

Suç İşlemeye Tahrik Suçu

Provocation to Commit an Offence

Ercan Yaşar* 

ÖZ

Suç işlemeye tahrik suçunun 765 s. eski TCK düzenlemesinde yer aldığı süreçte sorunlu olduğu ve bunun üzerine çok sayıda çalışmanın yapıldığı görülmektedir. Suça ilişkin düzenleme suç genel teorisi bağlamında sorun teşkil ettiğinden hukuki niteliği üzerinde sayısız tartışma yapılmış ve mevcut düzenleme suç genel teorisi (ceza hukuku genel hükümler) açısından meşrulaştırılmaya çalışılmıştır. 5237 s. TCK düzenlemesine birtakım değişiklikler yapılarak alınan bu suç tipinin 2005 yılından bu yana yeterince tartışılmadığı görüldüğünden eski tartışmalara değinilmek suretiyle mevcut düzenlemelerin ceza hukuku genel hükümler nazariyesindeki hukuki niteliğine açıklık getirilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Suç işlemeye tahrik, Tahrik, Akim kalmış azmettirme, Tahrik konusu suçlar, Cezalandırma sahasının genişletilmesi

ABSTRACT

It is seen that the crime of Provocation to Commit an Offence is a problematic regulation. That is why, the regulation in old Turkish Penal Code with rule number 765, has been the subject of many studies, including monographic works. Since the regulation of this crime shows some problems in the context of the general theory of crime, numerous discussions have been made on its legal nature, in order to legitimize it within terms of general theory of crime (general principle of criminal law). Although it included some important changes, this offense after the transfer of the offense in the new Turkish Penal Code in year 2005, was not sufficiently discussed. Here an attempt is made to clarify the legal nature of the current regulation in criminal theory with reference to the old discussions.

Keywords: Provocation to commit a crime, Provocation, Failed instigation/incitement, Crimes as provocations subject, Widening the field of punishment

* Dr. Öğr. Üyesi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, <https://orcid.org/0000-0001-9076-6795>.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Ercan Yaşar

E-posta/E-mail: ercanyasar279@gmail.com

GİRİŞ

TCK m. 214/1 düzenlemesinde ayırım yapılmaksızın tüm suçlar için tahrik fiillerinin cezalandırılacağı belirtilmiştir. Burada önemli olan tahrik fiilinin herhangi bir suçun işlenmesine yönelik olmasıdır. İlgili suçun basit yahut ağır bir suç olması önem arz etmediği gibi şikâyete, talebe yahut isteme tabi olmasının da önemi bulunmamaktadır. Keza işlenmesi arzulanan suçun bireylere, topluma, devlete vs. karşı suçlar olmasının da bir önemi bulunmamaktadır. Tahrik, suç teşkil eden fiillerin işlenmesine yönelik olmak zorunda olduğundan aşağıda yer verdiğimiz üzere suç teşkil etmeyen haksızlıklara teşvik bu anlamda suç teşkil etmeyeceği gibi konumuzun kapsamının da dışında kalacaktır.

Keza TCK m. 214/2 düzenlemesinde yer verilen suç, bağımsız başka bir suç teşkil ettiğinden çalışmamızın kapsamının dışında tutulmuştur.¹ Nitekim öğretilerde de ikinci fıkrada yer verilen suçun “halkı birbirini öldürmeye tahrik” şeklinde adlandırıldığı görülmektedir.²

TCK m. 214/3 düzenlemesi ise tahrik konusu suçların işlenmesiyle ilgili olduğundan çalışma konumuzun kapsamı dahilindedir. Mukayeseli hukuk çerçevesinde baktığımızda Alman kanun koyucusu suç işlemeye tahrik suçuna yer verirken öncelikle tahrik konusu suçun gerçekleşmiş haline yer vermiş akabinde tahrik konusu suçun işlenmemiş olması halini düzenlemiş ve ceza aralığına yer vermiş ve fakat cezanın her halükârda tahrik konusu suçun gerektirdiği cezadan fazla olmayacağını düzenlemiştir. Türk kanun koyucusu ise bize göre daha yerinde bir düzenleme ile ilk önce suç işlemeye tahrik suçunun temel haline, başka bir ifadeyle tahrik konusu suçların işlenmemiş olduğu hale yer vermiş ve fakat bize göre Alman mevzuatında (ve 765. sayılı TCK’da) yer verilen ceza üst sınırına ilişkin hususa yerinde olmayarak değinmemiştir. Akabinde suç işlemeye tahrik suçunun bize göre nitelikli hali olan tahrik konusu suçun işlenmiş olması haline yer vermiştir. Bu şekilde bir düzenleme yerinde bir düzenleme olmuştur. M. 214/2 düzenlemesinde yer verdiği suçu başka bir madde altında düzenlemesi daha yerinde olurdu. Ancak bunun çalışma konumuzu ele alma üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır.

Aşağıda ayrıntısı görüleceği üzere bu suç tipine 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden sonra özellikle yer veren bir çalışmaya rastlanmamaktadır. Oysa ilgili suç tipinin suç genel teorisi içerisinde sorunlu yanları önceki kanun döneminde ehemmiyetli tartışmalara ve monografik eserlere konu olmuştur. Suç tipine ilişkin bu eser eksikliği konuya yönelişimizin yegâne sebebi değildir. Bunun haricinde 765 sayılı kanun dönemindeki düzenleme çerçevesindeki görüşlerin mevcut kanun düzenlememizle uyuşmuyor olması, tüketilen yabancı kaynakların 765 s. TCK’nın mehzat ülkelerinden olması ve 5237 s. TCK’nın iştirak düzenlemelerine yeni bir bakış açısı ile yer vermesi de konunun yeniden ele alınmasını zaruri kılmaktadır. Son olarak Türk hukuk öğretisinde ilgili suç tipinin nitelendirilmesi ile ilgili ciddi eleştirilerimiz ve kısmi çözüm önerilerimiz bulunduğundan bu suç tipinin ele alınması gayretini göstermiş bulunmaktayız.

1 765 s. eski TCK düzenlemesinde 311. maddede benzer bir hükme yer verilmediği görülmektedir. Bkz. 765 s. TCK m. 312; Anılan bu iki durumun aynı madde altında düzenlenmemesi gerektiği görüşü için bkz. Köksal Bayraktar, *Suç İşlemeğe Tahrik Cürmü* (Formül Matbaası 1977) 42.

2 Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (11. Baskı, Savaş Yayınevi 2021) 264.

I. SUÇ İŞLEMENE TAHRİK VE BAĞLANTILI KAVRAMLAR

A. TAHRİK VE SUÇ İŞLEMENE TAHRİK KAVRAMLARI

Tahrik kavram olarak hareket ettirmek, harekete geçirmek anlamına gelmektedir.³ Suç işleme ile ilişkilendirilmek istendiğinde bir kimseyi suç işlemeye itmek; suça doğru yöneltmek; bir kişiyi suç yoluna doğru harekete geçirmek ve suça teşvik etmek şeklinde anlaşılabilir.⁴ Burada fiziki hareket ettirmekten (itmekten) çok suç iradesini oluşturma, kişiyi düşünsel anlamda suç işlemeye ikna etme, yönlendirme anlaşılmalıdır. Bir başka deyişle tahrik, bir başkasından belirli bir icrai yahut ihmali davranışta bulunmayı istemeye yönelik açık yahut örtülü bir irade açıklamasıdır.⁵ Tabii dolaylı faillikte olduğu gibi fiil üzerinde hakimiyet kurma durumu söz konusu olmamaktadır. Kişi her ne kadar tahrik edilmiş olsa da kendi iradesi ile hareket etmekte olduğundan tahrik halinde cebir, tehdit, hile gibi bir durum söz konusu olmamaktadır.⁶ Aynı şekilde suç işlemeye tahrikten söz edebilmek için tahrik edilenin önceden tahrik konusu suçları işleme konusunda bir fikre varması yahut varmaması önem arz etmemektedir. Tahrik edilende tahrik öncesi suç işleme iradesi hiç yoksa ve tahrik ile birlikte bu irade oluşmuşsa suç işlemeye tahrik suçundan söz edileceği gibi tahrik öncesi mevcut olan suç işleme iradesini kuvvetlendirmek de suç işlemeye tahrik açısından yeterli olacaktır.⁷ Aslında bu durum TCK m. 214/1 bağlamında neredeyse tamamen önemsiz bir tespit olmaktadır. Zira suç işlemeye tahrik suçunun oluştuğundan söz edebilmek için tahrikçinin fiiline ve ondaki maddi ve manevi unsurlara odaklanmak gerekmektedir. İlgili fiilin tahrik konusu suçları işleyebilecek olanlar üzerindeki etkisinin ilk fikri oluşturma yahut mevcut fikri kuvvetlendirme etkisi yapıyor olması tahrikçinin fiilini TCK m. 214/1 bağlamında etkilemeyecektir; soyut tehlike suçu olması da bu sonucu doğurmaktadır. Suç işleme kararı olan yığınların bu kararlarını kuvvetlendirme olsa olsa kendi fiilinin ortaya çıkardığı tehlike riski dikkate alınarak temel cezanın esasında (teşebbüste olduğu gibi) dikkate alınabilecektir; suçun soyut tehlike suçu olması bu konuda bir dikkate almayı da sorunlu hale getirebilir. Ancak bu husus TCK m. 214/3 bağlamında biraz daha önem arz etmektedir. Zira tahrik edilende tahrik öncesi bir suç işleme iradesi olsa da tahrikçinin tahrik eylemi sonrası bu irade kuvvetlenir ve tahrik konusu suç tahrik edilince gerçekleştirilirse, tahrikçi TCK m. 214/3 bağlamında sorumlu olacaktır. Yığının içinde yer alan ve suç işleme kararı olmayan birini suç işlemeye tahrik etmenin haksızlığı (değersizliği) ile suç işleme kararı olan birinin kararını kuvvetlendirmenin haksızlığı (değersizliği) eşit değildir; suça yapılan bu katkıları kanun koyucu da eşit görmemiş olacak ki azmettiren ile yardım eden arasında yaptırım anlamında bir değer farkına yer vermiştir. Soyut tehlike suçunun ortaya çıkardığı risk (riziko) farklıdır. Ancak şeriklik durumundan farklı olarak, failin fiilinin etkinliğinden çok failin fiilinin yığın içindeki birileri üzerinde doğurduğu kısmi etki ile

3 Bayraktar (n 1) 3; Kavrama ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Haluk Toroslu, 'Kamu Barışına Karşı Suçlar Bakımından Tahrik Kavramı' (2015) II Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan 1201, 1209 vd..

4 Benzer tanımlar için bkz. Bayraktar (n 1) 3.

5 Urs Kindhäuser and Edward Schramm, *Strafrecht Besonderer Teil I* (9. Auflage, Nomos 2020) § 40, Rn. 3, s. 291; von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 8.

6 "Tahrikte harekete geçirilen kimsenin irade serbestisinin tamamen ortadan kalktığı ileri sürülemez." Bayraktar, s. 30.

7 Bayraktar (n 1) 19 ve s. 133; Toroslu (n 3) 1210.

ilgili olan bu hususun faile verilecek ceza anlamında fark yaratmaması gerektiğini düşünüyoruz. Bu fiilin haksızlığı ve fiil esnasındaki kusur düşüncesiyle de daha örtüşür bir sonuç olmaktadır.

Suç işlemeye tahrik ile haksız tahrik arasında da bir ilişki mevcuttur; ancak bunlar birbirlerinden farklı hususlara delalet etmektedir. TCK anlamında haksız tahrikte fail bir kimsenin haksız fiili dolayısıyla suç işlemeye yönelmektedir. Ancak bu yönelme karşı tarafın arzuladığı yahut kanalize etmek için başvurduğu bir netice olmadığı gibi;⁸ böyle olmak zorunda da değildir. Çünkü suç teşkil eden yahut etmeyen hukuki haksızlık niteliğindeki haksız fiili gerçekleştiren kişi kendi güdülerini ile tahrik olmakta ve bu tahrik altında suç işlemek için harekete geçmektedir.⁹ İştirak açısından burada kural olarak ne azmettirme ne de yardım etme söz konusudur. Ancak haksız tahrik durumuna sebebiyet veren kişinin haksız tahrik altında suç işlemeye yönelen kişiyi bu anlamda teşvik etmesi teorik olarak mümkündür. Bu halde bir yandan haksız tahrik altında suç işleme söz konusu iken diğer yandan haksız tahrikte bulunmak (haksız fiil gerçekleştirmek) suretiyle belirli bir kişiyi suç işlemeye tahrik söz konusu olabilir. Haksız tahrik zeminini oluşturan kişinin bilinçli hareket ettiği durumlarda diğer şartların varlığı halinde azmettirme ve veya yardım etme durumlarının gerçekleşmesi mümkündür. Ancak bu halde suç işlemeye tahrik suçunun oluşmayacağını belirtmek gerekir. Zira ilgili özel suç düzenlemesi belirsiz kişileri teşvik ve yönlendirmeyi cezalandırmakta ve iştirak düzenlemelerinin ilgili fiili kapsamaması hallerinde devreye girebilmektedir. Aksi durumda tüm azmettirme fiillerinde ilgili azmettirme ile suç işlemeye tahrik suçunu içtima konusu yapmamız gerekecekti ki bu maddi suç hukuku ilkeleriyle de örtüşmez. Kaldı ki haksız tahrik, tahrik altında suç işlemiş olan kişinin kusurluluğuna, dolayısıyla alacağı cezaya etki etmekteyken suç işlemeye tahrik, kusurluluk değerlendirmesinden ve tahrik konusu suçun cezalandırılmasından çok tahrik edenin cezalandırılmasıyla ilgilidir. Keza haksız tahrik halinde tahrik eden, tahrik konusu suçun mağduruna dönüşmekteyken (ilgileri birbirlerine karşı; tezat içindedir), suç işlemeye tahrikte tahrikçinin aynı zamanda tahrik konusu suçun mağduruna dönüşmesi (kural olarak) mümkün değildir; aksine tahrik eden ile tahrik edilenin nihayetinde istediği aynı şeydir (ilgileri paralellik göstermektedir).¹⁰ Aynı şekilde suç işlemeye tahrik edilen kişi tahrik altında (tahrikçinin teşviki, kışkırtması, yönlendirmesi, harekete geçirmesiyle) tahrik konusu suçu işlemiş olsa da kendisine haksız tahrik indirimi uygulanmaz. Zira bu halde haksız tahrik indiriminin uygulanma koşullarının vücut bulması çok zordur.

Son olarak suç işlemeye tahrikte bir kimsenin tahrik eden olması, diğer bir kimsenin ise tahrik edilen olması gerekmektedir. Tahrik edenin “tahrikçi/Auffordernde” olarak nitelendirildiği de görülmektedir.¹¹ Tahrikçinin bir kimseyi kışkırtması dolayısıyla kışkırtan olarak adlandırılması da mümkündür.

8 Bayraktar (n 1) 12.

9 Haksız tahrik indirimine konu bir durumdan söz edebilmek için ilgili haksızlığın mutlaka suç teşkil etmesi gerekmemekteyken, suç işlemeye tahrik halinde tahrikçinin (failin) kişileri mutlaka bir suçu işlemeye tahrik etmesi gerekmektedir. Aynı yönde Bayraktar (n 1) 13.

10 Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Baskı, Seçkin 2021) 475; Bayraktar (n 1) 13.

11 von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 8.

B. SUÇ İŞLEMeye TAHİRİK İLE AZMETTİRME ARASINDAKİ İLİŞKİ

Suç işlemeye tahrik ile azmettirmenin birbiriyle unsur açısından kesişip kesişmediği konusunda fikir birliği bulunmamaktadır.¹² Aşağıda hukuki nitelik hakkında bilgi verdiğimizde ayrıntısına yer verecek olmakla birlikte burada kısaca şunu belirtebiliriz. Suç işlemeye tahrik ile azmettirme arasında biri diğerini dışlayan bir ilişki mevcuttur. Bu sebeple her iki sahanın bir diğeriyle kesiştiği nokta bulunmamaktadır. Öyle ki akim kalmış azmettirme dahi suç işlemeye tahrik suçunun sahasıyla kesişmemektedir. Bir olayda azmettirme söz konusu ise o olayda akim kalmış azmettirmeden söz edilemeyeceği gibi, bir olayda azmettirme yahut akim kalmış azmettirme söz konusu ise kural olarak suç işlemeye tahrikten de söz edilemez. Ancak bu ikisinin yan yana (paralel şekilde) var olması mümkündür.¹³ Tahrikçinin bir topluluk önünde – aleni şekilde – içlerinde tanıdığı bir kişiyi göstererek “aranızda bu yiğit gibi X’lerin dükkanlarını yakacak yürekli çıkmalı, bu gece gökyüzü alevlerle aydınlanmalı ki X’ler bu bölgeyi terk etsin”, derse ve doğrudan muhatap aldığı o kişi gider suçu gerçekleştirirse, bu tarz bir durumun ortaya çıktığı söylenebilir. Bu halde tahrikçi belirli bir kişiyi azmettirdiği fiili ile aynı zamanda belirsiz sayıda kişiyi aleni şekilde suç işlemeye azmettirmiş olacaktır. Bu halde hem azmettirme hem de suç işlemeye tahrik yan yana var olmuş olmaktadır. Konuya ilişkin çözümümüze aşağıda yer vermekteyiz.

