner Teil, 44. Auflage, Heidelberg, 2014.
- Zafer, Hamide:** Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, 7. Bası, İstanbul, 2019.