Azmettirme ile suç işlemeye tahrik arasındaki birinci fark yöneldikleri kişilerin belirlenebilir olup olmadıkları ile ilgilidir. Şayet hareketin yöneldiği kişi yahut kişiler (Adressatenkreis) belirli (sınırlı) ise bu halde azmettirmeden, belirsiz bir yığın ise tahrikten söz edilecektir.¹⁴ Bir diğer fark ise işlenilmesi istenen suçun netleştirilmesi ile ilgilidir. Azmettirme halinde azmettirmeye konu suçun suç işlemeye tahrike oranla daha net olarak belirlenmesi gerekmektedir.¹⁵

Keza akim kalmış azmettirmede de azmettirmenin neredeyse tüm koşulları mevcuttur. Akim kalan, başarıya ulaşmayan yalnızca azmettirme konusu suçun icra hareketlerini gerçekleştirmektir. Azmettirilen ikna olmakla birlikte suçun icrasına başlamadığı için azmettirmenin teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmektedir. Bu sebeple suç işlemeye tahrik ile azmettirmeye teşebbüs sahaları da birbirleriyle üst üste gelmemekte, kesişmemektedirler.

II. GENEL BİLGİ

Suç işlemeye tahrik suçunun hukuki niteliğinin ne olması gerektiği konusunda fikir birliği bulunmamaktadır. Bu çerçevede ileri sürülen ve detayına aşağıda yer vereceğimiz görüşlerin bir kısmında suç işlemeye tahrik suçunun hazırlık hareketinin cezalandırılması anlamına geldiği belirtilirken, bir başka görüşe göre suç işlemeye tahrikin aslında tahrik edilen suçların işlenmesine yönelik bir teşebbüs hali olduğu ve bu sebeple cezalandırıldığı belirtilmekte; bir başka görüşe göre ise

12 von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 7.

13 “Örneğin bir toplantı esnasında belirli ve belirsiz kişilerin suç işlemeye ikna edilmesi halinde hem azmettirmeden hem de suç işlemeye tahrikten söz edilebilir”. von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 7.

14 von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 7; Schönke/Schröder/Eser, StGB § 111 Rn. 4.

15 von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 7a.

suç işlemeye tahrik de bir nevi suça iştiraktır (azmettirme ve veya yardım etme) ve tahrikçi bu sebeple cezalandırılmaktadır; son olarak tüm bunlardan bağımsız şekilde suç işlemeye tahrik suçunun başlı başına, bağımsız bir suç olduğu ileri sürülmektedir.¹⁶ Mukayeseli hukukta tartışmalar bu çerçeveye sınırlıyken Türk hukukunda bu tartışmalara yapay bir tartışma daha eklenmiş ve suç işlemeye tahrik suçunun basit halinin bağımsız bir suç olduğu, tahrik konusu suçun işlenmiş olduğu halinin ise tahrik konusu suçlara iştirakin özel bir şekli olduğu ileri sürülmüştür.

Suç işlemeye tahrik suçunun aslında tahrik konusu suça hazırlık hareketi niteliğinde olduğu ve tahrik edilenin suçu işlememesi halinde cezasız kaldığı ve kanun koyucunun bu aleni tahrik niteliğindeki hazırlık hareketini cezalandırmak istediği görüşü öğretilen halen savunulmaktadır.¹⁷ Hatta bu halde tahrik konusu suçun kovuşturma şartlarının ilgili suçlar işlenmemiş olsa da suç işlemeye tahrikin kovuşturma şartlarını belirleyeceği ve böylece tahrik konusu suç şikayete tabi ise tahrik suçunun kovuşturmasının da o somut olayda şikayete tabi hale geleceği belirtilmektedir.¹⁸ Ancak bize göre suç yolu failin düşünce safhasıyla başlayacağından ve hazırlık hareketlerine de ancak bu halde başlanacağından, fail dışında kimselerin fiil ve düşüncelerinin hazırlık hareketi sayılması mümkün değildir.¹⁹ Azmettirme halinde dahi hazırlık hareketi sahası, daha doğrusu azmettirmeye konu suçun suç yolu azmettirilenin düşünce ve fiiliyatta bir şeyler yapma(ma)sıyla başlar.²⁰ Ondan önceki safha azmettirenin kendi hazırlık ve icra sahasıdır; başka bir ifadeyle azmettirmenin hazırlık ve icra safhasıdır ve azmettirmenin başlı başına bir (suç teşkil eden) haksızlık olduğu kabulü halinde azmettirme (suçunun) suç yolu olabilir.

Suç işlemeye tahrik suçunun aslında tahrik konusu suçun icra hareketlerini başlattığı ve bu sebeple tahrik konusu suçların işlenmesine yönelik teşebbüs niteliğinde olduğu görüşü artık savunulmamaktadır.²¹ Gerçekten de bu görüşü savunmak güç görünmektedir. Çünkü tahrikçinin tahrik niteliğindeki fiilinin tahrik edilenin işlemeyi düşündüğü suç bağlamında hazırlık hareketi olup olmadığı bile tartışmalıyken, bu halde tahrik edilen fail tarafından elverişli hareketlerle doğrudan

16 Türk hukuk öğretilerinde 765 sayılı TCK döneminde savunulan görüşler ve mukayeseli hukukta savunulan görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bayraktar (n 1) 69 vd.

17 Toroslu ve Toroslu (n 2) 264; Bayraktar (n 1) 73; İzzet Özgenc, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17. Bası, Seçkin 2021) 582; Demirbaş (n 10) 497.

18 Çetin Özek, *Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler* (İstanbul Üniversitesi Yayınları, Cezaevi Matbaası 1967) 314.

19 Aynı yönde Çetin Özek, 'Devletin Şahsiyetine Karşı İşlenen Cürümlerde Cezalandırılan Hazırlık Hareketleri' (1963) 29(3) 458, 463 ayrıca bkz. 472.

20 "Bir fiilin hazırlık hareketleri cezalandırılrsa dahi, o fiile iştirak hükümlerinin dışında teşvikçi bir etki yapmış olan kimsenin hazırlık hareketlerini icra ettiği söylenemez; kanaatimizce iştirak hükümlerinin tatbik edildiği hallerde dahi, teşvik fiili, eğer maddi herhangi bir hareket mevcut değilse, hazırlık hareketi olarak kabul edilmez. Zira suçun işlenmesi için gerekli olan maddi hareketleri, maddi fail icra etmektedir. Manevi fail, asli faili, suçu işlemeğe teşvik ve ikna etmekle, hazırlık hareketlerinin dahi yapılmasını teşvik ve ikna etmiştir. Teşvikçi hazırlık hareketinin dahi hazırlayıcısıdır. Maddi fiile dair bir hareketi mevcut değildir." Özek (n 19) 463. Aksi yönde: "Hazırlık hareketlerinin ancak fiili icra eden asli maddi fail tarafından yerine getirilebileceği hususunda bir kural bulunmamaktadır. (...) Bizce manevi faillerin hareketleri, asli maddi failin icra hareketleri bakımından hazırlık hareketi niteliğini taşımaktadır." Bayraktar (n 1) 73.

21 Eski savunucuları için bkz. Bayraktar (n 1) 74.

doğruya bir icra hareketinin başlamış olduğunu iddia etmek imkânsız denecek kadar güç ve teorik olarak sorunludur.²²

Suç işlemeye tahrik suçunun aslında tahrik konusu suçları işlemeye iştirak niteliğinde olduğu ve tahrikçinin bu sebeple ve fakat asıl failin cezalandırılmamasına rağmen cezalandırıldığı savunulmaktadır.²³ Başka bir ifadeyle burada esas fiil işlenmemesine rağmen esas fiili işlemeye azmettirenin cezalandırıldığı istisna bir iştirak düzenlemesinin (icraya geçilmeden cezalandırılabilen bir iştirak tipinin) söz konusu olduğu belirtilmektedir.²⁴ Bize göre burada akim kalmış azmettirme (azmettirmeye teşebbüs) ile tahrik suçlarının aynı şeyler olduğu savunulmaya çalışılmış ve niteleme hatasına düşülmüştür.²⁵ Çünkü tahrik ile akim kalmış azmettirme halleri birbirinden farklı kavramlardır. Akim kalmış azmettirme halinde azmettirme için aranan tüm şartlar mevcuttur, yalnızca azmettirilen tipik ve hukuka aykırı fiili gerçekleştirmediği için (bizim hukuk sistemimizde olduğu gibi) cezalandırılmamaktadır yahut kanun koyucunun düzenleme yapması suretiyle (Alman hukukundan ağır suçlar için öngörülmüş olduğu gibi) cezalandırılabilir hale gelmektedir. Akim kalmış azmettirmede azmettiren ile azmettirilen arasında kişisel ve spesifik bir ilişki kurulmuştur. Oysa suç işlemeye tahrik suçunda tahrikçi ile tahrik edilen arasında bu kişisel ve spesifik (doğrudan) ilişki kurulamamaktadır. Bu sebeple ikisi farklı sahalara tekabül etmektedir. Hatta bize göre suç işlemeye tahrik ile akim kalmış azmettirme kapsamına dahi girmeyen (yukarıda belirttiğimiz gibi) fiiller cezalandırılabilir hale getirilmekte ve bu sebeple cezalandırma sahası genişletilmiş olmaktadır. Cezalandırılabilir sahaya ilişkin çemberler çizdiğimizde çekirdek çember suçun tamamlanmış hali, bir dış çember teşebbüs hali, bunun dışındaki çember şeriklik halleri iken, bu şeriklik hallerinin dışında çizilen çemberde akim kalmış azmettirme yer alırken, suç işlemeye tahrik suçu ile cezalandırılabilir hal alan fiiller akim kalmış azmettirmenin de dışında kalan bir çemberin içinde yer almaktadırlar. Anılan bu sebeplerle suç işlemeye tahrik (TCK m. 214 fıkra 1 ve 3) bir iştirak

22 Teşebbüse ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ercan Yaşar ve Hasan İba, 'Teşebbüs Derecesine Ulaşmamış İcrai Hareketlerde Gönüllü Vazgeçme' (2021) 16 (45) Ceza Hukuku Dergisi 101, 104; Aynı yönde Bayraktar (n 1) 77.

23 Bayraktar'a göre Fransız hukuk uygulama ve öğretisinde tahrikin bir iştirak çeşidi olduğu neredeyse yeknesak şekilde savunulmaktadır (Bayraktar (n 1) 78). Görüşün diğer savunucuları için bkz. Bayraktar (n 1) 77.

24 Toroslu'ya göre de suç işlemeye tahrikin, tahrik konusu suç açısından, özel olarak düzenlenmeseydi cezalandırılmayacak olan bir tür iştirake teşebbüs niteliğinde kabul edilmesi mümkündür. Toroslu (n 3) 1215.

25 Alman hukukunda suç işlemeye tahrik suçunun azmettirme (§26 StGB) ve azmettirmeye teşebbüsün (§30/1 StGB) yanı sıra düzenlendiği ve bu iki kurumu tamamlayıcı (bunlara ek) olduğu kabul edilmektedir. Aynı şeyler olsaydı Alman kanun koyucusu ayrıca suç işlemeye tahrik suçuna yer vermezdi (Kindhäuser and Schramm (n 5) § 40, Rn. 2, s. 291). Ancak durum Alman hukukunda da açık değildir. Öğretide savunulan bir görüşe göre akim kalmış azmettirme (azmettirmeye teşebbüs) fiilinin cezalandırılabilmesi yalnızca ağır suçlar (Verbrechen, bkz. § 30 StGB) için öngörülmüş olduğundan basit suçlara (Vergehen) azmettirmeye teşebbüs edenin fiili Alman Ceza Kanunu m. 30 bağlamında cezasız kalsa da m. 111 çerçevesinde cezalandırılabilir bir hal almıştır (Michael Heghmanns, *Strafrecht für alle Semester, Besonderer Teil* (Springer 2009) 551.). Ancak bize göre bu görüşe katılmak mümkün değildir. Aynı yazarın da yukarıda anılan sayfada belirttiği gibi aleni tahrikten söz edebilmek için kişinin belirli bir kişi olmaması gerekir. Buna karşılık akim kalmış azmettirmeden söz edebilmek için ise kişinin belli bir kişi olması şarttır. Bu halde bu iki kurum/saha bir diğeri dışlar niteliktedir. Nitekim Alman öğretisinde de ACK m. 111'in akim kalmış azmettirme hallerinde (Verbrechen yahut Vergehen olduğuna bakılmaksızın) devre dışı kalacağı belirtilmek suretiyle görüşümüzle benzer sonuca ulaşıldığı görülmektedir. Bu durum von Bubnoff tarafından açıkça vurgulanmış ve akim kalmış azmettirme bir Vergehen'e yönelik olduğu için cezalandırılmıyor olsa da bu durum ACK m. 111'in uygulanmasının önünü açmaz zira bu hallerde m. 111 ile aranan tehlike şartı gerçekleşmemiş olur (von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 10).

türü değildir.²⁶ Ancak Alman hukukunda savunulan bir görüşe göre gerek tahrik konusu suçların işlenmiş olduğu halde gerekse işlenmemiş olduğu halde ilgili düzenlemenin özel bir azmettirme niteliğinde olduğu belirtilmektedir.²⁷ Bu şekilde algılandığında TCK m. 214/1'in de bağımsız bir suç olmadığı sonucuna varmak gerekir ki Türk hukuk öğretisindeki baskın görüş ilgili suçun bağımsız olduğu yönündedir.

Suç işlemeye tahrik suçunun aslında tahrik konusu suçlardan bağımsız olduğu görüşü de çeşitli gerekçelerle savunulmaktadır.²⁸ Bir görüşe göre suç işlemeye tahrik suçu bağımsız bir suçtur ve failin cezalandırılmasının sebebi failin tehlikeliliğidir.²⁹ Failin tehlikeliliği bize göre faile verilecek cezanın türüne ve infazın şekline etki edebilecekse de ilgili fiilin haksızlığının tespitine ve fiilin cezalandırılıp cezalandırılmamasına etki etmediğinden başvurulacak doğru bir argüman değildir. Bize göre failin fiili haksızlık teşkil ettiğinden ve soyut bir tehlike doğurduğundan cezalandırılmaya layık hale gelmekte ve bağımsız bir suç (suç teşkil eden haksızlık) halini almaktadır.³⁰ Alman ACK m. 111 düzenlemesinde yer verilen neticeye ulaşmış suç işlemeye tahrik ile neticesiz kalmış suç işlemeye tahrik hallerinin azmettirme düzenlemelerini tamamlayıcı olduğu ancak azmettirmenin özel bir görünüşü olmadığı savunulmakta ve bağımsız bir suç olduğu, kendine has tipikliği ve kendine özgü ceza aralığı (yaptırımı) olduğu da savunulmaktadır.³¹ Bizim de katıldığımız bu görüşe göre “suç işlemeye tahrik, kendine has, bağımsız bir suçtur. Tahriki gerçekleştiren, bir başkası tarafından gerçekleştirilen tahrik konusu suçun azmettirenini değil, kendi işlediği suçun failidir. Kendisini bekleyen ceza ise işlenen suçun azmettireninin alacağı cezadır. Burada azmettiren olarak cezalandırılmaz; azmettiren gibi cezalandırılır. Tahrik konusu suçun işlenmesi hali suç işlemeye tahrik suçunun bir nitelikli halidir (Deliktsqualifikation)”³².

Kanun koyucu bir kimsenin belirli bir kişiyi azmettirmesini tehlikeli bulmuş ve bunu cezalandırmanın sahasını genişleten iştirak düzenlemeleriyle düzenleme altına almıştır. Aynı kanun koyucunun bir kimsenin belirsiz sayıda kişiyi suça tahrik etmesini görece daha tehlikeli olmasına rağmen cezasız bırakması düşünülemez.³³ O ki tahrikçi olarak nitelendirilen bu kişilerin azmettirme düzenlemelerince cezalandırılması mümkün değildir, o halde ilgili tehlikeyi bertaraf etmek için özel suç düzenlemelerine yer vermek gerekir. Nitekim birçok kanun koyucu gibi Türk kanun koyucusu da bu sahayı özel suç düzenlemeleriyle cezalandırmayı seçmiştir.

26 Aynı yönde Bayraktar (n 1) 80.

27 “İkinci fıkra, azmettirme hareketinin tamamlandığı ve tahrikin tahrik edilene ulaştığı, ancak tahrik konusu suça teşebbüs edildiği veya suçun tamamlanmadığı yahut bu teşebbüs veya tamamlanmanın tahrikçinin fiili ile ilişkilendirilemediği anlamda başarıya ulaşmamış bir azmettirmedir.” Kindhäuser and Schramm (n 5) § 40, Rn. 4, s. 292; aynı yazarın başka yerde (Kindhäuser and Schramm (n 5) § 40, Rn. 1, s. 291) bu suç tehlike suçu olarak nitelendirdiği görülmek bu sebeple suçu bağımsız bir suç olarak algıladığı görülmektedir. İlgili suçun bağımsız bir suç olduğu görüşü için bkz. von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 4.

28 Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 4; Ayrıntılı bilgi için bkz. Bayraktar (n 1) 82.

29 Başka ülkelerin hukuk öğretisinde bu görüşü savunan yazarlar için bkz. Bayraktar (n 1) 82, dn. 41.

30 Bu görüşü savunanların tehlikeliliği toplumsal ve soyut yönden değerlendirdiği ve failin tehlikeliliğinden soyutladığı görülmektedir. Görüşün savunucuları hakkında bilgi için bkz. Bayraktar (n 1) 82, dn. 48 ve 50.

31 von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 4; MüKoStGB/Bosch, StGB § 111 Rn. 3.

32 von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 26.

33 von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 2.

Tüm bu açıklamalardan yola çıkarak belirtmeliyiz ki TCK'nın 214. maddesinin 1. fıkrasında yer verilen suç işleme tahrik fiili, kanun koyucunun özel düzenlemesi olmasaydı ne spesifik birini azmettirmeye teşebbüs (versuchte Anstiftung) şeklinde algılanırdı, ki bu kanun düzenlememizde cezalandırılabilir fiil olarak düzenlenmemiştir, ne de azmettirilenin tipik ve hukuka aykırı fiili gerçekleştirilmesiyle birlikte azmettirme (Anstiftung) olarak addedilip cezalandırılırdı. Çünkü azmettiren olarak sorumlu olabilmek için spesifik kişi ya da kişilerin azmettirilmesi gerekmektedir.³⁴ Dolayısıyla kanun koyucunun m. 214 ile getirmiş olduğu düzenleme iştirak düzenlemelerinden bağımsızdır.³⁵ Aynı şekilde suç işleme tahrik suçunun tahrik konusu suçlara teşebbüs olarak nitelendirilmesi ve teşebbüs çerçevesinde cezalandırılması da mümkün değildir.³⁶ Bu da ilgili suçu tahrike konu suçlardan bağımsız ve genel bir suça dönüştürmektedir.³⁷ Keza normal şartlarda cezalandırılabilir bir fiil olmayan bu fiillerin suç olarak düzenlenmiş olması cezalandırma sahasını genişletici (Ausdehnung der Strafbarkeit) bir etki doğurmaktadır.³⁸ Gerçekten de tipe uygun olmadığı için cezalandırılmayan, başkalarının suçu işlemesi halinde ise cezalandırma sahasını genişleten teşebbüs, iştirak gibi sahaların dışında kalan bu fiili cezalandırılabilir sahada tutmak için düzenleme yapmak cezalandırma sahasını genişletmektedir.³⁹ Bu neticeye birçok soyut tehlike suçunda ulaşmak mümkündür. Kamu barışının ve güveninin başka türlü tesis edilmesi, tehlikelerden korunması mümkün olmadığında kanun koyucunun bu düzenlemede olduğu gibi ceza hukukuna ve onun yaptırım araçlarına başvurması kaçınılmazdır.

34 Özgenç (n 17) 617; Demirbaş (n 10) 550; Mustafa Özen, *Öğreti ve Uygulama İşığında Ceza Hukuku Genel Hükümler* (2. Baskı, Adalet 2018) 822.

35 Aynı yönde Sercan Tokdemir, 'Ceza Hukukunda Akim Kalmış Azmettirme' (Doktora Tezi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, 2021) 75; Pınar Memiş Kartal, Güçlü Akyürek, Serap Keskin Kızıroğlu, Hamide Zafer, Fulya Eroğlu, Sinan Altunç, Köksal Bayraktar, Ali Kemal Yıldız, Zeynel T. Kangal, Ali Hakan Evik, Eylem Aksoy Retornaz, Gülşah Bostancı Bozbayındır, Asuman Aytekin İnceoğlu ve Vesile Sonay Evik, *Özel Ceza Hukuku – Cilt VI* (On İki Levha 2020) 277.

36 Bayraktar (n 1) 77.

37 Bkz. madde gerekçesi. Ayrıca bkz. Bayraktar (n 1) 54 vd.; Kartal, Akyürek ve diğerleri (n 35) 277.

38 Kindhäuser and Schramm (n 5) § 40, Rn. 2, s. 291.

39 TCK m. 214/3 düzenlemesinde yer verilen durum da cezalandırma sahasını genişletmektedir. Zira ilgili kişinin genel hükümler çerçevesinde azmettirmeden sorumlu olabildiği hallerde bu düzenlemeye ihtiyaç kalmayacaktır. Kanun koyucunun üçüncü fıkra ile kast ettiği bu kapsamın dışında kalan fiillerin suç işlemeye tahrik olarak nitelendirilmesi ve failin tahrik konusu suça azmettiren gibi cezalandırılmasıdır. Burada cezalandırma sahasını genişleten özel bir azmettirme benzeri durum söz konusudur. Azmettirme değildir çünkü azmettirme için aranan spesifik kimsenin (zaman, mekân ve konu bakımından) spesifik suça aklında bu suç yokken ikna edilmesi söz konusu değildir. Bu sebeple burada failin azmettiren sıfatıyla değil azmettiren gibi cezalandırılmasından söz edilebilir. Alman düzenlemesi de tahrik konusu suçların işlenmesi halinde failin azmettiren gibi cezalandırılması gerektiğini düzenleme altına almıştır. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda da tahrik konusu suçların işlenmediği halin bağımsız bir suç olduğu, tahrik konusu suçların işlenmesi halinde bu bağımsız suçun devre dışı kaldığı belirtilmektedir (Bkz. Bayraktar (n 1) 78). Ancak tahrikçinin tahrik konusu suçlardan asıl suçular gibi cezalandırılacağını belirten eski TCK m. 311 son fıkrasının ise tahrik suçundan bağımsız bir iştirak düzenlemesi olduğu ve tahrikçinin işlenen suçun asli manevi faili olduğu belirtilmektedir (Bkz. Bayraktar (n 1) 78). *Bayraktar* da bu suçun tahrik konusu suçlara teşebbüs sahasında (Bayraktar (n 1) 77) veya bir iştirak çeşidi olarak (Bayraktar (n 1) 80) değerlendirilemeyeceğini düşünmektedir. Ancak *Bayraktar* tahrikçinin işlenen suçtan sorumlu tutulduğu bu durumun iştirakin ötesinde azmettirmeye benzer (sui generis) bir durum teşkil ettiğini savunmaktadır. Böylece bu halde bağımsız bir suç düzenlemesinin olmadığı iştirakin ötesinde bir azmettirme durumunun söz konusu olduğunu savunmuş olmaktadır. Bayraktar (n 1) 80; *Toroslu* tahrik konusu suçun işlenmesi halinde tahrikçinin işlenen suça azmettirmeden (azmettiren olarak) cezalandırılacağını belirtmekte ve böylece TCK m. 214/3'ün TCK m. 214/1 ile alakası olmayan, tahrik konusu suçlara ilişkin özel bir azmettirme düzenlemesi olduğunu düşünmektedir. *Toroslu* (n 3) 1215; Aynı yönde Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (22. Baskı, Adalet 2019) 574.

Kanun koyucu TCK m. 214 düzenlemesiyle spesifik olmayan kişi yahut kişilerin tahrik edilmesini cezalandırmayı amaçlamıştır.⁴⁰ Öyle ki failin spesifik kişi yahut kişileri suç işlemeye tahrik etmesi duruma göre ilgili suçtan azmettiren yahut yardım eden sıfatıyla cezalandırılmasına sebebiyet verebilmesine rağmen ilgili kişinin suç işlemeye tahrik suçundan cezalandırılmasına sebebiyet vermeyecektir. Hatta belirttiğimiz gibi bu halde bağlılık kuralı devreye girmediğinde başka bir ifadeyle azmettirilen kasten ve hukuka aykırı bir fiili gerçekleştirmediğinde suç işlemeye tahrik edenin iştirak hükümleri çerçevesinde cezalandırılması mümkün değildir.⁴¹ Bunun için failin doğrudan belirlenemeyen kişileri belli yahut belirlenebilir suçlara tahrik etmesi gerekir.⁴²

III. KORUNAN HUKUKİ YARAR

Suç işlemeye tahrik suçuna Türk Ceza Kanunu'nda Topluma Karşı Suçlar kısmının Kamu Barışına Karşı Suçlar bölümünde yer verilmiştir. Bu sebeple suçla korunan hukuki yarar başta kamu barışının korunmasıdır.⁴³ Suçun düzenlenmiş olduğu yer de bu düşüncüyü teyit etmektedir. Kamu barışından bir yandan hukuki güvenliğin objektif olarak tesis edilmesi, diğer yandan normun muhataplarının subjektif olarak hukuki güvenliğin korunduğunu daha doğrusu kendilerini güvende hissetmesi anlaşılmaktadır.⁴⁴

Bu suçla kamu barışının yanı sıra soyut tehlike altında bulunan tahrik konusu suçlara ait hukuki yararların da korunduğu geniş anlamda söylenebilir.⁴⁵ Zira böylece ilgili suçların işlenmesi risklerinin azaltılması ve tahrik konusu ceza normlarının geçerliliğinin tesisi sağlanmaktadır. Diğer yandan bu tahrikler neticesinde tehlike saçan belirsiz kişilerin toplum içinde olmalarının doğuracağı toplumsal huzursuzluk önlenmektedir.⁴⁶ Bu sebeple toplumun iç barışının korunduğu da söylenebilir.⁴⁷

Suç işlemeye tahrik suçu soyut tehlike suçudur (abstraktes Gefährdungsdelikt), tahrik fiilinin gerçekleşmesiyle tamamlanır.⁴⁸ Bunun için ayrıca somut bir tehlikenin doğması gerektiği gibi herhangi bir zararın/neticenin doğmasına da gerek yoktur. Bu ise ilgili suçu tahrik konusu

40 Bkz. madde gerekçesi. Ayrıca bkz. Kartal, Akyürek ve diğerleri (n 35) 277.

41 Kanunumuz (bağlılık kuralı gereği) sebebiyet verme teorisinden yola çıkarak şerikin haksız fiilinin cezalandırılmasını şerikin haksız fiiline değil şerikin, failin haksız fiiline sunduğu katkı dolayısıyla cezalandırıldığını kabul etmektedir. Bize göre şerikin fiili tek başına bir haksızlık teşkil eder ancak cezalandırmaya layık bir haksızlığa dönüşmesi ancak failin kasten ve hukuka aykırı olarak başladığı fiile teşebbüs etmiş olmasına bağlıdır (sınırlı bağlılık kuralı). Bu sebeple akim kalmış azmettirmenin cezasız kalması gerektiği düşüncesindeyiz. Nitekim kanun koyucu da bu fikirdedir.

42 Bkz. madde gerekçesi.

43 Özge Apış, *Halkı Kin ve Düşmanlığa Alenen Tahrik veya Aşağılama Suçları* (Adalet 2017) 251.

44 Kindhäuser and Schramm (n 5) § 40, Rn. 1, s. 291.

45 Kindhäuser and Schramm (n 5) § 40, Rn. 2, s. 291; Joecks/Jäger Stuko § 111 Rn. 1.

46 "Bu suç düzenlemeleriyle yeni ve tekrarlayan suçların işlenmesinin önlenmesi amaçlanmaktadır." Heghmanns (n 25) 550.

47 Harro Otto, *Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte* (7. Auflage, De Gruyter 2005) 355.

48 Kindhäuser and Schramm (n 5) § 40, Rn. 1, s. 291; Otto (n 47) 355; Bayraktar (n 1) 186; Kartal, Akyürek ve diğerleri (n 35) 277; Mustafa Özen, '5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler' (2007) 2(8) Terazi Hukuk Dergisi 83, 89.

suçlardan bağımsız hale getirmektedir.⁴⁹ Bu açıklama TCK m. 214/3 düzenlemesi için de geçerlidir. Zira orada da TCK m. 214/1 düzenlemesindeki suç işlemeye tahrikten ve tahrik konusu suçtan bağımsız bir suç düzenlemesine yer verilmemiş, yalnızca sorumluluğun yaptırım boyutu tahrik konusu suçla ilişkilendirilmiştir. Bu ilişkilendirme yasak normu ile değil yalnızca ceza (yaptırım) normu ile yapılmıştır. Başka bir deyişle hangi suç işlenmişse, tahrik suçunun nitelikli halinin faili olan tahrikçi o (tahrik konusu) suçun cezası ile cezalandırılacaktır. Ancak burada da fail gibi değil, azmettiren gibi cezalandırılacaktır. Zira 765 s. TCK'da olduğu gibi fail gibi cezalandırılır dencydi failin şahsi sebeplerle cezalandırılmadığı halde tahrikçinin de cezalandırılmaması neticesi ortaya çıkabilirdi.⁵⁰ Kanun koyucu 5237 s. TCK'da bunu gözeterek yeni düzenlemede azmettiren gibi (sıfatıyla) kavramına yer vermiştir. Aksi durumda TCK m. 214/3 fiilinin failini TCK m. 214/3'ten değil işlenen suçtan cezalandırmamız gerekecektir, ki bu doğru bir okuma olmayacaktır.⁵¹ Alman düzenlemesinde savunulan ve bizim de savunduğumuz görüşe göre tahrik konusu suçların işlenmesi hali suç işlemeye tahrik suçunun cezasında artırımı gitme sebebidir (Straferhöhungsgrund = Cezada artırımı sebebi).⁵² Gerçekten de TCK m. 98/2'de ve TCK m. 105/son fıkrada olduğu gibi failin fiilinin doğrudan bir sonucu olmayan ancak dolaylı olarak failin ceza durumunu etkileyen bir nitelikli hal söz konusudur. Zira failin tipik fiili olan tahrik gerçekleşmiş, bu fiilinden sonra dış dünyada meydana gelen yeni değişiklik halinde failin daha fazla ceza alacağı düzenleme altına alınmıştır. Misal, normal şartlarda beş yıla kadar ceza alması gereken tahrikçi, tahrik konusu suçun öldürme olması ve gerçekleşmesi halinde birinci fıkradan değil de kasten öldürmenin gerektirdiği cezanın yaptırım normuna dönüştüğü üçüncü fıkradan ceza alacaktır. Burada kanun koyucunun ceza bir kat artırılır vb. klostlar kullanmamış olması ilgili fıkrayı nitelikli hal yapmayacağı gibi nitelikli hal olmaktan da çıkarmaz. Bu tarz bir suçta adil bir ceza normunu tesis için yapılabilecek ideal düzenleme ancak mevcut düzenleme şekli ile mümkündür.

IV. SUÇUN UNSURLARI

A. TİPİKLİK

1. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

A. FİİL

AA. GENEL OLARAK

Madde gerekçesinde suç işlemeye tahrik fiilinin aslında tahrik konusu suçta hazırlık hareketi niteliğinde olduğu belirtilmektedir. Kanaatimizce bu yanlış bir tespittir. Zira hazırlık hareketinden

49 Bayraktar (n 1) 18.

50 Eski TCK düzenlemesine rağmen tahrikçinin azmettiren gibi cezalandırılması gerektiği o zaman da öğretilerde savunulmuştur. Bkz. Bayraktar (n 1) 80 ve s. 202.

51 “Tahrik kendi başına cezalandırılan, bağımsız bir suç teşkil etmekle beraber, [TCK m. 214/3 bağlamında] konu olarak başka bir suçta içinde bulundurmamakla ve onun gerçekleşmesine yönelmekle bu başka suçla yakından ilişkili olmaktadır.” Bayraktar (n 1) 72; Hem başarılı (TCK m. 214/3 gibi) hem de başarısız (TCK m. 214/1 gibi) olmuş suçta tahrik hallerinde suç işlemeye tahrik suçunun tahrik konusu suçlardan bağımsız da olsa bir ilişki içinde olduğu Alman hukukunda da belirtilmektedir. von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 23.

52 von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 11; von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 5'ten naklen: Werner, LK-StGB, 8. A., § 111, Anmerkung IV.

söz edebilmek için tahrik konusu suçu gerçekleştirmesi gereken kişilerin (tahrik edilenlerin) harekete geçmesi gerekmektedir. Tahrikçinin alenen tahrikte bulunması, tahrik konusu suçun hazırlık hareketi sayılamaz. Bize göre bu halde yukarıda belirttiğimiz üzere tahrik konusu suçun suç yolu olarak nitelendirilen süreci henüz başlamamıştır; suçun soyut tehlike suçu olması da bunu göstermektedir. Bu sebeple suç işlemeye tahrik suçu, tahrik konusu suçlarla ilişkili olmasına rağmen onlardan tamamen bağımsızdır.

Tahrik konusu suçun hazırlık hareketi niteliğinde olmayan suç işlemeye tahrik suçunun tipik fiilinden söz edebilmek için failin bir kimseyi suç teşkil eden herhangi bir fiile teşvik eden aleni, özendirici faaliyette bulunması gerekir (serbest hareketli suç). Öyle ki tahrik niteliğinde olabilecek her türlü söz ve icrai davranış bu suç bağlamında tipik bir fiil olabilir. Suç işlemeye tahrik bağlamında bir fiilden söz edebilmek için failin suç teşkil eden bir haksız fiilin gerçekleştirilmesini teşvik etmesi, belirsiz kişileri bu anlamda cesaretlendirmesi ve veya yönlendirmesi gerekmektedir. Tahrikçinin bunu ciddi olarak söyleyip söylemediğinin bir önemi bulunmamaktadır; önemli olan açıklamanın objektif olarak ciddi algılanmasıdır.⁵³

Ancak bu bağlamda her hareket tahrik niteliğini taşımayabilecektir. Suç işleme kararı verilmeyen veya mevcut kararı kuvvetlendirmeyen, basit bir davet, suçun işlenmesini basit şekilde onaylayan hareketler veya objektif olarak tahrik edici kabul edilemeyecek hareketlerin tahrik anlamı taşımadığı,⁵⁴ hatta bu halde görünüşte tahrik edilenlerin gerçekten tahrik olup suç işlemelerinin TCK m. 214/3'ü etkin hale getirmeyeceği söylenmelidir.⁵⁵ Tahrik bu anlamda tahrik konusu suçların işlenmesi için failin belirsiz kişilerden bir şeyler yapmayı yahut yapmamayı istemesidir. Burada suç işlemeye tahrik suçu yalnızca icrai hareketle⁵⁶ işlenebilen bir suç olmasına rağmen tahrik konusu suçların icrai yahut ihmali davranışla işlenebiliyor olmasının bir önemi yoktur. Başka bir ifadeyle bu suçun faili olan tahrikçi, yığın içinde yer alan kişileri ihmali davranışla işlenen bir suçu işlemeye tahrik edebilir. Failin belirsiz kimseleri işyerlerinin camlarını kırmaya, ateşe vermeye, politikacıları öldürmeye tahrik etmesi bu anlamda tipik olacaktır.⁵⁷ Keza belli bir politikacıyı öldürmeyi veya ona karşı başka suçların işlenmesini tahrik etmek bu kapsamda değerlendirileceği gibi göçmenlere yönelik olarak bulduğunuz yerde kötü muamelede bulunun (suç teşkil eden fiilleri söylemek suretiyle) şeklindeki tahrik de bu anlamda tipik olacaktır.⁵⁸ Nitekim Yargıtay bir belediye başkan adayının seçimi kaybetmesi üzerine meydana toplanan halka hitaben “ölmesi gereken yerde ölmesini bilmeyen namerttir (...) [bu şehirde] kan gövdeyi götürecektir” şeklinde sözler sarf etmesini

53 BGHSt 32, 310 (313); Kindhäuser and Schramm (n 5) § 40, Rn. 2, s. 291; von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 8; Schönke/Schröder/Eser StGB § 111 Rn. 6.

54 “Herhangi bir fiil, söz ya da düşünce açıklamasının tahrik niteliğine kavuşabilmesi için bunun üçüncü şahısları suça itici bir güce sahip olması gerekmektedir”. Bayraktar (n 1) 242.

55 Aynı yönde Bayraktar (n 1) 183.

56 Aksi yönde Bayraktar (n 1) 172; Toroslu (n 3) 1209; Alman hukukunda bu suçun ihmali davranışla işlenmesini teorik olarak mümkün gören bir görüş mevcut ancak bu görüş de örnek vermekte zorlanmakta. Suça yalnızca katılımın ihmali davranışla olabileceğine dair örnekler vermektedir. Buna örnek olarak yayıncı (Herausgeber) yahut baş düzenleyici (Chefredakteur) vermekte bunların suç işlemeye tahrik suçuna yardım ettiğini belirtmektedir. MüKoStGB/Bosch StGB § 111 Rn. 25.

57 Kindhäuser and Schramm (n 5) § 40, Rn. 3, s. 292.

58 von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 23.

TCK m. 214/1 bağlamında suç işlemeye tahrik suçu olarak kabul etmiştir.⁵⁹ Ancak ilk derece muhakemesinde sonuç vermediği için Anayasa Mahkemesi'nin önüne taşınan bir olayda koşullar oluşmasına rağmen Cumhuriyet savcılığının ve itiraz üzerine sulh ceza hakiminin yanlış nitelmesi sonucu suç işlemeye tahrik suçunun oluşmadığı sonucuna varılmıştır.⁶⁰ Bize göre kişinin “Bu iş böyle olmaz. Her şehidimize karşılık bir x parti milletvekili indirilmeli” şeklindeki sözleri politik tartışmalardan bağımsız olarak bir suç işlemeye tahrik niteliğindedir ve TCK m. 214/1 bağlamında tipik bir fiil oluşturmaktadır. Cumhuriyet savcısının ve sulh ceza hakiminin indirme kavramı üzerinde şekillendirdiği suçun oluşmadığına yönelik değerlendirmesi yerinde değildir. Zira Türk ve Alman öğretisinde ve Alman hukuk uygulamasında da belirtildiği üzere suç teşkil eden fiilin doğrudan söylenmesi gerekmediği gibi yer ve zaman konusunda da bilgi vermesine gerek bulunmamaktadır. Keza bu tahrik şifreli şekilde de söylenebilmektedir. Alman hukuk uygulamasında “Şu havaalanını bir ziyaret edelim”, “Şehri titreten festival yapalım”, “Size korkuyu bütün çıplaklığıyla yaşatacak gösteri” gibi sloganların (cebir, hürriyeti tahdit suçlarına vücut verebilen) oturma eylemleri (Sitzblockaden) çerçevesinde tahrik fiilini oluşturduğu kabul edilmiştir.⁶¹

Suç teşkil eden haksız fiile vurgu yapıldığından kabahat teşkil eden haksız fiiller ile diğer tüm haksız fiillerin işlenmesine yönelik tahrik, teşvik ve veya özendirme bu suç bağlamında tipik bir fiil sayılmayacaktır.⁶² Ancak ilgili haksız fiiller suç teşkil etmeyen kanunlara uymama neticesini doğuruyorsa failin TCK m. 217'de tanımlanan kanunlara uymamaya tahrik suçundan sorumlu tutulması mümkündür. Tahrikçi belirli olmayan kimseleri suç teşkil eden fiilleri işlemeye ittiğinden ilgili fiilin tahrik esnasında suç teşkil etmesi gerekmektedir. Tahrikçinin suç teşkil eden fiili teşvik ederken tahrik konusu fiil suç teşkil etmekte ve fakat TCK m. 214/1 bağlamında yargılama yapılırken fiil suç olmaktan çıkarılmışsa, TCK m. 7/1 gereği işlendikten sonra (konusu suç olmaktan çıktığı için) yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Bu halde beraat kararı vermek gerekir. Şayet buna bağlı olarak bir hüküm tesis edilmiş ve kesinleşmişse infazı ve kanuni neticeleri yine TCK m. 7/1 gereği ortadan kalkar. Tahrik konusu suçun tahrik suçu işlendiği esnada yürürlükte olan bir suç olması gerekir. Dolayısıyla kanunlaşmış ancak henüz yürürlüğe girmemiş bir fiili teşvik etmekteyse, ortada henüz suç teşkil eden bir fiil bulunmadığından bu fiile tahrik etmek de suç teşkil etmeyecektir.⁶³

Failin belirsiz kimseleri tahrik ederken samimi olarak bu suçların işlenmesini isteyip istemediğinin önemi yoktur. Önemli olan failin bu söz veya davranışlarının ciddiye alınabilir olmasıdır.⁶⁴

59 Karar için bkz. Yargıtay 9 CD, E. 2010/13846 K. 2010/12518, 13.10.2010; daha önce zikreden için bkz. Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu* (5. Cilt) (Adalet 2014) 6496.

60 Selahattin Demirtaş (2), B. No: 2016/2216, 11/12/2019, § 9 vd.

61 von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 23.

62 Apiş (n 43) 251 vd.

63 Yaşar, Gökcan ve Artuç, (n 59) 6495.

64 Kindhäuser and Schramm (n 5) § 40, Rn. 3, s. 291; Konuya ilişkin Alman mahkeme kararları için bkz. BGHSt 32, 310 (313).

Suç işlemeye tahrik suçu soyut tehlike suçudur, tahrik fiilinin gerçekleşmesiyle tamamlanır.⁶⁵ Somut bir tehlikenin doğmasına gerek yoktur. Aynı şekilde icrai hareketle işlenen bu suç serbest hareketli bir suçtur.⁶⁶ Failin bağlı/belirli bir hareketi gerçekleştirmesi beklenmez.

BB. ALENİYET

Aleniyet maddi unsurlardan fiille ilişkin olduğundan burada ele alınmıştır. Ancak aleniyetin cezalandırma şartı olduğu savunulduğu gibi suçun bağımsız bir unsuru olduğu da ileri sürülmektedir.⁶⁷ Biz de TCK m. 214/1 düzenlemesinde yer verilen aleniyetin bir cezalandırma şartı olmadığını, aksine suçun maddi unsurunu oluşturduğunu düşünmekteyiz.⁶⁸ Aleniyet suçun maddi unsurları altında değerlendirildiğinde tahrikçinin kastının kapsamı dahilinde olmalıdır. Bu sebeple tahrikçinin aleniyet kısmına vakıf olmadığı bir durumda kastının olmadığını belirtmemiz gerekir.

Suç işlemeye tahrik suçunun alenen işlenmesi gerektiğinde bu aleniyetin bir şekilde sağlanması gerekir. Aleniyetin hukuki niteliği açık olmamakla birlikte bunun maddi unsurlar altında değerlendirilmesi ve failin kastının kapsamında olması gerektiği belirtilmekte ve aleniyetin şu fiillerle (Kundgabebehandlung) sağlanmış olacağı (Kundgabeerfolg) söylenmektedir.

Aleniyetten söz edebilmek için (basın yoluyla işlenmesi yahut sosyal medya aracılığıyla işlenmesi hali hariç) kaç kişinin tahrikçinin ilgili fiilini algılayabilir durumda olduğu konusunda bir fikir birliği bulunmamaktadır. Hatta birçok yazarın bu konuda sayı vermekten kaçındığı görülmektedir. Ancak öğretide savunulan bir görüşe göre 10 kişilik veya daha az kişiden oluşan bir grubun önünde gerçekleşen fiil genel iştirak düzenlemelerinin devreye girmesini sağlayacağından aleniyet kısmının gerçekleşmesine engel olacaktır. Aleniyetten söz edebilmek için öyle bir sayıya ulaşmak gerekir ki bu grubun içinde birey spesifik biri olmaktan çıkıp yığının bir parçası haline almış olsun.⁶⁹ Görüş savunucusunun bu sayı aralığını en az 30 ila 50 kişiden oluşan kişiler şeklinde belirlediği görülmektedir.⁷⁰

Fiil bakımından aleniyetten kasıt ilgili fiilin başkalarının algılayabileceği şekilde uluorta, açıkça gerçekleştirilmesidir. Burada önemli olan suç işlemeye tahrik fiilinin belirsiz sayıda kişilerin erişimine açık olmasıdır. Aleniyetin bu haline kişi bakımından aleniyet denildiği de görülmektedir.⁷¹ Failin fiili gerçekleştirdiği mahalde belirsiz sayıda kişinin olması gerekmektedir. Canlı yayın başlatma halinde yahut belli sayıda kapalı Facebook arkadaşının olduğu platformda gerçekleştirilen fiilin aleni bir fiil olup olmadığı değerlendirmeye açıktır. Burada aleniyetin oluştuğunu savunmak mümkün olduğu gibi aksini savunmak da mümkündür. Bize göre burada belirsiz sayıda kişiye bu

65 Kartal, Akyürek ve diğerleri (n 35) 277; Özen (n 48) 89.

66 Bayraktar (n 1) 172.

67 Bayraktar (n 1) 180.

68 Bayraktar (n 1) 181.

69 von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 10.

70 Heghmanns (n 25) 551.

71 Apiş (n 43) 62.

bilginin aktarılabilir olması ve bu paylaşımın gizlilik ihlali niteliği arz etmemesi halinde aleniyetin gerçekleştiğinden söz edilebilmelidir. Bir görüşe göre aleniyetin kişi bakımından varlığından söz edebilmek için mutlaka birden fazla kişinin tahrikçinin fiiline erişebilir olması gerekir; aktarımın olmadığı bir ortamda yalnızca birinin olduğu bir yerde yapılan tahrik, ilgili yer aleni bir yer olsa da bu suçun oluşmasına vücut vermeyecektir.⁷² Buna karşılık ilgili yer hususi bir yer olsa da tahrikçinin fiilinin birden çok kimseye ulaştığı halde de bu suçta aranan kişi/fiil bakımından aleniyetin olduğu kabul edilmektedir.⁷³ Bize göre de bu görüş yerindedir. Keza herkesin geçerken rahatlıkla görüp algılayabildiği bir reklam panosuna tahrik niteliğinde yazı veya görsel koyma halinde de aleniyetin sağlandığı kabul edilmektedir.⁷⁴ Alman mahkeme kararlarında pazar yerinde broşür şeklinde dağıtım, kişilerin posta kutularına broşürlerin atılması suretiyle, kendi aracına yapıştırdığı bir görselle trafiğe çıkmak suretiyle, bina duvarlarına yansıtmak suretiyle, yüksek sesle aktarım suretiyle, hoparlör vasıtasıyla halka açık yerlerde aktarım suretiyle işleme hallerinde aleniyetin sağlandığı kabul edilmektedir.⁷⁵

Suç işlemeye tahrik suçunun sosyal medya aracılığıyla işlenmesi de mümkündür; zira bu halde de aleniyet şartı sağlanmış olmaktadır; öyle ki sosyal medya aracılığıyla işleme suç işlemeye tahrik suçunun günümüzde çoğunlukla ortaya çıkma şeklidir.⁷⁶ Keza Yargıtay'ın, fiilin Twitter üzerinden gerçekleştirilmesi halinde aleniyet şartının gerçekleştiği yönünde kararları mevcuttur.⁷⁷ Ayrıca suçun basın (TCK m. 6/1-g bağlamında her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracının kullanılması) yoluyla işlenmesi TCK m. 218 bağlamında nitelikli hal teşkil etmektedir.

TCK m. 214 düzenlemesinde aleniyetin fiile, kişiye yahut mekâna hasredildiği belirtilmediğinden aleniyetin sağlandığının çeşitli şekillerde iddia edilmesi mümkündür. Bu aleniyet üç unsurun varlığını arama şeklinde suçun çerçevesini daraltıcı şekilde anlaşılacağı gibi yalnızca birini arama şeklinde suçun çerçevesini genişletici şekilde de anlaşılabilir. Misal boş bir meydana, ormanlık bir yerde kimsenin olmadığı bir sahnede tahrik niteliğindeki söz ve eylemlerde bulunmak yer bakımından aleniyeti sağlamış görünse de burada kimsenin bulunmadığına dayanarak hareket eden kişinin fiilinin aleni olmadığı söylenebilecektir.⁷⁸

Aynı şekilde kalabalık bir mahalde kamuya açık bir yerde olsa da tahrik niteliğindeki sözlerin özel bir sohbette birine aktarılması da aleniyet şartını gerçekleştirilmeyecektir.⁷⁹ Burada mekân aleni olsa da tahrik fiili genel bir yığına aktarılmamakta ve bir kişi ile özel bir sohbet niteliğini taşımaktadır. Buna

72 Bayraktar (n 1) 139.

73 Bayraktar (n 1) 139.

74 von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 13a.

75 Kararlar için bkz. von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 13a.

76 Kartal, Akyürek ve diğerleri (n 35) 285.

77 “Sanığın aleni sayılabilecek twitter hesabı üzerinden gezi eylemlerine katılanlara karşı yaralama ve benzer suçların işlenmesini kıştırtan ve teşvik eden nitelikte paylaşımlarda bulunmaktan ibaret eyleminin TCK'nın 214. maddesinde düzenlenen “suç işlemeye tahrik suçunu” oluşturduğu gözetilmeden suç vasfının belirlenmesinde yanlıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması” Y. 16. CD., 01.06.2016, E. 2016/1077, K. 2016/3583.

78 “Örneğin umuma açık bir yolda kimse bulunmasa bile, fail yaptığı konuşma ile suç işlemeye tahrikte bulunursa bu suç oluşacaktır” şeklindeki aksi yönde görüş için bkz. Yaşar, Gökcan ve Artuç, (n 59) 6496.

79 Bayraktar (n 1) 176.

karşılık kamuya açık olmamasına rağmen geniş katılımın olduğu bir toplantıda yapılan tahrik fiilinin aleni olduğu kabul edilebilir.⁸⁰ Bu sebeple yer bakımından aleniyetin suç işlemeye tahrik açısından bir öneminin olmadığını düşünmekteyiz.⁸¹ Önemli olan fiilin aleni (kamuya açık) ve erişilebilir kişi bakımından belirsiz kişiye ulaşılabilir olmasıdır.

B. KONUSU

TCK m. 214/1 düzenlemesinde yer verilen suçun konusu belli olmayan kimselerin tahrik edildiği belirlenebilir suç veya suçlar oluşturmaktadır;⁸² daha doğrusu suç teşkil eden fiil yahut fiiller oluşturmaktadır.⁸³ Burada genel olarak suç işleyin demek yeterli olmayacaktır; bu suçların biraz daha spesifikleşebileceği eylem ve söylemlere yer verilmelidir.⁸⁴ Bunun için suç veya suçların isimlendirilmesi gerekmemektedir. Ancak bu kişilerin herhangi bir haksız fiili gerçekleştirmeye yahut Kabahatler Kanunu bağlamında bir kabahatin işlenmesine tahrik edilmesi bu suçun konusunu teşkil etmez; yalnızca suç teşkil eden haksız fiillere tahrik bu suçun konusunu oluşturabilir. Bu sonuca suç tipine verilen isimden de varmaktayız. Zira tahrik herhangi bir suçu işlemeye tahrik şeklinde olmalıdır. Aynı şekilde tahrik edilen suç veya suçların kasten işlenen suçlar olması gerekir. Bir kimsenin taksirli suç işlemeye yönlendirilmesi mümkün olmadığından tahrik konusu suçların, taksirli suçlar olamayacağını düşünmekteyiz.⁸⁵ Keza bu suçlardan kastın yalnızca Türk kanunları çerçevesinde suç teşkil eden fiiller olduğunu düşünmekteyiz.⁸⁶ Mevzuatımıza göre suç teşkil etmeyen veya suç olmaktan çıkarılan bir fiili işlemeye tahrikin bu kapsamda değerlendirilemeyeceği açıktır. Buna karşılık tahrik konusu suçun işlenme yerinin Türkiye gerçek veya farazi ülkesi olması gerektiği gibi Türkiye’de kovuşturulabilir olup olmadığının da önemi bulunmamaktadır.⁸⁷ Önemli

80 Toroslu (n 3) 1219.

81 Aynı yönde von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 13.

82 Bayraktar (n 1) 165; Apiş (n 43) 251.

83 Toroslu (n 3) 1225.

84 Bayraktar (n 1) 166.

85 Aynı yönde Kartal, Akyürek ve diğerleri (n 35) 282; Toroslu (n 3) 1226; Yaşar, Gökcan ve Artuç, (n 59) 6495. Avusturya Ceza Kanunu’nun 282. maddesinin 1. fıkrasında yer verilen cezalandırılabilen fiillere tahrik suçunda da tahrik edenin yalnızca kasıtlı suçlara tahrik edebileceği belirtilmektedir. Bkz. Christian Bertel and Klaus Schwaighofer, *Österreiches Strafrecht BT II* (9. Auflage, Springer 2010) 244; Alman hukukunda da bu şekilde kabul edilmektedir. Bkz. von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 18.

86 Aynı yönde Bayraktar (n 1) 170.

87 Kovuşturulabilirlikten kastımız suçun TCK m. 8 ve devamı hükümleri çerçevesinde Türk Ceza Kanunu’nun etki alanında olmasına rağmen, CMK düzenlemeleri çerçevesinde kovuşturulabilip kovuşturulamadığı hususudur. Bize göre tahrik konusu suçlar TCK’da düzenlenen suçlar olmasına rağmen TCK m. 8 ve devamı hükümlerinde yer verilen yer bakımından yetki (Türk kanun koyucusunun kendi kanunlarının etki alanının dışında bıraktığı) kapsamının dışında işlenmişlerse TCK m. 214/1 ve TCK m. 214/3 kapsamında tahrikçinin cezalandırılması mümkün olmayacaktır (benzer yönde Alman hukukundaki görüş için bkz. von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 21). Misal Mars yüzeyinde bulunan tahrikçi aleni olarak Mars yüzeyinde yaşayan kimselerden yine Mars yüzeyi üzerinde bir suç işlemlerini isterse onları bu çerçevede tahrik ederse TCK m. 8 ve devamı hükümlerince Türk kanunlarına göre cezalandırılması mümkün olmadığından TCK m. 214/1 ve 214/3 fıkraları bağlamında cezalandırılmaları mümkün olmayacaktır. Bu bağlamda TCK m. 214/3 düzenlemesindeki suçun bağımsız bir suç olmadığını ve sui generis bir azmettirme türü olduğunu kabul ettiğimizde, tahrik fiilleri Türkiye ülkesinde gerçekleştirilmiş olsa da tahrik konusu suçlar ülke dışında işlenmiş yahut Türk Ceza Kanunu’nun yer bakımından yetki (egemenlik) alanının dışında işlenmişlerse tahrikçinin TCK m. 214/3

olan tahrik konusu suçların Türk Ceza Kanunu'nun yer bakımından yetki alanında kalıyor olmasıdır.⁸⁸ TCK m. 214/3 düzenlemesinin tahrik suçunun nitelikli halini oluşturduğunu düşünmekteyiz. Bu sebeple suçun konusu burada da aynıdır. Tahrik konusu olan ve somut olayda bir başkası tarafından gerçekleştirilen suçun konusu, suç işlemeye tahrik suçunun konusunu oluşturmamaktadır.

Belirsiz kişilerin tahrik edilmesi için herhangi bir suç yeterli olmaktadır. Ancak failin (tahrikçinin) belirli olmayan kişileri bir suçta değil de birden çok suçta tahrik etmesi de yine tek bir konu teşkil edecek ve tek bir suç ortaya çıkacaktır.

C. FAIL

Suç işlemeye tahrik suçu bu açıdan özellik arz etmediğinden herkes bu suçun faili olabilir.⁸⁹ Kişileri suç işlemeye tahrik etmek için toplulukların içine girerek onları tahrik eden ajan provokatörlerin bu suçun faili olup olamayacağı konusunda fikir birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre ajan provokatörlerin bu fiilleri ciddiyet taşımadıklarından bu suçun tipikliğini oluşturmazlar ve ajan provokatörler bu suçun faili olamazlar.⁹⁰ Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise ajan provokatörler de bu suçun faili olabilir ve bu durumda sorumluluklarının genel hükümler çerçevesinde belirlenmesi gerekir.⁹¹

D. MAĞDUR

Gerek birinci fıkra gerekse üçüncü fıkra bağlamında suçun mağduru toplumu oluşturan bireylerdir. Alman hukukunda devletin kamusal gücüne direnme üst başlığı altında yer verildiği için mağdurun yalnızca devlet olduğu düşünülebilir. Ancak bize göre burada spesifik bir mağdurdan söz edilemez. Toplumu oluşturan bireylerin tamamı bu suçun muhatabı ve mağduru olmaktadır. Kanaatimizce işlenen tahrik eyleminden doğrudan etkilenenler kendilerine karşı işlenen suçun mağduru, bu suçun ise olsa olsa suçtan zarar göreni olarak addedilebilirler.

2. SUÇUN MANEVİ UNSURLARI

A. KAST

Bu suç kasten işlenebilen bir suçtur. Özel bir kast yahut maksat aranmamaktadır. Önemli olan tahrikçinin tahrik niteliğindeki fiili bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesi ve bu sürecin aleni olduğunu

bağlamında cezalandırılabilmesi için ülke dışında işlenen tahrik konusu suçun Türkiye'de kovuşturulabilir olması gerekir. Şayet tahrik konusu suç TCK'nın yer bakımından yetki alanının dışında kalıyorsa failin TCK m. 214/3 bağlamında cezalandırılması da mümkün olmayacaktır. Yer bakımından yetkiye ilişkin bilgi için bkz. Ercan Yaşar, 'Ceza Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması Bağlamında Ülke Kavramının Doğurduğu Tartışma ve Mülklik, Koruma, Şahsılık ve Evrensellik İlkelerine Yeni Bir Bakış', Hukukun Güncel Meseleleri Erzincan Sempozyumu, 10-13 Şubat 2022, EBYÜ, özet metni.

88 Alman hukuku açısından aynı yönde von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 21; MüKoStGB/Bosch StGB § 111 Rn. 12a.

89 Bayraktar (n 1) 130.

90 von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 27'den naklen Dreher, in Festschrift für Wilhelm Gallas, s. 307 ve 313.

91 Aynı yönde Bayraktar (n 1) 131; von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 27.

bilmesi ve istemesi ve birilerinin bu tahrik fiilinden etkilenerek suç işleyebileceklerini bilmesi ve istemesidir.⁹² Tahrikçinin bu suç işlemeye tahrik fiillerini neden yapmak istediğinin (saikin/ maksadın) bir önemi yoktur.⁹³

Tahrik niteliğindeki fiilleri birilerini suç işlemeye sevk etme niyetiyle gerçekleştirmek istememesine rağmen kahraman gibi görünmek istediği için bu nitelikte fiili gerçekleştiren kişi suç işlemeye tahrik etmiş olmadığı gibi suç işlemeye tahrik suçunun faili olmaz. Öğretide buna örnek olarak aleni bir yerde bir ülkeye ait bayrağı yakma, elçilik binasına zarar verme gibi fiiller gösterilmekte⁹⁴ ve açıkça başkalarını suça itme düşüncesi olmayan kişinin tahrik kastı olmadığı gerekçesiyle suçun oluşmadığı (dolaylı olarak) söylenmektedir. Burada ilgili fiili gerçekleştiren kişi misal elçilik binasına zarar verdiğini bilmekte ve bunu istemektedir. Ancak bu fiiliyle başkalarını suça ittiğini bilmemekte ve istememektedir. Somut olayda olası kasttan söz edilebilirse, failin ayrıca tahrik suçuna olası kastla sebebiyet verdiğini söylemek mümkündür. Bu halde gerçek ve görünüşte içtima kuralları çerçevesinde bir sonuca varmak gerekir.

Yukarıda belirttiğimiz gibi suçun olası kastla işlenmesi mümkündür.⁹⁵ Bunun için failin fiilinin tahrik niteliğini taşıyabileceğini bilmesine rağmen kişilerin bu çerçevede etkilenmelerine “olursa olsun” demek suretiyle kayıtsız kalması ve fiilini başlatması yahut devam ettirmesi yeterlidir.

B. TAKSİR

Bu suç taksirle işlenmemektedir. Bilinçli taksirle işlenmesi de mümkün değildir.

B. HUKUKA AYKIRILIK

Bir görüşe göre TCK m. 214/3 bağlamında tahrik konusu suç işlenirse ve fakat bu suçta hukuka uygunluk sebebi bulunduğundan asıl fail cezalandırılmıyorsa bu durum tahrikçinin tahrik konusu suçtan (TCK m. 214/3) cezalandırılmasına engel teşkil etmeyecektir.⁹⁶ Bize göre bu halde tahrik konusu suçun işlendiğinden (tipiklik ve hukuka aykırılık bağlamında) söz edilemeyecektir. Zira hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı halinde ortada bir suç yoktur. Ancak tahrik konusu suçun gerçekleştirmemiş olması 214/3 bağlamında cezalandırmaya engel teşkil etse de 214/1 bağlamında cezalandırmaya engel olmayacaktır.

Tahrik niteliğindeki fiillerin haber verme veya eleştiri amaçlı gerçekleştirilmesi halinde bu suçun oluşmayacağı TCK m. 218 düzenlemesinde belirtilmiştir. Bu konu malumun ilamı niteliğindedir. Zira ilgili haber veya eleştiri haber ve veya eleştiri sınırını aşmıyorsa bir suç işlenmesine de tahrik

92 Bayraktar (n 1) 191.

93 Bayraktar (n 1) 192.

94 Toroslu (n 3) 1210.

95 Kindhäuser and Schramm (n 5) § 40, Rn. 5, s. 292; von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 30.

96 Eski TCK döneminde savunulan bu görüşe “dolayısıyla faillik müessesinden faydalanılarak varılacağı” belirtilmektedir. Görüş için bkz. Bayraktar (n 1) 202.

etmiyordur. Ancak ilgili fiil suç işlemeye teşvik ve tahrik ediyorsa TCK m. 218 kapsamının dışına çıkacağı için suç işlemeye tahrik suçu oluşacaktır. Kanaatimizce uygulamanın hatalı tespit ve muhakemelerini engellemek için getirilmiş olan bu düzenleme suç işlemeye tahrik suçuna ilişkin bir hukuka uygunluk sebebi barındırmamaktadır.⁹⁷ Kişileri suç işlemeye tahrik suçunun düşünce hürriyeti ile kesişmiyor olması gerekir. Kesişiyor ve kanun koyucu bu fiilleri cezalandırmak istemiyorsa bu bir hukuka uygunluk teşkil etmeyecek aksine cezasızlık sebebi teşkil edecektir. Çünkü suç işlemeye tahrik suçunu düzenlemekle birlikte tahrik neticesinde her an herhangi bir yerde söz konusu suçların tahrik edilenlerce işlenmesi ihtimalinin doğurduğu tehlikenin önüne geçilmek istenmektedir. Bu kişinin haber yapması yahut eleştirmesi de bu tehlikeyi azaltmamaktadır. Bu sebeple hukuka uygun hale getiren bir netice de doğmamaktadır. Kaldı ki bu haber veya eleştiri üzerine tahrik konusu suçun işlenmesi halinde ilgili kişiyi sorumsuz tutmanın yahut fiiline hukuka uygunluk vermenin de bir anlamı bulunmamaktadır. Bu sebeple 218. madde düzenlemesinin bir anlam ifade etmediği, uygulamacılara uyarı niteliğinde olduğu ve ceza kanununda yerinin olmadığı belirtilmelidir.

V. KUSURLULUK

Suç işlemeye tahrik bağımsız bir suç teşkil ettiğinden, tahrikçinin fiilini gerçekleştirme esnasında kusur yeteneğine sahip olması gerekli ve yeterlidir. TCK m. 214/3 bağlamında tahrik konusu suçların işlenmesi esnasında tahrikçinin kusur yeteneğinin geçici sebeplerle bulunmuyor olması da bir önem arz etmeyecektir.

VI. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. TEŞEBBÜS

TCK m. 214'te yer verilen suç işlemeye tahrik suçunun işlenebilmesi için tahrik konusu suçların işlenmesine gerek yoktur. Tahrik fiilinin gerçekleşmesi ile birlikte suç tamamlanmış olacağından bu suça teşebbüs zor görünmektedir. Ancak yazılı veya görsel basın yoluyla yapılacak olan tahrikte, suçun işlenmeye başlanması ilgili yazı, görsel yahut kaydın hazırlanması zamanı iken suçun tamamlanması ve sona ermesi ise halka arz ile gerçekleşeceğinden tamamlanma öncesi sahnenin teşebbüs olarak nitelendirilmesi gerekir.⁹⁸ Suçun tamamlanması ile sona ermesi sahasının nasıl belirleneceği açık değildir. Ancak muhatapların hazırda olduğu halde bize göre tahrik fiilinin gerçekleşmesi ile tamamlanan suç muhatapların algılamasıyla sona etmektedir.⁹⁹ Bu sebeple gönüllü vazgeçmenin gerçekleşmesi güç görünmektedir. Ancak basın yoluyla işleneceği hallerde yazı yahut görselin hazırlanması icra hareketini başlatmakla birlikte muhataplara ulaşması aşamasına kadar icra hareketi tamamlanmamış kabul edilmelidir. Bu safhada teşebbüsten söz edileceği gibi koşulların

97 Aynı yönde "Suç işlemeye tahrik söz konusu ise temel haklardan olan ifade hürriyetinden (...) aynı şekilde sanat özgürlüğünde söz edilemez". MüKoStGB/Bosch StGB § 111 Rn. 29 ff..

98 Aynı yönde Bayraktar (n 1) 187.

99 Aynı yönde von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 31.

varlığı halinde gönüllü vazgeçme de mümkün olabilecektir. TCK m. 214/3 düzenlemesinde de bu görüşten ayrılmayı gerektirecek bir durum söz konusu değildir. Bu halde de suç işlemeye tahrik suçu tamamlanmış ve sona ermiştir. Ancak tahrik edilenlerin ilgili fiili gerçekleştirmeleri halinde yaptırım normu netleşmiş olmakta ve suç işlemeye tahrik suçunun failine işlenen tahrike konu suçun yaptırım aralığı dikkate alınarak ceza verilmektedir. Suç işlemeye tahrik suçunun failinin tahrik fiilini gerçekleştirdikten sonra tahrik edilenleri suç işlemekten alıkoymaya çalışması gönüllü vazgeçme sayılamayacaktır. Ancak bu girişim tahrik edilenleri suç işlemekten alıkoymaya suç işlemeye tahrik suçunun faili TCK m. 214/1 çerçevesinde cezalandırılacaktır.

TCK m. 214/3'ün teşebbüs ve şahsi cezasızlık sebebi olan gönüllü vazgeçme açısından önemli bir durum ortaya çıkarttığı görülmektedir. Kanun koyucu tahrikçinin işlenen suçun faili gibi cezalandırılmasını öngörmediğinden ve azmettiren gibi (sıfatıyla) cezalandırılmasını öngördüğünden, tahrik konusu suçu işleyen fail ilgili suçu işlemeye elverişli hareketlerle başlar ve fakat icra hareketlerini tamamlamaktan vazgeçerse yahut kendi çabasıyla suçu tamamlanmasını ya da neticenin gerçekleşmesini önlerse gönüllü vazgeçme düzenlemesinden (TCK m. 37) faydalanabilecek ve teşebbüs ettiği suçtan (tamamlanan kısım esasen başka bir suç teşkil etmemekteyse) ceza almayacaktır.¹⁰⁰ Buna karşılık tahrikçi TCK m. 214/3 bağlamında sorumlu olmaya devam edecek ve cezalandırılacaktır.¹⁰¹ Bize göre bu halde tahrik konusu suç yalnızca tahrikçinin fiilinin yaptırım kısmını belirleyecektir. Tahrikçi TCK m. 214/3'ün faili sıfatıyla yargılanacak ve fakat tahrik konusu suçuna teşebbüs düzenlemesinin gerektirdiği ceza miktarı (aralığı) ile cezalandırılacaktır.

B. İŞTİRAK

Belirli bir kişiyi yahut belirli kişileri suça yönlendime, suç işleme düşüncesi olamayana suç işleme fikrinin verilmesi şeklinde ise azmettirme, mevcut suç kararının kuvvetlendirilmesi şeklinde ise yardım etme şeklini alır ve bu sebeple suç işlemeye tahrik kapsamının dışına çıkar.¹⁰² Ancak bu suça yönlendime belirsiz kişilerin suç işlemeye itilmesi şeklinde ise suç işlemeye tahrik söz konusu olmaktadır.¹⁰³ Gerçekten de azmettirmede azmettiren ile azmettirilen arasında kişisel bir ilişki kurulmaktadır. Yardım etmede de çoğunlukla bu kişisel ilişki mevcuttur ancak kimi hallerde bu ilişki tek taraflı olabilmektedir. Başka bir ifadeyle fail, yardım edenin varlığından ve kendisine yardım edildiğinden bihaber olabilmektedir. Suç işlemeye tahrikte ise bu yakın kişisel ilişki söz konusu

100 Teşebbüs ve gönüllü vazgeçme açısından sorun arz eden TCK düzenlemelerine yönelik eleştiri için bkz. Güçlü Akyürek, 'Gönüllü Vazgeçme Düzenlemesi Gerekli midir?' (2013) 10(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 183, 184 vd.; Yaşar ve İba (n 22) 101 vd.

101 Aynı yönde von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 25.

102 Bayraktar (n 1) 15.

103 Avusturya Ceza Kanunu'ndaki benzer düzenlemenin devreye girebilmesi için tahrikçinin belirli bir kimseyi yahut birçok insanı tahrik etmesi kabul edildiğinden, tahrik edilen belli bir kimse olsa da bu suçun oluşacağı belirtilmektedir. Ancak bu halde de azmettirme veya yardım etmenin koşullarının oluştuğu kabul edildiğinde suç işlemeye tahriki düzenleyen Avusturya Ceza Kanunu'nun 282. maddesinin 1. fıkrasının devre dışı kalacağı kabul edilmektedir. Bunun da ilgili düzenlemenin tali/subsidiar nitelikte olmasından kaynaklandığı belirtilmektedir. Bkz. Bertel and Schwaighofer (n 85) 244.

değildir. Tahrikçi belirsiz sayıda kişiyi suça teşvik etmekte bunlardan hangisinin bu durumdan etkileneceğini kestirememektedir.¹⁰⁴

Bir görüşe göre suça itilen bu kişilerin isnat yeteneklerinin başka bir ifadeyle kusur yeteneklerinin olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır.¹⁰⁵ Alman düzenlemesinde de tahrik konusu suçun kusurlu şekilde olmasa da hukuka aykırı olmasının yeterli olduğu belirtilmektedir.¹⁰⁶ Bize göre bu konuda ikili bir ayırım yapmak gerekmektedir. TCK m. 214/1 düzenlemesinde yer verilen suçun oluşumuna bu durumun etki etmeyeceği açıktır; önemli olan tahrikçinin fiilinin ve suça ilişkin diğer unsurların varlığıdır.¹⁰⁷ Ancak TCK m. 214/3 düzenlemesinde yer verilen nitelikli hal için aynı şeyleri söylemek bizim görüşümüz açısından sorun teşkil etmese de TCK m. 214/3 düzenlemesinin özel bir iştirak düzenlemesi olduğunu savunan görüş ile kusurun suçun bir unsuru olduğunu savunan görüş¹⁰⁸ açısından sorun teşkil etmektedir.¹⁰⁹ Bize göre TCK m. 214/3 düzenlemesi suç işlemeye tahrik suçunun nitelikli hali olduğundan ve tahrik konusu suç yalnızca tahrikçinin tabi olacağı yaptırımın çerçevesini belirleyeceğinden tahrik konusu suçun kusur yeteneği olmayan kişi tarafından işlenmesi TCK m. 214/3 çerçevesinde tahrikçinin/failin cezalandırılmasına engel olmayacaktır. Bu halde TCK m. 214/3 failinin yasak normu her durumda tahrik fiili oluşturmaktayken, yaptırım/ceza normu ise işlenen suçun ceza normuna dönüşmektedir. Bize göre kusur yeteneği olmayan kimselerin fiilleri de suç teşkil ettiğinden kusur yeteneği olmayanın işlemiş olduğu tahrik konusu suç da işlenmiş olmakta ve TCK m. 214/3'teki nitelikli hal teşkil eden suçun faili olan tahrikçinin cezalandırılmasının önü açılmaktadır. Ancak burada isnat yeteneği olmayan kişileri suça iten tahrikçinin aynı fiilinin kendisini diğer yandan işlenen tahrik konusu suçun dolaylı failine dönüştürme ihtimali söz konusu olabilir bu halde genel içtima kuralları gereği çözüm bulunabilmektedir. Bir fiille birden fazla farklı suça vücut veren tahrikçinin TCK m. 44 gereği TCK m. 37/2 çerçevesindeki artırımıyla bağlantılı olarak dolaylı fail olarak işlemiş olduğu suçtan sorumlu tutulması gerekecektir. TCK m. 214/3 düzenlemesinin özel bir iştirak şekli olduğunu belirten görüşe göre hareket edildiğinde ise çeşitli sonuçlara ulaşmak mümkündür. Kusur yeteneği olmayan kimseyi suça kullanan tahrikçi TCK m. 37/2 çerçevesinde dolaylı faile dönüştüğünden TCK m. 214/1'de yer verilen suçun yanı sıra TCK m.

104 Bayraktar (n 1) 16.

105 Toroslu (n 3) 1211; Yazarların isnat edilebilirlik ile kusurluluk ayırımı açık olmadığı gibi kast ve taksiri kusurun bir parçası olarak ele aldığı görülmektedir. İlgili konuda bütüncül düşünüldüğünde kendi içinde tutarlı kabul edilebilir. Ancak biz farklı görüşte olduğumuzdan yukarıda yer verilen açıklamaları yapmaktayız. Yazarların suç genel teorisinde kusurun yeri konusundaki açıklamaları için bkz. Nevzat Toroslu / Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (26. Baskı, Savaş Yayınevi 2021) s. 201 vd.; Bizim de savunduğumuz kusurluluk ve objektif-sübjektif isnadiyet ilişkisi için bkz. Özgenç (n 17) 44 vd.; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Baskı, Seçkin 2021) 310 vd.; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (10. Baskı, Seçkin 2019) 346 vd.; ayrıca bkz. Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. II* (11. Baskı, Beta 1997) 145; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (9. Baskı, Yetkin 2020) 412 vd..

106 Heghmanns (n 25) 550 vd.; von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 18.

107 Bunun için tahrik fiilinin tahrik edilen kusur yeteneği olmayanlar tarafından algılanabilir olması yeterlidir. Ayrıca bu kişilerin kusur yeteneklerinin olup olmadığı önem taşımaz. Aynı yönde Toroslu (n 3) 1211; aynı yönde Yaşar, Gökcan ve Artuç, (n 59) 6495.

108 Kusur suçun bir unsuru ise ve fiili gerçekleştiren kusurlu değilse (failin kusur yeteneği yoksa) ortada gerçekleşmiş bir suç oluşmadığından kural olarak TCK m. 214/3 düzenlemesine gidilemeyecektir.

109 Suç işlemeye tahrik suçunu ve üçüncü fıkrayı da kapsayan durumu iki ayrı suç olarak değerlendiren olmadığı için belki de tek görüş demek gerekir.

214/3'ün sui generis azmettirenine dönüşmektedir. Bir olayda hem dolaylı fail, hem soyut tehlike suçunun faili, hem de dolaylı fail olduğu suçun azmettirenini olan tahrikçinin sorumluluğunun nasıl tespit edileceği ise cevapsız kalmaktadır.

Tahrikçinin tahrik konusu suçu kendisi işlemesi halinde de TCK m. 214/3 düzenlemesinin devreye girdiği kabul edilirse, kusur yeteneği olmayan kişileri suçta kullanan ve bu sebeple TCK m. 37/2 bağlamında dolaylı faille dönüşen tahrikçinin TCK m. 214/3 çerçevesinde cezalandırılması gerekir, ki bu halde failin ayrıca TCK m. 214/1'den kaynaklanan sorumluluğunun nasıl giderileceği açık değildir.

Görüldüğü üzere tahrik konusu suçu bağımsız bir suç olarak kabul etmemek yahut Türk hukuk öğretisinde savunulduğu gibi kısmi bağımsız kabul edip üçüncü fıkrada bir azmettirme halinin olduğunu iddia etmek içinden çıkılmaz teorik ve pratik sorunlar doğurmaktadır. Bu sebeple önerimiz doğrultusunda bir okuma, iştirak konusuna açıklık getirmekte ve karmaşayı bir nebze de olsa dindirmektedir.

Son olarak diğer suçlarda olduğu gibi suç işlemeye tahrik suçunun da birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi mümkündür. Bu durum müşterek faillik veya diğer faillik türleri gibi ortaya çıkabileceği gibi şeriklik türleri çerçevesinde de ortaya çıkabilir.¹¹⁰ Suç işlemeye tahrik suçunun müstakil suç olması düşüncemiz bu yorumu gerektirir.

C. İÇTİMA

Suç işlemeye tahrikte içtima düşüncesi çeşitli şekillerde ortaya çıkabilecektir. Buna göre tahrikçinin bir fiille birden fazla suçun işlenmesini tahrik etmesi halinde içtima düşüncesi ortaya çıkabilir. Bu halde TCK m. 214/1 bağlamında tek suçun meydana gelmiş olacağında şüphe yoktur.¹¹¹ Zira tahrikçinin suç veya suçları işlemeye tahrik etmesi onun fiilinin teklifini değiştirmeyecektir. Yine failin birden fazla suça tahrik etmesi kural olarak cezasının artırımını gerektirmeyecektir. Ancak bu gerekçe ile alt sınırdan uzaklaşma mümkündür. Bu da bir artırım değil TCK m. 61/1 anlamında temel cezanın belirlenmesinde alt sınırdan uzaklaşmadır. İkinci ihtimal TCK m. 214/1'de yer verilen tahrik suçunun gerçekleşmesinden sonra TCK m. 214/3'te yer verilen (bize göre) nitelikli halin ortaya çıkması halidir. Bu halde de içtima sorunun nasıl çözüleceğinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Son olarak TCK m. 214/1 bağlamında birden çok suçun işlenmesine tahrik etmiş olan tahrikçinin bu

110 “Sanıkların kent meclisi tarafından yapılan özerklik ilanını içeren basın açıklamasına katılıp, açıklamanın yapıldığı grup içinde yer almaları; mahkemece yapılan video dosyası inceleme ve çözümleme tutanağından basın açıklamasının başından sonuna kadar olay yerinde bulunmak suretiyle yapılan basın açıklamasına TCK'nın 39. maddesi anlamında destek verdiklerinin anlaşılması karşısında silahlı terör örgütüne üye olmasalar da suç işlemeye tahrik suçuna yardım suçunu işlediklerinden, silahlı terör örgütü adına suç işlemek ve suç işlemeye tahrik suçuna yardım etmek suçlarından cezalandırılmaları gerekirken delillerin değerlendirilmesinde yanılığa düşülerek yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi” şeklindeki Yargıtay kararının sorunlu olduğunu düşünüyoruz. Bu yorumla suç işlemeye tahrik suçunu algılamak suretiyle hazır bulunan tahrik edilenlerin her birinin yardım eden sıfatıyla cezalandırılması gibi bir sonuç çıkacaktır ki bu suç genel teorisinin genel ilkelerine aykırılık teşkil etmektedir. Y. 16. CD., 04.04.2017, E. 2017/562 K. 2017/3535.

111 von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 32.

çağrısının farklı kişilerce, farklı zamanlarda ve farklı suçlara sebebiyet vermiş olması halidir. Ancak son iki durumun içtima bağlamında çözümlenebilmesi için TCK m. 214/1, m. 214/3 ve tahrik konusu suçlar arasındaki ilişkinin açıklanması gerekir. TCK m. 214/3 düzenlemesine bağımsız suç işlemeye tahrik suçunun nitelikli hali dediğimizde ortaya çıkacak olan sonuç ile sui generis azmettirme dediğimizde ortaya çıkacak olan sonuç farklı olacaktır.

TCK m. 214/3 düzenlemesinde tahrikçinin tahrik konusu suçun işlenmesi halinde azmettiren gibi cezalandırılacağı belirtilmiştir. Azmettiren gibi cezalandırılması onu azmettiren yapmaz yalnızca fail olan tahrikçinin cezasının çerçevesini belirler. Bu sebeple TCK m. 214/3 çerçevesinde işlenen suç da suç işlemeye tahrik suçudur ve fail yine bu suçtan cezalandırılır. TCK m. 214/3 çerçevesinde bir suçun nitelikli halinin oluşumuna sebebiyet veren tahrikçinin, daha sonra işlenecek olan ilişkili (tahrik konusu suçlara) göre cezalandırılması onun işlediği suç sayısında bir artırıma sebebiyet vermeyecektir. Zira halen tek bir suç söz konusu olacaktır.¹¹²

Ancak tek tahrik suçunun neticesinden birden çok aynı veya farklı suçun tahrik çerçevesinde işlenmesi halinde ne yapılacağına açıklık getirmemiştir. Burada tahrikçinin işlenen her bir münferit tahrik konusu suçtan cezalandırılacağı belirtilebilir (gerçek içtima benzeri bir durum).¹¹³ Bu halde gerçek içtimadan da söz edilemez zira tahrikçinin tek bir fiili ve ortaya çıkan tek bir suç (suç işlemeye tahrik suçunun nitelikli hali = TCK m. 214/3) söz konusudur. Tahrik konusu suçlar yalnızca tahrikçinin TCK m. 214/3 çerçevesinde alacağı cezanın alt ve üst sınırlarını belirlemektedir. Bu sebeple anılan görüşe katılmak mümkün değildir. İkinci olarak tahrikçinin işlenen birden fazla suçtan TCK m. 42 ve devamı hükümlerince cezalandırılması gerektiği söylenebilir. Yukarıda açıkladığımız gerekçeyle TCK m. 42 ve devamı hükümlerin devreye girmesi mümkün değildir. Üçüncü olarak öğretide savunulduğu gibi yalnızca bir suçtan (burada suçların farklı olması halinde ağır suçtan) cezalandırılacağı söylenebilir.¹¹⁴ Bize göre bu görüş yerinde bir görüştür ancak ortaya çıkan suçlardan ağır olanı seçmemizin sebebi yukarıda belirttiğimiz gibi yine de TCK m. 42 ve devamı hükümler olmayacaktır. Öyle ki tahrik fiili neticesinde tahrik edilenin bir fiille işlemiş olduğu birden fazla öldürme söz konusu ise tahrikçi tek bir öldürme suçunun cezasıyla cezalandırılacakken (zira işlenen suç kasten öldürmedir), tahrik edilen ise gerçek içtima gereği (m. 43/3) üç ayrı öldürme suçunun cezasıyla cezalandırılacaktır.

Tüm bu açıklamalarımız TCK m. 214/3 düzenlemesine verdiğimiz anlam çerçevesinde şekillenmiştir. Öğretide savunulduğu üzere bu düzenlemenin bağımsız bir suçun nitelikli hali değil de tahrik konusu suçların özel azmettirme düzenlemesi olduğunu düşündüğümüzde olayın içinden çıkmak güçleşmektedir. Şöyle ki tek olan suç işlemeye tahrik fiili neticesinde yığının içinde tahrik olan bir kişinin bir fiille birden fazla öldürme suçu işlediğini düşündüğümüzde tahrikçi ilgili suçun azmettiren gibi birden fazla müebbet hapis cezası alacaktır. Zira açık olmamakla birlikte azmettiren

112 Aynı yönde von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 32.

113 Bu yönde görüş için bkz. Yaşar, Gökcan ve Artuç, (n 59) 6501; Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Cilt III (3. Baskı, Seçkin 2010) 3364.

114 Bayraktar (n 1) 204.

işlenen suçların cezasıyla cezalandırılmaktadır.¹¹⁵ Tahrikçiyi azmettiren olarak algıladığımızda bu sonuca varmamız gerekir. Tahrikçinin belli bir kesimin yağmalanması ve mallarına zarar verilmesini istediğini düşünelim. Tahrik edilenlerden ikisi münferit şekilde birer yağma suçu işlemiş olsunlar, diğer ikisi ise mala zarar verme suçunu işlemiş olsunlar. Bu halde özel bir içtima düzenlemesi olmadığına göre tahrikçinin her bir suçtan ayrı ayrı ceza alması gerektiği sonucuna varmak gerekir. Oysa yukarıda belirttiğimiz gibi m. 214/3 düzenlemesini tahrik suçunun nitelikli hali kabul ettiğimizde tahrikçinin yalnızca bir yağma suçundan (en ağır o olduğu için ve ceza hukukunun genel ilkelerinden bu sonuca vardığımız için) cezalandırılması gerekli ve yeterli kabul edilmelidir.¹¹⁶ Ancak tahrikçinin her bir suçtan ayrı ayrı cezalandırılması adil, haksızlıkla orantılı bir ceza olmayacaktır.

Kanun lafzı (m. 214/3) soyut tehlike suçu olan suç işlemeye tahrik suçunun işlenmesinin yanı sıra bir de tahrik konusunda bir başkası tarafından suç işlenmesi halinde failin yalnızca tahrik üzerine işlenen suçtan azmettiren gibi/sıfatıyla cezalandırılacağını düzenlemiş görünmektedir.¹¹⁷ Tahrik konusu suçların işlenmesiyle birlikte TCK m. 214/1 düzenlemesi devreden çıkmakta ve TCK m. 214/3 düzenlemesindeki nitelikli hal devreye girmektedir. Üçüncü fıkrayı suç işlemeye tahrik suçunun nitelikli hali kabul etmeyen bir görüş şu şekilde aynı sonuca ulaşmaktadır: “Tahrik konusu suçun işlenmesi durumunda, tahrik fiili bağımsızlığını kaybeder, tahrikçinin fiili esas suçun içinde erir”.¹¹⁸ Bu erimenin sebebi olarak da “tahrik suçunun amaç suçun hazırlık hareketi olması”¹¹⁹ gösterilmektedir.

İçtima konusunda akla gelebilecek bir diğer soru ise suç işlemeye tahrik suçunun failinin aynı zamanda tahrik konusu suçun azmettirenini yahut yardım edeni olup olamayacağı ve olduğunda içtima durumunun nasıl çözümleneceğidir. Alman düzenlemesinde genel hükümlere göre azmettirmenin tahrik konusu suç için gerçekleşmiş olduğu hallerde ilgili suça azmettirme ile bizdeki TCK m. 214/3'e tekabül eden ACK m. 111/1 arasında içtima hükümlerine gidilmesi gerektiği savunulmaktadır (Tateinheit).¹²⁰ Aynı şekilde bizdeki TCK m. 214/1'e tekabül eden ACK m. 111/2'nin gerçekleştiği hallerde tahrikçinin tahrik konusu suçun failine, azmettirenine veya akim kalmış azmettirmenin azmettirenine dönüştüğü hallerde ACK m. 111'in tamamen devre dışı kalacağı (talilik çerçevesinden) belirtilmektedir.¹²¹ TCK düzenlemesinden yola çıkarak zor görünse de böyle bir durumun teorik olarak mümkün olduğunu söyleyebiliriz. Bu halde failin tahrik konusu suçun azmettirenini ve TCK m. 214/3 düzenlemesinin faili olacağını söylemek gerekir. Failliğin şerikliğe üstünlüğü gereği failin TCK m. 214/3 düzenlemesinin faili sıfatıyla cezalandırılması gerekir, denilebileceği gibi suç işlemeye tahrik suçunun tali oluşundan yola çıkarak tahrikçinin yalnızca işlenen suçun azmettirenini olarak

115 Bu hallerde azmettirenin tek bir öldürmeden ceza alacağı iddia edilebilir.

116 Alman hukukundaki bakış da bu yöndedir. Bkz. von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 32.

117 Aynı yönde Özen (n 48) 89; Cezaların toplanması gerektiği görüşüne göre her iki suçun koruduğu hukuki yararlar farklı olduğundan tahrikçinin her iki suçtan (tahrik suçundan ve tahrik konusu işlenen suçtan) cezalandırılması gerekir. Gerçek içtima. Görüş için bkz. Bayraktar (n 1) 200; “Tahrik konusu suçun ihlal ettiği menfaat, bizzat tahrikin ihlal ettiğiinden tamamen farklı da olabilir. Örneğin suç işlemeye tahrik açısından durum böyledir”. Toroslu (n 3) 1214.

118 Bayraktar (n 1) 200.

119 Bayraktar (n 1) 242.

120 Kindhäuser and Schramm (n 5) § 40, Rn. 6, s. 291.

121 Otto (n 47) 357.

cezalandırılacağı da ileri sürülebilir. Bu durumda failin alacağı ceza değişmeyecek olsa da TCK'nın yer bakımından yetkiye ilişkin düzenlemeleri, koşullu salıverilmeye ilişkin düzenlemeler ve genel affa ilişkin düzenlemelerde farklılık doğabilecektir. Bize göre bu halde faillğe üstünlük verip tahrikçinin cezasını TCK m. 214/3 çerçevesinde belirlemek gerekecektir.

Tahrikçinin TCK m. 214/1 bağlamındaki suçu tamamladıktan sonra tahrik konusu suçu bizzat işlemesi halinde ne yapılacağı açık değildir. Kural olarak şunu söylemek mümkündür: Birden fazla farklı suç söz konusu ve tahrikçi hem TCK m. 214/1 suçundan hem de işlediği tahrik konusu suçtan fail olarak sorumludur ve cezalandırılır.¹²² Zira burada içtima durumundan söz etmek dahi mümkün değildir. Bir başka görüşe göre bu halde görünüşte içtima durumu söz konusudur ve tahrik konusu suçun işlenmesiyle birlikte soyut tehlike suçu olan TCK m. 214/1 düzenlemesi devre dışı kalmaktadır.¹²³ Devre dışı kalmayı bir başka görüş suç işlemeye tahrik suçunun katılma karakterine bağlamakta ve tahrikçinin ana suça bir şekilde (fail, şerik) katılmasıyla suç işlemeye tahrik düzenlemesinin devre dışı kalacağı belirtilmektedir.¹²⁴ Bu sonuca soyut tehlike suçları ile zarar suçları arasındaki ilişkiden de varılabilir.¹²⁵ Bir başka görüşe göre ise "tahrik eden, daha sonra tahrik konusunu bizzat meydana getirirse gene, (765 s. TCK) m. 311/son fıkrası uygulanabilecektir".¹²⁶ Bize göre TCK m. 214/1 düzenlemesinin tipikliğinde tahrikçinin fiili bizzat gerçekleştirilmesi yer almadığından TCK m. 214/3'teki nitelikli halde de bu tipiklik gerçekleşmeyecektir. Kanaatimizce yukarıda anılan görüşlerden ilkinde katılmak gerekir. Zira korunan hukuksal değerlerin farklı olması ve soyut tehlikenin devam ediyor olması bu durumda tahrikçinin her iki suçtan da sorumlu tutulması gerektiğini göstermektedir. Tahrik konusu tek bir kişinin öldürülmesi olsa ve bu fiil tahrikçi tarafından gerçekleştirilmiş olsa da soyut tehlike suçu olan TCK m. 214/1'deki suç işlenmiş ve tamamlanmış olduğundan cezalandırılmaması güç görünmektedir. Böylece tahrik konusu suçun tahrikçi tarafından işlenmesi halinde TCK m. 214/3'teki suç işlemeye tahrik suçunun nitelikli hali meydana gelmemiş olacaktır. Çünkü TCK m. 214/3 düzenlemesinde tahrik konusu suçların tahrikçi dışındaki kişilerce işlenmesi halini düzenlemektedir. O sebeple de "tahrik konusu suçu işlemesi" etken cümle yerine "tahrik konusu suçun işlenmesi" edilgen cümle ile düzenleme yapmıştır.¹²⁷

TCK m. 43/1 düzenlemesinin mağduru belli olmayan suçlar açısından da uygulanabileceği kanun koyucu tarafından belirtilmiş olduğundan tahrikçinin bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda suç işlemeye tahrik suçunu birden fazla işlemesi halinde faile bir ceza verilecek ve bu ceza TCK m. 43 çerçevesinde artırılacaktır.¹²⁸

122 Bu yönde görüş için bkz. von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 32; Yaşar, Gökcan ve Artuç, (n 59) 6501.

123 Görüşün savunucuları için bkz. von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 32.

124 MüKoStGB/Bosch StGB § 111 Rn. 36.

125 Benzer yönde Yaşar, Gökcan ve Artuç, (n 59) 6499.

126 Bayraktar (n 1) 204.

127 İlgili Alman düzenlemesinin de bu şekilde anlaşıldığı konusunda fikir birliği mevcuttur. von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 8.

128 Yaşar, Gökcan ve Artuç, (n 59) 6501.

VII. YAPTIRIM, SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMADA ÖNEM ARZ EDEN HUSUSLAR

TCK m. 214/1 suç işlemeye tahrik suçunun temel halini teşkil etmekte ve altı aydan beş yıla kadar hapis cezası öngörmektedir. Kanaatimizce bu konuda ek düzenleme getirilmesi suretiyle bu hallerde verilecek cezanın tahrik konusu suçun gerektirdiği cezadan fazla olamayacağı sınırlaması getirilebilir. TCK ve özel ceza kanunlarında altı aydan daha az bir ceza gerektiren suçların varlığı da dikkate alınarak bu alt sınır tamamıyla kaldırılabilir gibi bir ay şeklinde de düzenlenebilir. Tahrik konusu suç beş yıldan fazla ceza gerektirse de TCK m. 214/3 kapsamına girmediği sürece tahrik edenin TCK m. 214/1 çerçevesinde alacağı cezaya etki etmemelidir. Failin beş yıldan fazla ceza almasının mümkün olduğu hal ise tahrik konusu suçun işlendiği ve beş yıldan fazla ceza gerektirdiği TCK m. 214/3 halleridir. Yukarıda gerekçelendirdiğimiz üzere TCK m. 214/3 düzenlemesi suç işlemeye tahrik suçunun nitelikli bir halidir. Bu halde faile verilecek ceza artmaktadır.

Gerçekten de Alman Ceza Kanunu'nun 111. madde ve 765 s. TCK'nın 311. madde düzenlemelerinde faile verilecek cezanın tahrik konusu suçun cezasından fazla olamayacağı belirtilmişken 5237 s. TCK düzenlemesinde buna yer verilmemiştir. Bu düzenlemenin olmayışı tahrik konusu suçların işlenmesi halinde faile yalnızca tahrik konusu suçlarla bağlantılı olarak ceza verileceğinden (TCK m. 214/3) sorun teşkil etmemektedir. Ancak tahrik konusu suçların işlenmemesi halinde faile verilecek ceza (TCK m. 214/1) teorik olarak tahrik konusu suçların cezasından fazla olabilecektir. Burada yukarıda belirttiğimiz üzere kanuni düzenlemenin getirilmesi arzu edilebilir. Mevcut haliyle mahkemenin bu durumu temel cezanın belirlenmesinde dikkate almasıyla ilgili orantısızlık giderilebilir. Aksi durumda failin tahrik ettiği suçun işlenmesi halinde alacağı ceza suçun işlenmemiş olmasına oranda daha az ceza gerektirmiş olacaktır ki kanun koyucunun düzenleme ile bu durumu arzu ettiği düşünülemez. Yaptırım kısmındaki maksasın geniş tutulmasındaki maksadın da bu olduğunu düşünmekteyiz.

TCK m. 214/3 düzenlemesi çerçevesinde failin cezalandırılabilmesi için yeterli düzeyde delil yoksa, başka bir ifadeyle tahrik konusu suçun işlenmesinin sebebinin suç işlemeye tahrik suçunu işleyen faille ilişkilendirilmesi ikna edici şekilde sağlanamazsa tahrik konusu suç işlenmiş olsa da tahrik eden failin TCK m. 214/3 bağlamında cezalandırılması mümkün değildir. Bu halde cezalandırma TCK m. 214/1 çerçevesinde gerçekleştirilecektir.¹²⁹ Ancak tahrikçinin TCK m. 214/3 bağlamında cezalandırılabilmesi için tahrik edilenin tahrik konusu suça fail olarak katılması şart değildir. Tahrik edilenin tahrik konusu suça azmettiren yahut yardım eden olarak katılması halinde de TCK m. 214/3 çerçevesinde sorumluluğun doğacağı kabul edilmelidir.¹³⁰ Yukarıda belirttiğimiz üzere suç işlemeye tahrik suçunun TCK m. 214/3 bağlamında işlendiğinden söz etmek için tahrik edilenin ille de fail olarak tahrik konusu suçu işlemesi gerekmez. Tahrik edilenin fail, azmettiren yahut yardım eden olması gerekli ve yeterlidir. Tahrik edilenin fail yahut azmettiren olarak tahrik konusu suçu işlediği hallerde tahrikçinin TCK m. 214/3 bağlamında alacağı ceza ilgili suç tamamlanmışsa tamamlanmış şekli tamamlanmamışsa teşebbüs şeklinin gerektirdiği ceza olacaktır. Bu okuma

129 Benzer yönde Kindhäuser and Schramm (n 5) § 40, Rn. 4, s. 292.

130 Alman düzenlemesi açısından aynı yönde Kindhäuser and Schramm (n 5) § 40, Rn. 3, s. 291; Otto (n 47) 356; von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 22; Schönke/Schröder/Eser StGB § 111 Rn. 14; MüKoStGB/Bosch StGB § 111 Rn. 12.

TCK m. 214/3'ün lafzı ile uyumludur. Zira o durumda işlenen suç teşebbüs halinde kalan suçtur. Tahrik edilenin yardım eden sıfatıyla tahrik konusu suça katılımı halinde işlenen suçtu iki türlü anlamak mümkündür. İşlenen suç tahrik konusu suçtur, tahrik edilenin yardım eden konumunda olması tahrikçinin TCK m. 214/3 bağlamında cezalandırılmasına etki etmeyecektir ve bu sebeple tahrikçi işlenen suçun tamamlanmış (somut olayda teşebbüs aşamasında kalmışsa teşebbüs) halinin gerektirdiği ceza ile cezalandırılacaktır, denilebilir. Kanun koyucu *işlenen suç ve azmettiren gibi/sıfatıyla* kavramlarına yer verdiği için tahrikçinin işlenen suçun yardım edeni için ortaya çıkacak olan ceza ile cezalandırılması mümkün görünmemektedir. Alman hukukunda bu halde tahrikçi için belirlenecek olan ceza aralığında yardım etmenin gerektirdiği ceza aralığının esas alınacağı savunulmaktadır.¹³¹ Somut olay adaletine uygun bu görüşü TCK m. 214/3 bağlamında iddia etmek güç görünmektedir. Ancak şu şekilde bir yorumla tahrikçinin alacağı ceza yaptırımının çerçevesinin yardım etmenin gerektirdiği ile sınırlı olması savunulabilir: Kanun koyucu işlenen suç dediği için tahrikçinin üzerinde etki doğurduğu fiil ilgili suça yardım etmemiş, o halde tahrikçinin sorumluluğu yardım edenin sorumluluğunu aşamaz. Bu durumda tahrikçinin fiilinin ceza aralığının yardım edenin fiilinin gerektirdiği ceza aralığı olması gerektiği, somut olay adaleti adına söylenebilecektir.

TCK m. 214/3 düzenlemesini, işlenen (tahrike konu) suçun özellik arz eden azmettirme hali olarak nitelendirdiğimizde işlenen tahrik konusu suçun şikâyet tabi olması halinde tahrikçinin de muhakeme edilebilmesi ve cezalandırılabilmesi için şikâyet şartının gerçekleşmesi gerekir. Zira tahrik konusu suç şikâyet tabi ise ve şikâyet şartı gerçekleşmezse azmettirenin de cezalandırılması mümkün olmayacaktır. Bu durumda şöyle bir çelişki ortaya çıkmış olacaktır. Tahrik konusu suç işlenmediğinde tahrikçi TCK m. 214/1 çerçevesinde re'sen kovuşturulup cezalandırılabilirken, tahrik konusu suçun işlenmiş olduğu halde tahrikçi cezalandırılmamış olacaktır. Öğretide tahrik konusu suçun şikâyet tabi olması ve işlenmiş olması halinde tahrik konusu suçun failinin muhakemesi için şikâyet şartının gerçekleşmesi gerekirken TCK m. 214/3 bağlamındaki tahrikçinin muhakemesi için "kendisine hakaret edilen kimsenin usulüne uygun olarak şikâyetle bulunmasına gerek yoktur", gibi ceza hukukunun genel hükümleriyle örtüşmeyen bir görüşün savunulduğu görülmektedir.¹³² Alman hukukunda da suç işlemeye tahrik bir tür azmettirme olarak kabul etmesine rağmen kovuşturulması sürecinin tahrik konusu suçtan (Haupttat) bağımsız şekilde şekilleneceği, tahrik konusu işlenen suçun şikâyet tabi olması da tahrikçinin re'sen kovuşturulmasına etki etmeyeceği savunulmaktadır.¹³³ Ortada tek bir suç varsa, ki tahrik konusu suçun işlendiği halde hem Alman hukukunda hem de Türk hukukunda tek suç olduğu bazı yazarlarca savunulmakta, ve bu tek suçun tahrik konusu suç olduğu kabul edilmekteyse, şikâyetin sirayeti gereği failin kovuşturulmadığı halde azmettirenin/tahrikçinin re'sen kovuşturulacağını iddia etmek şikâyet kurumunun da genel

131 Alman hukukundaki bu düşünce şu esasa dayanmaktadır: bir kimseyi şeriklik türlerinden yardım etmeye azmettiren, azmettirdiği suçun gerektirdiği ceza ile cezalandırılmaz aksine azmettirdiği suça yardım etmenin gerektirdiği ceza ile cezalandırılır. Bu esasa bakıldığında tutarlı bir görüş haline gelmektedir. von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 22 ve 25; Schönke/Schröder/Eser StGB § 111 Rn. 20; MüKoStGB/Bosch StGB § 111 Rn. 12.

132 Yaşar, Gökcan ve Artuç, (n 59) 6495.

133 Otto (n 47) 356; Aynı yazarın bir önceki sayfada ilgili suçtu tehlike suçtu olarak nitelendirdiği görülmektedir. Suç işlemeye tahrik suçunun bağımsız bir suç olduğu dolaylı olarak bu yazar tarafından da teyit edilmektedir. Benzer durum *Eser* için de geçerlidir: Bir yandan tehlike suçtu olarak nitelendirmekte, diğer yandan tehlikeli azmettirme yahut azmettirmeye teşebbüsün bir görünümü olarak sınıflandırmakta. Bkz. Schönke/Schröder/Eser StGB § 111 Rn. 1 ve 22.

anlayışına aykırılık teşkil edecektir. Ancak Alman hukukunda da bu suçun bağımsız bir suç olduğunu savunan görüşler mevcuttur.¹³⁴ Bu halde tahrik konusu suçlardan bağımsız bir muhakeme usulünün olduğunu kabul etmek gerekir. Zira TCK m. 214/3 halinde faile verilecek cezanın tahrik konusu suça göre belirleneceği belirtilmişken (suç teşkil eden fiilin bir kanun maddesinde, karşılığında öngörülen cezanın bir başka kanunda veya aynı kanunun başka maddesinde yer almasında kanunilik açısından bir sakınca bulunmamaktadır)¹³⁵, muhakeme şartlarının ne olacağı ilgili tahrik konusu suçla ilişkilendirilmemiştir. O sebeple takibi re'sen yapılacaktır. Benzer sonuca ilgili suçun talep yahut istem üzerine kovuşturulması hallerinde de varmak gerekir. Tahrik konusu suçun talep yahut isteme bağlı olması tahrikçinin TCK m. 214/3 bağlamında muhakeme edilmesine ve cezalandırılmasına engel teşkil etmeyecektir.¹³⁶

Suç işlemeye tahrik suçunun işlenmesinden sonra yapılan yargılama neticesinde faile TCK m. 214/1 çerçevesinde ceza verilip bu ceza kesinleştikten sonra, aynı fiil çerçevesinde yeniden yargılama yapılıp yapılamayacağı açık değildir. Ne bis in idem ilkesi gereği bir şeyden (fiilden) bir kez cezalandırma mümkündür. Bu durumda failin suç teşkil eden fiilinin bir kez cezalandırıldığı ve bu sebeple yeniden yargılamanın aynı fiil dolayısıyla yapılamayacağı söylenebilir. Somut olay adaleti ile örtüşmediği düşünülüyorsa ikinci olarak bu halde aynı fiilin yeniden yargılama konusu yapılacağı ve hükmedilecek cezadan mevcut cezanın düşürüleceği ileri sürülebilir. Bu halde ortaya çok fazla sorun çıkacaktır. Fail hakkında hükmedilen ilk cezanın infaz edildiği yahut infaz edilmiş olduğu hallerde mahsubun TCK m. 63 çerçevesinde yapılabileceği söylenebilir. Ancak ilgili suç hakkında HAGB kararı verilmişse ve beş yıllık denetim süresi geçmişse yahut geçmemişse ne yapılacağı açık değildir. Kanaatimizce bu hallerde aynı fiilin yeniden yargılamaya açılmaması gerekir. Her ne kadar tahrik konusu suçların işlenmesi halinin tahrikçiye yüklenebilmesi için bir süre öngörülmemiş olsa da ve tahrikçinin fiili ile tahrik konusu suçu işleyenin ilgili suçu gerçekleştirme arasındaki illiyetin süreye tabi olmadığı açık olsa da bize göre öğretide de savunulduğu üzere üzerinden birkaç ayın geçmiş olduğu durumlarda bu illiyet bağının varlığını ispatlamak güç olacağından fail lehine bir yoruma gidilmelidir.

TCK m. 214/3 düzenlemesini tahrik konusu suça iştirak olarak kabul ettiğimizde ortaya çıkan sorunlardan biri de tahrik konusu suçun yabancılik unsuru taşınması halinde Türkiye'de muhakemesidir. Suç işlemeye tahrik eden tahrikçi tahrik fiilini Türkiye'de gerçekleştirmiş olsa da tahrik konusu suç yurt dışında gerçekleştiğinde, suçun işlendiği yer yabancı ülke olacaktır ve TCK m. 10 ve devamı maddelerince muhakeme edilebilirse muhakeme edilebilecektir.¹³⁷ TCK m. 214/3 düzenlemesini suç işlemeye tahrik suçunun nitelikli hali olarak kabul ettiğimizde bu halde ilgili suçun TCK'nın etki (yetki) alanında kalması yeterli olacak ve tahrikçiyi TCK m. 8 çerçevesinde yargılamak mümkün hale gelecektir.¹³⁸

134 von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 4; MüKoStGB/Bosch StGB § 111 Rn. 40.

135 Ercan Yaşar, *Das Gesetlichkeitsprinzip* (Dr. Kovac Verlag 2018) 135 ff..

136 Aynı yönde von Bubnoff, in LK-StGB, § 111 Rn. 36.

137 Aynı yönde Koca ve Üzülmöz (n 105) 798 vd..

138 Alman hukukunda bu suçun yurt dışı ile ilişkili işlenmesi hakkında bilgi için bkz. MüKoStGB/Bosch StGB § 111 Rn. 12a.

SONUÇ

Çalışmada görüldüğü üzere Türk hukukunda TCK m. 214/3 düzenlemesinin çoğunlukla özel bir azmettirme şekli olarak kabul edilmesi ve ilgili düzenlemenin hukuki niteliği konusunda fikir birliğinin olmaması kanun düzenlemesini özellikle iştirak ve içtima konularında sorunlu hale getirmektedir. Belirlilik ilkesi gereği açık olması gereken bir suç normunun başta bağımsız bir suç düzenlemesi olup olmadığı konusu olmak üzere, aleniyet, şikâyete tabi olup olmama, iştirak ve içtima bakımından bu denli muğlak ve tartışmaya açık olması, ilgili normu sorunlu hale getirmekte ve reform zarureti doğurmaktadır.

Kanun metninde değişiklik yapılmasını önerme doğrultusunda fikir vermesi adına ele aldığımız bu çalışmada ilgili suç tipinin kanun koyucu, uygulama ve öğretide çoğunluk tarafından yanlış nitelendirildiğini tespit ettik; kanun koyucu, uygulama ve öğretilerde çoğunluk tarafından savunulanan aksine TCK m. 214/1 (TCK m. 214/3) düzenlemesinin bağımsız bir suç olarak addedilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bu çerçevede TCK m. 214/2 düzenlemesinin ayrı bir kanun metni altına alınması gerektiği sonucuna vardığımız gibi, TCK m. 214/1 fıkrası ile TCK m. 214/3 fıkrasının aslında tek bir suçu düzenlediği ve TCK m. 214/3 düzenlemesinin ilk fıkradaki suçun nitelikli hali olduğu sonucuna vardık. TCK m. 214/3 düzenlemesinde yer verilen tahrik konusu suçların işlenmesi halinin bize göre yanlış nitelendirilmesi içtima ve iştirak konularında ciddi sorunlar doğurmaktadır. İştirak ve içtima durumuna ilişkin birçok soruna TCK m. 214/3 düzenlemesini tahrik suçunun nitelikli hali olarak addetme ile çözüm getirilebildiğini tespit ettik. Gerçekten de ilgili suçun iştirak ve içtima konusunda doğurmuş olduğu teorik ve pratik tartışmalar ancak bu şekilde bir nitelendirme ile ikna edici şekilde çözülebilmektedir.

Keza çalışmamızda teşebbüs başlığı altında yer verdiğimiz üzere suç işlemeye tahrik suçunda gönüllü vazgeçme sahası çok kısa bir suç yoluna tekabül etmekte ve gönüllü vazgeçme kurumunun işletilmesini ilgili failer bakımından imkânsız hale getirebilmektedir. Suç işlemeye tahrik suçunu işleyen failin fiilini gerçekleştirdikten sonra pişmanlık göstermesine imkân tanıma ve bu pişmanlığına indirim tesis etmek için özel bir etkin pişmanlık düzenlemesine ihtiyaç olduğu görülmektedir.¹³⁹ Bu konuda getirilecek bir etkin pişmanlık düzenlemesi tahrik konusu suçların işlenmesinin önlenmesi konusunda etkili bir araca dönüşebilecektir.

KAYNAKÇA

Akyürek G, 'Gönüllü Vazgeçme Düzenlemesi Gerekli midir?' (2013) 10(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 183-202.

Apış Ö, *Halkı Kin ve Düşmanlığa Alenen Tahrik veya Aşağılama Suçları* (Adalet 2017).

Bayraktar K, *Suç İşleme Tahrik Cürmü* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Formül Matbaası 1977).

Bertel C and Schwaighofer K, *Österreiches Strafrecht Besonderer Teil II* (9. Auflage, Springer 2010).

Bosch N, *StGB § 111, in Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (4. Auflage, C.H. Beck Verlag 2021).

¹³⁹ Alman hukukunda da bu talebin olduğu görülmektedir. Bkz. MüKoStGB/Bosch StGB § 111 Rn. 35.

- von Bubnoff E, *StGB § 111, in Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch*, (Hrsg. Burkhard Jähnke, Heinrich Wilhelm Laufhütte, Walter Odersky), Großkommentar, (11. Auflage, De Gruyter 2005).
- Demirbaş T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Baskı, Seçkin 2021).
- Dönmezer S ve Erman S, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. II* (11. Bası, Beta 1997).
- Eser A, *StGB § 111, in Schönke/Schröder Kommentar zum Strafgesetzbuch* (30. Auflage, C.H. Beck Verlag 2019).
- Hakeri H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (22. Baskı, Adalet 2019).
- Heghmanns M, *Strafrecht für alle Semester, Besonderer Teil* (Springer 2009).
- Joecks W and Jäger C, *Strafgesetzbuch Studienkommentar* (13. Auflage, C.H. Beck Verlag 2021).
- Kartal P M, Akyürek G, Kızıroğlu S K, Zafer H, Eroğlu F, Altunç S, Bayraktar K, Yıldız A K, Kangal Z T., Evik A H, Retornaz E A, Bostancı Bozbayındır G, İnceoğlu A A ve Evik V S, *Özel Ceza Hukuku – Cilt VI* (On İki Levha 2020).
- Koca M ve Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Baskı, Seçkin 2021).
- Kindhäuser U and Schramm E, *Strafrecht Besonderer Teil I* (9. Auflage, Nomos 2020).
- Otto H, *Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte* (7. Auflage, De Gruyter 2005).
- Özbek V Ö, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (10. Baskı, Seçkin 2019).
- Özek Ç, 'Devletin Şahsiyetine Karşı İşlenen Cürümlerde Cezalandırılan Hazırlık Hareketleri' (1963) 29(3) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 458-520.
- Özek Ç, *Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler* (İstanbul Üniversitesi Yayınları, Cezaevi Matbaası 1967).
- Özen M, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler* (2. Baskı, Adalet 2018).
- Özen M, '5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler' (2007) 2(8) Terazi Hukuk Dergisi 83-90.
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17. Bası, Seçkin 2021).
- Parlar A ve Hatipoğlu M, *Türk Ceza Kanunu Yorumu, 3. Cilt* (3. Baskı, Seçkin 2010).
- Soyaslan D, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (9. Baskı, Yetkin 2020).
- Tokdemir S, 'Ceza Hukukunda Akim Kalmış Azmettirme' (Doktora Tezi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi 2021).
- Toroslu N ve Toroslu H, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (26. Bası, Savaş Yayınevi 2021).
- Toroslu N ve Toroslu H, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (11. Bası, Savaş Yayınevi 2021).
- Toroslu H, 'Kamu Barışına Karşı Suçlar Bakımından Tahrik Kavramı' (2015) Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, C. II, (Ankara Üniversitesi Yayınları 2015) 1201-1231.
- Yaşar E ve İba H, 'Teşebbüs Derecesine Ulaşmamış İcrai Hareketlerde Gönüllü Vazgeçme' (2021) 16(45) Ceza Hukuku Dergisi 101-123.
- Yaşar E, 'Ceza Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması Bağlamında Ülke Kavramının Doğurduğu Tartışma ve Mülkîlik, Koruma, Şahsîlik ve Evrensellik İlkelerine Yeni Bir Bakış' Hukukun Güncel Meseleleri Erzincan Sempozyumu, 10-13 Şubat 2022, EBYÜ, Erzincan, özet metni.
- Yaşar E, *Das Gesetzmäßigkeitsprinzip* (Verlag Dr. Kovac 2018).
- Yaşar O, Gökcan H T ve Artuç M, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 5. Cilt* (Adalet 2014).